

**ŞEKLE AYKIRILIK VE ŞEKLE AYKIRILIĞI İLERİ
SÜRMEİN SINIRI OLARAK HAKKIN KÖTÜYE
KULLANILMASI YASAĞI**

Ar. Gör. Demet ÇELİKTAŞ*

VICE DE FORME ET ABUS DE DROIT

RÉSUMÉ

La forme des actes juridiques est un moyen de manifestation de la volonté. L'importance accordée à ce moyen varie d'après le but visé. Ainsi la forme se présente comme une cause de validité ou de preuve ou encore de manifestation de volonté.

Il faut évidemment appliquer une sanction en cas de défaut ou d'incompatibilité dans cette forme. Mais de quel genre de sanction s'agirait-il alors? Est-ce que ce serait "nullité" ou "inexistence" ou encore "tout un autre type d'invalidité particulière"? Par ailleurs le juge pourrait-il tenir compte d'office, de cette invalidité? On pourrait alléguer jusqu'à quel point, l'invalidité du contrat due au vice de forme? Dans tous les cas, le contrat ne sera pas valable?

Dans notre étude, nous avons en premier lieu abordé le problème général concernant la forme. Ensuite, nous avons examiné la conversion et l'abus de droit. Le dernier a été traité en détail, dans trois étapes du contrat (avant, au cours et après l'exécution du contrat). Nous avons essayé, le cas échéant, de citer les jugements du Tribunal Fédéral suisse et ceux de la Cour de Cassation turque.

Quant à la conclusion tirée de cette étude, nous pouvons la résumer comme suivant :

Chaque personne doit se comporter conformément aux règles de bonne foi dans l'exercice de ses droits. Car, ce devoir est le résultat des règles de la loyauté, figurant parmi les principes généraux de droit.

*D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

En cas d'invalidité, l'application de la sanction de nullité à l'acte juridique est essentielle. Mais, l'allégation d'invalidité à la forme n'est parfois compatible ni avec le but de la forme ni avec les règles de bonne foi. Par exemple, il s'agira de l'abus de droit si les contractants allèguent l'incompabilité à la forme, lorsque cette incompabilité est causée par le dol d'un contractant ou que le contrat est volontairement exécuté.

Les règles de droit ne protégeront naturellement pas ces agissements, et elles accorderont à la partie de bonne foi diverses possibilités telles que action préventive ou action préventive en cessation ou encore action en indemnité. La plus importante des sanctions est la validité du contrat considéré nul au début. Pour une protection plus efficace, le juge devra prendre d'office en considération cette situation.

Bref, il serait injuste en cas de l'abus de droit, de considérer le contrat nul en raison de défaut à la forme alors que les cocontractants sont de commun accord sur le contenu.

GİRİŞ

Şekil, hukuki işlemlerde irade beyanının girdiği kalıpları ifade eden bir araçtır. Bu araca verilen önem, güdülen amaca göre değişecektir. Böylece şekil bazen geçerlik, bazen ispat, bazen de irade ile taraflarca kararlaştırılan iradi şekil biçiminde ortaya çıkacaktır.

İşte; çeşitli amaçlarla ortaya çıkan şekilde noksanlık ya da şekil kurallarına aykırılık olduğu takdirde, genellikle bir müeyyide gerekli olacağı aşıkardır. Fakat, bu müeyyide ne olacaktır ve derecesi nedir? "Butlan mı", "yokluk" mu, "kendine özgü bir geçersizlik" mi? Ayrıca, hakim geçersizliği kendiliğinden (re'sen) gözönüne alabilecek midir? Yine; şekil noksanı nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesi hangi hallerle sınırlı olacaktır? Bütün durumlarda geçersiz sözleşme hüküm ifade etmeyecek midir?

İşte bu ve başka soruları; genel olarak şekil konusunda bilgi vererek cevaplandırmaya başlayacağız. Daha sonra şekle aykırılığa rağmen işlemin geçerliliğinin iki sınırı olan, tahvil ve hakkın kötüye kullanılmasına değineceğiz. Biz bu iki sınırdan; şekle aykırılığı ileri sürmenin sınırı olarak hakkın kötüye kullanılmasını ele alıp ayrıntılarıyla inceleyeceğiz.

Yalnız; şekil ve hakkın kötüye kullanılması müessesenin iç içe girmesinden önce, konunun daha iyi kavranması için hakkın kötüye

kullanılması yasağına da değineceğiz. Böylece, § 1.'de şekil; §. 2'de hakkın kötüye kullanılması yasağı, Türk Medeni Kanunu'nun sistemi, hakkın kötüye kullanılmasının sonuçları ve hakkın kötüye kullanıldığı başlıca haller ile birlikte incelendikten sonra § 3.'de şekle aykırılığın caiz olmayan biçimde ileri sürülmesini sözleşmenin üç aşamasında göreceğiz. Yani ifadan önce, ifa hareketlerine girişilmesi halinde ve ifadan sonra şekle aykırılığı ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması sayılacak mıdır, bunu inceleyeceğiz.

Tüm çalışmamız sırasında yeri geldikçe; İsviçre Federal Mahkemesi ve Türk Yargıtayı'nın kararlarıyla uygulamanın tutumunu da belirtmeye çalışacağız.

§ 1. ŞEKİL

I- GENEL AÇIKLAMALAR

Kural olarak, bir irade beyanının, bunu anlatabilecek her vasıta ile açıklanması mümkündür. Beyanın içeriğine karşın beyanın açıklanmasında kullanılan vasıtaya "şekil" denir. Bu anlamda beyanın daima bir şekli vardır; fakat teknik anlamda ancak beyanın-kanun veya tarafların iradesi ile tespit edilen- bir takım haricî biçimlerine "şekil" denir (1).

Bir hukuki işlemin hüküm ve sonuç meydana getirebilmesi, bazı şekillere uyulmasını gerektiriyorsa, şekilcilik sistemi (2); böyle bir zorunluluk yoksa şekil serbestisi sistemi söz konusudur.

BK. m. 11/ I "Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tâbi değildir." şeklindeki hüküm, Borçlar Kanunumuzda şekil serbestisi ilkesinin benimsendiğini gösterir. Fakat istisnaen, kanun bir akdin geçerli olarak kurulması için; ehliyet, irade ve konu unsurları yanında ve konu unsuru içinde bir şekle uyulmasını (3) aramışsa, o şekle uymak zorunludur.

II- ŞEKLİN AMACI, YARAR VE SAKINICALARI

Şekil bir yandan çok çeşitli yarar sağlarken, diğer taraftan sakıncaları da beraberinde getirir.

(1) Von Tuhr, sh. 228 vd.

(2) Esener, sh. 167.

(3) Edgü, sh. 61.

A) *Şeklin Yarar ve Amacı :*

- 1- Şekil, tarafları düşünmeye ve tedbirli hareket etmeye yöneltir.
- 2- Şekil irade beyanına açıklık ve kesinlik verir.
- 3- Şekil hukuki işlemlerin varlığını ispat bakımından kolaylık sağlar (4).
- 4- Nihayet şekil ile; üçüncü şahısların menfaatlerinin korunması, dolayısıyla hukuksal işlem güvenliği sağlanarak kamunun yararı da (5) korunmuş olur.
- 5- Şeklin bu gaye ve hükümlerinin öncelikle tarafların korunması yanında, davaları sadeleştirdiğini (6) de unutmamak gerekir. Özellikle şekil, bağlamayan bir beyan ile ciddi bir beyanı hakimin daha kolay ayırtmasına olanak tanır.

B) *Şeklin Sakıncaları :*

- 1- Şekil hukuki işlemlerin yapılmasını zorlaştırır.
- 2- Para ve zaman kaybına neden olur (7).
- 3- Şekil şartının en büyük sakıncası ise, esası şekle (formaliteye) feda etme tehlikesini taşımasıdır. Gerçekten, akdi veya hukuki işlemin samimi olarak yapmak isteyen kişi, sadece şekil kurallarına uymadığı için, hukuki işlem veya akid hükümsüzlük (geçersizlik) yaptırımıyla karşılaşabilecektir (8).

Bu nedenlerle modern hukukta esas itibariyle şekil serbestisi prensibi benimsenmiştir (9). Fakat şeklin sayılan yararları nedeniyle özellikle şekilciliğin yerini, sebebi bilinen ve ılımlı bir şekilcilik almıştır.

III- ŞEKLİN AMACINA GÖRE BELİRİŞİ

Şekil amacına göre üç türlü ortaya çıkar:

- A) Sıhhat (geçerlik) şekli,
- B) İspat şekli ve
- C) İradi şekil.

(4) **Esener**, sh. 167.

(5) **Merz**, Art. 2, Nr, 469 (**Kılıçoğlu**, sh. 210).

(6) **Von Tuhr**, sh. 230.

(7) **Esener**, sh. 168.

(8) **Eren**, sh. 290.

(9) **Esener**, sh. 168

A) *Sihhat Şekli*

Hukuki işlemin geçerliliği bir şekil şartına bağlı kılınmışsa bir sıhhat şeklinden bahsedilir. Türk-İsviçre Borçlar Hukuku sisteminde BK.'nun şekle uyulmayı emrettiği bütün durumlarda o şekle uyma akdin sıhhat şartıdır (10). İradi şeklin de sıhhat şekli olduğu aksi ispat edilebilen bir karinedir (11).

B) *İspat şekli*

Şekil bazı hallerde işlemin geçerliliği için değil, ispat edilebilmesi için aranır. İspat şekline uyulmamış olması işlemin geçerliliğini etkilemez. Bu durumda şekil bir yargılama usulü kaidesi (13) niteliğindedir. BK. nun şekil serbestisi prensibine karşılık HUMK'da isbat şekli prensibi benimsenmiştir denilebilir (13).

C) *İradi Şekil*

Taraflar kanunun hiçbir şekle tâbi tutmadığı bir akdi özel bir şekle tâbi tutarlarsa bu iki ayrı amaca yönelebilir: Ya ispatı kolaylaştırmak; ya da geerçlilik şartı olabilir (14).

BK. m. 16/ I'e göre; tarafların kararlaştırdıkları şeklin ispatı mı, geçerlik şartı mı olduğu açıklanmamışsa bu şeklin geçerlik şekli olduğu bir karinedir. Eğer hal ve icaplarından ve özellikle tarafların sonraki hareketlerinden bu şekle uymadan evvel kendilerini bağlanmış saydıkları anlaşılabilirse bu karine bertaraf edilebilir (15).

IV- ŞEKLE AYKIRILIK VE MÜEYYİDESİ

A) *Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukuku Alanında*

1- **Kural (Butlan Müeyyidesi):**

BK. m. 11'de batıldır tabiri kullanılmamasına rağmen kanunun aradığı şekle (ve BK. m. 16'ya göre tarafların geçerlik şartı olarak ka-

(10) **Esener**, sh. 168.

(11) **Esener**, sh. 168; **Von Tuhr**, sh. 240.

(12) **Von Tuhr**, sh. 231.

(13) **Esener**, sh. 169.

(14) **Von Tuhr**, sh. 239.

(15) **Von Tuhr**, sh. 240.

rarlaştırdıkları şekle uygun olarak yapılmış işlemlere butlan müeyyidesi uygulanır. Bu hal BK. m. 20'nin dolayısıyla uygulandığı hallerden birisidir.

Doktrinde kanunun aradığı şekle uyulmadan yapılan hukuki işlemlerin yaptırımının mutlak butlan olduğu (16) ve burada kıyasen BK. m. 20 hükümlerinin uygulanacağı kabul olunur (17).

Şekil daha ziyade tarafların himayesi düşüncesiyle veya aleniyeti temin veya her iki gaye ile birlikte yahutta kamu menfaati düşüncesiyle öngörülmüş olabilir (18). Şekil şartının yaptırımının da bu gayelere uygun olarak türlü dereceden olması gerekir. Şekille kamu menfaatinin en sert ve katı bir biçimde takip edildiği işlemlere örnek olarak evlenme, ölüme bağlı tasarruflarla gayrimenkule ilişkin aynî hakların tesisi gösterilebilir.

Ne var ki, doktrinde diğer bir grup tarafından, resmi şekilde yapılmayan taşınmaz satım sözleşmelerinde (haricen satımda) kendine özgü bir hükümsüzlük olduğu ve mutlak butlan müeyyidesinin uygulanamayacağı, sözleşmenin iptal ile malûl olduğu kabul edilmektedir (19). Bu görüşün sonucu olarak satımın geçersizliğini sözleşmenin tarafları ve külli halefleri dışında kalan kişiler ileri süremeyecek, hakim de bu hususu re'sen nazara alamıyacaktır (20). Bunun dışında, sözleşmenin geçersizliği ileri sürülünceye dek geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır (21).

Oysa doktrinin diğer bir kısmınca ve Yargıtayca da benimsenen mutlak butlan karşısında; hakim butlanı re'sen gözönüne alacak;

(16) **Tekinay**, sh. 101; **Feyzioğlu**, BH. sh. 341; **Von Tuhr**, sh. 221 vd.

(17) **Oser, Fick, Funk, Birsen, Saymen**. 24.4.1944 İç. Bir. Kar. 1930-1947. S. 155 (:Gürül, sh. 169, DN: 88).

(18) **Güral**, sh. 171.

(19) **Gürsoy, Cansel, Eren**, sh. 510; **İmre**, sh. 322; **Akipekçj II**, sh. 106 vd.; **Doğanay, İsmail**: HGK. 9.6.1982 tarih ve E. 1979/15-1613, K. 1982/565 sayılı karara muhalefet şerhi. YKD. 1982, c. VIII, s. 10, sh. 1398. Aksi görüş: **Tekinay**, Eşya H.u, sh. 463 vd; **Tandoğan** sh. 194; BGB 51 II 570 vd; 78 II 226 vd. 85 II 565vd; (**Kılıçoğlu**, sh., 211).

(20) Buna karşılık Yargıtay aksi görüşte olup, şekil kuralının kamu düzeniyle ilgili olduğunu ve yargıç tarafından re'sen gözönüne alınması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Yarg. 11. HD. 17.2.1983, E. 1983/206, K. 1983/269 YKD. 1983, c. 9, s. 56 sh. 745; HGK. 9.6.1982. E. 1979/15-1613, K. 1982/565, ABD 1983-1, sh. 8. (**Kılıçoğlu**, sh. 211).

(21) **Kılıçoğlu**, sh. 211.

batıl bir tasarruf bir hakkı değiştirmeyeceği gibi, batıl bir akit de borç doğurmayacak, batıl işleme dayanan herkese karşı ve her zaman hükümsüzlüğü ileri sürülebilecektir (Meğer ki, halef hüsnüniyeti dolayısıyla himaye edilsin). Yine batıl işlem, ne muayyen bir zamanın geçmesi ne de butlan sebebinin bertaraf olması ile geçerli hale gelmiyecektir (22).

Kural olarak ifa dahi şekil noksanı nedeniyle batıl olan bir borç ilişkisini geçerli hale getirmez. Edada bulunan kimse, borcunun batıl olduğunu bilmeksizin edayı yerine getirirse (condictio indebiti hataen ifada bulunmasından dolayı istirdat davası BK. m. 63/62) veya borçlu olmadığını bilmesine rağmen diğer yanın da kendi edasını yerine getireceği fikri ile kendi edasını yerine getirmişse (condictio ob causam non secutam; karşılık edimin gerçekleşmemesinden yani ademi ifasından doğan istirdat davası, m. 62 II/61 II) bu edayı geri alabilecektir (23).

BK. m. 65'deki haksız ya da ahlâka (adaba) aykırı bir amacı sağlamak için verilen şeyin geri alınamayacağı kuralı da burada yürümez. Onun için de şekil eksikliği nedeniyle hükümsüz olan bir işlemin gereği olarak verilen şeyin iadesi gerekir (24).

