

Hukukî Bilgiler Mecmuası

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ

Paris Hukuk Fakültesi Doktörü

AVUKAT

GAD FRANKO MİLÂSLI

Adres : Galata, Bahtiyar han Bay Gad Franko yazıhanesi

Telefon : 43009

Bir nüshanın bedeli 25 kuruştur.

Bir senelik abonmanı posta ücretile beraber 250 kuruştur.

Türkiye harici için 300 kuruştur.

İSTANBUL

HANRI ZELLİÇ VE MAHDUMU BASIMEVİ

1939

bulunan *en az hükûmler kadrosundan da daha dar tutulmuş bulunmaktadır.*

Demektir ki; Ticaret Kanunu on üç maddeden ibaret kısa bir faslında esasa taalluk eden önemli eksiklerle malûl bulunuyor. Bunun içindir ki kanun aşağı, yukarı demi fecrinde yâni henüz doğmuş sayılabilecek bir halde iken tetkik ve tadil ve belki de yeniden tesis edilmek üzere ele alınmış bulunuyor.

Remzi Saka

Hakkın sui istimalı

Hulâsa— İctihat, hakların istimalını suiistimal fikrile tahdit etmek istemiş, böylelikle hakkın suiistimalı tabiri ve nazariyesi meydana çıkmıştır. (Planiol)a nazaran bu nazariye yanlış ve lüzumsuzdur: bir hakkın hudutları asılır, sui istimalı mevzu bahs olamaz. Ripert bu tenkidden masun kalacak bir sistem kurmak isteyerek deyorki: bir hakkın içtihat tarafından çizilmiş hudutları içinde—binaenaleyh hakkın hudutlarını aşmaya imkân yoktur —sırf gayri izrar kasdile yapılan hareket bir sui istimal teşkil eder. Bizim maksadımız Türk Kanunu Medenisinin telâkkisine tamamen uyan bu tarifi dahi (Planiol) un tenkidine maruz bulunduğunu ispat etmektir. Fakat hakkın sui istimalı nazariyesinin yanlış ve lüzumsuz olduğuna değil, doğru ve faydeli olduğu neticesine varacağız, ve bu mefhumu tasrih etmekle de Türk sisteminin sağlamlığını göstermiş olacağız.

Bir kimse hakkını istimal ederken bir başkasını izrar ettiği takdirde mesul tutulmaz yani ika ettiği zararı tazminle mükellef olamaz. Bu eski kaideyi, menşei Roma hukukunda olan bir düsturda bulmaktayız: *Neminem laedit qui suo jure utitur.* Bu prensibi doğru göstecek sebebi bulmak güç değildir. Bir hak ki iktisap etmek için insanın bizzat kendisinin veya varisinin bir fedakârlıkta bulunmuş olması lâzım gelir, bu fedakârlığa karşılık olmak üzere hak sahibinin hakkını serbesçe, mes'ul olmaksızın kullanmak selâhiyetini yani bir nevi muafiyet temin etmesi tabii ve doğru gözüktür. Fakat mademki hak sahibinin yapmış olduğu fedakârlık mukabilinde elde etmiş olduğu muafiyeti meşru göstermektedir, şu halde elde etmiş olduğu muafiyet te yapmış olduğu fedakârlığa azçok mütenasip ve binnetice mahdud olmalıdır. Böylelikle mevzubahs muafiyetin hudutlarını tayin etmek mes'elesi ile karşılaşırız.

Kanun muayyen hakların hududunu çizmiş olmakla mes'elenin kökünden hal edilmiş olduğu zannına kapılmayalım. Bilâkis. Kanunu tatbik ile mükellef olan mahkemeler vazii kanunun tespit ettiği sınırları daha ziyade daraltmak lüzumunu hissetmişlerdir. Ve muayyen bir hakkı, o hakkın mahiyetini, normal istimalını nazarı itibare alarak, sui istimal fikrile tahdit etmeyi düşünmüşlerdir. İşte bu suretle, bir hakkın istimalinde mes'uliyeti mucip olacak hareketleri, mes'uliyetsizce yapılacak hareketlerden ayırt etmek için hakkın hüsnü istimalı ve sui istimalının nazarı itibare alınması lâzım geldiğini ifade eden nazariyelerle birlikte, «hakkın sui istimalı» tabiri meydana çıkmış oldu.

