

## DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA «HİLE»

Asistan Dr. Vedad Sevig

### Ö N S Ö Z

Devletler hususî hukukunda hile bahsi, hukuk ile ahlâkın birbirine ilgisini isbat etmekle kalmıyarak beynelmilel sahada da ahlâkın hâkim olması lâzım geldiğini meydana koyan hukukî bahislerden biridir.

M. Ripert'in dediği gibi «ahlâk kâidesi normatif görevinde ahlâkın takbih ettiği maksatlar için kullanılmak istenilen hukukî kaidenin suiistimalini önler<sup>1</sup>.»

Kanunlar, ferde iradesini serbestçe kullanmak hakkını tanımıştır. Hayatın bir takım safhalarında fert hukukî neticeler vücade getirmek üzere iradesini dilediği gibi kullanır. Son zamanlarda hukukun şekilperestlikten oldukça uzaklaşması sayesinde fert ihtiyarının milli ve beynelmilel durumlarda nüfuzu artmış ve böylelikle iradenin istiklâline doğru geniş adımlar atılmış bulundu. Fert bu sayede emeline elverişli durumlar yaratmak imkânını elde etti. Bu kadar bir serbestlik mahzurlu görülerek taşkınlıkları ve aşırı hareketleri önlemek için bir takım kayıtlar<sup>2</sup> takyit edildi. Fakat ne kadar kayıt konulursa konulsun içtimalî muvazene ve düzeni tutmak için hukukî hükümlerle ifadesi her zaman kolay olmıyan ve kökünü ve bütün izahını ahlâk kaidesinde bulan bir esasa bağlamak zorundan kurtulmağa imkân yoktur. Yine M. Ripert'in dediği gibi «ahlâk iradenin istiklâline karşı<sup>3</sup> tarafların ahlâk kanununa riayet mecburiyetini vazeder. Bu kanuna göre dün bir durumda olup diğeri tarafından istismar edilmek istenilen âkide karşı borçlu olduğumuz koruma mecburiyeti vardır, mukavelede adalet hâkim olmalıdır ve borçlar arasındaki nisbetsizlik, müsavatsızlık, zayıfların istismar edildiğinin belirticisidir; yine bu kanun, zayıf iradeyi (inkiyada) eğilmeğe mecbur

<sup>1</sup>) G. Ripert: La Règle Morale dans les Obligations civiles, 2. éd. 1927, s. 6.

<sup>2</sup>) Iradenin muhtariyeti tâbirini yerinde bulmıyanlar arasına katılarak «autonomie de la volonté» makamında iradenin istiklâlî kelimesini kullandık. Çünkü irade ve ihtiyar aynı seyler olup muhtariyet şahsa izafe edilmek icap eder.

kılan çok kuvvetli bir iradenin ifadesi telâkki edilecek uzlaşmalar hakkında şüphe uyandırır.»

«Hakların hudutsuz kullanılmasına karşı ahlâk kanunu, bir salâhiyetin bütün imtiyazlarını sarfedip tüketmekte adaletsizlik olabileceğini mukaveleden doğan ve borçluyu kendine bağliyan alacaklının hareketini kontrol etmek lâzım geldiğini, ve hâkim için, bir hakkı kullandığını iddia eden kimsenin ne gibi bir zâhniyetle ve hangi maksat ve gaye ile hareket ettiğini takdir etmek ve bu fiil haksız ise ona yardımını reddetmek icabettiğini söyler<sup>3)</sup>»

Zaten «zarar ve mukabele bizzarar yoktur» kaidesini koyan ve «bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir» diye insanların fiil ve hareketlerinde niyet ve maksada önemli bir yer veren eski hukukumuz da ahlâk düşüncesini hâkim kılmamış mıdır?

«Ahlâk bize hukuk sâjelerini harekete geçiren hissiyatı yoklamak ve araştırmak, ve bunlardan hüsnüniyet sahibi olanları korumak, kötü niyetle veya hile (dol) ile hareket edenleri cezalandırmak, hileyi (fraude) ve hattâ hileli düşünceyi takibe tâbi tutmak lâzım geldiğini ve hukukun ne dereceye kadar bu niyetleri araştırmayı, durumların bu sırf sâbjektif tetkikini kabul edebileceğini bilmek icap ettiğini öğretir.»

«Başka bir bakımdan da ahlâk kaidesi hukuk âlemine girer; mecburî bir gidiş (hattı hareket) kaidesine temessül ederek adaletin yardımını istediği zaman. Haksız olarak başkasına zarar vermemek vazifesi hukukî mesuliyet (sorumluluk) prensipinin temeli midir, başkasının zararına olarak mal edinmemek vazifesi sebepsiz mal iktisabı dâvâsının kaynağı mıdır, hemcinsine yardım etmek vazifesi kanunî bir teyide mazhar olmak ümidini besliyebilir mi? gibi sualler akit dışı borçların esasına ve çevresine dair olan çetin problemleri ortaya çıkarmadan irad edilemez.»

Bu sözlere şunu ilâve etmek isteriz, bununla müellifin fikirlerine ve hislerine tercüman olacağımızı sanırız; ahlâk kaidesi bir ferden cemiyete karşı olan vazife ve mükellefiyetlerinin tâyinini de üzerine almıştır. Yapılan zarar, bir ferde karşı olmayıp da cemiyete karşı vâki olacak olursa —muayyen bir ferde karşı hukukî mesuliyet doğuran zararlardan değildir, diyerek geçiştirilemez,— haksız fiilin, muzir fiilin cemiyette husule getirdiği intizamsızlığı ve huzursuzluğu giderecek tedbirler ittihaz edilmek lâzâm gelir. Cemiyete karşı yapılan haksızlığı nizamsızlığı, hülâsa zararı ve saygısızlığı ahlâk takbih eder. Kanun da cemiyetin düzenini

<sup>3)</sup> Ripert, s.g. eser s. 6, 7.

<sup>4)</sup> Ripert, s.g. eser, s. 7.

tutmak için emirlerine itaat ve inkiyadı mecburî kıldığından bu mecburiyete karşı gelenleri veya bir takım kurnazlıklarla sureta itaat eder gibi görünerek kanunun ruhunu sarsmağa veya emirlerinin mecburiliğini gevşetmeğe, zayıflatmağa yeltenenleri emirlerinin mahiyetine uygun müeyyidelerle cezalandırır ki, bu suretle ahlâk kaidelerini hukuk bakımından da tekit ve takviye etmiş olur. Şu halde bir kanunun emredici hükümlerini tatbik ederken cemiyetin menfaatini ve buna destek ve temel olan ahlâk kaidelerini daima gözönünde tutmak zorundayız. Bu emrin kuvvetini sarsan, zayıflatan hareketlerde yalnız kanunda yazılı hükmün lâfzına bakılmıyarak kanunun ruhuna aykırılık olup olmadığı araştırılmak icap eder. Kanunî yollardan gidilerek kanunun hükmü içtimai gayesinden inhiraf ettirilmiş ise o kanunî yolların kullanılması hakkın suiistimalinden başka bir şey olamayacağından failin niyet ve maksadına göre kötü olan bu hareketi hukuk bakımından da müeyyidelerden zarurî olur. Devletler hususî hukukunda hile işte bu yoldaki hareketlerden biridir. Hileye elverişli durumu, devletlerin kanunları arasındaki aykırılıklar ve her ülkede ayrı bir hâkimiyetin câri olması keyfiyeti temin edebilir.

Müteaddit devletlerin emredici hükümlü kanunları arasında ihtilâf olunca (kanunlar ihtilâfı), dâvanın rüyet edildiği memleketin D. H. H. sistemi hâdisede yetkili olan kanunu gösterir. Böylece bir memleketin iç hukukunda emredici olan bir kanun hükmü, meselenin D. H. H. nu ilgilendirmesi yüzünden yerini başka bir memleket kanununa terkedebilir. Meselâ bir vatandaşın rüşt yaşı Milli Kanunumuzun yani Türk Medenî Kanununun hükümleri dairesinde taayyün etmesi iktiza ettiği halde bir yabancıya reşit olup olmadığını takdir için Türk Medenî Kanununa bakılmıyarak kendi D. H. H. kaidelerimiz gereğince onun mensup olduğu memleket kanunu hükümlerine uyarız. Keza İtalyada boşanma memnurdur, fakat boşanmayı tanıyan bir memleket tebaasının ora kanununa göre vaki olan boşanmaları muteber sayılır. Hattâ bu yabancı, İtalyan tabiiyetini terkedip başka bir devlet tabiiyetine geçmiş olmaktan nâşi yabancı olmuş olup da boşanmaya cevaz veren bir memlekette boşandıktan sonra İtalyaya avdet etmiş olsa bile, boşanmış olan alelâde ecnebilerin haiz olduğu yetkileri haiz olur.