Böyle olmakla beraber şekle aykırılığa bağlanan bu sonuçlar bazen hiç de tatmii edici olmamaktadır. Bazı somut olaylarda, verilen sözlerin bir şekil uğruna çignenebilmesi adalet duygularımızı sarsabilmektedir (25). Bu nedenle, şekle aykırılıkta butlan müeyyidesinin istisnası ya da (sınırı) olarak iki kurum karşımıza çıkarılmış bulunmaktadır: (Genel olarak tahvil) ve (özel olarak) hakkın kötüye kullanılması yasağı.

2- İstisna (şekle aykırılığı rağmen işlemin geçerliliği)

a) (Genel olarak) Tahvil:

Tahvil ya da çevirme hukuki işlemleri mümkün olduğu kadar butlandan kurtarmak için kullanılan bir hukuki yoldur. Şekle aykırılık sebebiyle batıl olan bir sözleşme bazen benzer amaç ve sonuçlara yönelmiş olan başka bir işlemin şartlarını içerir. Kanun bu sonuncu iş-

(22) Von Tuhr, sh. 228-241.

(23) Von Tuhr, sh. 232-333.

(24) Feyzioğlu, BH. sh. 341.

lemi ya herhangi bir şekle tabi tutmamış ya da batıl olan işlem için yeterli saymıştır. İşte böyle hallerde şekilsizlik sebebiyle batıl sayılan işleme, bu diğer işlemin hüküm ve sonuçlarını bağlamak mümkün olur. Buna tahvil veya çevirme deniyor. Zira yapılan şey, şekle aykırı düşen bir işlemi şartlarını karşıladığı diğer bir işleme çevirerek geçerli saymaktan ibarettir (26).

Böylece, yasanın bir geçerlik şartı olarak aradığı şekle uyulmadığı için bâtil sayılması gereken işlemi, hiç olmazsa o şeklin aranmadığı bir işleme çevirmek suretiyle o başka işlemin hükümlerine tabi tutabilmek, bir ölçüde tarafların irade açıklamalarındaki amacın gerçekleşmesine de hizmet etmek demektir (27).

Türk-İsviçre H.'unda tahvile dair açık bir hüküm yoktur. Oysa Alman MK. 140. paragrafında bunu açıkça kabul etmiş ve düzenlemiştir. Sözü edilen paragrafta şöyle deniyor: "Batıl bir hukuki işlem diğer bir hukuki işlemin şartlarını gerçekleştirmiş bulunuyorsa bu sonucusu geçerlidir; yeter ki tarafların, bu işlemin geçerli olmasını isteyecek oldukları kabul edilebilsin." (28). Diğer bir anlatımla, taraflar yaptıkları işlemin butlanını bilmiş olsalardı (şekil şartı gerçekleşmiş) diğer bir işlemi yapacakları anlaşılıyorsa bu geçerli işlem batıl hukuki işlem yerine geçecektir.

Böyle bir hüküm bizim kanunumuzda yer almamasına rağmen, tahvil müessesinin İsviçre-Türk Hukuku bakımından da kabul edilmesi gerektiği genellikle savunulan bir görüştür (29). İsviçre Federal Mahkemesi de çevirmeyi İsviçre H.'nun "yazılı olmayan genel bir ilkesi olarak nitelendirerek kabul etmiş bulunmaktadır (30).

Örneğin; Federal Mahkeme'ye göre, miras mukavelesi olarak düzenlenen senet (MK. 492. m.'deki şekil şartlarına uymamakla beraber), resmi bir vasiyetname için 479. m.'nin koyduğu şekil şartlarını karşılıyorsa resmi vasiyetnameye tahvil edilerek geçerli sayılır. Yine, Federal Mahkeme yazılı şekle bağlanmadığı için hükümsüz olan ala-

(25) **Tekinay**, sh. 101.

(26) **Tekinay**, sh. 105.

(27) **Feyzioğlu**, BH, sh. 342.

(28) **Tekinay**, sh. 105.

(29) **Von Tuhr**, S. 29, II, **Schwarz**, S. 39, II, 5; **Becker**, m. 11, no: 11; **Gnhl/ Merz/ Kummer**, S. 14, V, 4. s. 125-126 (**Tekinay**, sh. 105; **Feyzioğlu**, sh. 346).

(30) **Feyzioğlu**, Bh. sh. 346.

cağın temliki sözleşmesi, alacağı tahsil için temsil yetkisi verilmesi işlemine çevrilebileceğine karar vermiştir (31).

Bazı hukukçular ise burada yapılan işin bir tahvil değil, BK. m. 18/ I m. si çerçevesinde bir yorumdan ibaret bulunduğu fikrindedirler (32).

Türk Yargıtayı'na gelince, "çoğu isteyen azı da istemiş sayılır; çoğun içinde az da vardır" genel hukuk kurallarından esinlenerek ve hukuki işlemin çevrilmesini, işlemin geçerliği yararına (yorum ilkesiyle bir tutarak) çevirmeyi benimsemiştir (33).

b) (*Özel olarak Hakkın Kötüye Kullanılması* :

Kural olarak şekil noksanını ileri sürmek iyiniyete aykırı değildir ve hakkın kötüye kullanılması sayılmaz.

Ancak hukukun her alanında uygulama alanı bulan hakların kötüye kullanılmaması gerektiği ilkesi şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil eder. Bu sınırın nasıl tespit edileceği somut olayın özel hal ve şartlarına bağlı olarak ortaya çıkar (34).

Bununla birlikte bu konuda öğretide ve mahkeme kararlarında bazı genel ölçülerin tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bunlar arasında şekle aykırılık nedeniyle butlanı ileri süren tarafın şekle uyulması halinde korunmaya değer bir yararının bulunmaması, ya da şekil şartından o işlemin şekle bağlı tutuluşundaki amacın dışında yararlanılmak istenilmesi, şekle aykırılığı bizzat yaratan ve öneren kişi-

(31) BGE 93, II, 223 = jdt 1968, I, 363; BGE 77 161 = jdt 1952 I 105. (Tekinay, sh. 106).

(32) Olivier Cornaz, De la conversion des actes juridiques, Lausanne 1937, s. 80; Oser/Schönenberger, m. 11, no. 35 (Tekinay, sh. 106).

(33) Yargıtay'ın tahvil ile ilgili kararlarından bir kaç örnek: YİBK. 9.10.1946-6/12 kararında "Tapuda kayıtlı olmayan bir taşınmazın haricen satımını, gayrimenkulün satımı olarak bâtil olsa da, zilyetliğin devri vaadi olarak, yani işlemi buna çevirerek geçerli saymıştır. (RG. 20.6.1947-6637); YHGK, 26.6.1957-170/64 ve 10.2.1960-4-61/188 kararlarında -değişik gerekçelerle de olsa- Noterlikte düzenlenen (taşınmaz satım) sözleşmelerini, "taşınmaz satım vaadi" olarak yorumlamış ve geçerli saymıştır. (Fezyioğlu, sh. 346, DN: 611)

(34) "Şekil eksikliği savunmasının hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi ancak bu savunmanın özel hal ve şartlarından dolayı dürüstlüğe aykırı bulunmasına bağlıdır. "BGE 86 II 261; 68 II 236; 72 II 41; 78 II 227; 84 II 375 (Kaneti, sh. 49 vd.)

nin sonradan şekle aykırılık nedeniyle butlanını ileri sürmesi (35), tarafların şekle aykırılığı bildikleri halde istekleriyle sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeleri veya ifa hareketlerine girişmeleri gibi durumlar sayılmaktadır.

Bunlar ve benzer durumları, hakkın kötüye kullanılması konusundan sonra § 3.'de ayrıntılarıyla inceliyeceğimiz için burada daha fazla üzerinde durmuyoruz. Fakat hakkın kötüye kullanılması konusuna geçmeden önce, şekle aykırılık müeyyidesinin aile ve miras hukukundaki durumuna da kısaca değinmek isteriz.

B) *Aile ve Miras Hukuku Alanında :*

Borçlar Kanunu'muzun 11. m. / II. fıkrası; akdin, kanunun öngördüğü şekle uyulmaması halinde hükümsüz olduğunu bildirmektedir. Borçlar Kanunu'muzun bu kuralı daha ziyade BH. ve Ticaret Hukuku alanında uygulama görmektedir. Aile ve miras hukukunda başka prensipler yürürlüktedir.

Zira, aile hukukunda işlemlerin, ezcümle evlenme akdinin şekle uygun olmaması (evlendirme memuru huzurunda yapılmak şartıyla), hukuki işlemin (akdin) feshini gerektirmez (MK. m. 123) (36).

Ayrıca BH. alanında kabul edilen butlanın iptal davasını gerektirmeyeceği kuralı, evlenme akdinin butlanı durumunda söz konusu değildir. Yani, evlenme akdi (MK. 123/ 124.) maddeler gereği ancak hükme dek geçerli bir evlenmenin bütün hükümlerini doğuracaktır. Arsebük de evlatlık sözleşmesinin şekle uygun yapılmaması halinde bunun iptal davası ile iptal ettirelebileceğini, yani bir davanın gereğine işaret eder (37).

Miras hukukunda da örneğin; şekil noksanı ile sakat olan ölüme bağlı tasarruflar kendiliğinden batıl olmaz, dava üzerine iptal edilebilir (38).

(35) BGE 42 II 681; 46 II 93; 49 II 54; 64 II 289 (Kılıçoğlu, sh. 214).

(36) İnan, sh. 184; Esener, sh. 170; Buna karşılık Yargıtay bir kararında aksi yönde bir karar verecek kocanın ölümünden sonra mirasçılardan açılan dava sonucunda şekle uygun olmayan böyle bir evliliği geçersiz saymıştır. YHGK, 30.10.1975, E. 2-1065/ K. 2578 (Kararın eleştirisi için bkz. Suvarlı, sh. 57vd.)

(37) Güral, sh. 172.

(38) İnan, sh. 184.

Aile ve miras hukukunda butlan müeyyidesinin değişik bir biçim almasına karşın; bu alanlarda da hukukun genel ilkelerinden olan hakkın kötüye kullanılması yasağı ve uygun geldiği ölçüde tahvil müessesesinin uygulama alanı bulacağı aşikardır.

Kısacası kuralın istisnaları tüm hususlarda geçerliliğini korumaktadır.

§ 2. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

I- OBJEKTİF HÜSNÜNİYET VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

MK. m. 2: "Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifade hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir.

Bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suistimalini kanun himaye etmez" hükmünü taşır.

Böylece MK.'umuzun 2. m.'si bütün hukukumuz bakımından önem arzeden iki önemli kural koyar; birisi hakların kapsam ve içeriğinin sınırlarını çizen objektif hüsnüniyet; diğeri ise, hakların kötü kullanılmasının sonuçlarını gösteren ve bunun hukuk tarafından himaye edilmeyeceğini bildiren hakkın suistimalidir (1).

Bir şahıs hakkını kanun dairesinde kullanmış olmak, diğerrinin hakkına tecavüz etmemiş bulunmakla beraber; düşünölebilecek ideal bir şahıs gibi kullanması lâzımdır. Bu sebeptendir ki şahıs, esasında namuslu, dürüst bile olsa hakkını objektif olarak dikkate almak istediğimiz orta zekalı, dürüst ve sadakatle hareket eden ideal bir insan gibi gibi kullanılmalı ve borcunu yine böyle bir şahsın ifa edebileceği bir titizlik ve hassasiyetle yerine getirmelidir (2), Örneğin savaş çıktıktan sonra bir malın fiyatının çok yükselmesi halinde alıcının ifayı istemesi borçluyu iktisaden mahvedecektir. Bu durum önceden düşünölememiş bir durumdur. Eğer alıcı ifada ızzar ederse ideal bir şahıs gibi davranmamış olacaktır. Böyle olunca hakim anlaşmazlığa bakarken yanları uzlaştırmaya çalışacak, fakat bunda başarılı olamazsa akti bozmaya varacaktır.

(1) **Akipek**, sh. 145.

(2) **Birsen**, MH. sh. 88.

Görülüyor ki, objektif iyiniyet hâkimin görevini kolaylaştırıyor. Ona akti yorumlamak, hatta gerektiğinde bozmak yetkisini bile veriyor (3).

Hakkın kötüye kullanılması yasağına gelince; MK. m. 2/ II. fıkrası adeta I. fıkradaki objektif hüsnüniyetin bir örneği gibidir. Fakat, objektif hüsnüniyet kavramı ile hakkın kötüye kullanılması arasında farklar vardır (4).

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanun hukuku (kanun kuraları) ile gerçek hukuk (doğru ve adil hukuk) arasındaki çelişkiden doğar ve hukuki hayatta herkesin gerçek hukuka uygun davranması gereğine ve buna ilişkin toplum inancına dayanır. İsviçreli Prof. Merz'in dediği gibi şekli hukukta hakkı maddi adalet düşüncesi ve gerekleri sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir; burada gerçek hak korunur, şekli veya görünen hak korunmaz (5). Biz bu kavrama hukukun şekilciliğinin ortaya koyduğu sakıncaları gideren, sertliği yumuşatan bir kavram da diyebiliriz.

Objektif hüsnüniyet ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki farklar ise şöylece belirlenebilir:

MK. m. 2/ II. fıkra (yani h.k.k. yasağı) yalnız hakların kullanılmasında söz konusudur. Objektif hüsnüniyet ise, hakların ve borçların kullanılması ile ilgilidir. Uygulama alanı daha geniştir. İkinci olarak aynı fıkranın uygulanabilmesi için başkasına zarar vermiş olmak zardır. Halbuki objektif hüsnüniyet kaidelerine göre hareket etmiyerek yapılan bir fiil ve işlemde başkasına zarar verilmesi bile yaptırım işlemektedir. Örneğin; tehditle akit yapan zarar görmese bile feshetmeye yetkilidir (6).

MK. 2. m/ II. fıkrasının (hkk yasağının) uygulanabilmesi için kusurun aranmayacağı genellikle kabul edilen görüşdür (7). MK. 2. m. tümünden ele alındığında bu görüş isabetlidir. Zira sözü geçen mad-

(3) **Birsan**, MH., sh. 91 (Kanaatimizce, hakimin hkk yasağına dayanarak akti bozma yetkisi olduğuna göre, -şekle aykırılığın ileri sürülmesi hkk sayıldığı hallerde de aynı sebeple akti kurabilmeli, daha doğrusu akte sıhhat kazandırıp onun devamını sağlayabilmelidir, bu yetkisi olmalıdır.)

(4) **Berki**, sh. 28.

(5) **İmre**, sh. 304.

(6) **Berki**, sh. 29.

(7) **Berki**, sh. 29-30; **Birsan** sh. 94-95.

de objektif iyiniyetten bahsetmektedir. Bu hal ise şahsın kendi görüş ve düşüncesine bakılmayıp mesele (afakî) objektif olarak düşünülür. Bu yüzden burada bir hakkın istimal veya suistimal edildiği araştırılırken, hakkı kullananın içine, beslediği hisse, tek kelime ile kasdına veya kusuruna bakmaya gerek yoktur (8). Böylece, hakkın kötüye kullanımı için, zarar ve başkası için tehlikenin varlığı ve hakkın mücerret kullanılması yeterli görülmektedir (9).

Objektif iyiniyet şu bakımlardan da büyük önemi haizdir: a) Akitlerin yorumunda; b) Akitlerin zaman ve yere uydurulmasında; c) Kanundan doğan borçlarda şahsın hukuki sorumluluğunu tesbitte; d) Kanuni hilelere engel olmakta; e) Hakkın kötüye kullanılmasını tayinde önemlidir.

Tabiî burada bizim için konumuzla ilgili olarak sonuncusu yani, objektif hüsnüniyetin hakkın kötüye kullanılmasını tayin hususu, önemli olmaktadır (10).

II- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ GENEL OLARAK DAYANAKLARI

Hakkın suistimali prensibinin meydana gelişinde iki görüş vardır: A) Ferdietçi hukuk görüşü; B) Sosyal hukuk görüşü;

A) Ferdietçi hukuk görüşüne göre, kanun dairesinde hakkını kullanan kimse başkasına zarar veremez. Zira şahıs, kanunun kendisine tanıdığı yetkiyi kanun hükümlerine uygun olarak kullandığı sürece hakkını kullanıyor demektir. Kanunun sınırlarını tecavüz etmesi halinde ise artık ortada hak yoktur. Bundan dolayı hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemez.