Fıransız içtihadının kararlarında ve nihayet İsviçre ve Türk Kanunu Madenîlerinin 2inci maddelerinde kullandığı bu tabir biraz garip hatta bazılarının nazarında manasızdır. Netekim (Planiol) aşağı yukarı şöyle demektedir (Traité élémentaire, ikinci cilt, 11ci tabı No. 871):

«Bu yeni nazariye (yani hakkın sui istimalı nazariyesi) kelimeleri lâyikile tartmaksızın kullanmaktan doğuyor. Bu tabiri teşkil eden iki kelime birbirinin zıddı bulunmaktadır. Zira ben hakkımı kullandığım taktirde yaptığım hareket meşrudur. Ve hareketim meşru olmadığı zaman ben hakkımın hudutlarını aşmış yani hakkım olmaksızın hareket etmiş bulunuyorum. Şu halde kelimeler bizi aldatmasın. Sui istimalın başladığı yerde hak nihayet bulur. Çünkü bir fiil aynı zamanda hem meşru hem de gayri meşru olamaz.

«Netice: hakkın sui istimalı (abus du droit) dan değil hakkın yokluğundan, hakkın fıkdanından (défaut du droit) dan bahsetmek lâzımdır. Zira bu halde hak tecavüz edilmiştir. Binaenaleyh hakkın sui istimalinden bahsetmek abestir. Bu nazariye de yanlış ve lüzumsuzdur».

Ripert, (La règle morale dans les obligations civiles - medenî vecibelerde ahlâk kaidesi) isimli eserinde bu mütalâaları doğru bulmakta ve yine aynı kitapta Planiol' un tenkidinden mâsun kalacak bir sistem kurmak istemektedir. Ripert'e nazaran, bir hakkın mutad istimalı çerçevesine giren ve fakat hak sahibine iktisadî bir menfaat temin etmeksizin bir başkasını ızzar kasdile yapılan her hareket bir sui istimal teşkil eder. Görülüyor ki bu tarif Türk kanunu medenîsinin

telâkkisine tamamen denilecek derecede uymaktadır. Ripert hakkın sui istimalını, normal istimal sahasının içinde tarif etmekle Planiol'un tenkidinden uzak durmaktadır. Çünkü Planiol hakkın hudutlarını aşmaktan bahsediyordu. Halbuki, mademki hakların normal istimal fikrile tahdit olunduğunu kabul ediyoruz, her hangi bir hareket muayyen bir hakkın normal istimalını teşkil ettiği taktirde o hareketin, normal istimal fikrinin tazammun ettiği hududu aşmasına imkân yoktur. Fakat bu şıkta hak sui istimal edilebilir. Binaenaleyh hakkı sui istimal etmek hakkı tecavüz etmek değildir. Görüyoruz ki (Ripert)'in vaz ettiği tarif hakkın sui istimalı nazariyesini dar bir sahaya sokuyor ve bu suretle hakkın sui istimalının hakkın yokluğundan ayrı bir şey olduğu gösterilmiş oluyor.