Normal surette cereyan eden bu hâdiselerde D.H.H. nun tatbiki bizi bu dediğimiz neticelere vardırırsa da hâdiseler normal ve tabii surette vukua gelmeyip de durum doğrudan doğruya alâkahıların iradesinin mahsulü olarak ihdas edilmiş ise, acaba aynı neticeler vücade gelebilir mi, daha doğrusu vücade gelmesine müsaade edilir mi?

Tabiiyet değiştirme hususundaki kolaylıktan faydalanarak yabancı tabiiyete geçmekten maksat, kanunlar arasındaki normal ihtilâfları halletmek üzere konulmuş kaideleri sun'î surette tahrik ederek ahkâmı şahsiye bakımından kendi hakkında yeni intisap ettiği Devlet ahkâmını salâhiyetli kılmak olduğuna göre bu hareket binnetice boşanmayı menden İtalyan iç hukukunun emredici hükümlerini tatbiksiz bir hale getirmek ve *kanuna karşı hile* yapmak demek olur.

Meselâ bu tabiiyet değiştirmenin sırf boşanabilmek maksadiyle vuku bulunduğunu alâkalının boşanmayı müteakip derhal İtalyan tabiiyetine geçmesiyle anlamış olsalar, yabancı memleket tabiiyetinde iken elde edilmiş olan hali İtalyan D. H. H. na uygun olduğu için muteber sayacaklar mıdır? Yoksa hileyi gözönünde tutarak boşanmanın muteber olmadığına mı hükmedeceklerdir?

Burada boşanma memnuiyetine karşı yapılan hile, kanunlar ihtilâfının haline yarıyan hükümler ile tabiiyete mütedair mevzuatın bahsettiği hakların sulistimali suertiyle vâki olmuştur.

Böyle bir durum karşısında hukukçu şu soruyu cevaplandırmak zaruretinde bulunur: sırf bir emredici hükmü bertaraf etmek maksadiyle kanunlar ihtilâfı kaidelerine göre durumunda bir değişiklik husule getirecek olan bir muameleyi (tabiiyet değiştirme gibi) yapan veya bir fiili (seyahat gibi) işliyen kimse bu suretle sağladığı durumdan hukuken istifade edebilecek midir?

İki şık vardır: ya Devletler Hukuku sistemi, bu bilihtiyar ve bililitizam meydana getirilen durumda da aynıyle tabii durum hakkında olduğu gibi tatbik edilecek ve bu suretle kanunun emredici hükümlerinden hile kullanarak kaçınmağa imkân ve cevaz verilecek; yahut da D.H.H. sisteminin bu gibi hallere tatbikinde bir istisna kabul edilip D.H.H. na göre normal olarak yetkili sayılacak kanunlar hile sebebiyle yetkisiz ve tatbiksiz bırakılacaktır. Bu son şıkta kanuna karşı hile teorisine yer verilmiş olur.

D.H.H. sisteminde hile dolayısıyla istisnayı kabul etmek hilenin bu husustaki tesirini ölçmek demektir. Hile, bir hakkı kullanmak ve meşrû vasitalara başvurmak suretiyle yapıldığı için işlenen fiilde kasıt ve niyetin rolü pek mühimdir. Niyetin iyi veya kötü olmasına göre hareket, hukukî neticeyi doğuracak veya doğurmıyacaktır. Demek ki bu hususta hukukî bir hüküm verebilmek için ahlâki ve psikolojik bir esasa başvurmak lâzım gelecektir. Bu itibarla ahlâkın hukukî neticeleri değerlendirmekte ne derece alâkalı olduğunu görmüş oluyoruz.

## G İ R İ Ő

**Terminologie.** — Hukuk dilimizde «hile» kelimesiyle ifade edilen birçok mefhumlar vardır:

a) Borçlar Hukukunda hileden bahsedilir. Borçlar Kanununun 28 inci maddesi gereğince «diğer tarafın *hilesiyle*» akit icrasına mecbur olan tarafın katası esaslı olmasa bile, o akit ile ilzam olunmaz.»

Burada mevzuubahs ettiğimiz hile, Borçlar Kanununundaki hile değildir. Borçlar Kanununundaki hile Fransızcada «dol» kelimesiyle ifade edilir. Lâtince «dokus» denilen keyfiyettir.

b) İcra ve İflâs hukukunda da hileden bahsedilir. Borçlunun alacaklısından mal kaçırmak maksadiyle yaptığı hiledir. İcra ve İflâs Kanununun 280 inci maddesine göre «Borçlu tarafından alacaklıları izrar kasdiyle yapılan bir taraflı muamelelerle borçlunun bu kasdını bilen veya bilmesi lâzım gelen kimselerle yahut alacaklıların bazılarıyla uyuşarak diğerlerinin zararına yapılan bütün muameleler tariheri ne olursa olsun bătıldır.» Bu hal, iptal dâvası sebeplerinden biridir. «İptal dâvasından maksat —bu 280 inci maddeden başka— 278 ve 279 uncu maddelerde yazılı tasarrufların butlanını hükmettirmektir.»

Buradaki hileye Fransızcada «fraude» denilir. Fraude kelimesi bundan sonra izah edeceğimiz hallerde de kullanılır.

c) Eski hukukumuzda kullanılan bir hile kelimesi vardır. O da «hilei şer'iyye» tâbirinde geçer. Buradaki hile arapcadaki mânasında hiledir. Yani çâre, tedbir, yol mânasına gelir. Hilei şer'iyyesini bulmak, hukukî çaresini, yolunu bulmak demektir. Yoksa şimdiye kadar izahına çalıştığımız mânada şer'i bir hile yapmak demek değildir. Bu mânada hile, kötü bir şey olduğu için şer'i sıfatını taşıyamaz. Birbirine zıt ve birbiriyle uyuşamıyan iki mefhum birleştirilmiş olur.

d) Bir de kanuna karşı hile vardır. Buna Fransızcada *fraude à la loi* denilir. Bu, kanuna karşı bir nevi saygısızlığı tazammun eder. Kanunu kendi emel ve menfaatine hâdim kılmak demektir. Kanunu kötüye kullanmaktır. Kanuna karşı kanunu siper etmektir, bu da kanunun lâfzına dayanarak ruhunu ve gayesini ihlâl etmek suretiyle olur.

Kanuna karşı hile iki sahadan birinde yapılmış olabilir: ya iç hukuk çevresinde, yahut da beynelmilel sahada. Burada izah ettiğimiz şekil, daha ziyade iç hukuk sahasında vukua gelen şeklidir.

e) Devletler H. H' unda hile, kanuna karşı hile olmakla beraber, iç hukuktakinden farklıdır.

Bilindiği üzere, Devletler Hususî Hukuku kanunlar ihtilâfını halle medar olan kaideleri ihtiva eder: Çatışan iki veya ziyade kanunlardan hangisinin mevzuubahs hâdiseye, hukukî rabıtaya tatbiki gerektiğini gösterir. Meselâ ahkâmı şahsiye için şahsî kanunun, aynı haklar için malların bulunduğu yerin kanununun, şekil hakkında yapıldığı yer kanununun tatbik edilmesi, Devletler Hususî Hukuku kaideleri icabındandır.

Bu çeşitli kaidelerden ahkâmı şahsiyeye müteallik olanını alalım. Bir kimse ahkâmı şahsiyesi, şahsî statüsü itibariyle kendi mensup olduğu Devletin kanununa (millî kanuna) tâbidir. Bu kimse tabiiyetini değiştirirse yeni intisap ettiği Devletin kanunlarının hükmü altına girer; yani ahkâmı şahsiye itibariyle bu Devletin kanununa tâbi olur.

Bazı kimseler vardır ki, mahza ahkâmı şahsiye itibariyle kendilerine en elverişli olan kanundan faydalanmak maksadiyle tabiiyet değiştirirler. Bu suretle haklarında başka bir kanunun, kendi emel ve menfaatlerine uygun olan kanunun tatbikini temin etmiş olurlar. Meselâ boşanmayı meneden bir kanunun hükmünden kurtularak boşama, salâhiyetini elde etmek için kendi arzusuna uygun olan Devlet kanununun hükmü altına girmek üzere tabiiyetini değiştiren kimsenin durumu bu kabildendir.

İşte Devletler Hususî Hukukunda hile, bir kimsenin normal olarak hükmü altında bulunduğu kanunun emredici hükümlerinden kaçınmak için suîniyetle kendine elverişli bir durum ihdas ederek yabancı bir kanunun hükmü altına geçmesidir.

Şu izahlardan da anlaşılacağı üzere hilede 1) Kanuna karşı hile vardır; çünkü alelusul tatbik edilmesi lâzım gelen kanundan ayrılarak başka bir kanunun hükmü altına geçmek mevzuu bahistir. 2) Devletler Hususî Hukukunun suiistimali vardır; çünkü Devletler Hususî Hukukunun bahsettiği salâhiyet kötüye kullanılmıştır.