B) Sosyal hukuk görüşü; hakkın suistimali sözkonusu olan yerlerde görüldüğü gibi şahsın bir hakkı mevcuttur. Fakat bu hak objektif iyiniyet kaidelerine aykırı olarak kullanılmaktadır. Bu görüşe göre; zarar mevcut bir hakkın kullanılması, hem de kanuna uygun kullanılması sonucu oluşmuştur. Fakat, kanun hükümlerine uygun bir kullanma, hakkın gayesine aykırı olması nedeniyle hakkın bir suistimali niteliğindedir (11).

(8) **Birsen**, MH., sh. 94-95.

(9) **Berki**, sh. 29.

(10) **Birsen**, MH. sh. 89.

(11) **Akipek**, sh. 145-148.

Bugünkü hukuk sistemlerinin bu konuda tek ortak yanı hakkın kötüye kullanımı yasağını (12), yani sosyal hukuk görüşünü benimsemeleridir. Buna karşılık dayarılan esaslar farklıdır.

Bu esas ve kıstaslar hakkında üç görüş vardır:

1- Hakkın suistimalini sübjektif bir esasa dayandıran görüş:

Hakkın kötüye kullanılmasını, başkasına ısrar niyetine ve ızzar kastına dayandırır. Bir hakkın kullanılmasıyla güdülen gayenin sadece başkasına zarar vermek maksadı olması halinde, hakkın kötüye kullanılması mevcuttur.

2- Hakkın Kötüye Kullanılmasını Objektif Bir Esasa Dayandıran Görüş:

Objektif görüş; "sübjektif görüş hakkın kötüye kullanılmasının kapsamını daraltır ve (kastın ızzar kastı olduğunu) ispat zorlukları da onun pratik önemini azaltır; demektir. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılmasının esasını hak sahibine yabancı olan haricî objektif esaslara dayandırmak gerekir, demektirler. Bu objektif esası yani, hakkın kötüye kullanılmasının kıstasını objektif hüsnüniyet kaidelerinde aramak gerekir. Bu genel bir kıstas niteliğini arzeder.

(İsviçre MK. hkk.'ni tanzimde bu objektif görüşten mülhem olmuştur. İsviçre MK. m. 2 "bir hakkın aşikâr suistimali hukuken himaye edilmez.")

3- Hakkın Kötüye Kullanılmasını Hem Sübjektif Hem de Objektif Esaslara Dayandıran Mutavassıt -orta- Görüş:

Bu görüşe göre hakkın kötüye kullanımından söz edebilmek için; (sübjektif kıstas) hakkın sadece başkasını ızzar kasdıyla kullanımı olması yeterli değildir. (Objektif bakımdan da), hakkın bu amaçtan başka bir amaçla kullanılması imkânının bulunmadığının da anlaşılması lâzımdır. Bu unsur başkasına zarar vermek amacıyla kullanılan hakkın, hak sahibine hiçbir menfaat temin etmemesi biçiminde belirir.

(Mutavassıt sistem Alman MK.'unca kabul edilmiştir: BGB 226: "Bir hakkın başkasına zarar vermektan başka gayesi olmadan kullanılmasına mesaj -izin- yoktur.") (13).

(12) Edis, sh. 318.

(13) Akipek, sh. 149-151.

III- ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI:

Hakların sadece kanunun dar kalıplarından başka bir sınır tanımadan kullanılmasına karşı hakkın suistimali adalet, hakkaniyet ve hayat zaruretlerinin bir reaksiyonunu teşkil eder. Bu itibarla en ferdiyetçi hukuk sistemine sahip memleketlerde bile örneğin Roma Hukuku'nda, örneğin Anglo-Amerikan hukukunda dahi hakkın suistimalinin izlerine tesadüf edilir (14).

Bununla birlikte Roma hukukunda, gerçekte bugünkü anlamıyla hakkın kötüye kullanılması yasağı yoktur. Ancak onu anımsatan izler söz konusudur. Şöyle ki; Roma hukukunda haksız davranışlara, aldatmaya (hileye) karşı bir dava hakkı ve ayrıca "exseptio doli generalis" adlı bir def'i hakkı, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı niteliği göstermemekle birlikte tanınmıştır. Bunun gibi, Roma hukukuna dayanan Müsterek hukukta ve daha sonraları Pandekt hukukunda da, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı kabul edilmiş bulunmuyordu.

İslâm ve eski Türk hukukunda da, hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkında genel bir kurala rastlanmamakla beraber, bu kavrama yer veren bazı hükümler görülmektedir (15).

Fransız MK. unda da bu konuda bir hüküm yoktur. Fakat Fransız doktrin ve mahkeme içtihatları, hakkın kötüye kullanılması teorisi ile bu husustaki prensip ve kuralı koymuşlardır. Fransa Yargıtayının içtihatları, bunu haksız fiillerden doğan hukuki mesuliyet esaslarına (Fr. MK. m. 1382—1383 hükümlerine) dayandırmışlardır. Oysa, hakkın kötüye kullanılması kavramı haksız fiilden farklıdır. Fakat Fransız içtihatları kanuni dayanak olarak ancak bunu bulabilmişlerdir (16). Bununla birlikte Fr. MK.'nu canlılığını muhafaza edecek bir surette tefsir etmesini bilen Fransız hâkimleri hayat zaruretlerinden doğan bu prensibi de Fransız hukukunun kapsamına alarak, bu konuda Fransız hukukunu çok ileri bir düzeye götürmeyi başarmışlardır (17).

Hakkın suistimali ilk olarak mevzuata Alman MK.'nun 226. maddesiyle girmiştir. Bununla birlikte ona kapsamlı bir prensip niteliğini

(14) **Akipek**, sh. 148.

(15) **İmre**, sh. 304.

(16) **İmre**, sh. 305;

(17) **İmre**, sh. 305; **Akipek**, sh. 148.

veren İsviçre ve dolayısıyla Türk MK.'nin 2. m.'sinin II. fıkrası olmuştur (18).

Alman MK. 226. m.'sinde hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir; fakat burada konan kural elverişsizdir, hukuken tatmin edici değildir. Şikan maddesi veya şikan yasağı adı verilen buradaki kanun kuralına göre, bir hak sırf başkasını zarara sokmak için ve bu amaçla kullanılsa, bu caiz değildir. Bu kanun kuralı çok dar çevreli yazılmış olduğundan ve bu konuda "başkasını zarara sokmak kasdı" (sübjektif bir şart) arandığından ve bunun ispatı da, imkânsız değilse de, çok güç olduğundan, bunun uygulanması mümkün olmamaktadır. Bu sebeptendir ki, Alman mahkemeleri, bu maddeden çok, doğruluk veya iyiniyet prensibine, ahlâk, örf ve âdet gereklerine dayanmak suretiyle, bunlara aykırı davranışları, genel nitelikte "hakkın kabule şayan olmayan kullanılması def'i" ile korunmuşlardır (19).

1942 tarihli İtalyan MK.'unda ise, hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkında genel bir hüküm yoktur. Yalnız gayrimenkul mülkiyeti hakkının başkasını zarara sokmak amacı ile kullanılmasının caiz olmadığı hakkında bir madde (833. m) vardır. 1941 tarihli Yunan MK'unda da, bu hususta bir madde (281. m.) konmuştur.

Sovyet Rusya hukukunda ise, hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakların toplum menfaatlerine aykırı kullanılamayacağı şekline bürünmüştür. (1964 tarihli Sovyet Sosyalist Federal Cumhuriyeti MK. m. 5) (20).

IV- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA DÜZENLENME ŞEKLİ

A) *Türk Medeni Kanunun'da Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Dayandığı Esaslar :*

Daha önce de belirttiğimiz üzere MK. m. 2/ II'ye göre; "bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suistimalini kanun himaye etmez."

İsviçre MK. m. 2/ II'de ise; "hakkın aşikâr suistimalinin kanun tarafından himaye edilemeyeceğinden bahseder." Bu hükmü ile İsviçre MK. hakkın kötüye kullanılmasını objektif bir kıstasa dayandırır(21).

(18) **Akipek**, sh. 149.

(19) **İmre**, sh. 305;

(20) **İmre**, sh. 305; DN: 7.

(21) **Akipek**, sh. 152;

Türk hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı ferdiyetçi görüşten değil, hakkın sosyal bir işlevi bulunduğu ve hakların sosyal amacının ihlâl edilmemesi gerektiği görüşünden mülhemdir (22).

Ancak; Türk MK'nun hakkın kötüye kullanılmasını dayandırdığı esaslara gelince, objektif bir kıstasa mı, yoksa sübjektif bir kıstasa mı dayandırdığı doktrinde tartışmalıdır. Bu husus maddeye geniş veya dar bir içerik verilmesi bakımından da önemlidir (23).

1- Sübjektif Bir Esasa Dayandıranlar:

Maddenin sübjektif bir kıstasa dayandığının kabulü, zarar kastının aranmasını gerektirecektir. Hak sahibinin başkasını ızzar kastı olmayan veya mevcudiyeti ispat edilemeyen hallerde ise hakkın kullanılması hüsnüniyete kaidelerine ne denli aykırı olursa olsun hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemeyecektir.

Bu fikri ilk müdafaa eden Ord. Prof. Esat Arsebük'e göre; "hakkın istimalinde sırf ızzar kastından başka bir saik bulunmamalıdır. Bizde, hakkın kötüye kullanılmasının ölçüsü ızzar kastından ibarettir.

2- Mutavassıt Bir Esasa Dayandıranlar:

Ord. Prof. Ferit H. Saymen ise, MK.'umuzdaki hakkın kötüye kullanılması prensibinin mutavassıt bir esasa göre düzenlendiği fikrindedir. Profesör'e göre; "Türk hukuk sistemi ne Alman sistemi kadar dar ve sübjektif ne de İsviçre sistemi kadar geniş ve objektiftir. Kanunumuz bu iki sistemi meczetmiş ve mutavassıt bir sistem yaratmıştır"

3- Objektif Bir Esasa Dayandıranlar:

Hakkın kötüye kullanılması yasağını Türk hukukunda sübjektif bir esasa dayandırmak kanunun ruhuna aykırı olur. Bu kıstas hakkın kötüye kullanılmasının tatbik alanını daraltır (24). Diğer yandan ızzar kastının olmaması hakkın objektif hüsnüniyete aykırı bir şekilde kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesine engel olur.

(22) Edis, sh. 317.

(23) Akipek, sh. 152.

(24) Aynı görüş; Hıfzı V. Velidedeoğlu, Türk M.H., İstanbul, 1953 sh. 342 (Akipek, sh. 153;)

MK.'nun düzenleme biçiminin mutavassıt (orta = aracı) bir esasa dayandığı da kabul edilemez. Zira, bu başkasına zarar vermek kastı olmaksızın bir hakkın objektif hüsnüniyete aykırı olan kullanılışının hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesine engel olur. Çünkü her hakkın kötüye kullanılmasının objektif hüsnüniyete aykırı olduğunu söylemek zorunluluğu vardır (25).

Bu sebeplerle maddenin lafzı ne olursa olsun gai (amaçsal) yorum metoduyla yani maddenin gayesine ve ruhuna uygun olarak açıklamak ve uygulamak gerekir. Maddenin bu yoldan yorumu ise "sırf gayrı ızzar" ibaresine rağmen maddenin tamamiyle objektif bir esası olduğunu gösterir. Bundan dolayı maddeyi; hakkın âşikar surette objektif hüsnüniyete aykırı olan istimalinin, hakkın kötüye kullanılması demek olacağı şeklinde anlamalıdır (26). Doktrinde hakim olan görüş de budur (27).

Edis'e göre de; kanun koyucunun MK. m. 2'de "sırf gayrı ızzar eden hakkın suistimali" deyimini kullanması farklı bir sistemi benimsediği şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu, muhtemelen çeviri sırasında farkında olmaksızın, bilinçsiz yapılmıştır. Bu nedenle İsviçre'deki kaynak metne uygun olarak objektif esas benimsenmelidir. Nitekim hakim görüşe göre ve bu görüşün dayanakları olarak ileri sürülmüş gerekçeler objektif görüşün hukuk sistemimize uygun olduğunu göstermektedir (28).

Ne var ki, bu sistemde de hangi objektif kıstasın benimseneceği tartışma konusu olmaktadır. Nihaî ölçünün doğruluk ve güven kuralı olduğu kabul edilirse esasen başkalarınca objektif olarak kabul edilen esasları da kapsadığı için tartışma somut bir sonuca ulaşmış olur (29).

Örneğin; hakkın başkasına zarar vermek amacıyla kullanılması doğruluk ve dürüstlük kaidelerine aykırı olması itibariyle bu kıstasın kapsamına girdiği gibi, hakkın hak sahibine gerek hiçbir menfaat sağlamaması veya çok az bir menfaat sağlamasına karşın başkalarının

(25) Schwarz, MH.'a başlangıç, İst. 1942, sh. 196 (Akipek, sh. 153;)

(26) Akipek, sh. 153;

(27) Schwarz; Hüseyin Avni Göktürk; Hıfzı V. Velidedeoğlu, sh. 342; Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, MH. Sahsın H., Aile H., Ankara 1958, sh. 176 (Akipek, sh. 153); Arık, Türk Mh.'u Ank. 1963, sh. 35; Özsunay, sh. 325 (Edis, sh. 321, DN: 8).

(28) Edis, sh. 319.

(29) Edis, sh. 321.

hukuken himaye edilen önemli menfaatlerini helaldar etmesi de yine objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı olduğundan hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder.

Zira haklar şahıslara muayyen menfaatlerin gerçekleşmesini, sağlamak zımında bahşedilmiştir. Şahsın hukuken himaye edilen bir menfaati olmaksızın hakkını kullanması ve bunun sonucunda bir diğerinin menfaatini hâleldar etmesi hukuken himaye edilmez. Aynı gerekçe ile hakkın gayesine aykırı kullanılması da onun suistimali niteliğindedir.

Görüldüğü gibi hakkın kötüye kullanılması MK'unda çok genel bir kıstasa dayanarak düzenlenmiştir. Bu ana hatlarıyla; 1- Hakkın esas amacına aykırı bir şekilde kullanılması veya 2- Meşru bir menfaat olmaksızın kullanımınıdır. Bu genel kıstası her özel olaya uygulayıp hakkın kötüye kullanımının varlığına veya yokluğuna hükmedecek olan hakimdir (30).

Temyiz mahkememizin de "sübjektif bir hakkın objektif hüsnüniyete aykırı olarak dermeyanı hakkın kötüye kullanılması niteliğini alır demek suretiyle maddeyi objektif bir kıstasa dayandırdığını belirtmeliyiz (31).

B) Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının (Uygulanma Şartları) Unsurları :

Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımının uygulanabilmesi için bir olguda hakkın kötüye kullanılmış olması gerekir. Bunun için de şu kıstasların hepsi gerçekleşmelidir:

1- Kanunen Tanınmış bir Hakkın Kullanılması:

Bir şahsın hukuken haiz olmadığı bir hakkı, kendisine bahşedilmemiş olan yetkileri kullanmaya kalkması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenemez. Bu takdirde, hukuka aykırı bir fiil BK. 41. m. vd. anlamında bir haksız fiil mevcuttur. Hakkın kötüye kullanılması ile haksız fiil arasındaki fark da zaten bunda mündemiçtir.

(30) **Akipek**, sh. 154.

(31) HUH 22.1.1958, 1-7, Tatbikatta Yargıtay Kararları, 1958, sayı: 96 (**Akipek**, sh. 153.)