Mamafih bu tarif biraz derinleştirilecek olursa, görülür ki tarifen esas unsurunu iktisadî menfaatin yokluğu teşkil etmektedir. Filhakika hak sahibi için ekonomik bir faidenin mevcut olmadığı görülürse artık başkasını ızzar kasdını aramak beyhudedir. Saniyen başkasına zarar ıka etmek maksadile yapılan bir hareket eğer hak sahibine aynı zamanda ekonomik bir faide temin ediyorsa hak sui istimal edilmiş olmaz. Meselâ bir kimse kendi bahçesine ikameti için bir oda inşa etmekle komşusunun ziyasına ve havasına mâni olsa bu hareket — suiniyeti tamamen ispat edilmiş olsa bile — bir sui istimal teşkil etmez. Ripert bu nokta üzerinde fikrini açıkça söylemektedir (Sahife 184). Bütün kitabında, esasen serlevhadan anlaşılacağı üzere, kasda, niyete yani mes'elenin *ahlâkî* cephesine vermiş olduğu ehemmiyete rağmen vardığı netice biraz tuhaf gözüktür. Zira bu ahlâkî cephe nazarı itibare alının alınmasın verdiği tariftan çıkarılacak ameli neticeler yukarıda izah ettiğimiz gibi birbirinden farklı olmayacaktır. Binaenaleyh Ripert' in vermiş olduğu subjectif tarifi daha ziyade objectif bir mahiyet arzeden bir tarifle değiştirmek kabildir. Şöyle ki: Bir hakkın mutad istimalı çerçevesine giren ve hak sahibine ekonomik bir faide temin etmeksiz bir başkasına zarar ıka eden her hareket bir sui istimal teşkil eder. Ripert'in bu son vaz'iyeti gayet sarıh ve gayet sağlamdır. Fakat Planiol'un tenkidinden kendini kurtarmış değildir. Aşağıda vereceğimiz izahat bunu gösterecektir.

II

Hakkın sui istimalı mes'elesinin zorluğu iki zıt temayülü telif etmek müşkilinden neş'et etmektedir. İka edilen her zarar tamir olunmalı mı? Yoksa enfüsi (subjectif) haklara tamamen riayet edilmeli mi? Zararın tamiri ahlâkın ve içtimai tesanüdün emrettiği bir vecibedir. Diğer cihetten enfüsi hakların sebebi mevcudiyeti, ferde iktisadi faaliyetinin genişlemesini temin maksadına müstenittir. Binaenaleyh iki fikir arasındaki ihtilafı daha umumî istilahlar kullanarak ifade etmek lâzım gelirse şöyle deyebiliriz: İçtimai (social-sosyal) tesanüdün bize çizmiş olduğu hedefe ekonomik mülâhazaları tercih etmek doğru mudur?

Mes'eleye, ferdin iktisadi faaliyetinin inkişafına mani olmayacak bir hal sureti vermek istenilse bile Ripert'in sui istimal olarak tarif ettiği hareketi tasvibe imkân yoktur. Çünkü Ripert hakkın sui istimalını ferdin kendisine faidesi olmaksızın gayre zararı dokunan bir hareket deye tavsif etmişti. Böyle bir hareketi hak sahibinin yapmağa selâhiyeti olmadığını ve yaptığı takdirde zarara soktuğu şahsı tazmine mecbur olduğunu söylemekle Ripert, ahlâki endişelere ekonomik gayeleri feda etmiş olmuyor. Zira tarif mucibince hak sahibi için iktisadi bir menfaat mevcut değildir. Şu halde Ripart'ın vermiş olduğu cevap bizi burada işgal eden hususî bir şıkta mes'eleyi mükemmel bir surette hal ediyor. Çünkü ihtilafı ortadan kaldırıyor. İktisadi menfaatların himayesi mi yoksa zararın tamiri mi deye iki sual karşısında kalmıyoruz. Bilfaraziye mes'ele tek bir suale irca edilmiş oluyor: Hak sahibi için iktisadi bir menfaat olmadığına göre hakkını istimal ederken ika ettiği zararı tamir etmeli mi? Cevap ta sarih ve sağlamdır: zararın tazmini icap eder.

Herkesin tereddütsüz kabul edeceği bu hal tarzı sübjektif hakların tahdidini tazammun ediyor. Zira biz Ripert'in vermiş olduğu cevabı izah için sübjektif hakları bizatihi (en soi, nazarı itibare almadık belki daha ziyade onların sebebi mevcudiyetlerini göz önünde tuttuk. Şimdiye kadar yazdığımızdan da şu neticeyi çıkarmak pek tabiidir: Enfüsi (sübjektif) hakların istimalı ancak bu istimal en-