Farzedelim ki bir İtalyan, boşanmak için Fransız tabiiyetine geçiyor ve boşanma kararını aldıktan sonra tekrar İtalyaya dönüyor ve eski tabiiyetine rücu ederek boşanma kararından istifadeye çalışıyor. İtalya mahza kendi emredici hükümlerini çiğniyerek boşanmayı elde etmek için tabiiyet değiştirmiş olan bu İtalyanın yeni halini meşru sayacak mıdır? Yoksa hileli olduğu için muteber görmeyecek ve ilk evliliğin hâlâ devam ettiğine karar mı verecektir? Burada hile barizdir. Çünkü hem İtalyan kanununa karşı hile vardır, hem de Devletler Hususî Hukukunu ilgilendirmek üzere bir kanunlar ihtilâfı vücade getirilmiş ve bu suretle Devletler Hususî Hukuku suiistimal edilmiştir.

### Devletler Hususî Hukukunda Hile Mefhumunun Tahlihi

Devletler Hususî Hukukunda hile mefhumunu şu suretle tarif ettik:

Bir kimsenin normal olarak hükmü altında bulunduğu kanunun emredici hükümlerinden kaçınmak için suiniyetle kendine elverişli bir durum ihdas ederek yabancı bir kanunun hükmü altına geçmesidir.

Burada hileyi hakkiyle belirtmek lâzımdır. Bilindiği üzere hile denildiği vakit ilk hatıra gelen maddî bir takım fiillerle başkasını veya bir makamı aldatmaktır. Meselâ seçimlere hile karıştırmak, gümrükten —resim vermemek için— mal kaçırmak, vergi kaçakçılığı yapmak için bir takım hileli işler yapmak hep maddî fiillerdir. Cürmî kasıt, bunlarda, haksız mahiyetteki fiilde tecelli eder.

Bir de ikinci nevi hilede görüldüğü üzere hukukî bir tasarruf şeklinde yani meşru ve haklı bir muamele halinde vukua getirilen hile vardır. Borçlu tarafından alacaklıları izrar kasdiyle yapılan muamele ve tasarruflar, haddi zatında meşrû fiillerdir. Bununla beraber failin iradesi hileye masruf olduğundan kanun koyucusu tarafından bu hileli iradenin hükmü iptal edilmiştir. Burada hile, suiniyete müsavidir.

Bütün bu hallerde, hile ithamı altında bulundurulan kimse, bu fiiliyle ya muayyen bir şahsa zarar iras etmek niyetindedir, yahut hiç olmazsa bu şahsa fiilinden zarar geleceğini bilmektedir.

Kanuna karşı hilede ise mutlaka hususî menfaetlerin çarpışması zaruri değildir. Ekseriya ilgili şahısların elbirliğiyle emredici bir hükümden kaçınmak teşebbüsü suretinde olur. Kanuna karşı hilede, normal bir surette tatbiki lâzım gelen kanunu bertaraf etmek kasdi vardır. Çünkü kanun menfaatlara veya iradeye aykırı bulunmaktadır<sup>1</sup>.

Devletler Hususî Hukukundaki hile ise bir de Devletler Hususî Hukukunun suiistimalini tazammun eder. Bu, hakkın suiistimali dediğimiz şeydir ki, son zamanlarda formülünü bulmuş bir mefhumdur.

Misalimize göre bir İtalyan, kendisinin alulusul tâbi olduğu İtalyan Kanununun boşanma memnuiyetini koyan hükmünden kaçınmak, sıyrılmak istiyor. İtalyan tebaasından olarak kaldıkça bu emelini gerçekleştiremeyecek, yabancı Devletin, kendi emeline elverişli olan kanunundan faydalanmak üzere o Devletin tabiiyetine geçiyor. Sonra da eski tabiiyetine avdet ediyor. Demek bu kimse sırf Devletler Hususî Hukukunun ahkâmı şahsiyeyi millî kanuna tâbi kılan kaidesinden faydalanmak için tabiiyet

<sup>1</sup>) Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 2 ci tâbi 1927 No. 175, s. 335.

değiştirmiş ve ortada normal bir kanunlar ihtilâfı yok iken —çünkü İtalyan kaldıkça bu hususta bir kanunlar çatışması mevzu bahis olmıyacağından— tabiiyet değiştirmek suretiyle sun'î bir kanunlar ihtilâfı vücade getirmiştir. Kanunlar ihtilâfını tahrik ve tasniğ etmekle Devletler Hususî Hukukunun normal durumlar hakkındaki kaidelerini gayeleri hilâfında kullanmış, başka bir deyimle, bu kaideleri sulistimal etmiştir.

**Muvazaa** — Hile ile karıştırılmaması lâzım gelen bir keyfiyet de muvazaadır. Muvazaa, hile değildir. Şu mânadaki, Devletler Hususî Hukukunun tatbikini istilzam edecek fiillerin muvazaalı olarak vücade getirilmesi, mahiyetini tesbite çalıştığımız «hile» yi teşkil edemez. Muvazaada D.H.H. sisteminin muayyen bir kanunu yetkili saymasını icap ettirecek şartlar, durumlar ancak zahiri olarak yaratılıyor. Meselâ yabancı bir kanundan faydalanmak veya yabancı bir mahkemeyi salâhiyetli kılmak için bir mukaveleye hilâfı hakikat olarak mukavelenin filân mahalde tanzim edildiğinin dercedilmesi gibi, Burada bir takım güç ve masraflı merasimden kaçınılmak gayesi güdülür.

Yine meselâ Fransada bir şirket kurmak isteyen bazı Fransız tüccarları tarafından Fransız Ticaret Hukukunun fazla takyidatından kurtulmak için şirketlerine bir ecnebilik süsü verilmesi gibi. Faraza Londrada bir büro tutarlar ve şirketi yine Londrada kaydettirirler. Fakat bütün muamelâtı Fransada idare ve icra etmeğe devam ederler. Zahirin Fransadaki müessese bir İngiliz şirketinin şubesi olduğundan Fransız Hukukunun bir çok takyidatından kurtulabilir. Fakat durumun bir görünüşten ibaret olduğu meydana çıkınca şirkete hakiki hüviyetine göre muamele edilir. Bu hususta artık hile nazariyesine hacet kalmaz<sup>1)</sup>.

Haddizatında muvazaa hileye benzetilemez, çünkü: 1) Hileli durumu istihsal etmek için muvazaada zahiri bir muamele yapılır, halbuki kanuna karşı hilede gerçek bir muamele yapılır<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Bu meselede Fransız jürisprüdansında müteaddit mahkeme kararları vardır. Fakat bir çok müellifler bu kararlardan hile nazariyesinden bahs olunmuş olmasını lüzumsuz buluyor. Arminjon, Précis de droit international privé, I. 233 ci bası, Dalloz Paris 1927.

Perroud, La fraude à la loi en droit int. privé, Cl. 1926, s. 19 ve mü.

Niboyet, Cours de droit int. Pr. s. 540, Sirey, Paris 1947.

<sup>2)</sup> Arminjon, Précis de droit int. Pr. s. 233.

Desbois: La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française, Thèse Paris 1927 (Dalloz) s. 38 ve mü.

Ligeropoulos: Le problème de la fraude à la loi, Thèse Aix 1928, Sirey, No. 14-18.



2) Muvazaada zahiri muamele ortadan kalkar ve gizli muamele hukuki nizamla karşı karşıya kalır. Halbuki kanuna karşı hilede, emredici hükümden kaçınmayı temin etmiş muamele ipka edilir (her ne kadar bir reye göre ipka edilmemesi lâzım geleceği ileri sürülüyorsa da), fakat elde edilmek istenilen netice ortadan kalkar.

Muvazaayı kanuna hileden tefrikin faydası şudur:

1) Muvazaaya bir müeyyide tatbik etmek daha kolaydır. Hakiki durumu örten, gizliyen, zahiri durum ortadan kaldırılınca, hakiki durum tâbi olduğu hükümlerle karşı karşıya kalır. Çünkü muvazaada kanunun doğrudan doğruya ihlâli vardır<sup>4</sup>. Bu sebeptendir ki hile teorisine muhalif olanlar hile muvazaalı saydıkları hallerde hâkimin müdahalesini kabul ederler. Halbuki kanuna karşı hile istimal edilmiş olursa, yani kanun bilvasıta ihlâl edilmiş ise, hile teorisine karşı serdettikleri itirazları meydana koyarlar.