2- **Hakkın Aşikâr Bir Biçimde Objektif Hüsünüyet Kaidelerine Aykırı Olarak Kullanılması:**

Hakkın objektif hüsünüyet kaidelerine aykırı kullanılması şarttır. Bu genel bir kıstas olduğundan bunun içine; hakkın hukuken himayeye layık bir menfaatin temini maksadı olmaksızın kullanılması girdiği kadar, hakkın toplumsal fonksiyonundan saptırılması da girer.

Diğer taraftan objektif hüsünüyet kaidelerine aykırılığın aşikâr, bariz olması icabeder. Suistimalin aşikâr olup olmadığını takdir yine hakime düşen bir mükellefiyettir (132).

3- **Hakkın Objektif Hüsünüyet Kaidelerine Aykırı Olarak Kullanılmasından Başkaları Zarar Görmüş Olmalı Veya Zarar Görmek Tehlikesine Maruz Bulunmalıdır:**

Zararlı neticenin meydana gelmesinin gerekli bir unsur olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı hukukçulara göre zararlı neticenin meydana gelmesi şart değildir (33).

Fakat; kanaatimizce, bir kısım hukukçuların da (34) katıldığı görüşe göre, hakkın objektif hüsünüyet kaidelerine aykırı olarak kullanılmasından başkaları için veya zarar veya zarar tehlikesi meydana gelmelidir.

Bununla birlikte, eğer hak sahibi hakkını o tarzda kullanmakla korunmaya değer ciddi bir menfaat sağlamakta ise, bu kullanıştan başkası zarar görüyor olsa bile hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemeyecektir.

Diğer bir olasılık da şudur: Hakkın kullanılması, hak sahibine az da olsa bir menfaat sağlamakta (veya az bir zarar vermekte); fakat başkasının bu yüzden uğradığı zarar daha çok, daha ağır bulunmakta ise, yine de hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilecek midir?

Burada amacına göre kullanılıp kullanılmadığına bakılacaktır. herhalde hak sahibinin sağlıyacağı cüz'i menfaat uğruna, başkasını büyük bir zarara uğratmasına izin vermemek, daha doğru olacaktır. Çünkü ancak bu sayede haklar sosyal gayelerine uygun bir biçimde kullanılmış olabilirler (15).

(32) **Akipek**, sh. 155-156.

(33) **Josserand, Egger**, Ayrıca bkz. **Topçuoğlu**, H. sh. 234 (**Akipek**, sh. 157:

(34) **Akipek**, sh. 157; **Oğuzdağ**, sh. 158-159;

(35) **Feyzioğlu**, Sempozyum. sh. 158-159.

Zarar veya zarar tehlikesinin zaruri bir unsur olduğu bizim fikramızdan da açık olarak anlaşılmaktadır. Maddedeki "sırf gayri ızrar eden" ibaresi, kanunun hakkın kötüye kullanılması için zararlı bir neticenin varlığını şart koşmak istediğini de gösterir.

Zaten hakkın kötüye kullanılmasını, kanuna karşı hileden ayıran kıstaslardan birisi de budur. Kanuna karşı hilede bir şahsın zarar görmesi şart değildir. Belki de bu şekilde ancak hukuk kaidelerinin otoritesi sarsılmıştır (36).

C) *Hakkın Kötüye Kullanılmasının Sonuç ve Müeyyideleri :*

MK. m 2/ I. f.'da kanunun ve hukuki işlemlerin yorumlanması, boşluklarının doldurulması konularında da güven ilkesini işler duruma getirme amacı güdülmüştür. Buna karşın MK. m.2/ II. f'da bundan başka ayrıca kanunu düzeltme işlevi de söz konusudur (37).

Bununla birlikte hakkın kötüye kullanılması yasağı ikinci derecede (talî) bir yoldur. Kanunun doğrudan doğruya uygulanması mümkün ise veya kanun boşluğu mevcut olduğundan MK. m. 1 f. 1'deki hukuk yaratma ödevinin yerine getirilmesi mümkün ise hakkın kötüye kullanılması kavramına başvurmak gerekli değildir.

Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin MK. m. 2'nin uygulanması bakımından hakimin durumu, MK. m. 1'deki gibidir. Kural olarak, hukuk kuralını yargıç kendisi bulup uygulamak zorunda olduğuna göre, MK. m. 2 f. 2'nin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini gözönünde tutmak suretiyle hakkın kötüye kullanılması yasağını kendiliğinden uygulamalıdır. Bununla birlikte, hakim, hakkın kötüye kullanımını yasağına ilişkin kuralın tâli bir kural olduğunu, tamamlayıcı ve düzeltici bir fonksiyonunun bulunduğunu gözden kaçırmamalıdır.

Müeyyide konusuna gelince; MK. hakkın kötüye kullanılmasını düzenlerken, önce genel nitelikte bir müeyyide öngörmüştür. Buna göre hakkın açıkça kötüye kullanımı, kanun tarafından korunmamaktadır. Bunun anlamı, hakkın kötüye kullanımı halinde hak sahibinin elde etmek istediği yararı elde etmeyeceğdir (38).

O halde hakkın kötüye kullanılması halinde uygulanacak müeyyideler şunlar olacaktır:

(36) **Akipek**, sh. 157.

(37) **Edis**, sh. 323.

(38) **Edis**, sh. 322-323.

1- Özel Müeyyide:

Kanun; biraz önce bahsettiğimiz genel müeyyide yanında, özellikle aile hukukundan doğan bazı hakların suistimalinin müeyyidesini özel bir biçimde düzenlemiştir. Örneğin; velâyet hakkının ağır suistimalinin müeyyidesi, velayetin ana ve babadan alınmasıdır (MK. m. 274). Yine vasilikten azil (MK. m. 427) böyledir.

Hakkın kötüye kullanılmasının müeyyidesi en etraflı mülkiyet hakkında düzenlenmiştir (MK. m. 656) (39).

2- Genel Müeyyidenin Somutlaştırılması:

Kanun hakkın kötüye kullanılmasını genel olarak müeyyideye bağlamakla birlikte, bu müeyyidenin uygulanışını somut olarak (yukarıdaki gibi özel ve istisnai durumlar dışında) belirtmemiştir (40).

Bu nedenle MK. m. 656'dan da yararlanarak olayın ve hakkın bünyesine ve kötüye kullanılış biçimine uygun düşecek şu müeyyideler tatbik edilebilir:

a) *Durdurma ve Önleme (Men ve İctihap) Davaları Açılabilir :*

Örneğin; henüz başlamış şikan duvarının inşası durdurulur veya zarar giderici seviyeye indirilir.

b) *Eski Hale Getirme İstenebilir :*

Örneğin; hakkın kötüye kullanılmasının ürünü olan şikan duvarı yıktırılır.

c) *Zararın Tazmini İstenebilir :*

Buradaki zararın, mutlaka haksız fiil zararı şeklinde düşünülmesi doğru değildir. Haksız fiilden söz edebilmek için kusurun -zarar verme kastının- bulunması şarttır; oysa kanunumuzda (sırf gayrı ızzarar kastı) değil (sırf gayrı ızzarar) hali aranmaktadır (41); kaldı ki, Türk doktrini ve içtihatlarında baskın eğilim, İsviçre MK. m. 2/ II'ye nazaran daha daraltılmış bir deyimle ifade edilmiş bulunan Türk MK. m. 2/ II hükmünü Alman MK. m. 226'daki şikan yasağı gibi ızzarar kastına bağlamak yerine kaynak İsviçre MK. m. 2/ II'deki gibi

(39) **Akipek**, sh. 157.

(40) Çünkü, hakkın kötüye kullanılması yasağı genel bir hukuk ilkesi niteliğindedir.

(41) **Feyzioğlu**, Sempozyum, sh. 186;

objektif bir değerlendirme ölçüsüyle (aşikâr bir kötüye kullanma) ile yetinme ve yorumlamak biçimindedir (42).

d) *Tespit Davası Açma Hakkı Tanınabilir* (43).

e) Kötüye kullanıldığı için dikkate alınmayan o davranış ya da işlem yerine göre feshedilir, yerine göre geçerli bir işlem olarak ifasına geçilir (44).

3- Müeyyidelerin Uygulanışı:

Nihayet hakkın kötüye kullanılması hususu, bir def'i (ya da itiraz) şeklinde karşı tarafça ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından kendiliğinden (re'sen) de dikkate alınarak uygulanabilir (45).

Özellikle, genel müeyyideler şahsın davası ya da davalı durumunda bulunduğu hallerde önem arzeder.

a) Eğer hakkını kötüye kullanan davalı ise, davacının iddiasının zamanaşımına uğradığı, hak düşümüyle ortadan kalktığı, şekil noksanı dolayısıyla hükümsüz kaldığına ilişkin def'i ve itirazları nazara alınmayacaktır. Örneğin; bir hukuki muamelenin şekle uygun yapılmamasına kendi fiiliyle sebebiyet veren davalının, sonradan şekilsizliğe dayanarak bunun butlanını talep etmesi de nazarı itibara alınmaz.

b) Hakkını kötüye kullanan davacı ise, hakkını objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak kullanmış olması davasının reddi için bir sebep teşkil edecektir. Örneğin; "şekle uygun olmamasına rağmen bir akit tamamen icra edildikten sonra şekil noksanı sebebiyle iptalini istemek bir hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğinden (46) davacının hükümsüzlük iddiası kabul edilmeyecektir.

(42) **İmre**, sh. 286 (**Feyzioğlu**, sh. 186).

(43) **Edis**, sh. 324.

(44) **Feyzioğlu**, Sempozyum, sh. 186.

(45) BGE 79 II 401; "İMK. m., kamu yararı düşüncesiyle konulmuştur. Bu nedenle de her safhada re'sen nazara alınır."

BGE 86 II 231; "Bir sözleşmenin şekle aykırı olarak yapıldığı iddiasını, hakim hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, nazara almaz. Hakim bu hususu görevinden ötürü nazara alacaktır. Şu kadar ki, bu konuda hâkim katı kurallarla bağlı olmayıp mevcut bütün şartlara göre değerlendirme yapacaktır." (**Feyzioğlu**, sh. 187, Sempozyum).

"Hakların objektif hüsnüniyete uygun kullanılmasını etkili bir surette temin için hakim bunu re'sen nazara almahdır." HUH. 17.1.1951, 1/274-151, **Senai Olgaç**, sh. 21 (**Akipek**, sh. 162).

(46) I. Huk. 14.12.1957, Ad. Derg. 1958. Sayı: 3-4, sh. 275 (**Akipek**, sh. 61).

4- Hakkın Kötüye Kullanıldığı Başlıca Durumlar:

Hakkın kötüye kullanıldığı durumları şöylece sıralamak mümkündür:

- a) Hakkın kullanılmasında yarar (meşru menfaat) yokluğu (47);
- b) Haklardan sosyal amaçları dışında yararlanılmak istenilmesi;
- c) Hakların güven prensibine aykırı iddialara konu yapılması;
- d) Bir muvafakattan (ya da izinden) haklı neden olmaksızın kaçınmak (48);
- e) Yararlar arasında aşırı oransızlık bulunması;
- f) Hakkın karşı tarafı esirgeyici biçimde kullanılmaması;
- g) Kötü (hukukça meşru olmayan bir duruma dayanılarak) kazanılmış durumun veya hakkın ileri sürülmesi;
- h) Hakkı kullananın davranışında çelişkili olması (49);
- ı) Şekil sakatlığının caiz olmayan biçimde ileri sürülmesi (50); hallerinde hakkın kötüye kullanılması vardır.

Biz bunlardan, konumuzun en baştan akışına uygun olarak sonuncu (şekil sakatlığının -noksanlığının- caiz olmayan biçimde ileri sürülmesi) hali ele alıp inceleyeceğiz.

§ 3. ŞEKLE AYKIRILIĞIN CAİZ OLMAYAN BİÇİMDE İLERİ SÜRÜLMESİ

Şekil noksanı ile sakat işlem kural olarak batıldır ve bu hükümsüzlüğü ileri sürmek ne iyiniyet ne de ahlâk kurallarına aykırı bir davranış sayılmaz.

Fakat, öyle bazı durumlar olabilir ki, geçersizliğin ileri sürülmesi dürüstlük kuralları ile toplumun vicdanî ve adalet anlayışını büyük ölçüde incitir. Böyle hallerde sonuç ya artık hukuki istikrâr kazanmıştır veya şekille güdülen amaç ortadan kalkmıştır, yahut da karşı tarafın hukuka aykırı bir tutumu (örn. hile vs.) vardır.

(47) **İmre**, sh. 314; **Edis**, sh. 324;

(48) **Feyzioğlu**, Sempozyum, sh. 174-180.

(49) **Edis**, sh. 324-338;

(50) **Edis**, sh. 324-338; **Feyzioğlu**, sh. 181; **İmre**, sh. 321.

İşte bütün bu ve benzer hallerde artık şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılarak işlem geçerliymiş gibi korunacaktır.

Koruma; şekle aykırılığın ileri sürüldüğü, sözleşmenin çeşitli aşamalarında gözlenebilir. Bunlar:

- A) İfadan önce,
- B) İfa hareketlerine girişilmesi halinde,
- C) İfadan sonra, olabilir.

I- ŞEKLE AYKIRILIKTA BUTLAN MÜEYYİDESİNİN SINIRI OLARAK HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI SAYILAN HALLER

A) *İfadan Önce*

1- **Şekil Noksanı İle Sakat İşlemin "Gereğini Yerine Getirme Hakkı" Vermemesi:**

Şekil noksanı ile sakat bir hukuki işlemde, taraflar için, onun gereğinin yerine getirilmesini isteme (ifa talebi) hakkı doğmaz. Çünkü sözleşme henüz yerine getirilmediği sürece, şekil noksanı mutlak etkisini gösterir. Bu safhada şekil noksanı sebebiyle geçersizliğin ileri sürülmesi, ilke olarak, ne sözleşmeye, ne de ahlâka aykırıdır (1).MK. m. 2. dahi, şekil noksanlığının giderilmesi için bir çare değildir. Bu halde şekil noksanı sebebiyle geçersiz bir sözleşme hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılarak geçerli bir sözleşmeye dönüştürülemez. Aksi halde, bu, şekle ilişkin olaark yasada öngörölmüş kuralların bertaraf edilmesi anlamına gelirdi.

Konuya bu açıdan yaklaşınca, henüz gereği yerine getirilmemiş sözleşmenin şeklen sakat olduğunun ileri sürülmesi ile birlikte ileri sürülüş nedenlerinin haklı olup olmadığının ispatı zorunluluğu da yoktur. Yine sözleşme kapsamının bilinip bilinmemesinin önemi de yoktur; sözleşme kapsamının taraflarca istenip istenmemesi, şekil sakatlığı nedeniyle geçersizliği etkilemez (2). Hâkim görüşe göre satıcı için daha yüksek bedelle satabilme olanağı bile, henüz gereği yerine getirilmemiş satımda şekil sakatlığı nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesine yeterlidir ve meşru bir sebep olarak kabul edilir.

(1) Edis, sh. 345; Feyzioğlu, sh. 308; JT, 1933 I 366 (Reisoğlu, sh. 38); Eren, sh. 313.

2- Şekil Noksanı İle Sakat İşlemin Yerine Getirilmemesinden Doğan Zararın Tazmininin İstenememesi:

Şekil sakatlığı sözleşme gereğinin yerine getirilmesinden önce mutlak etkisini göstereceğinden, şekil sakatlığının ileri sürülmesi sadece edimin yerine getirilmesi talebini red bakımından değil; fakat, sözleşme gereğinin yerine getirilmemiş olmasından doğan zarar-zıyan tazmini istemleri bakımından da hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez (3).

Gerçekten şekil noksanı nedeniyle sakatlığı ileri sürüp edimi yerine getirme istemini haklı olarak red edebilen kimse, şüphesiz, zarar-zıyan tazminatı ödenmesi yolundaki istemleri de aynı sebeplerden ötürü haydi haydi (= a fortiori = evleviyetle) reddedebilecektir. Şekil sakatlığı, ilgili olduğu hukuki işlemin öngördüğü cezaî şartın ödenmesi istemlerine karşı da yeterli ve meşru bir sebep olarak ileri sürülebilir.