füsü hakların sebebi mevcudiyetine uygun olduğu zaman himaye görür. Başka bir tabirle, enfüsü hakların sebebi mevcudiyeti, gayesi o hakların hududunu teşkil eder. Bu gaye, bu sebep ortada olmayınca hak orada nihayet bulur. Binaenaleyh bu hudut aşıldığı vakit hakkın sui istimalı (abus du droit) yerine (défaut du droit) hakkın yokluğundan bahsetmek daha münasıptır. Ripert'in tarzı telâkkisini başka türlü ifade etmek lâzım gelirse bir hakkın, ekonomik vazifesinin tayin ettiği hedeflerden gayrı gayeler uğrunda kullanılması (détournement d'un droit de sa fonction économique) hakkın sui istimalını teşkil eder diyebiliriz.

III

Josserand ın telâkkisini hulâsa etmek için bu son tariftaki ekonomik kelimesi yerine (social) kelimesini koymak kâfi gelir. Demek oluyor ki Josserand da Planiol'un tenkidine maruz kalmaktadır. Esasen hakkın sui istimalı namı altında kurulan bütün nazariyeler, hakların istimalına bağlı olan muafiyeti bazı hallerde, ekonomik veya sosyal mülâhazalar serdederek ortadan kaldırmak gayesini güderler. Bu muafiyeti ortadan kaldırdıktan sonra hak özünden mahrum boş bir kelime kalır. Şu halde *hakkın sui istimalı bizzarure hakkın yokluğuna müncer olur*. Planiol'un görüşündeki büyük hakikat parçası buradadır. Zaten bu aşikâr hakikatı Ripert tarafından uzun uzun izahata girişilmezden önce müşahede etmek kabildi. Mamafih bu müşahede hemen hemen hiçbir şeyi halletmezdi. Evet, *netice itibarile* hakkın sui istimalı hakkın yokluğu ile karışmaktadır. Fakat bu nasıl oluyor? Hakkın yokluğuna karar verebilmek için evvelâ hakkın sui istimalı var mı yok mu deye araştırmak zarureti vardır. Ripert'in nazariyesini tahlil ederken iktisadî ve ahlâkî mülâhazaların rol oynadığını gördük. Şunu da sırası gelmişken söyleyelim ki bu mülâhazalar ulu orta ileri sürülmüş değildir, belki daha ziyade fıransız Kanunu medenisinin mülhem olduğu prensipler bu fikirlere müessir olmuştur. İkaedilen zararın tamirini 1382 nci madde (ki geniş bir prensibin ifadesidir) emreder. Ferdin iktisadî faaliyetinin inkişafını temin etmek düşüncesi, bir kelime ile *individualiste* telâkki bütün (Code Civil)e hâkimdir. Eger

bu mülâha zalar birlikte nazarı itibare alınmazsa komşusunun ziyasını ve havasını kapatmak için işe yaramayan bir baca inşa ettiren adamın fiili meşru gözükmek icabeder. Halbuki bu mülâhazalar göz önünde tutularak Ripert'in tarifi kabul olunursa o zaman bu fiil mülkiyet hakkının sui istimalidir. Binaenaleyh komşunun sahip tarafından tazmin edilmesi icap eder. Bir başkasını zarara soksa bile tazminat verilmeksizin, serbestçe kullanılması hakkın mahiyeti iktizası olduğundan, sahibin komşuyu tazmin etmeğe mecbur tutulması hareketinin *gayri meşru* olduğunu gösterir. Ve şimdi Planiol'un muhakemesini tatbik edersek madem ki sahip gayri meşru bir fiil işlemiştir şu halde hakkın hudutlarını aşmış ve bu fiili *haksız* olarak işlemiştir. Mahkeme bacanın yıkılmasına dahi karar verebilir. İşte Planiol'un görüşünden çıkacak ameli faide de budur. *Abus du droit* hakkın sui istimalı yerine *défaut du droit* hakkın yokluğu tabiri kullanılırsa mahkemeler yalnız hak sahibini tazminata mahkûm etmeyecekler aynı zamanda mademki mevzu bahs fiil haksız yapılmıştır, o fiilin de ortadan kaldırılmasına hüküm verebileceklerdir. Profesör B. Mustafa Reşit 1926 tarihinde neşrolunmuş bir şerhinde hakkın sui istimalı tabirini kullanmasına, ve Planiol'a hiçbir telmihte bulunmamasına rağmen aynı neticeye varmakta yani mevzubahs fiilin ortadan kaldırılması lâzıma geleceğini söylemektedir (1). İtiraf etmeli ki her iki halde elde edilen netice arasındaki fark pek mühim değildir. Naktî tazminat ta aynı gayenin istihsaline azçok kifayet eder. Diğer cihetten Planiol'un muhakemesini tatbik edebilmek için gayri meşru bir vaz'iyet karşısında bulunduğumuzu evvelâ bilmek mecburiyetindeyiz. Zaten, makalemizin başında naklettiğimiz parça dikkatle okunursa görülecektir ki Planiol (hareketim gayri meşru ise) deyor yani hareketinin gayri meşru olduğuna evvelce hüküm verildiğini kabul ediyor. Peki amma *hareketinin gayri meşru olduğunu nereden bilelim?* Madem ki mevzu bahs hareket önce hakkın istimalı gibi gözükmektedir. Hakikat halde bunun hakkın istimali olmadığını ispat için tabiri diğerle gizli kalan bir (hak yokluğunu) mey-