2) Tefrikin ikinci faydası müeyyidenin tayininde<sup>5</sup> gözükür. Çünkü bazı hallerde müeyyide hileye veya muvazaaya istinat etmesine göre değişmezse de<sup>6</sup> diğer ahvalde tesiri büyük olur. Meselâ adli teminat (caution judicatum solvi)'den kaçınmak isteyen bir ecnebi, şüpheli bir alacağını malî durumu kötü olan bir vatandaşa devrederse ve vatandaş borçluyu dâva ederse bu muamelenin muvazaa veya hile sayılmasına göre durum değişir: Muvazaa ise temlik yoktur, binaenaleyh vatandaş alacaklı olmaması sebebiyle vatandaşın dâvası şükut eder; hile ise, borçlu teminatın ecnebiye ödetilmesini isteyebilir. Çünkü bunlardan biri yapılmazsa borçlu şüpheli alacağı dair bir dâvayı kazanırsa da mahkeme masraflarını malî durumu bozuk hasmına (şüpheli alacağı zahiren veya hile ile temellük eden vatandaş) ödetemez<sup>7</sup>.

## DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA HİLE TEORİSİ

Kanunlar ihtilâfı kaideleri, tabii ve normal şeklindeki kanunlar ihtilâfını halle yarar. Bu kaidelerin vaz'ı sebebi, hikmeti vücudu, normal olarak kanunlar arasında bir çatışma vukua geldiği takdirde bunlardan

<sup>4</sup>) Arminjon, Précis. s. 233.

Ligeropoulo, s. 34.

<sup>5</sup>) Ligeropoulo, Répertoire, Fraude à la loi, No. 31.

<sup>6</sup>) Şirketlerin tâbiyeti aşağıda anlatılacaktır, s.

<sup>7</sup>) Valery, Manuel de droit International Privé, Fontemoing, Paris 1914, s. 731, not 2.

hangisinin salâhiyetli olduğunu, yani hukukî hâdiseye, hukukî rabıtaya en uygun ve en yetkili bulunduğunu tayin ederek mevcut ihtilâfı ortadan kaldırmaktan ibarettir.

Fakat sun'î şekilde kanunlar ihtilâfı ihdas edilecek olursa, meselâ şahıslar tarafından kendi emel ve menfaatlerine uygun olan kanunu elde etmek için suiniyetle bir müsaıt durum ihdas ederek kanunlar ihtilâfı tahrik ve tasniğ edilecek olursa bu gayri tabii ve gayri hakiki olan hallere normal durumlara mahsus kaideleri tatbik etmek, hem bu kaidelerin ruhuna ve gayesine aykırı olmuş olur. hem de suiniyete ve hileye geniş bir kapı açmak demek olur.

İşte bu gibi hallerde, sun'î surette ve hile ile sahneye çıkarılmış olan yabancı kanunun ortadan kaldırılmasından daha tabii bir yol bulunamayacağından Devletler Hususî Hukukunun himayesine sığınarak bida-yette tatbiki lâzım gelen kanunla tearuza geçen bu yabancı kanunun tatbikine engel olacak bir esasa ihtiyaç hasil olur ki o da hile teorisinden, Devletler Hususî Hukukundaki hile esasından başka bir şey değildir.

Devletler Hususî Hukukundaki hile teorisine göre:

Bir kimse, kanunlar ihtilâfının halline yarayan kaidelerden bilistifade bu kaidelerin hükümlerine uygun bir takım hareketlerle kendisinin normal durumda tabii olacağı kanunun sıkı hükümlerinden sıyrılarak kendi emeline elverişli yabancı bir kanunu yetkili kılacak olursa, işe el koyan hâkim, ihdas edilen durumun hileli olduğuna kanaat getirdiği takdirde, bu kimsenin yabancı kanunun hükmünden faydalanmasına mani olur, yani yabancı kanuna göre elde ettiği neticeyi hükümsüz (keenlem-yekûn) sayar.

Burada hile nazariyesi, hile ile yetkili kılınmak istenilen yabancı kanunun tatbikine engel olmak itibariyle âdeta âmme intizamının Devletler Hususî Hukukunun kaidelerine karşı oynadığı istisna ve mani rolünü oynar.

Bunun içindir ki, M. Ripert de Devletler Hususî Hukukundaki hile teorisini «kanunlar ihtilâfına müteallik Devletler Hususî Hukuku kaidelerinin bir istisnasını izah» yarayan bu nazariye diye tavsif etmiştir<sup>5</sup>. Filhakika, M. Ripert'in dediği gibi, Devletler Hususî Hukuku kaidelerine göre «yabancı kanunu tatbik etmesi gereken yerde, yargıç, kendi kanununu tatbik eder. Çünkü taraflar bu sonuncu kanundan kaçınmağa ve yabancı kanuna ittiba' etmeğe kalkışarak yargıcın kanununa karşı hile

<sup>5</sup>) Ripert, La règle morale dans les obligations civiles. s. 337, 2 ci bası, Lib. Gen. dr. et Jurp. Paris 1927.

kullanmışlardır.» (M. Ripert'in bu izahını hilenin «lex fori» ye karşı vaki olması haline hasretmelidir.)

Gerek hile teorisi hakkındaki sözlerimizi aydınlatacak, gerekse M. Ripert'in izahının son kısmındaki mütalâasına uyacak bir misal olmak üzere Fransız jürisprüdansından «Princess Bauffremont» hâdisesi hakkındaki kararı buraya nakledeyim:

«Kontes de Caramen — Chimay, Fransız tabiiyetindeki Prens Bauffremont ile evli iken kocası ile birlikte Fransız mahkemelerine müracaat ederek 1874 te oradan bir ayrılık kararı alır. Asıl arzusu kocasından boşanmak olduğu ve o tarihte ise Fransada boşanma memnuiyeti bulunduğu için, Prenses, Fransadan Almanyaya geçerek Sane-Altenburg prensliğinde tabiiyetini değiştirir. 1875 Mayısında Alman tabiiyetine geçmişti; aynı yılın Ekim ayında Alman mahkemelerinden boşanma kararını almış bulundu. Artık yeniden evlenmesine bir mani kalmayınca bu defa Prens Bibesco adındaki bir Romanyalı Prense evlenir. Kadının Fransaya avdetinde, birinci kocası, boşanma kararının butlanını iddia eder. Fransız Temyiz Mahkemesi 18 Mart 1878 tarihli kararında<sup>9</sup> tabiiyet değiştirmenin hileli olduğunu ve kadının bunu mahza Fransız Kanununun boşanmayı meneden hükmünden kurtularak boşanma kararı elde edebilmek için yaptığını, velhasıl Alman tabiiyetine geçmesi hüus ile vukua gelmemiş olup, bunun da pek az zaman zarfında yeni girdiği tabiiyetten de çıkmasıyla sabit olmuş bulunduğunu ileri sürerek boşanma kararının hükümsüzlüğünü belirtmiştir.»

İşte bu kararın mütalâasından da anlaşılacağı üzere kadın, milli kanunun emredici mahiyette boşanma memnuiyeti koyan hükmünden kurtulmak için, tabiiyetini değiştirdiği ve bu da hâdisenin cereyan tarzından açıkça anlaşıldığı cihetle hileli tabiiyet değiştirme sayesinde yabancı kanunun hükmünden faydalanmağa, bu Devletler Hususî Hukukundaki hile teorisi yüzünden imkân bulamamıştır. Çünkü mahkeme bu hileyi, Devletler Hususî Hukukunun boşanma hususunda yabancı kanuna ittiba edilmesini kabul eden kaidesinin tatbikine engel saymış ve kadın hakkında hiç tabiiyeti değişmiyerek Fransız kalmış gibi Fransız Kanununun boşanmanın memnuiyetine dair olan hükmünü tatbik ederek birinci kocasıyla olan evlilik bağının devamına hükmetmiştir. Bu misalde görüldüğü üzere Hile Teorisi bir istisna rolünü oynamaktadır.

Şimdiye kadar vermiş olduğumuz misaller hep boşanmaya mütealliktir. Filhakika hile teorisi boşanma hallerinde çok kullanılmıştır. Buna

<sup>9</sup>) Sirey 1878, 1.193 - Bakınız M. R. Sevig, adı geçen eser, s. 335, 536 — Niboyet, Précis élém. 1928, s. 184.

mukabil 27 Temmuz 1884 tarihinden evvel Fransada da boşanma memnuiyeti vardı. Bazı Fransızlar, Almanyaya, İsviçreye geçip orada tabiiyet değiştirerek boşanıyorlardı, ondan sonra Fransaya avdet edip, Fransız tabiiyetine yeniden girmeğe muvaffak oluyorlardı. Fakat Fransız jürisprüdansı hile nazariyesini tatbik ederek bu boşanmaları muteber saymıyordu<sup>10)</sup>.

Hile teorisinin tatbikini istilzam eden hallerin bundan ibaret olduklarını zannetmemeliyiz. Hile teorisi Devletler Hususî Hukukunu ilgilendirebilecek daha bir çok meselelerde tatbik edilebilir. Meselâ, yetkili mahkemenin tayini, Caution judicatum solvi, mürabaha, altınla ödeme şartı, locus regit actum kaidesinin suiistimali, şirketlerin tabiiyeti, babalık dâvası, evlenme manileri, müsrifin ehliyetsizliği<sup>11)</sup> gibi haller.