3- Şekle Uyulmamasına Kusur Veya Hile İle Sebebiyet Verme Hali:

Sözleşme gereğinin yerine getirilmesinden önce şekil sakatlığının mutlak etkisi dolayısıyla ortaya çıkan ve yukarıda (2'de) değindiğimiz sonuçlar, şüphesiz şekil sakatlığını ileri sürenin gerekli şekle uyulmaksızın sözleşme yapılmasına kusuru ile veya özellikle hilesi ile sebebiyet vermemiş olması hallerinde olağandır (4).

Şekle aykırılığa hilesi ya da kusuruyla sebep olan tarafın hileyi ileri sürmesi halinde, bugün artık hakkın kötüye kullanılması olgusu gerçekleşeceği (5) kabul edilmektedir.

Oysa, eski doktrin ve içtihatlarla göre butlan iddiası hakkın kötüye kullanılması sayılsa bile şekilsizlik sebebiyle batıl işlem geçerlilik kazanmış olmaz; sadece butlana dayanan taraf BK. m. 41 / II'ye göre tazminat ödemek zorunda kalabilir (6).

(2) İsviçre Federal Mahkemesi, ifadan önceki safhada şekil noksanı nedeniyle sakatlık itirazını bu görüş açısından değerlendirmiştir. Örnek olarak bkz. jdt 1964 I 568-BGE 90 (1964) II 86 vd; jdt 1919 I 368 vd. (Edis, sh. 345).

(3) Edis, sh. 345.

(4) Edis, sh. 346.

(5) Yıldız, sh. 126; Eren, sh. 316; Kılıçoğlu, sh. 220; Acemoğlu, sh. 151; Tekinay, sh. 104, Oğuzman, sh. 251; Feder, Mah. de iki halde hkk. vardır diyor: 1-Taraf-ların rıza ile edimleri ifası, 2-Hileli davranışla şekil eksikliğine sebebiyet: jdt. 1964 I 568; jdt. 1962 I 301 (Reisoğlu, sh. 38).

(6) Bkz. Fed. Mah.'nin şu kararları: BGE 68 II 229 = jdt 1943 I 70 (Tekinay, 104).

Yargıtay'ımızın bu doğrultudaki eski kararlarına örnek olarak şu kararı verebiliriz:

“Taraflar arasında şekil şartı gerçekleşmiş bir gayrimenkul satışı veya vaadi bulunmamakla beraber, verdiği ilanlarla kuracağı şehirde isteyenlere parsel vereceği hakkında halk üzerinde kesin kanaat uyardırılmış olan ve adı anlaşma şartlarına dayanarak diğer yana yükletilmesi mümkün olan bir hareket olmaksızın gayrimenkulü satmaktan ve temlikten kaçınanın bu hareketi BK. m. 41 / II uyarınca istekle işlenmiş ahlâka aykırı fiil olur ve eğer bu kaçınmadan bir zarar doğmuşsa söz konusu zararı tazmin ile mükellef tutulması gerekir.” (7).

Sayın Edis de; “hile kullanan veya kusurlu olanın şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemekle beraber, MK. m. 2 / II ile bağlı olmaksızın, ayrı bir hukukî sebepten (BK. m. 41 / I ve II uyarınca) sorumlu tutulması mümkün. Hatta bu kimsenin culpa in contrahendo (sözleşme öncesi kusur sebebiyle sorumluluk) ilkesi uyarınca bir müeyyideye maruz kalması söz konusu edilebilir. Diğer yanın (sözleşmenin ifa edileceği yolundaki) haklı beklemececi sonucu uğradığı menfî zarar istenebilir (8).” demektedir.

Eğer hile veya kusur halinde; bu yazarların dediği gibi, sadece sadece işlem bâtil sayılarak menfî tazminat yoluna gidilseydi, bu çözüm yolu iyiniyetli diğer yan açısından yetersiz kalacaktı. Ayrıca olayda dürüstlük kuralına uymamakla kalmayıp kusuruyla şekle uyulmamasına sebebiyet veren de, yeterli müeyyideyle karşılanmıyacaktı. Örneğin; butlan kararı alınmasına rağmen taraflardan biri -özellikle hile yapan- piyasa hareketleri sonucu haksız kazançlar elde etmiş olabilecektir (9).

İşte menfaatler dengesini sağlamak için ve ayrıca hile veya kusurlu davranan kimsenin hareketleri hakkın kötüye kullanılması kavramına da gireceğinden, bu davranışlarının sonucunu hakkın kötüye kullanılması kavramının yasağı ile müeyyidelendirerek sözleşmeyi geçerli saymak kanaatimizce de daha uygun olacaktır.

Burada iyiniyetli tarafı korumak için, bu tarafa BK. m. 158 ve Yargıtay'ın bir kararından esinlenerek (10) seçimlik bir hak tanımak da düşünülebilir.

(7) **İnan**, sh. 185.

(8) **Edis**, sh. 346; Aynı doğrultuda: **Esener**, BH, sh. 169-170; **İnan**, 185; **Becker**, m. 11, s. 61; **Von Tuhr**, sh. 245 (**Türker**, sh. 258).

(9) **Yıldız**, sh. 126.

Yani; ya iyiniyetli taraf (hile veya kusur halinde) BK. m. 41'e dayanarak (menfi) zararını tazmin ettirecek ve akit hükümsüz kalacak; yahutta hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürdüğünde sözleşme geçerliliğini (etkisini) sürdürecektir.

Böylece; BK. 41. m. ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, çözüm yolları birleştirilmiş olacaktır.

"...Sözleşmeden doğan istemleri şekil noksanı yüzünden engellenenin dürüstlük (objektif iyiniyet) kurallarına aykırı düştüğü her yerde bu itiraza (hakkın caiz olmayan surette kullanılması itirazına) izin vermek gerekir. Ne var ki, burada şart şudur:

Taraflara batıl sözleşmede sağlanan hukuki himaye -yani sebepsiz zenginleşme ve zararın tazmini talepleri- yeterli olmamalı, batıl sözleşmeye uygun düşen ifa durumundan karşı tarafın kaçınması ya da bu durumun karşı tarafça bertaraf edilmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz olmalıdır", diyen Sungurbey de benzer bir çözümü benimsemektedir.

Fakat; bizim, iyiniyetli yana tanınan seçimlik hak önerimiz yerine Sungurbey, iki kademeli şarta bağlı bir çözüm benimsemektedir.

Birincisi; hakkın kötüye kullanıldığının ileri sürülebilmesi için, sebepsiz zenginleşme ve zararın tazmini talepleri yeterli olmamalıdır.

İkinci şart; hakkın kötüye kullanılması unsuru gerçekleşmelidir (11).

Taraflardan birisinin şekil konusunda kusur veya hileli hareketlerine gelince, bunlar çeşitli biçimlerde meydana gelebilir. Örneğin; butlanı ileri süren taraf:

a) Şeklin gerçekleşmesine kendi menfaati için veya yanıltıcı hareketlerle engel olmuş (12); meselâ sözleşmenin şekle bağlı olmadan da yapılabileceği hususunda diğer tarafa yanlış bir kanaat aşılarmışsa,

(10) Yarg.'ın 1976 tarihli bu kararı şöyledir: "Sözleşmede, taraflardan biri sözleşmeden rücu ederse... 100.000 T. ceza koşulu öngörmüşlerdir. Davacı edimini yerine getirip davalı da eseri teslim aldıktan sonra, biçim eksikliğinin ileri sürülmesi iyiniyetle bağdaşmaz. Tersî sözleşilmediğine göre, ya sözleşmenin (akdin) yerine getirilmesi ya da cezasının ödenmesinin istenilmesi mümkündür. ...Burada davacılar BK.m. 158/ I ile tanınan seçimlik hakkı "akdin icrasına" yönelik olarak kullanmışlardır. Hem ifa hem de ceza koşulu istenemez." 15. HD. 17.9.1976, E. 1335/ K. 3022, YKD. c. 3, (1977) S. 2, sh, 250.

(11) **Sungurbey**, MH. Eleştirileri, sh. 133.

(12) BGE 78 II 221 = jdt 1953 I 232; BGE 87 II 28 = jdt 1961 I 554 (**Tekinay**, sh. 104).

b) Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan sıyrılmak istemesi, ahlâkî duyguları incitecek bir mahiyet alıyorsa veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla, şekilsizliği bir imkân olarak kullandığı anlaşılıyorsa,

c) Diğer tarafa taahhütlerin mutlaka ifa edileceğini sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve onun sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmişse (13).

Böyle hallerde hakim, şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olduğunu kabul edebilir. Bununla birlikte bu imkân daha ziyade Borçlar Hukuku veya borç sözleşmeleri için vardır. Medeni Kanun'da düzenlenen diğer hukuki işlemler bakımından aynı çözüm tarzını benimsemekte daha çekingen davranmak gerekir. Herhalde yokluğun söz konusu olduğu yerde "hakkın kötüye kullanılması" esasına dayanılarak geçerli bir işlemin meydana geldiği asla ileri sürülemez. Meselâ, evlendirme memuru rolünü oynaması için birini eve getiren ve onun önünde, düzme bir evlenme merasimi tertip ederek nişanlısına evlenmenin vuku bulduğu kanaatini veren kimse, sahiden evlenmiş sayılamaz (14).

B) İfa hareketlerine girişilmesi halinde

BK.'nun esaslarına göre sözleşme ile karşılaştırılmış şekil, tereddüt halinde, yapılacak hukuki işlemin "geçerlik şekli" dir. Gerçekten BK. m. 16/ I'e göre "iki taraf kanunen hususi bir şekle tabi olmayan bir akdin, hususi bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise, akit ta-karrur eden şekilde yapılmadıkça iki taraf bununla ilzam olunamaz."

O halde kararlaştırılan şekle uyulmadığı halde taraflar ifa hareketlerine (actes d'execution) girişmişler ise; bu ilke olarak, ya karar-

(13) Nitekim Yar. da çeşitli kararlarında aynı görüşü savunmuştur: "Sözleşmenin taraflarından biri, o sözleşmenin yerine getirileceği konusunda o güne dek süre gelen davranışlarıyla karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve o karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi hkk niteliğini taşır" 14. HD. 25.11.1980, E. 3905/ K. 5629, YKD c. 7. (1981) S. 3, sh. 338. Aynı doğrultuda: 11. HD. 6.5.1980, E. 4090/ K. 6191, YKD c. 7. (1981), S. 6, sh. 6339; 15. HD. 12.11.1981, E. 2098/ 22401, YKD c. 8, (1982), S. 5, sh. 686.; 1. HD. 25.12.1981, E. 13206/ K. 19456. YKD c.8. (1982) S. 11, sh. 1513.

(14) Tekinay, sh. 104.

laştırılan şeklin geçerlik şekli olmadığı, ya da sonradan bundan vazgeçildiği şeklinde kabul edilebilir.

Kararlaştırılan şekle uyulmaksızın yapılmış sözleşmenin yerine getirilmesi hareketlerine taraflardan yalnız biri girişmiş ise durum farklıdır. Bu halde, yukarıda belirtildiği üzere, hukuki işlemin değiştirildiği kabul edilemez; kararlaştırılan şekil taraflar yararına koruyucu işlevine sahip olmakla beraber, taraflardan ifa hareketlerine girişen aynı zamanda bu sırada şekil noksanını bilerek ifa hareketlerine girişmişse artık şekil noksanı sebebiyle geçersizliği ileri sürülemez. Aksi takdirde onun açısından hakkın caiz olmayan bir kullanımı söz konusu olur. Buna karşılık, sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesi hareketlerine henüz girişmemiş olan taraf ise haklı olarak şekil sebebiyle geçersizliği ileri sürebilir; bu hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez (15).

Fakat, Yargıtay bir kararında hakkın kötüye kullanılmasının gerçekleşebilmesi için şekle aykırı akitten doğan borçların tümüyle ifa edilmesini aramıştır. Bu kararda "...sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borç da taraflarca tamamen yerine getirilmiş değildir. MK. m. 2' deki afakî iyiniyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nendele sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kural ancak sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir" (16). denmektedir.

Oysa, şekle aykırılığı ileri süren aynı zamanda kendisine düşen edimi yerine getirmiş ise, karşı taraf sözleşmenin yerine getirilmesi hareketlerine girişmemiş bile olsa hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürebilmelidir. Yani tümünden ifa aramamalıdır.

Nitekim, Federal Mahkemenin bir kararında da haklı olarak belirttiği gibi hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının önceden bazı kural ve (kesin) prensiplere bağlanması mümkün değildir. Bunun varlığı her olayın özel hal ve şartlarına göre belirlenmelidir (17).

Yine taşınmazlarda; resmi şekilde yapılmamasına rağmen bir taşınmaz satım sözleşmesine dayanarak tarafların tescil dışında bazı

(15) **Edis**, sh. 344.

(16) YHGK. 9.6.1982, 15/565 E.K, YKD 1982, 10/1386; Yine BGE 104 II 101 vd. E. 3; **Bucher**, sh. 148 (**Eren**, sh. 314).

(17) BGE 76 II 261; 68 II 236; 72 II 41; 78 II 227; 84 II 375 (**Kaneti**, sh. 52 vd. c. II, no. 38, 39).

ifa hareketlerine girişmiş olmaları mümkündür. Örneğin; alıcının satış bedelini ödemesi, satıcının taşınmazı kullanmaya başlaması gibi...

Feyzioğlu'na göre burada hakkın kötüye kullanılması durumu yoktur. Çünkü hakkın kötüye kullanılması şekil yokluğunda değil, şekil eksikliğinde söz konusudur (18). Federal Mahkeme de 5 Şubat 1946 tarihli kararında şekil noksanlığı sebebiyle batıl bir taşınmaz satışında henüz tescil yapılmadan butlan ileri sürülmesi halinde, aynı hakların şekille ilgili hükümleri karşısında hakkın kötüye kullanılmasını önlemek için dahi olsa yargıcın tapu memurunu batıl sözleşmeye dayanarak tescile zorlayamayacağını kabul etmiştir (19).

Yargıtay, resmi şekle uyulmaksızın yapılan taşınmaz satımlarını geçersiz saymasına (20) rağmen; alıcıyı korumak amacıyla sözleşmenin geçersizliği kuralını yumuşatıcı yönde bazı kararlar vermiştir.

Bununla birlikte; uygulamada taşınmazların resmi şekle uyulmaksızın satımı konusundaki eğilimin devam etmesi sonucu, bundan özellikle zarar gören alıcıları korumak için başka çözüm yolları zorlanmış ve nihayet Yargıtay HGK.'nun 6.6.1979 tarihinde, yani aksi yöndeki kararlarından kırk yıl kadar sonra farklı bir görüş getirmiştir. Bu kararlar, alıcıyı daha fazla korumak amacıyla resmi şekle uymayan taşınmaz satım sözleşmesinin geçersizliği kuralını yumuşatma yönündeki eğilimini bir adım daha ileri götürerek, Yargıtay hakkın kötüye kullanılması şartlarının varlığı halinde sözleşmeyi geçerli saymıştır (21).

Yargıtay 1979 tarihli bir başka kararında da; "Taraflar arasında kurulan ve arsa sahibine bir bölümün pay mülkiyetini karşı yana geçirme borcu ile dairelerin satış vaadi borcunu yükleyen sözleşme, tapu sicil muhafızlığınca veya noterce doğrudan doğruya düzenlenmediğinden geçerli değilse de yüklenici yüklendiği edimi yerine getirerek

(18) Feyzioğlu, Sempozyum, sh. 183 (Kılıçoğlu, sh. 217).

(19) BGE 72 II 39 (Kılıçoğlu, sh. 217).