(1) Rossel de şerhinde İsviçre k. 28 nci (Türk k. 24) maddeye dayanarak bu hal tarzını veriyor.

dana koymak için bir takım (criterium) kıstaslara müracaat etmeğe mecbur kalmamız pek tabiidir. Kanaatımızca (Planiol) un muhakemesi hakkın sui istimalı mefhumu ve nazariyesini mevcudiyetini tazammun etmektedir. Zira bu kıstasları biz hakkın sui istimalı namı altına kurmuş nazariyelerde arayacağız. Ve bu nazariyeler de lüzumlarını faydelerini böylelikle ispat etmiş olacaklar. Görülüyor ki hakkın sui istimalı tabirinin yerine başka bir tabir kullanmakla hakkın sui istimalı nazariyesinden vaz geçmeğe imkân yoktur. Hakkın sui istimalı nazariyesi faideli ve orijinal bir nazariyedir. Ancak belki, hakkın sui istimalı tabiri yerine başka bir tabir kullanmak lisanın mantiki bünyesine daha uygun gelecektir. Fakat bu husustaki tenkitlerin de bir parça yer-siz olduğu zannındayız. Zira biz bunu hukukî, tetnik, ilmî bir manada kullanıyoruz. Her ilim de olduğu gibi hukuk ilminin de kendisine mahsus, konuşulan lisandan ayrı bir lisanı vardır. Bütün mes'ele o lisanı terkip eden kelimelere yerilmesi kararlaştırılan hususî manalarda yani tariflerdedir. Binaenaleyh bir tarif vaz ederek diyebiliriz ki :

Şeklen bir hakkın istimalı gibi gözüküp te, hakikat halde, muayyen bir devirde, muayyen bir yerdeki pozitif hukukun (hukuku mevzuanın) ruhunu vücuda getiren mülâhazalar nazarı itibare alınınca hakkın istimalını teşkil etmediği görülen ve binnetice gayri meşru oldukları meydana çıkan fiilleri hakkın sui istimalı tabiri altında topluyoruz. Kısaca hakkın sui istimalı ilk bakışta gizli kalan bir hak yokluğudur.

IV

Burada verdiğimiz şu tarif fazla geniş hatta biraz da müphem gözükür. Fakat kanaatımızca hakkın sui istimalına dair olan muhtelif telâkkileri ihtiva etmektedir. Şimdi mes'ele ; bu muhtelif telâkkilerden hangisi kabul edilmiştir ve hangisini kabul etmek daha muvafıktır. Hakkın sui istimalı nazariyesinin tatbikatta ne gibi neticeler verebileceğini göstermek ve yukarıda verdiğimiz mücerret izahatı misallerle canlandırmak maksadile fransız içtihadını kısaca tetkik edelim.