Bunun da sebebi şudur ki: «kanunlar ihtilâfının hallinde fertlerin iradesi doğrudan doğruya veya dolayısıyla çok önemli bir rol oynar. Meselâ tasarrufların şekli için ilgililer istekleriyle buldukları memleketin kanununa ittiba edebilirler. — Yetkili mahkemelerin tâyininde ikametgâhın çok büyük rolü vardır. Bu da bazan lex fori'nin tatbikine sebep olur. İkametgâh ise iradî bir unsuru ihtiva eder: (yerleşmek niyeti). — Menkullerin statüsü buldukları yerin kanununa tâbidir. Halbuki menkul bilihtiyar bir memlekette diğerine taşınabilir<sup>12)</sup>»

Maamafih biraz evvel saydığımız hallerden *caution judicatum solvi* teorik bir faraziyedir. Altınla ödeme şartına gelince bu hususta Devletler Hususî Hukukunu ilgilendirecek bir hile halini arzeden dâvalara tesadüf edilmediğinden buna dair müteaddit kararlardan hile teorisi için esaslî bir istifade temin edilemez. Bunun gibi *locus regit actum* kaidesinin suiistimali Fransada sırf nazariyatta kalmış<sup>13)</sup> ve Almanyada ise hile

<sup>10)</sup> Cass. Req. 16 aralık 1845 (s. 46, 1.103) Trib. Sein 10 mart 1876, Paris 17 Temmuz 1876; Req. 18 Mart 1878; de Bouffrement dâvası; (s. 1878.1.193 et note labbé).

Civ. 19 Temmuz 1875 (s. 76.1.289 note labbé) Trib. Sein 31 Ocak 1877, s. 205) Paris, Haziran 1877 (D. 78 2.6) Vidal davası.

<sup>11)</sup> Aşağıda kanuna karşı hile istimaline dair misallerden israf dolayısıyla hacir misali, s. 13.

<sup>12)</sup> Lerebours - Pigeonnière. Précis de Droit International Privé, Dalloz, Paris, 1937, s. 300.

<sup>13)</sup> Bazı istisnalar vardır: ecnebi memlekette evlenen Fransızların evlenmesi locus regit actum kaidesine rağmen, kâfi aleniyeti haliz olmadığı için iptal olunmuştur. Fakat burada tam mânâsıyla hile nazariyesi tatbik edilmemiştir. (Repertoire, Fraude No. 121 - 123).

nazarı itibara alınmadan kanunlar ihtilâfı sistemi doğrudan doğruya tatbik edilmiştir<sup>14</sup>.

Babalık dâvasına gelince bunun hakkında Fransız jürisprüdansından bazı kararlar zikredilebilir. Meselâ 1921 tarihli Mihaesco kararı bu kabildendir<sup>15</sup>.

Romanyalı bir kadın, küçük olan kızı adına bir Fransız aleyhine babalık dâvası açmıştı. Dâvalı, Romanya kanununun babalık dâvasını menettiğini ileri sürünce, kadın o zaman yürürlükte olan Fransız K.C. hükmünden faydalanarak kızı için Fransız tabiiyetini talep etti. Çocuk Fransız tabiiyetine geçince K.C. 340 ncı maddenin hükmünden faydalanmak imkânını buldu.

Bu hareket Romanya kanunundan kurtulmak üzere yapılmıştı. Fakat buradaki hile Rom. K. karşı yapıldığı ve Fr. T. bu gibi hilelere alâkasızlık gösterdiği için, nazarı itibara alınmadı. T. İst. dairesi Fransız tab. K. un verdiği bir hakkı kullanmada hile mevzuubahs olamayacağına karar verdi. Neticede babalık dâvasının memnuiyetini kabul etti.

Filhakika, bu hâdisede hile bulunduğu delâlet edecek bir emareye tesadüf edilemez. Bunda ve buna benziyen diğer hâdiselerde tabiiyeti değiştirme keyfiyeti, ilgililer tarafından bütün neticeleri ve mükellefiyetleriyle beraber kabul edilmiş bulunmaktadır<sup>16</sup>.

Evlenme manileri meselesinde (yeğen ile izdivaç) jürisprüdansta rastgelinmemiş bir meseledir<sup>17</sup>.

Mürabaha misali de Arminjon ve Niboyet'nin getirdikleri nazari bir misalden ibarettir<sup>18</sup>.

Müsrifin ehliyetsizliği hakkında yine Fransız jürisprüdansından bir karar zikri mümkündür: muvakkaten İngilterede bulunan Fransız tabiiyetinde bir müsrif, israfından dolayı hacir altına alınacağını hisseder etmez, İngiliz tabiiyetine geçer. Seine mahkemesi, ailesi tarafından müsrife bir adli müşavir tayini için müracaat vukuunun arifesinde müsrifin tabiiyet değiştirdiğini ve bu sayede İngiliz kanununun müsriflik dolayısıyla ehliyetsizliği kabul etmemesinden faydalanarak adli müşavir tayinine engel çıkarmak istediğini gözönünde tutarak, bu tabiiyet değiştir-

<sup>14</sup>) Reichsgerichtszeitung. Cilt 62, s. 379, Walker Int. Pr. Recht. 4 cü tabı, Viyana, 1926, s. 569, Clunet 1925, s. 401 ve mü.

<sup>15</sup>) Sirey 1922, I. 113.

<sup>16</sup>) Ligeropoulos, sözü geçen eser. 464.

<sup>17</sup>) Repertoire, Fraude, No. 94.

<sup>18</sup>) Arminjon, Précis II, s. 377. Niboyet: La fraude à la loi en dr. int. privé (Revue dr. int. et legis. Comp. 1926, s. 495).

menin aileye karşı dermeyan edilemeyeceğine karar vermiş (8 Mart 1884), Paris istinaf mahkemesi de kararı tasdik etmiştir (26 Haziran 1884) (Cl. 1884 s. 637).

Hile teorisinin kesretle tatbik bulduğu mesele şirketlerin tabiiyeti meselesidir. Bazı şirketlerin mümessilleri Fransadaki sıkı takyidattan sıyrılabilmek için fiilen Fransada işleyen şirketlerini ecnebi bir şirketin bir şubesi olarak göstermek isterlerdi. Bunun için meselâ İsviçrede bir büro tesis ederler ve asıl merkezi İsviçrede gösterilirdi. Fakat genel kurul toplantılarını bile Fransada yapan bu şirketlere karşı mahkemeler yine Fransız mevzuatını tatbikten hâli kalmamışlardır. Çünkü burada Devletler Hususî Hukuku kaidelerinden istifade zmnında yapılmış bir hile görmüşlerdir<sup>19)</sup>.

Şirketlerin tabiiyeti meselesinde bazı müellifler hile hali görmeyip muvazaa görüyorlar<sup>20)</sup>. Burada bunun münakaşasını yapacak değiliz, çünkü muvazaa ile hilenin farklarını tesbit etmiş bulunmaktayız. (s. 8).

### Hile Müeyyidesinin Tatbiki İçin Gereken Şartlar

Devletler Hususî Hukukunda hileye müteallik müeyyidenin tatbik edilebilmesi için bir takım şartların nazarı itibara alınması lâzımdır. Bu şartların tesbit ve izahına girişmeden evvel ne gibi hallerde bunun tatbik edilemeyeceğini beyan etmek icap eder.

1° — Hileye benzemekle beraber hile sayılamıyacak hallerde hile müeyyidesinin tatbikine mahal yoktur. Bu da bilhassa muvazaa halinde göze çarpar. Yukarıda da izah edildiği üzere muvazaa hileye benzer, fakat muvazaada Devletler Hususî Hukuku kaidelerini harekete geçirecek, tatbik sahasına koyacak ciddi ve hakikî bir durum bulunmadığından haddi zatında bir Devletler Hususî Hukuku meselesi ile karşılaşmış olamayız. Muvazaanın isbatiyle beraber hakikî durum meydana çıkar ve artık muvazaaya müteallik müeyyidenin tatbikinden başka bir şeye lüzum kalmaz (s. 8, 9).

<sup>19)</sup> Cass. Req. 32 Aralık 1896 (D. P. 97, 1, 159) Crim., 4 Ağustos 1906 (Clunet 1907 s. 151 ve 1169. Paris 26 Mayıs 1903 ve 27 Mart 1907 (Clunet 1904 s. 135, ve 1907 s. 768).

Trib. Comm. Seine 29 Haziran 1910, L. Gaz. Pat 1910, 2, 358) Seine correct. 27 Temmuz 1910 (Cl. 1911 s. 234, Trib. Comm. Lille, 27 Mayıs 1908 (D. P. 1910 2. 41) Perpignan 23. 1913 (Cit. 1917, s. 1060).

<sup>20)</sup> Arminjon, Clunet 1921 s. 421, Niboyet s. 9. Makale, Revue 1926 s. 494.