(20) Yarg. oldukça eski bir İBK.'ında şekil kurallarına çok sıkı bir şekilde bağlı kalarak "haricen gayrimenkul satılıp da bedeli satana ve gayrimenkul de alana teslim ve bu suretle gayrimenkul alanın intifasına terkedildiği ve ahiren bunlardan biri ferağdan veya teferruğdan imtina attığı takdirde geçerli olmayan bir satım zımında her iki tarafın verdiğini istirdada mevcut..." olduğu görüşünü savunmuştur. İç. Bir. Kar. 10.7.1940, 2/ 77, RG. 1.2.1941, sh 4723 (Kılıçoğlu, sh. 218).

(21) HGK. 6.6.1979. E. 78/ 14-190, K. 79-799, **Batider** 1980, c. X, S. 3, sh. 809 v.f. Aynı yönde: HGK. 9.6.1982, E. 1979/ 15-1613, K. 1982/ 565, ABD, 1983-1, sh. 68; Yarg. 15. HD. 12.11.1981, E. 1981/ 2098, K. 1981/ 2240, YKD Mayıs 1982, c. 8, S. 5, sh. 686 vd. (Kılıçoğlu, sh. 219).

eseri teslim ettiğine göre iş sahibinin karşı edimini oluşturan eserden teslim ve tescil edilmeyen bir dairenin adına kaydedilmesini istemeye hak kazanmıştır. Sözleşmenin şekil eksikliğinden söz edilmesi MK. 2. m.'si uyarınca afakî iyiniyet kurallarına da aykırı düşmektedir" diyerek aynı doğrultuda karar vermiş ve sözleşmeyi geçerli saymıştır (22).

Kanaatimizce de Yargıtay'ın bu kararları yerindedir. Böylece; tarafların yarattıkları güvene uygun davranarak sözleşmeyi devam ettirmeleri, hukukun genel bir ilkesi olan hakkın kötüye kullanılması yasağı (ve tabii bunun ölçütü olan doğruluk ve güven kuralları) ile etkili bir biçimde sağlanmış olmaktadır.

C) İfa Yapılmışsa

Şekil noksanlığı nedeniyle sakat işlemde, ifa hareketlerine girişilmesi halinde hakkın kötüye kullanılması ve ifa aşamasında hakkın kötüye kullanılması bir çok halde iç içe girmiştir. İkisi arasındaki sınırı ayırdetmek kolay değildir.

Sadece taşınmazlarda aynı haklara ilişkin sözleşmelerde tescil yapılmamış ve diğer ifa hareketleri (örneğin; gayrimenkulün bedeli ödenmiş, gayrimenkul teslim edilmiş vs.) yapılmışsa bunlar ifaya girişme hareketleridir. (Bu aşamada henüz mülkiyeti nakil borcu yerine getirilmemiştir).

Buna karşın, tescil yapılmasına rağmen bir şekil noksanlığı varsa bu halde ifadan sonra hakkın kötüye kullanılması (şartları gerçekleşmişse) durumu olabilecektir.

Bu ayırımın önemi; doktrin ve içtihatlarca, ifa halinde hakkın kötüye kullanılmasını daha belirli biçimde görerek, hakkın kötüye kullanılmasını daha bariz kabul etmelerinde belirlenir.

Durum böyle olmakla beraber, aşağıda da inceleyeceğimiz örneklerle yer yer ifaya girişilmesi ile ifa aşamaları iç içe girmiş bulunmaktadır. Böylece hem ifaya girişilmesi hem de ifa halinde hakkın kötüye kullanılması durumu meydana gelebilmektedir.

1- Şekli Öngören Kuralda İzlenen Özel Koruma Amacının Değeri Kalmamışsa:

Hukuk evriminin daha önceki aşamalarında şekil, hukuki sonucun özel geçerlik nedeni olarak düşünülmektedir. Bugünkü mevzuatta

(22) 15. HD. 6.4.1977. E. 511/ K. 821, YKD c. 5 (1979), s. 3, sh. 391-392.

ise şekil belirli amaçlar için öngörülmüştür (Zweckformen). Şeklin amaçlı olarak şunlar gösterilebilir:

Tarafların düşüncesizce ve ivedi olarak taahhütte bulunmalarını önlemek, hukuki işlemlerde güvenliği sağlamak, taşınmazlarda ise, tapu siciline tescil için sağlam ve güvenilir bir dayanak elde etmek vb. gibi...

Yasa koyucu bu tür amaçlar için belirli şekli öngörmekle beraber bir defa öngörüldükten sonra şeklin konuluş nedeni (ratio legis'i) ile şekli öngören kural arasındaki bağlantı kesilir. Şu anlamdaki, belirli bir somut olayda bu amaçlardan birine veya diğerlerine ulaşılabilmesi için şekle uymanın gerekli olup olmadığını araştırmaya gerek kalmadığı söylenebilir. Bir başka deyişle kanun koyucunun ortaya çıkmasından korktuğu sonuçların doğup doğmayacağı ihtimali üzerinde durulmaz. Örnek olarak; şekil ile korunmak istenen kimsenin gerçekte korunmaya muhtaç olmaması, şekil noksanının hukuki işlemlerde güvenlik açısından anlamsız olması veya her türlü özenin gösterilmiş olması veya olmaması önem taşımaz (23). Böylece şekil mutlaklaştırılmıştır. Aynı özellik, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler konusunda da gözlenmektedir. Nitekim zamanaşımı ve hak düşürücü süre bakımından da söz konusu olduğu üzere, şekle bağlı mutlaklığın, konuluş amacı, ahlâkî düşünceler ile -hiç değilse- MK. m. 2. f. II'deki doğruluk ve güven kuralları uyarınca yorumlama düzeyinde yumuşatılmasına kural olarak cevaz yoktur (24).

Ancak, bir kimsenin diğer tarafta yarattığı meşru güvene aykırı ve açıkça çelişkili bir tutumun bulunması, kötü edinilmiş bir durumdan yararlanma veya şeklin özelliğini belirleyen amacından sapma gibi etkenlerin söz konusu olduğu olaylarda şekil sakatlığı nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesi kötüye kullanım teşkil edebilir.

Bu konuda başlıca iki görüş ileri sürülmüştür:

Bir görüşe göre (25) sert ve bükülmez ilkelere bağlı olmaksızın her olayın bütün şartlarını ve özelliklerini değerlendirmelidir. Buna karşılık bir ikinci görüşe göre ise (26) ilgililer bakımından güvenlik

(23) **Edis**, sh. 338.

(24) **Edis**, sh. 339.

(25) Fed. Mah. şu kararlarında anılan görüşten hareketle çözüm aramıştır: jdt 1964 I 565, jdt 1961 I 208 (**Edis**, sh. 399).

(26) **Merz**, Art. 2, No. 507; **Meier - Hayoz**, Art. 657; No. 143 ve **Spiro**, Die. s. 12 (**Edis**, sh. 399).

veren uygulamada genel kıstasları tespit etmeli ve bunlara göre bir uygulama yapılması sağlanmalıdır. Bu sonuncu görüş, şüphesiz hukuki işlemlerde güvenlik ilkeleri ile bağdaştırılabilir.

Şekil sakatlığı sebebiyle, belirli şartlarda hakkın kötüye kullanılması durumunun meydana gelebilmesi, daha çok, kişilerin veya özel yararların korunmasına yönelik olarak öngörülen kurallar bakımından söz konusu olabilir. Buna karşılık, kamu düzeni düşüncesiyle öngörülmüş olan şekle uygun davranmama hali varsa, bu hal hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilemez. Örneğin; yokluk hallerinde genellikle gözlemlendiği üzere, evlendirme memuru olmayan bir kimsenin huzurunda evlenme hususundaki iradelerin açıklanması, yani uydurma evlenmenin vukubulduğu inancını veren kimse dahi olsa, ilgililer yokluğu mutlak olarak dermeyen etme hakkına sahiptir; MK. m. 2/ II burada rol oynamaz (27).

Özel hukukta şekli öngören kuralların temelinde tarafları veya özel yararları koruma (düşünme, ispat, hukuki işlem güvenliği vs. açısından) düşüncesi vardır, dedik. Bu amaçların yalnız hukuki işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesine, yani ifaya kadar bir anlamı ve önemini bulunduğu söylenebilir. Buna karşılık, şekil noksanı ile sakat sözleşmenin gereği yerine getirilir getirilmez; şeklin öngörülmesini izah eden özel koruma amaçlarının pek değeri kalmıyabilir (29). Bu halde bir hakkın gerçekleştireceği amaçlar, aradan geçen zaman içinde ortadan kalkmış bulunuyorsa, artık bu hakka dayanmak da, bir kötüye kullanma sayılabilir (29).

Gerçekten artık ilgili yan yasanın önlemek istediği tehlikelere maruz kalmayacaktır. Yine, bir kimse hem şekil noksanını biliyor ve hem de sözleşmenin gereğini yerine getiriyorsa açıkça çelişkili bir tutum içerisinde de bulunacağından geçersizliği (butlanı) ileri sürmemelidir (30). Zira sözleşme gereğinin yerine getirilmesinden ve bunun ihtiyarı ile yapılmasından sonra o somut olayda şekli öngören kuralla izlenen özel koruma amacının değeri kalmaz.

(27) **Edis**, sh. 399.

(28) **Edis**, sh. 340.

(29) **Özsunay**, sh. 331.

(30) **Deschenaux**, s. 179; Nitekim Yarg. HGK. bu görüşe uygun olarak "bir akdin, tamamıyla icra edildikten sonra şekil noksanı sebebiyle iptalini istemek, hakkın kötüye kullanılmasıdır" biçiminde açıklamıştır. Bkz. HGK. 10.9.1958, E. 1-62/ K. 83 Türk İçt. Kül. 1958, I-II, s. 162, No. 259 (**Edis**, sh. 341).

2- Taraflar Gerçek İradelerine Uygun Mamelekî Durumu Tesis Etmişlerse:

Tarafların istekleri ile sözleşme gereğini yerine getirmeleri halinde, sonradan şekle aykırılığı ileri sürmeleri çelişkili bir davranışı ifade eder ve hakkın kötüye kullanılması sayılabilir.

Doktrinde şekle aykırılığa bağlanan üç görüşten “butlan” (butlanda geçersizliği hakim re’sen gözönüne alır) ve “kendine özgü geçersizlik” (burada geçersizliği ancak taraflar ileri sürebilir) görüşünde “bilerek ve isteyerek yapılan ifa ile akit sıhhat (geçerlilik) kazanır. “Yokluk” görüşünde ise, kurulmamış bir akit ifa ile kurulamaz (31).

Bu konuda Avusturya MK. 1432. m. şu hükmü içermektedir: “şekil noksanları nedeniyle geçerli olmayan veyahut takibi bakımından kanunun dava hakkı tanımadığı bir borcun edası, aynen bir kimsenin borçlu olmadığını bildiği bir şeyi eda etmesi halinde olduğu gibi geri istenilemez.” (32). Burada şekil noksanına rağmen aktin ifa edilmesi bağışlama (ya da eksik borç) gibi işlem görmektedir.

Macar MK. tasarısı benzer bir hükümü içermektedir; § 961 gereğince, şekle aykırı akitler, şayet aksine hüküm yoksa, ifanın kabulü ile geçerli olurlar (33).

Alman MK. S 313’de de gayrimenkul mülkiyetini devir sözleşmesinin şekle uygun olarak yapılmamasına rağmen, tapuda tescil işlemi yapmışlarsa işlemin tamamen sıhhat kazanacağını belirtmiştir. Bir başka deyişle burada ifaya, sakat işleme sıhhat kazandırma etkisi tanınmış bulunmaktadır (34).

İsviçre-Türk MK.’ları ise, genel bir kural tanzim etmemişlerdir. Yalnız, BK. m. 238/ III’de, bağışlama sözleşmesinde kanuni şekil şartı olan yazılı şekle uyulmaması sebebi ile geçersiz olan bağışlama sözleşmesi ifa edilmekle elden bağışlama niteliğine bürünür ve geçerli olur. Şu halde buradaki ifa, şekil sakatlığını giderip sözleşmeyi geçerli hale getirmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi ile Türk Doktrin ve Uygulamasının şekle aykırılıkta, (özellikle ifadan sonra) hakkın kötüye kullanılması ile ilgili tutumu şöyledir:

(31) Eren, sh. 313, 217.

(33) Schwarz, sh. 248.

(34) Kılıçoğlu, sh. 214; Sungurbey, MH. Sorunları, sh. 79.

a) *İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre :*

İsviçre Federal Mahkemesi de çeşitli kararlarında (35) şekle aykırılığı bilerek, rıza ile ifada bulunduktan sonra butlan iddiasının hakkın kötüye kullanılması sayılacağını kabul etmiştir.

Federal Mahkeme bir başka kararında da şekil noksanı nedeniyle geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğini; şekil noksanı ile bâtil olan sözleşmede kararlaştırılan edimlerin rızaen ifa durumlarının hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını tesbitte büyük rolü bulunacağını tekrarladıktan sonra (36), hâkime bir de uyarıda bulunmaktadır; "hâkim hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını araştırırken katı kurallarla bağlı olmadığını unutmamalıdır. Hâkim "hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığını tespit ederken (serbest takdirine) göre ve (somut olayın koşullarını gözönünde tutarak) incelemesini yapmalı ve sert kurallarla kendisini bağlı saymamalıdır (37).

Ancak Federal Mahkeme çok geniş anlaşılması gereken ifa kavramının şekil eksikliğinden ötürü hükümsüz olan sözleşmeden doğan borcun yenilenmesi yolu ile yüklenilen borçların yerine getirilmesini de kapsayacağını belirtmiş; tarafların gerçek iradelerine uygun malvarlığı durumunu kendi istekleriyle meydana getirmiş olmalarını aramıştır (38).

Federal Mahkeme yine şu kararında da ifadan sonra şekil eksikliğine dayanılamayacağını belirtmiştir: "...Olayda her iki yan, sözleşmenin yüklediği borçları tamamen yerine getirmiş, diğer bir deyişle, gayrimenkulü geçiren yan bunu kazanacak olanların adına tapu kütüğüne tescili yaptırmış ve diğer yan karşı edimini tamamen ödemiştir. Ayrıca gayrimenkulün mülkiyetini geçiren yan, adına tescil yapılmış taraf ile sonradan aynı gayrimenkulün yeniden kendisine satılmasına ilişkin bir sözleşme yapmıştır. Böylece, mülkiyetin evvelce geçmiş olduğunu kabul ettiğini açıklamış demektir. Bu durumda gayrimenkulü geçiren tarafın, gayrimenkulün elinden çıkmasına temel olan sözleşmenin şekil eksikliğinden dolayı hükümsüzlüğünü ileri sürmesi, önceki davranışlarıyla çeliştiğinden de dürüstlüğe aykırı düşer." (39).

(35) 84 II 376, E. 2, b; 92 II 325; 93 II 105. (Kılıçoğlu, sh. 215, DN. 19).

(36) BGE, 72 II 43; BGE 78 II 227 (Kaneti, sh. 50 vd).

(37) Feyzioğlu, Sempozyum, sh. 166; BGE 78 II 227, 86 II 252; BGE 72 II 44, 7811, 227, 84 II 375, 86 II 232 (Kaneti, sh. 49-50).

(38) BGE 78 II 227; (Kaneti, sh. 49).

(39) BGE 86 II 221 = jdt 1961 I 203 (Kaneti, sh. 76).

b) *Doktrin ve Yargıtay'ın İfa İle İlgili Kararları:*

aa) Doktrin:

Doktrinde bu konuda üç görüş bulunduğunu daha önce de (40) belirtmiştik. Şekle aykırılığa butlan müeyyidesini bağlayanlar (Fed. Mahkeme de bu görüşte) iki halde hakkın kötüye kullanılmasını kabul etmektedirler: 1- Taraflar şekle aykırı bir akidden doğan borçlarını bilerek ve isteyerek tümünden ifa etmişlerse; 2- Şekil noksanlığına hile veya kusuru ile sebebiyet verenin ileri sürmesi halinde.

Yargıtay da çeşitli kararlarında bu görüş. savunmuştur (Biz bu kararları yeri geldikçe belirtiyoruz.)