Fransız içtihadının kabul etmiş olduğu kıstasları, Julliot de la Morandière'e göre üçe irca etmek mümkündür: 1— Sırf gayrı izarar

etmek kasdı. Meselâ serbest rekabet hakkı, başkasını izrar etmek fikrine müstenittir, fakat sırf bu fikir üzerine kurulmuş değildir. Binaenaleyh sırf başkasını izrar kasdıle kullanıldığı zaman bu hak sui istimal edilmiş olur. Mahkemeye müracaat bir haktır. Bu hak, sui niyetle sırf başkasına zarar ıka etmek kasdıle yapıldığı taktirde hak sui istimal edilmiş olur. Türk Hukuk Usulü muhakemelerinin 421 nci ve bilhassa 422 nci maddeleri bu fikirden mülhemdir. Jossierand gibi bazı müellifler bu kıstası biraz daha genişleterek hakkın kanun tarafından verilmiş olan gayesinden ayrı bir gaye zımında kullanılmasından bahsetmektedirler. İstimalin meşru olması için hakkın sosyal gayesine muvafık bir tarzda, meşru bir sebebe müsteniden kullanılması lâzımdır. Meselâ bir iş kontratosunda maslahat icabı olarak, bozuk giden işinizin masraflarını kısmak gayesile bir işçinin işine her dakika nihayet vermeniz sizin bir hakkınızdır. Ancak bunu başka bir gaye uğrunda meselâ amelenin sendikaya yazılmış olmasından dolayı kullanırsanız hakkınızı sui istimal etmiş olursunuz. 2— Hakkın istimalinde başkasına zarar dokunmaması için alınacak ihtimamda kusur gösterilmiş olması, bir kelime ile ihmal fikri. Bu kıstas yukarıkinden daha geniştir. Meselâ işiniz iyi gitmiyor ve bir işçiye yol vermek mecburiyetinde kalıyorsunuz. Eğer amelenin işine nihayet verirken ameleye bundan dolayı gelecek zararı azaltmak mümkün ise — bilfarz kontratoyu bir hafta daha uzatmak sizin için kabilse ve bunu yapmazsanız hakkınızı sui istimal etmiş olursunuz. Esasen Kod Sivil — Code civil — bu vecibeye uzaktan bile olsa temas etmektedir. Gayri muayyen bir müddet için yapılmış şirketten hüsnü niyetle münasip bir zamanda çekilmek lâzımdır. Gayri münasip bir zamanda çekilmek istenilirse zarar ve ziyan vermeğe mecbur tutunulur. (1869) Yani, fransız kanunu tabiri kullanmamakla beraber şirketten ayrılma hakkının sui istimal edilebileceğini kabul etmektedir. 3) Bu 3 üncü kıstas tam manasile objektiftir. Bir hak *anormal* bir tarzda kullanıldığı zaman sui istimal edilmiş olur. Aranılacak nokta acaba hak herkesin kullanacağı surette kullanılmış, istimal tarzı ammenin şuurunda hiçbir hoşnutsuzluk tevhit etmemiş midir ? Meselâ bir adam arsası üzerine

bir fabrika kuruyor. Lâzım gelen müsadeleri, ve fabrikanın fena kokularının intişarına mani olmak için fennin icabettirdiği bütün tedbirleri almakta kusur etmiyor. Fakat buna rağmen civardaki evleri rahatsız edecek derecede çıkan fena kokulara mani olamamaktadır. Şu halde o kimse böyle fena kokuların neşri beklenilmeyecek bir mahallede fabrikasını kurmuş ise ika ettiği zararı tazminle mükelleftir. Çünkü böyle bir mahallede böyle bir fabrikanın kurulması mülkiyet hakkının anormal bir istimalıdır. Türk Kanunu medenîsi 661ci maddede (İsviçre 684) aynı hal tarzını açık surette vermektedir. Şimdi mes'ele bu son kıtası umumî bir şekilde tatbik etmelimi? Yalnız mülkiyet hakkının bazı hususî hallerde değil bütün her nevi hakların anormal bir tarzda istimal edildiği görüldüğü zaman hakkın sui istimalı var demeli mi? Ripert'in vermiş olduğu tarif Planiol'un tenkidinden masun kalmak hususiyetini arzetmediğine göre bu son kıtası kabul etmemek için mantıkî-rationnel- hiçbir sebep yoktur. Fakat bu son kıtası umumi bir şekilde tatbik edilirse elde edilecek ameli neticeler hayırlımı olacaktır?