2° — Hile bulunmakla beraber Devletler Hususî Hukuku kaidelerinden faydalanarak kanuna karşı hile yapılmış değildir. Daha açıkçası, yabancı bir kanunun tatbiki D.H.H. kaidelerine binaen vuku bulmamıştır. Buna bir misal olmak üzere Türk Medenî Usul (Hukuk Muhakemeleri Usulü) Kanununun 76 ıncı maddesinden faydalanmak suretiyle yapılan hileyi gösterebiliriz. Bu maddeye göre:

«..... bir ecnebi hukukunun tatbiki lâzım olan hallerde buna istinat eden taraf o kanun hükmünü isbatla mükelleftir. İsbat olunmazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur.»

Meselâ Fransız karı kocadan biri, diğèrinin akıl hastalığına düşer olduğu sebebiyle boşanma talebinde bulunsa, buna dair Fransız mevzuatını hâkime ibraz ve isbatla mükellef olur. Fransız Kanununda bu sebeple boşanmağa cevaz verilmediği için, dâvacı isbat edemediği bahanesiyle Türk kanunları mucibince hükmedilmesini istiyecek olursa bunda bir hile bulunmadığı zahirdir. Buradaki hile kanuna karşı bir hiledir. Fakat Devletler Hususî Hukuku kaidelerinden faydalanmak suretiyle olmadığı için Devletler Hususî Hukukuna ait bir hile sayılmamak lâzım gelir. Kaldı ki Fransaya göre bu sebeple boşanmaya dair alınmış olan kararın bir hükmü olamaz.

3° — Bir hal daha vardır ki, Devletler Hususî Hukuku kaidelerinden istifade edilerek yapılmış bir hile olmasına rağmen hangi kanunun emredici hükümlerinden kaçınmak için yapılmış ise o kanunun cari olduğu memleket Devletler Hususî Hukuku kaidelerine aykırı hareket edildiği için D.H.H. ndaki hile teorisine tâbi tutulmaz.

Faraza ikisi de İtalyan olan, bir çift Amerikanın bazı yerlerinde gösterilen boşanma kolaylıklarından istifade için Amerikanın bu yerlerinden birinde ikametgâh ittihaz ettikten sonra, Amerikan Devletler Hususî Hukuku kaidelerinin şahsî statüyü ikametgâh kanununa tâbi kısmından faydalanarak ora mahkemelerinden birinden boşanma kararı alsa bu çift oranın kanunlarınca boşanmış sayılacaktır. Bu kolaylıklı boşanmayı temin etmek için Amerikaya gidilmiş olması yetkili İtalyan Kanunundan kaçınmak teşebbüsü değil midir? Bununla beraber hile niyeti sabit olsa bile, bu boşanmanın İtalyada muteber olmaması için hileyi öne sürmeğe lüzum yoktur. Çünkü hile ancak Devletler Hususî Hukuku kaidelerinin bazı vaziyetler olmazsa yetkili sayılmıyacığı bir kanunu, bu vaziyetleri kasden yaratarak yetkili kılmaktır.

Bu suretle D. H. H. kaidelerinden istifade edilerek bir kanunun emredici hükümlerinden kaçınılmış olur.

Halbuki misalimizde İtalyaya ait D.H.H. kaidelerinden istifade edilerek İtalyan Kanunu yetkisiz bırakılmıyor. Belki, bu neticeyi, bu yetkisiz kılmayı temin etmek için doğrudan doğruya İtalyan D.H.H. sistemine riayetsizlik ediliyor. İtalyan D.H.H. sistemi ahkâmı şahsiye için millî kanunu yetkili sayıyor. Bir İtalyanın ahkâmı şahsiye bahsinde yabancı bir kanundan istifadeye kalkışması ve İtalyan Kanununa uymaması İtalyan D.H.H. kaidelerini doğrudan doğruya ihlâl etmektedir. Ecnebi memlekette bu suretle edinilmek istenmiş olan hakkın İtalyada tanınmaması için hile nazariyesine müracaat etmeğe lüzum yoktur.

Yukarıda zikrettiğimiz iki hal birbirinden ayrı olmakla beraber bir noktada birleşirler: O da müktesep hak noktasından ikisinin de sakat olmasıdır. 2° No. 11 fıkrada Türk Kanunu mucibince boşanmaya hüküm alınması ve bu 3° No. 11 fıkrada da Amerikan Kanunlarına göre hüküm alınması, kararı elde etmiş olanlar için birer müktesep hak teşkil etmez. Çünkü bilindiği üzere «beynelmîlel müktesep haklara riayet» kaidesi başlıca iki şarta dayanır. Birincisi «hak, hangi memlekette iktisap edilmiş ise, o memleketin kanun ve usulüne uygun olarak iktisap edilmiş olmak»; ikincisi de «hak salâhiyetli bir kanun tarafından verilmiş bulunmak» lâzım olduğudur. Bir kanunu iddia edilen hakkı vermeğe salâhiyetini tayin için müktesep hakkın iddia edildiği yerin Devletler Hususî Hukuku kaidelerine bakılır. 28 No. 11 halde Fransız kanunu (C. Civ. 3 m.), 3° No. 11 halde de İtalyan Kanunu ahkâmı şahsiye hususunda millî kanunu esas tuttuklarından millî kanuna göre elde edilmeyen ahkâmı şahsiyeye ait bir hak riayete lâayık bir müktesep hak sayılmaz<sup>11)</sup>.

4° — Bir hal daha vardır ki, bunda Devletler Hususî Hukukundan faydalanarak hile yapıldığı açıktır. Fakat hile ile yetkili kılınmak istenilen yabancı kanun başka sebeplerden dolayı tatbiksiz kalmıştır. Mesele bu yabancı kanunun tâtbiği memleketin âmme intizamına aykırıdır. Tatbik edilemeyecek bir kanun için artık hile meselesi kalmaz. Yahut iç kanunda bu nevi muameleler için zaten butlan müeyyidesi varsa artık hile araştırmağa ve hile müeyyidesini kullanmağa mahal olamaz.

Netice itibariyle hile nazariyesi başvurulacak en son çaredir. Kanun doğrudan doğruya ihlâl edilmişse bu ihlâlin davet ettiği müeyyide tatbik edilir. Muvazaa vukubulmuşsa hakiki durum açığa vurulur. Fakat kanunun ihlâli kanunun lâfzına uyarak ve muvazaasız surette vukubulursa ne kanunun doğrudan doğruya ihlâlinin, ne de muvazaanın müeyyideleri tatbik edilemeyeceğinden hile nazariyesini tatbik etmek çaresi

<sup>11)</sup> M. R. Sevig, adı geçen eser, s. 341, 342.



kalıyor. Bunun içindir ki hile nazariyesi kanunu gayesinden inhiraf ettirmek suretiyle vukubulan ihlâlâ tâbi ve yardımcı bir müeyyide olarak kullanılır.

Hile nazariyesinin tatbik edilebilmesi için kanun koyucusunun buna mümanaat etmek istememesi lâzımdır.

Meselâ, hile nazariyesi Ceza Hukukunda cari değildir. Bu keyfiyet *nulla poena sine lege* prensipinin neticesidir. M. Arminjo'nun dediği gibi «Kanun koyucusu muayyen bir fiili yabancı memlekette ifa ederek cezai bir kanun hükmünden kaçınmak kasdını istihdaf etmeyip asıl kanunun gösterdiği şartlar dairesinde ika edilmiş fiilleri istihdaf eder»<sup>22</sup>.

Bunun gibi bulunduğu ülkenin kanununa göre gayri kabili temlik sayılmış veya bazı aynı haklarla takyit edilmiş bir menkul, bu temlik edilemezliği veya bu takyitleri tanımayan bir kanunun cari olduğu bir ülkeye taşınması halinde hile nazariyesi tatbik edilemez<sup>23</sup>.

### Şartlar

Ne gibi hallerde hile teorisinin bir müeyyide olarak kullanılabilip kullanılmıyacağını böylece tesbit ettikten sonra, bu müeyyidenin hangi şartlar dairesinde tatbik edilmesi lâzım geleceğini araştırmak iktiza eder.

Bu müeyyidenin şartları her müellife göre aynı değildir. Çünkü bu şartların, nazariyeye temel sayılan esaslarla ilgisi vardır.

M. Niboyet'ye göre bunlar üçtür:

- 1° — İradenin, yani niyetin hileli olması;
- 2° — Kanuna aykırı bir netice elde edilmesi;
- 3° — Kullanılan vasıtanın meşrû olması<sup>24</sup>.

M. Arminjon, kanuna karşı hile vardır denilebilmek için hile kullanma niyetinin bulunması kâfi değildir; kendisinden faydalanmak istenilen D.H.H. kaidesinin tatbikini istilzam eden fiiller de yapılmış olmalı; bir de, bu kaideye göre taayyün eden kanunun tatbiki ferdi veya içtimai bir menfaati ihlâl etmelidir; diyor<sup>25</sup>.