İkinci görüş "kendine özgü geçersizlik görüşü"dür. Bu yeni görüşte (41); burada mutlak butlan değil, kendine gözü bir geçersizlik müeyyidesi söz konusudur. Kendine özgü geçersizlik görüşüne göre; şeklin tarafları düşünmeye sevketme, acele kararları önleme amacı ifa ile kalkar. Bu sebeple, şekil noksanlığı herkes tarafından değil, sadece taraflarca defî olarak ileri sürülebilir, hakim re'sen göz-önüne alamaz, Akit bilerek ve istenerek yapılan ifa ile sıhhat kazanır.

İlk iki görüş sonuç itibariyle, ifa ile akte geçerlilik tanır.

Üçüncü görüş ise, yokluk görüşüdür. Doktrinde Keller/ Schöbi tarafından ileri sürülen daha yeni bir görüşe göre, şekil, geçerlik şartı değil, akdin kuruluş (inikat) şartıdır. Kanunun öngördüğü şekilde yapılmamış olan bir akitten doğan edimleri, tarafların bilerek ve isteyerek ifa etmeleri, kurucu şart olan şekle sağlık kazandıramaz. Kurulmamış bir akit ifa ile kurulamaz. Bu nedenle, edimlerin ifasından sonra şekil noksanlığını ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez (42).

Bizce; bazı yazarlarca (43) ve Yargıtay'ca savunulan görüşe göre, aktin bilerek ve rıza ile ifası halinde şekle aykırılığı ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması sayılır.

(40) Bkz. S. 5.

(41) **Guhl/ Merz/ Kummer**, sh. 108; **Meier/ Hayoz**, Art. 657. N. 130 vd.; **Gauchi/ Schluemp/ Jäggi**, N. 456. Keza bkz. ve karşı. **Von Büren**, sh. 145 vd; **Schönenberger/ Jäggi**, Art. 11. N. 73 vd. (**Eren**, sh. 315).

(42) **Keller, Schöbi** sh. 28 (**Eren**, sh. 317).

(43) **Birsan**, BH. sh. 107; **Von Tuhr**, sh. 210; **Sungurbey**, sh. 126; **Güral**, sh. 132; **Tekinay**, sh. 101; **Feyzioğlu**, BH. sh. 309; **Feyzioğlu**, sempozyum. 183.

Kanaatimizce şekle aykırılığın sonucu da butlan olmalıdır. Gerçi şekil özellikle tarafları korumak için konmuştur. Fakat bir kere şekil kuralı konduktan sonra artık işlem güvenliği açısından bu amaçtan sıyrılmıştır. Hatta şeklin bazan kamu menfaatini korumak amacıyla bulunduğu haller de olabilir. Örneğin; evlenmede ilân ve sözlü şekil, kamuya aleniyeti sağlamak amacını güder. Sonuç olarak hakim geçersizliği re'sen gözönüne alabilmelidir.

bb) Yargıtay'ın İfadan Sonra Hakkın Kötüye Kullanılması İle İlgili Çeşitli Kararları:

Yargıtay bu yöndeki görüşünü sözleşme gereği taraflarca tapuda yerine getirilen şekle aykırı olarak yapılmış ölünceye dek bakma sözleşmesinde, sonradan şekil eksikliğinin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması sayarak ortaya koymuştur (44). Bunun dışında bir HGK. kararında (45) bir akdin, tamamen icra edildikten sonra şekil noksanıyla iptalini istemek, hakkın kötüye kullanılmasıdır" şeklindeki genel ve açık bir ifadesiyle Yargıtay'ın bu konudaki görüşü ortaya konmuştur.

Yargıtay'ın özellikle son yıllarda bu konuda birçok kararı vardır. Bunlar; evlât edinme, ölünceye kadar bakma, eser (yapım) sözleşmeleri ile, taşınmaz satımında şekil gibi bazı konularla ilgilidir. Bunlardan bir kaç örnek verecek olursak Yargıtay'ın tutumunu daha iyi kavramak olanağı olacaktır:

aaa) Yargıtay HGK'nun 1974 tarihli evlat edinme sözleşmesi ile İlgili Bir Kararı Şöyledir (46):

"Evlâtlık sözleşmesi resmi şekilde yapılmamış ise de yanlar evlat edinenin ölümüne kadar sözleşmenin gereklerini, geçerli olduğu düşüncesiyle yerine getirmişlerdir. Davacılar ancak evlât edinenin ölümünden sonra iptal davası açtıklarına göre bu davranışları, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, korunmaya değer görülemez. ...Şu halde, noterde re'sen düzenlenmesi gereken evlatlık sözleşmesinin; örneğin noterin sadece imzasının eksikliği nedeniyle geçersiz sayılması ile, dışarda düzenlenerek özel olarak düzenledikleri senedi notere tasdik ettirmeleri veya tarafların kendi aralarında düzenledikleri bir senedin

(44) HGK. 11.3.1953. E. 2. K. 9; Türk İç. Kül. 1953/ 7, sh. 204; (Kılıçoğlu, sh. 215).

(45) HGK. 10.9.1958, E. 1-62, K. 83; Türk İç. Kül. 1958/ I-II, sh. 162. No: 259 (Kılıçoğlu, sh. 215).

(46) HGK. 2.10.1974, E. 2-810/ K. 1043, YKD c. 3 (1977), S. 9, sh. 1193; Ayrıca bu konuyla ilgili diğer kararlar için bkz. Feyzioğlu, Sempozyum, sh. 173).

geçersizliği arasında resmi şeklin geçerlik koşulu olması itibariyle geçersizliğin doğuracağı hukuksal sonuçlar açısından bir ayırım yapılamaz.”

Burada Yargıtay noterde düzenlenmese de “...Kendi aralarında düzenledikleri bir senedin... hukuksal sonuçları açısından bir ayırım yapılamaz” diyerek hakkın kötüye kullanılması durumunda sözleşmeyi geçerli saymakla birlikte; 2. HD. 1977 tarihli bir kararında (47); “Ancak, noterde düzenlenmiş bir sözleşme yoksa bu kural uygulanmaz. ...Zira gerçekte var olmayan bir hukuki işlem için objektif iyiniyetten söz edilemez.” diyerek aksi yönde bir karar vermiştir.

Kanımızca, Yargıtay HGK.’nın 1974 tarihli kararı daha yerindedir. Zira gerekçe bölümünde de yerinde bir açıklama yapılarak; noterde re’sen düzenlenmesi gereken sözleşmenin sadece imza eksikliğiyle geçersiz sayılması ile dışarıda düzenlenerek notere tasdik ettirilen veya tarafların kendi aralarında özel olarak düzenledikleri bir senedin geçersizliği arasında, resmi şeklin geçerlik koşulu olması itibariyle geçersizliğin doğuracağı hukuksal sonuçlar açısından bir ayırım yapılamaz.

Olayda (ne şekilde yapılırsa yapılsın; ister sözlü, ister adi yazılı şekilde) ortada bir sözleşmenin olduğu açıktır. Kanunda da emredilen şekilde yapılmayan sözleşmeler için her farklı durum için ayrı bir geçersizlik türü düzenlenmediğini; yani sonuç butlan olduğuna göre, (batıl da olsa) herhangi bir sözleşmenin varlığı ve hakkın kötüye kullanılmasının şartlarının gerçekleşmesi durumunda sözleşme geçerlilik kazanabilecektir.

bbb) Yargıtay’ın ölünceye dek bakma sözleşmesiyle ilgili olarak 1978 tarihli bir kararı (48) şöyledir:

“...MK’nun 512. maddesi hükmü uyarınca ölünceye kadar bakma sözleşmesinin miras mukavelesi şeklinde düzenlenmesi gerekir. Kanunun öngördüğü şekil bir geçerlilik koşuludur. Ancak ölünceye dek bakma sözleşmesi yasanın tanımına uygun biçimde yapılmamış ol-

(47) 2. HD, 12.12.1977, E. 8401/ K. 8582, YKD c. 4 (1978), S. 9, sh. 1451.

(48) 13. HD. 19.10.1978, E. 3741/ K. 4266, YKD, c. 5 (1979). S. 5, sh. 680-681; Aynı doğrultuda: 13. HD. 17.1.1979, E. 11238/ K. 4; YKD, c. 3, (1977), s. 3, sh. 393; 1. HD. 31.3.1981, E. 2762/ K. 4252, YKD, c. 8 (1982) S. 10. sh. 1394; 2. HD. 5.10.1953 E. 2867/ K. 65, Türk İct. Kül. 1958 I-II; s. 304, No. 459 (Edis, sh. 349); YHGK.’nın 18.11.1964, 1/ 1261-658 sayılı kararı (İKİD- 1965/ 5. sh. 3613 (Fezyioğlu, Sempuzyum, sh. 182).

sa bile, alacaklının ölümüne dek taraflar bu sözleşmeye uyup gereğini yerine getirmiş oldukları takdirde artık mirasçılardan bu sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürerek iptalini istemeleri afakî (objektif) iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. O halde mahkemece bu gözetilerek davanın reddine karar verilmemiş olması bozmayı gerektirir.”

Buna karşılık, Yargıtay HGK. diğer bir kararında (49), ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesinin yapılmasından sekiz gün sonra bakım alacaklısının ölmesi üzerine açılan davada sekiz gün içinde hasta olması nedeniyle ölenin şekil noksanı nedeniyle dava açma imkânına sahip olamayacağı düşüncesinden hareketle ölenin mirasçılarının şekil noksanı nedeniyle geçersizliği, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemek üzere, ileri sürebileceklerini haklı olarak kabul etmişti.

Her iki durumda; Yargıtay, yerinde olarak her olayın özellik ve şartlarını gözönünde tutarak hakkın kötüye kullanılmasının gerçekleşip gerçekleşmediğini arayarak yerinde kararlar vermiştir.

ccc) Eser (yapım) sözleşmesi ile ilgili olarak Yargıtay'ın son yıllarda bir çok kararı vardır:

1979 tarihli bir kararında (50) da; uyuşmazlığın şekle aykırı sözleşmeye göre çözümleneceğini belirterek sözleşmeye geçerlik tanımıştır. Karar şöyledir:

“... Davacı avukatı, müvekkillerinin davalı ile daire karşılığı inşaat sözleşmesi yapıp bazen noksanlıklarla inşaat bitirerek teslim ettiği halde onun sözleşmeye göre davacıya ait olması gereken 12 no'lu dairenin satışı imkânını sağlamadığından bu daire bedelinden 150.000 TL. borcunun mahsubu ile 400.000 TL.'nin tahsiline karar verilmesini istemiş, mahkemece davanın yetki yönünden reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı avukatı temyiz etmiştir.

Taraflar arasındaki 14.1.1971 tarihli sözleşme gereğince inşaat ikmal edilmiş ve davacı ihtilafli 12 no'lu daire hariç, kendisine bırakılan daireleri satmış ve kat irtifakı kurulmuş, bu surette sözleşme yerine getirilmiştir.

(49) HGK. 18.12.1957, E. 2-67/ K. 65, Türk İçti. Küt. 1958 I-II, s. 304, No: 459 (Edis, sh. 349).

(50) 15. HD. 29.5.1979, E. 1126/ K. 1282, YKD c. (1980), s. 8, sh. 1132-1133; Aynı yönde: 15. HD. 14.4.1977, E. 767/ K. 880, YKD c. 4, (1978), S. 7, sh. 1180; 15. HD. 25.12.1975, E. 4714/ K. 5159, YKD c. 2 (1976) s. 3, sh. 369; 15. HD. 27.2.1980, E. 33/ K. 462, YKD c. (1980), s. 11, s" 1537.

İfa edilen sözleşmenin geçersizliğinden bahsetmek MK.'nun 2. maddesindeki ilkeye aykırıdır.

O halde uyuşmazlığın dayanılan sözleşmeye göre çözümlenmesi icabeder. Bu itibarla davaya bakılması gerekirken yetki yönünden reddi yasaya aykırıdır.”

ddd) Taşınmaz satımındaki kararları:

Uygulamada taşınmazların resmi şekle uyulmaksızın satımı konusundaki eğilimin devam etmesi sonucu Yargıtay çeşitli çözüm yolları aramıştır. Özellikle son yıllarda müteahhitlerle şekilsiz ya da adi yazılı şekille yapılan inşaat halindeki bir apartmanın belirli katlarının satımı sözleşmelerinin artması da soruna yeni boyutlar kazandırmıştır (51).

Uygulamada müteahhitler çoğu kez matbu olarak bastırdıkları ve resmiyet süsü verdikleri kâğıtlar üzerinde alıcıları satışın ciddiyetine inandırmakta, başlangıçta tapuda kesin satışın yapılmasını önleyen engeller (arsanın başkasına ait olması ve arsa sahibinin inşaatın tamamlanmasını şart koşması, arsanın müteahhide ait olmasına rağmen tapuda henüz kat irtifakının kurulmamış olması vb.) kalktığı halde aradan geçen sürede satış fiyatlarının artması sebebiyle kesin satış ve devir işlemine yanaşmamaktadırlar. Alıcı ise henüz taşınmaz tapuda bir başkasına satılmamışsa, ya müteahhidin talep ettiği yeni yüksek bedel nedeniyle aradaki farkı ödemek zorunda kalmakta ya da daha önce ödediği ve değeri bir hayli düşmüş olan parasını almakla yetinmek zorunda kalmaktadır.

İşte, taşınmaz sorunun artması üzerine Yargıtay HGK. (daha önce de bahsettiğimiz üzere (52) 6.6.1979 tarihinde 1940 tarihli eski içtihadından dönerek alıcıyı korumak için hakkın kötüye kullanılmasının varlığı halinde sözleşmeyi geçerli saymıştır.

Yine, Yargıtay'ın taşınmaz satışı ve ceza koşuluyla ilgili olarak 1980 tarihli bir kararı (53) şöyledir:

“Tapulu yerin adiyen satışı geçersiz ise de kamusal (resmî) satışla edim yerine getirildikten sonra asıl borca bağlı olan ve ek (fer'î) niteliğinde bulunan ceza koşulunun geçersizliğini ileri sürmek nesnel (objektif) iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz.”

(51) Kılıçoğlu, sh. 217.

(52) Bkz. S. 3. DN: 20-21.

(53) 13. HD. 26.5.1980, E. 2333/ K. 3412, YKD c.6 (1980), S. 9, sh. 1259 vd.

Burada; adiyen satım geçersizdir, fakat, resmî satışla ifadan sonra sözleşmenin geçerlik kazandığı ve sonuçta cezai şartın da geçerli sayılacağı anlamı çıkmaktadır.

eee) Yargıtay'ın ifadan sonra hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili diğer kararları:

Yargıtay ifadan sonra şekle aykırılığın ileri sürülemediğine ilişkin olarak bir çok karar vermiştir. Bir kaç örnek olarak şunları verebiliriz:

Yargıtay 1980 tarihli bir kararında (54); "Yasada öngörülen biçim koşullarına uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz sayılır ve bu sözleşmenin yerine getirilmesi ona geçerlilik kazandırmaz. Ancak sözleşmenin yerine getirilmesinden sonra biçim bozukluğunu öne sürmek nesnel iyiniyet kurallarına uymaz."

1982 tarihli kira sözleşmesinin geçerliliği ile ilgili bir kararı ise şöyledir (55): "...Tarafların, yıllarca karşılıklı edimlerini yetine getirmek suretiyle birbirlerine güven verdikten sonra mevcut eksiklikten dolayı sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmeleri objektif iyiniyet kurullarıyla bağdaşmaz.

Hukuksal varlığını sürdüren kira sözleşmesi ortada iken davacılar yenisini düzenlememekte haklıdırlar."

Birinci kararda sözleşmenin geçerli sayılmamasına rağmen geçersizlik (hakkın kötüye kullanılması nedeniyle) ileri sürülemezken; ikinci kararda sözleşmenin geçerli olup olmadığından değil, sadece bir sözleşmenin (batıl da olsa) varlığından söz edilmektedir. Bu nedenle iki karar arasında (varmış gibi gözükken) yanıltıcı çelişki, aslında yoktur. İki karar aynı yödedir ve sonuç itibarıyla ikisinde de şekil eksikliği ileri sürülememektedir.