Hakkın sui istimalı nazariyesi çok geniş bir surette tatbik edilirse fazla davalara yol açmak gibi bir mahzurla karşılaşırız. Sonra hakların istimalını fazla tahdit etmekle fertlerde teşebbüs fikrini öldürmek, ticarî ve medenî münasebetlerde bir istikrarsızlık tevhit etmek binnetice iktisadî inkişafa mani olmak tehlikesini yaratmış oluyoruz. İşte bundan dolayı değil midir ki 2ci maddesinde hakkın bariz sui istimalını kanun himaye etmez diyor. Bariz (manifeste) sıfatını koymakla hakkın sui istimalının uzun ve ince muhakemelerle ispat olunduğu zaman hak sahibi için bir mes'uliyet kaynağı olamayacağını ifade ediyor. Türk vazii kanun ise daha ileriye gitmiş ve İsviçre kanunun yine müphem bir sıfatla daraltmak istediği müphem formülü bırakarak (sırf gayrı izrar) fıkrasını ilâve etmek lüzumunu hissetmiştir. B. Gad Frankonun şerhinde dediği gibi bu cümleye ihtiyaç yoktu denilemez. Bu fıkra, Türk Kanunu Medenîsinin hakkın sui istimalı hakkındaki geniş nazariyeleri kabul etmeyüp Ripert'in müdafaa ettiği sübjektif sisteme bağlandığını göstermesi itibarile hususî bir ehemmi-

yeti haizdir. Makalemizin başlarında gösterdik ki bu telâkkinin yeri-
ne hemen hemen aynı şeyi ifade eden ve daha ziyade objektif bir
mahiyet arzeden ikinci bir telâkkiyi ikame etmek mümkündür. Mama-
fih ne olursa olsun Türk vazii kanun ihtimal memleketin iktisadî
vaz'iyetini göz önünde tutarak ekonomik inkişafa velev uzaktan olsun
bir engel yaratmak istidadını gösteren bir telâkkiye yer vermemeği
tercih etmiştir.

İlhan E. Postacıoğlu
PARIS HUKUK FAKÜLTESİ
Son sınıf talebesinden

Hâkimlerimizin kanun vazii gibi vazeyledikleri kaideyi Temyiz Mahkemesi nakze selâhiyetlimidir?

Temyiz Mahkemesinin yüksek Bilgili ve tazime değer rüknü sa-
yin bay Ali Himmet Berki Hukukî Bilgiler Mecmuasında yazdıkları
makale ile, ileri sürdüğüm ve müdafaa ettiğim esasla alâkadar olmak
lutfunda bulundular. Kendilerine hakkımda bilvesile ifade ettikleri
teşcii edici ve mültefit sözlerden dolayı bilhâssa şükranımı arzetmek
isterim.

Muhterem Ali Himmet Berki esas itibarile benimle hem fikir
olduklarını söylemekle beraber aramızda bir az fark bulunduğunu
ilâve eylemektedirler. Ben bu yazımla bu farkı da izale etmek gaye-
sini güdüyorum. Âlim Hukukşinasımızın temas ettikleri fark nedir?
Sayın 2 inci Hukuk Reisine göre : içtihaden verilen hüküm aklın, hak
ve nasafetin reddedeceği bir şey olmamalıdır.

Bu telâkkiyi kabul ettiğimiz takdirde medenî kanunun 1 ci mad-
desile hakime tanınmış olan kanun vaziiiliği selâhiyetinin iptal edilmesi
imkânına yol açmış olacağımıza kaniim. Zira bu halde Temyiz Mah-
kemesi Hâkime : «evet kanun vazii imişsin gibi karar vermek vaziiye-
tinde bulunuyorsun ve bu suretle de hüküm vermişsin, kabul; fakat