Bazı müellifler de hile kullanma niyetinin bulunmasında bir zaruret görmezler.

Bu ve emsali farkları hakkiyle belirtmek için biraz tahlil ve tafsile lüzum vardır.

<sup>22</sup>) Arminjon, Précis I. s. 249, 2 ci bası, Dalloz, Paris 1927.

<sup>23</sup>) Arminjon, Précis I. No. 105, s. 249.

<sup>24</sup>) Niboyet, Cours, s. 537.

<sup>25</sup>) Arminjon, sözü geçen eser, s. 232 No. 104.

### A) Hile kullanma niyeti

Hile nazariyesinin en tabii tatbik şartlarından sayılabilen hile kullanma niyeti bile her müellif tarafından zarurî görülmüş değildir.

Bu şartı zarurî görenlere göre<sup>25)</sup> hile kullanma niyeti, işlenen fiillerde her şeyden önce bir emredici kanundan kaçınmayı temin<sup>26)</sup> etmek niyeti bulunmalıdır. Ancak bu halde müeyyide tatbik olunabilir. Yani bir D. H. H. kaidesinin istimalile kaçınılmak istenen bir emredici hüküm, ihzar edilen duruma ve bu durumun istilzam ettiği kaideye rağmen yeniden ve istisnaen yetkili sayılır.

Hile kullanma niyetinin bulunması için suinayet şart değildir. Hile kullananlar, kullandıkları bu kaçınma yolunun tamamile normal olduğunu ve tatbikinden istifadeye kalktıkları D. H. H. kaidesini dolayısıyla ihlâl etmediklerini zannedebilirler. Bu zan hile nazariyesinin tatbikine ve hilenin müeyyideye uğramasına mâni olmalıdır<sup>27)</sup>. Cürmî kasıdın keşif ve takdiri hâkime aittir. Yargıç hâdiselere ve olaylara bakarak bu bapta hükmünü verebilir.

Muamelelerin bir taraflı veya iki taraflı olmasına göre meseleyi tetkik etmek lâzımdır: iki taraflı muamelelerde cürmî kasıdın her iki tarafta da bulunması icabeder. Bir taraflı muamelelerde, yalnız failde cürmî kasıdın bulunması, kifayet eder. Meselâ yukarıda, naklettiğimiz Madame de Beauffremont meselesinde, kadın tabiiyet değiştirmiş ve boşanmayı talep etmiş olduğu için onun niyet ve kasıdından başkasını aramaya lüzum yoktur<sup>28)</sup>.

Bir takım müellifler de kasıd ve niyete bakmağa lüzum olmadığını söylerler.

Niyeti hilenin esash bir unsuru saymayan bu müelliflerin dayandıkları temel fikir şudur: Madem ki kanunun doğrudan doğruya ihlâl edilmesi müeyyideyi davet eder ve bu hususta kanuna karşı gelmek niyeti

<sup>25)</sup> Arminjen, Précis I, s. 245-246, 2 nci bası.

Muammer Rasit Sevig, s.g. eser, s. 337.

Nibayet, s.g. eser, s. 537.

Lerebours - Pigeonnière, Précis dr. int. priv. No. 263, 3 üncü bası, Dallos Paris 1937.

<sup>27)</sup> Regelsberger (Endemanne Handbuch des deutchen Handels. — See und Wechselrechtes) cilt II, kitap III, bölüm I, § 241, Repertoire, Fraude No. 36, ve 141 den naklen.

<sup>28)</sup> Niboyet, Cours, s. 538.

bulunup bulunmadığı araştırılmaz. İhlâl keyfiyeti doğrudan doğruya vaki olmayıp ta dolayısıyla vaki olunca neden müeyyidenin tatbiki hileli bir kast veya niyetin mevcudiyetine tâbi olsun?<sup>29</sup>

Bu görüş tarzı, müddeialayhin hile kullanma niyetini isbat etmekten müddeiyi kurtarır.

Fakat hilenin müeyyideye uğraması hilenin içtimaî bir kararsızlık doğurmasından tevellüd ediyorsa, bu kararsızlık bir çok hallerde hileli fiille istihsal edilen neticeden değil de hile niyetinin bulunmasından doğar. Nitekim, yukarıda da zikretmiş olduğumuz israf dolayısıyla hacirden kurtulmak için tabiiyet değiştirilmesi keyfiyetinde de bu cihet göze çarpar.

Bilindiği üzere, İngiliz hukukunda israf dolayısıyla hacir müessesesi mevcut değildir. Müsrifin ne kendisi ne de ailesi himaye görmez. Ailesinin hacrettirmeğe teşebbüs ettiği müsrif bir Fransızın mezkûr hacir sebebini tanımayan bir statü personel'den istifade etmek niyetile İngiliz tâbiyetine geçmesi, statü personel'e müteallik hususlarda ferdin millî kanununa yer veren Fransız Devletler Hususî Hukuku sisteminden faydalanarak Fransız mevzuatının Fransızlar için koymuş olduğu müsriflerin hacrine dair hükümleri ihlâl etmektedir. Bunda ne muvazaa, ne de yanlış beyan, kabilinden hiç bir sakatlık yoktur. Tâbiyet değiştirme muamelesi sahihtir. Fakat burada kanuna karşı hile vardır<sup>30</sup>.

Hile nazariyesinin tabikinde, hile kullanma niyetinin arandığını bilhassa şu misal çok iyi tebarüz ettirir: Müsriflik dolayısıyla hacir altına alınmış bir Fransızın bilâhare İngiliz tâbiyetine geçmesi halinde, bu geçişin ehliyetsizlik kararının tesirinden kurtulmak için vuku bulmadığı sabit ise, mahcurun ehliyetini tekrar elde edebileceğine bundan evvelki misalde sözü geçen mahkeme (Cour de Paris) tarafından karar verilmiştir<sup>31</sup>.

<sup>29</sup>) Rotondi, Gli atti infrode alla legge 1911, s. 179, s. 220 v. m. Ottolenghi, La frode alla legge e la questions del divorzi tra Italiani natura - lizzati all'estero. 1909, s. 508.

Regelsberger, Pandekten 1893, s. 519.

Endemann, Über die Zivillistische Wirkung der Verbotgesetze nach gemeinen Recht, s. 126.

Bertram, Gesetzesungehung in internat. Privatrecht, 1928, s. 46 v. m. Répertoire Fraude, No. 68 den naklen.

<sup>30</sup>) Cours de Paris, 26 Haziran 1884, Cl. 1884, s. 637 (Répertoire Fraude à la Loi No. 85 ten naklen.

<sup>31</sup>) Cours de Paris 31 Aralık 1910 (D. P. 1911.5.11).

Yine hile niyetini nazarı itibare alan kararlardan olarak ilk Cihan Harbinden sonra Fransada bulunan mallardan Alman tebaasına ait olanların haczedilmesine müteallik hükümlerden kaçınmak için kullanılan bir hile münasebetile verilmiş bir karar niyetin önemini iyi belirtmektedir. Mesele şudur :

1914 te bir Almanla evlenen bir Fransız kadını beş sene sonra (1919) ğa kocasının evlenme anında mahcur olduğunu evlenmesi için vasisinin iznine muhtaç olduğunu ileri sürerek evlenmelerinin batiil olduğuna dair Berlin Landesgericht'inden karar alır. Fransada ise evlenmesinin butlanına dayanarak henüz Fransız tâbiyetinden çıkmadığını, binaenaleyh Fransadaki emvalinin düşman malı sayılıp hoczedilemeyeceğini ileri sürerek mezkûr emvali istirdada kalkışır. Cour de Paris 26 Mars 1924 kararile (Cl. 1925 s. 129) butlânın bu kadar geç dermeyan edilmesinin şüpheli görüldüğü gibi iptal dâvasında kocanın itirazda bulunmayışı, karardan sonra kadının tekrar kocası ve çocuklariyle yaşamağa devam etmesi hasebile butlan talebinin sırf haczin kaldırılmasını temin maksadile yapıldığı şüphesini uyandırdığı için haczin kaldırılması talebini reddetmiştir. Bunda da niyete önem verildiği aşikârdır.

İsviçre mevzuatında niyetin hilede esaslı bir unsur olduğunu tebarüz ettiren bir maddeye rast gelinir. Bu madde İsviçre Medenî Kanununun mer'iyeti ve tatbiki hakkında konulmuş hükümleri toplayan «titre final» in 59 uncu maddesidir. Bu madde 3 Mart 1905 tarihli İsviçre Medenî Kanunu projesini tamamlamağa mahsus kanun projesinin 1741-1774 üncü maddelerinin yerine ikame edilmiştir. Sözü geçen maddeler «Milli ve ecnebi hukukunun tatbikine» mütealliktiler<sup>23)</sup>.