HGK'nun 7.12.1983 tarihli ihaleyle ilgili bir kararı ise (56) şöyledir: "... İhaleyi takiben, taraflar arasında yapılan sözleşmenin yazılı biçimde düzenlenmesi ve noterliğe onaylatılması sözleşmenin geçerliliği için yeterlidir. MK. 2. m. hükmünce herkes haklarını kullanırken afakî iyiniyet kurallarına uymakla yükümlüdür. Biçim noksanlığı na-

(54) 13. HD. 13.3.1980, E. 1267/ K. 1669, YKD c. 7, (1981) s. 2, sh. 202. Aynı yönde: 4. HD. 4.2.1976, E. 8273/ K. 11345, YKD, c. 3 (1977). S. 11, sh. 1533.

(55) 1. HD. 12.3.1982, E. 1981/ 2099, K. 1982/ 2778, YKD c. 8 (1982), S. 8. sh. 1092.

(56) HGK. 7.12.1983. E. 1981/ 4-224; K. 1983/ 1276. YKD c. 10 (1984), S. 5, sh. 707.

sıl doğrudan (re'sen) gözönüne alınıyorsa, biçim noksanlığının ileri sürülmesinin dürüstlüğe aykırı olup olmadığı yönü de doğrudan doğruya (re'sen) incelenecek konulardandır, Bu nedenle yerel mahkeme hükmünün bozulması doğru değildir.”

3- Ayrik Durumlar

a) *İsteği İle ve Fakat Hukuki İşleme Bağlı Olduğu İnancı İle Sözleşme Gereği Yerine Getirilmişse :*

Şekil noksanı nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini bildiği halde sözleşmenin gereğini yerine getirildikten sonra, sakatlığı ileri süren kimseye karşı çelişkili tutum içinde bulunduğu yolunda bir itirazın yapılmasının doğru olduğu tartışmasız kabul edilebilir. Fakat ihtiyarı ile olmakla beraber aynı zamanda hukuki işlemle bağlı olduğu inancı içerisinde sözleşmeyi yerine getiren kimsenin -sonradan edindiği bilgi üzerine- şekil noksanı sebebiyle geçersizliği ileri sürmesi halinde şüphesiz aynı şey söylenemez. Çünkü bu durumdaki kimsenin çelişkili tutum içinde olduğu suçlaması kendisine yöneltilemez. Durum böyle olunca da, ihtiyarı ile ve fakat sözleşmeyle bağlı olduğu inancı içerisinde sözleşmeyi yerine getiren kimseye BK. m. 62 uyarınca “borçlu olunmayan şeyin hataen tediyesi” gerekçesiyle zenginleşmenin giderilmesini isteme hakkı tanınmalıdır (57).

Ne var ki, BK. m. 62 yalnız sebepsiz zenginleşme istemlerine ilişkin olduğundan, kural olarak, istihkak iddialarında uygulanamaz (58). üzerinde durduğumuz konu bakımından ise gerek istihkak iddiaları ve gerek sebepsiz zenginleşme iddiaları söz konusu olsun, her iki halde de dayanılan ve korunacak olan menfaat uyumsuzluğu aynıdır. Bu nedenle BK. m. 62'deki kuralı hukukun genel ve temel bir ilkesi kabul edip, ihtiyarı ile ve şekil sakatlığını bilerek sözleşmenin gereğini yerine getirme hallerine -sebepsiz zenginleşme veya istihkak iddiası olup olmadığına bakmaksızın- uygulamak yerinde olur (59). Nitekim kanun koyucu yazılı şekle uyulmaksızın yapılmış bağışlama taahhüdü

(57) **Von Tuhr**, sh. 233.; **Edis**, sh. 342; **Reisoğlu**, sh. 38.

(58) **Von Tuhr**, ZSR 40 (1921) s. 54 (**Edis**, sh. 343).

(59) **Merz**, Art. 2. No: 475; **Von Büren**, sh. 146-147; **Esener**, BH I. sh. 170; **İnan**, sh. 186. Aynı sonuca varmakla beraber, farklı bir açıklama için bkz. **Spiro**, sh. 2 vd. Gerçekten **Spiro**'ya göre konuya Bk. m. 62 veya 238 açısından değil; fakat sözleşmenin gereğinin fiilen yerine getirilmesinin icazet için aranan şekil şartının gerçekleşmesi anlamında olduğu açısından bakmalıdır. (**Edis**, sh. 343).

ile ilgili olmak üzere BK. m. 238'de şüphesiz daha ileri giderek, sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesine geçerlik kazandırıcı bir sonuç bağlamıştır. Buna göre, "bağışlama taahhüdü tenfiz edilince elden yapılmış bağışlama gibi olur". Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere şekil noksanı nedeniyle geçersiz sözleşmenin ihtiyarı ile yerine getirilmesi halinde bir ayırım yapmak zorunludur:

aa) İhtiyarı ile ve fakat şekil sakatlığı nedeniyle geçersizliği bilecek sözleşmenin gereğini yerine getiren kimsenin şekil sakatlığını ileri sürmesi çelişkili bir tutum içerisinde olduğu için hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder. Bu halde sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesi hukuki işleme sağlık (geçerlik) kazandırır.

bb) Buna karşılık, şekil sakatlığını bilmediği için sözleşme ile bağlı olduğu inancından hareket ederek ihtiyarı ile sözleşmenin gereğini yerine getiren kimsenin, sonradan öğrendiği şekil sakatlığını ileri sürmesi halinde çelişkili tutum içinde olduğu söylenemez. Bunun sonucu olarak da sözleşme geçerlik kazanmaz. İşte bu durumda BK. m. 62 uyarınca "borçlu olunmayan şeyin hataen tediyesi" niteliğinde kabul edip şekil noksanı sebebiyle sakat sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesi zımında verilen şey -sebepsiz zenginleşme veya istihkak istemi olarak geri alınabilir (60) Burada, kural (BK. m. 62'deki), aynı menfaat uyumsuzluğuna tekabül ettiği için, yalnız Borçlar Hukuku'ndaki sebepsiz zenginleşmede değil; fakat hukukun temel ve genel bir ilkesi olarak uygulanmaktadır.

b) *Karşı Yanın Tutum ve Davranışının Etkisi:*

Şekil noksanı nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesinde bunun MK. m. 2/ II'deki anlamda hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi için karşı yanın tutum ve davranışının da etkili olduğu unutulmamalıdır. Şu anlamda ki, böyle bir geçersizlik iddiası ile karşılaşan kimsenin de karşı tarafça yapılan yerine getirme teklifini red etmemiş olması veya kendisinin de çelişkili tutum içinde bulunmaması aranır (61). Kural olarak, kendi edimini yerine getirdikten sonra şekil sakatlığı sebebiyle "geçersizliği ileri süren kimseye karşı, hakkın kötüye kullanıldığını ileri süren tarafın edimini bizzat yerine getirmiş olması şart değildir. Bununla birlikte, kısmen de olsa, kendi edimini yerine getirmeyi haklı sebep olmaksızın red etmiş ise; daha genel ola-

(60) Bkz. kar. **Von Tuhr**, s. 30, III, sh. 210; **Esmer**, BH, I, sh. 170 (**Edis**, sh. 343).

(61) **Sungurbey**, Md. sorunları, sh. 79-80; **Edis** sh. 344.

hak hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek biçimde kendisi çelişkili tutum içinde bulunuyorsa, sırf karşı yan edimini yerine getirdi diye sözleşmenin geçerlik kazandığı söylenemez. Keza kendi hileli davranışı ile şekle uyulmasına sebebiyet veren taraf bakımından, örnek olarak sözleşmenin şekle uyulmaksızın da yapılabileceği hususunda diğer yanda yanlış bir kanaat uyandırmış ise durum böyledir.

II- TÜRK HUKUK UYGULAMASINDA ŞEKİL SAKATLIĞININ İLERİ SÜRÜLMESİNİN DEĞERLENDİRİLMİŞİ

Yeri geldikçe değindiğimiz Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere Türk Yargıtay'ı, sözleşmenin her üç aşamasında da şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması biçiminde ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir.

Yargıtay özellikle; (ifadan önce) bir tarafın karşı yanı yanılarak, güven vererek veya diğer kusurlu hareketi ile şekle uyulmamasına sebebiyet vermesi ile (bilerek ve rızaen) ifadan sonra şekil eksikliğinin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir.

Yargıtay, bu yerinde kararları ile hukukun genel bir ilkesi olan hakkın kötüye kullanılması yasasına daha çok işlerlik kazandırmış bulunmaktadır.

SONUÇ

Sonuç olarak diyebiliriz ki; herkes haklarını sosyal amaç ve konuluş gayelerine uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. Bu ödev, objektif hüsnüniyet yani, doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğidir.

Kişi, kendisine tanınmış hakkı kullanırken toplumdaki iyiniyetli bir insanın tutumuyla hareket etmelidir. Nasıl dürüst, iyiniyetli bir vatandaştan verdiği söze aykırı davranması, çelişkili davranışlarda bulunması beklenemezse hakkını kullanan kişiden de aynı şeyler beklenemez. Bizi bu sonuca götüren yukarıda da söylediğimiz gibi hukukun genel ilkeleridir.

Şekil kurallarına aykırılık halinde de; asıl olan işlemin geçersiz sayılarak butlan müeyyidesine tâbi olmasıdır. Fakat, öyle bazı haller olabilir ki, şekle aykırılığı ileri sürmek ne şeklin amacı ne de objektif

iyiniyet kurallarıyla bağdaşır. Örneğin; şekle uyulmamasına hile yaparak neden olan ya da karşı tarafta bir güven uyandıran, yahutta bilerek ve isteyerek sözleşmeyi ifa edenin sonradan şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Hukuk kuralları doğal olarak, böyle davranışları korumayacaktır ve iyiniyetli tarafa çeşitli imkânlar tanyabilecektir. Bunlar; durdurma, önleme, tazminat davaları olabileceği gibi, en önemlisi işlem bâtil da olsa geçerli sayılarak, iyiniyetli tarafın mağdur olmasının önlenmesi olacaktır ..

Kötüniyetle hareket eden, hakkını objektif hüsünüyet kurallarına aykırı olarak kullanan tarafa daha etkili bir müeyyide getirmek, onu kötü biçimde elde ettiği olanaklardan yoksun bırakmak için hakim bu (hkk.'nı) durumu kendiliğinden gözönüne alacaktır. Böylece diğer tarafın korunması da o denli etkin olacaktır.

Kısacası, şekli adaleti sağlarken, maddi (gerçek) adaletin gerçekleştirilmesini de unutmamak gerekir. Bunun için hukuk kuralları katı ve sert bir biçimde değil, amacına ve işlevine göre uygulanmalıdır. Uygulama ve yorumlamayı yaparken hakkı kötüye kullanılması yasağı gibi hukukun her alanında uygulanabilen genel ilkeleri unutmamak gerekir. Fakat unutulmaması gereken bir husus da bu ilkenin talî bir çözüm yolu olduğu ve hakkın kötüye kullanılması yasağının da kötüye kullanılabileceğidir. Onun için hakkın kötüye kullanılması yasağı, her olayın somut özelliklerine göre dikkatle uygulanması gereken genel bir ilkedir.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Ad. Der.	: Adalet Dergisi
A.Ü.H.F. Derg.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BH.	: Borçlar Hukuku
c.	: cilt

De. baş	: Demirbaş
DN	: Dip notu
Fak. ler	: Fakülteler
HD.	: Hukuk Dairesi
hkk	: Hakkın kötüye kullanılması
HUH	: Hukuk Umumi Heyeti (Hukuk Genel Kurulu)
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
İst. Ü. Huk.	
Ar. Derg.	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi
İTİA	: İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi
JT (=jdt)	: Journal des Tribunaux
m.	: madde
Matb.	: Matbaası
MH.	: Medeni Hukuk
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
sh.	: sahife
Türk İçt. Kül.	: Türk İçtihatlar Külliyyatı
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

BİBLİYOGRAFYA

- Acemoğlu, Kevork:** Hakkın Kötüye Kullanılması ve İsviçre Federal Mahkemesi, İst. Ü. Muk. Huk. Ar. Der., 1967, S. 1, sh. 149, vd.
- Akipek, Jale:** Türk Medeni Hukuku, C. I, İstiklâl Mat., Ankara 1960, sh. 145.
- Berki, Şakir:** Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Yargıçoğlu Matb., Ankara 1961, sh. 25 vd.
- Birsen Kemalettin:** Medeni Hukuk Dersleri, Ahmed Said Mat. İstanbul 1963, sh. 86 vd.
- Birsen, Kemalettin:** Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükmüleri Fakülteler Matb., İstanbul 1967, sh. 107.

- Edgü, Ekrem:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Balkanlar Matb. Ankara, 1965, sh. 61.
- Edis, Seyfullah:** Medeni Hukuk'a Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Sevinç Matb. Ankara 1979, sh. 317 vd.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, Ankara Üniv. Basımevi, Ankara 1985, sh. 21 vd.
- Esener, Turhan:** Borçlar Hukuku, C. I Akilterin Kuruluş ve Geçerliliği, Ankara 1969, sh. 167 vd.
- Feyzioğlu, Feyzi N.:** MK.'un 50. Yıl Dönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, İst. Üniv. Muk. H. Ens., MK. 50. Yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, Fak. ler Mat. İstanbul 1978, sh. 158 vd.
- Feyzioğlu, Feyzi N.:** Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, B. 2, Fak. ler Matb. İstanbul 1976, sh. 305 vd.
- Güral, Jale:** Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Medeni Kanunun Sistemi, İstiklâl Matb. Ankara 1953, sh. 169;
- İmre, Zahit:** Medeni Hukuk'a Giriş B. 3, Fak. ler Matb. İstanbul 1980, sh. 303 vd.
- İnan, Ali N.:** Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, Ankara 1971, sh. 184 vd.
- Kaneti, Selim:** İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955—1964), Sevinç Matb. Ankara 1968, sh. 48 vd.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, A.Ü.H.F. Derg. 1983, C. XXXVIII, S. 1—4., sh. 209 vd.
- Oğuzman, Kemal:** Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali, İst. Bar. Der. 1955, C. XXIX, S. 6, sh. 249. vd.
- Özsunay, Ergun:** Medeni Hukuk'a Giriş, B. 3, Fak. ler Matb., İstanbul 1978, sh. 331.
- Reisoğlu, Safa:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 5, Ankara 1983, sh. 38.
- Schwarz, A. (Çev. Davran, B.):** Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Kardeşler Basımevi İstanbul, 1948, sh. 248.
- Sungurbey, İsmet:** Medeni Hukuk Sorunları, C. I, Sulhi Garan Matb. İstanbul 1973, sh. 76;

Sungurbey, İsmet: Medeni Hükuk Eleştirileri, C. III, Sulhi Garan Matb. İstanbul 1971, sh. 125 vd.

Suvarlı, Gültekin. K.: MK'un 108. m.'siyle ilgili "Dr. Fahri Işık Davası" -Yargıtay Kararları-, Karınca Matb., 9 Eylül Ü. Hukuk Fak. Kitaplığı, De. baş no: 4579.

Türker, Erhan: Akitlerde Şekil, Eskiş. İTİA., 1971, c. VII, S. 1, sh. 257.

Tekinay, S.S.: Borçlar Hukuku, Fak. ler Matb. İstanbul, 1974, sh. 100 vd.

Von Tuhr, A. (Çev. Edege): Borçlar Hukuku, C. 1—2, Olgaç Matb. Ankara 1983, sh. 221;

Yıldız, H.: Akitlerde Şekilciliğin Geçirdiği Tarihi Evreler ve Türk-İsviçre Hukuku'nda ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemlerinde Şekilcilik, (BİTİA. Yay. No: 43), Yargıçoğlu Matb. Bursa 1981, sh. 125 vd.