Titre final'in 59 uncu maddesi (25 Haziran 1891 tarihli Federal Kanununun 7 nci maddesini tamamlarken 7 f. fıkrasında) «Yabancı memlekette ve oranın mer'i kanunlarına göre aktedilmiş evlenmeler İsviçrede muteberdirler, meğer ki taraflar, İsviçre Kanununca nazarı itibare alınmış butlan sebeplerinden aşikâr bir surette kaçınmak niyetile bu evlenmeyi yabancı memlekette aktetmiş olsunlar» denilmektedir ki izah ve tefsire muhtaç değildir.

Amerikan doktrininde haklı olarak, hileye önem verilmiştir<sup>24)</sup>. Çünkü

<sup>23)</sup> Virgile Rossel: Code Civil Suisse et Code Fédéral des Obligations, 4 üncü bası, s. 259, not 1. Payot et Cie. Lausanne 1929.

<sup>24)</sup> Minor: Conflict of Laws 1901 § 9.

Wharton: A treatise on the conflict of Law 1905, II, s. 475 § 695.

Story: Commentaries on the conflict of Laws, 2 nci bası § 244 ve 304a.

Repertoire: Fraude: No. 159 dan naklen.

48 devletin bazı hususlarda gayet çeşitli mevzuatı vardır. Meselâ, bazı devletlerde beyazlarla zencilerin evlenmesi memnudur. Bazılarında ise bu hususta takyidat yoktur. Yahut bazı devletlerde zina irtikâp ettiği için aleyhine boşanma kararı verilmiş kimsenin, sabık eşi hayatta olduğu müddetçe evlenmemesi kaydı vardır. İşte bu gibi takyidattan kaçınmak için mevzuatında böyle bir kaydı ihtiva etmiyen bir Devlet ülkesinde evlenmek yolunu tutmuş kimseler bulunur<sup>24</sup>.

Devletler Hususî Hukuku kaidelerine karşı hile sebeble bu kaide-lerin istisnaen tatbik edilmemesine dair hem Amerikan mahkeme içti-hatları hem de Amerikan hukukçularının etüdleri zikrolunabilir. Bu meyanda Minor, bir hukuk münasebetinden sıyrılmak ve muayyen bir kanunu yetkili kılmak gayesile yapılmış teşebbüsleri hileli sayıyor. Ve bu halde yetkisizliği arzu edilen kanunun istismaen tekrar yetkili olduğunu söylüyor<sup>25</sup>. Neticede diyebiliriz ki Amerika Birleşik Devletlerinin D. H. H. doktrininin *hile kullanma niyeti* hilenin esaslı unsurlarından sayılır.

Brezilyada da niyete bakılır. Nitekim Brezilyalı bir müellif olan Mac Dowell'e göre<sup>26</sup> bir Brezilyalının Brezilya Kanunundan kaçınıp boşanmak ve tekrar evlenmek için boşanmayı tanıyan bir memleketin tâbiyetine geçmesi keenlemyekûn addedilmelidir.

Kezalik Şili Kanunu millî kanunlarından kaçınmak için Şilililerin yabancı memlekette âktettikleri evlenmeleri keenlemyekûn addeder<sup>27</sup>.

Bu kısa tetkikten şu neticeyi çıkarabiliriz ki hileyi müeyyideye uğratan memleketlerden bazılarında niyete önem verilir.

Mamafih niyet aranmaksızın müeyyideye uğratılmış hileler vardır. Bu hususta meşhur bir hile çeşidi gösterilebilir. Bu da Avusturya doktrininde (Siebenbürgischen Ehen) namile maruf olan ve fransızcada (divorce et mariages transylvaniens) denilen boşanma ve evlenmelerdir. Bu hâl XIX uncu asrın sonlarında hüküm sürüyordu. Avusturya Medenî Hukukuna göre katolik dinine mensup olanlar boşanamazlardı. Hattâ protestanlığı kabûl etmiş bir eski katolik bile Avusturyada boşanamazdı.

Onun için boşanmak isteyenler Avusturyada ayrılık kararı alırlardı, sonra Macaristana geçip Macar tâbiyetini iktisap eder ve protestan

<sup>24</sup>) Philonenko, La fraude à la loi en matière de mariage aux Etats-Unis (Clunet, 1928 s. 1275-1283).

<sup>25</sup>) Minor, § 9.

<sup>26</sup>) Clunet 1920. Etude sur le divorce en Brésil par rapport au droit international privé. Mac Dowell'in etüdü, M. Darguin tarafından şehredilmiş.

<sup>27</sup>) Vetsch: Die Umgehung des Gesetzes (Tez) Zürich 1917, s. 165, not. 4.

mezhebini kabul ederlerdi. Macar Hukuku bakımından bu yeni protes-  
tanların boşanmasına hiç bir mâni yoktu. Bidayette bu kabil boşanma-  
ları tanıyan Avusturya Adliyesi sonradan bunun taammüm ettiğini gö-  
rünce Vorbehaltsklausel (âmme intizamı nazariyesine) dayanarak bu  
boşanmaları hile niyeti olsun olmasın batıl addetmiştir. Fakat bu da  
sürmedi 1907 den itibaren boşanmayı meneden hükümlerden kaçınmak  
niyetile Macar tâbiyetine geçilmiş olduğu hallerde bile, bu boşanmalar  
Avusturyada muteber sayılmışlardır.

Bu meselede şunu da kaydetmeliyiz ki, hile nazariyesini âmme inti-  
zamı nazariyesine ithal eden büyük Fransız Devletleri Hususî Hukuku  
bilginlerinden Bartin niyet unsurunu hilenin esaslı unsurlarından sayar<sup>36</sup>.  
Nitekim âmme intizamının dermeyanı suretile Devletler Hususî Hukuku  
kaidelerinin istisnaen tatbik edilmemesine sebep olarak «Communauté  
juridique internationale - milletlerarası hukukî müşareket noksanını  
gösterdiği gibi, hilede, kanundan kaçınmak gayesinin, milli kanunun  
hükümlerine âmme intizamına müteallik hüküm mahiyetini verdiğini an-  
latır. Demek oluyor ki Bartin hilede gayeyi yeni niyeti esaslı unsur sayar.

M. Niboyet hileyi yetkinin yerinde kullanılmamasına (détournement  
de pouvoir) a benzettiği için şartları meyanında hile kullanma niyetini  
de zikrediyor<sup>37</sup>.

Kezalik N. Lerebours-Pigeonnière niyetin zarurî olduğunu söylüyor<sup>38</sup>.

M. Arminjon'a göre ise Devletler Hususî Hukuku kaidesini, istihdaf  
etmediği bir neticenin istihsaline istemiyerek ve tesadüfen veya hataan  
hizmet ettirmek ile böyle bir inhirafı istiyerek ve kanunu ihlâl etmek  
üzere kanunun lâfzından faydalanarak meydana getirmek başka başka  
şeylerdir. Böyle hareketlere göz yumma, bütün kanunları ihtiyarî kıl-  
mağa müncer olur<sup>39</sup>.

### B) Kanuna mugayir netice

Hile nazariyesinin tatbik şartlarından ikincisi, kullanılan hilenin  
kanuna mugayir bir netice vermiş olmasıdır. Burada müeyyide mücerret  
hileli niyete karşı tatbik olunmaz. Hileden dolayı hukukî nizam bir  
zarar görmelidir.

<sup>36</sup>) Bartin, Etude de droit international privé, 1899, s. 252.

<sup>37</sup>) Niboyet, Cours de droit international privé, Sirey, Paris 1947, s. 537.

<sup>38</sup>) Lerebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé, s. 301, No. 263,  
3 üncü bası, Dalloz, Paris 1937.

<sup>39</sup>) Arminjon, Précis, s. 245 - 246, 2 ncı bası, Dalloz, Paris 1927.

Kanunun açıkça ihlâli için yaratılması lâzım gelen durum aynı hileli suretle elde edilirse, neticenin kanuna mugayir olduğu söylenebilir.

Meselâ, evvelki misalimizde görüldüğü üzere Madam de Beauffremont Fransız Kanununca o zamanlar memnu olan boşanmayı elde etmek niyetile tâbiyet değiştirmişti, ve boşanma kararını bu sayede aldı. Demek ki kanuna mugayir olan neticeyi elde etti. Bu sebepten de hileye ait müeyyide onun hakkında tatbik edildi. Boşanmasaydı, müeyyideye mahal kalmazdı. Neticenin bu suretle önemi belirmiş oluyor.

Bu şart hakkında müellifler arasında ittifak var diyebiliriz<sup>42</sup>. Hilede niyet arayanlarla aramayanlar (meselâ Avusturya müellifleri) kanuna mugayir neticeyi hilenin esası unsurlarından sayarlar.

Binnetice, hile niyetile bir hareket yapılır, fakat bu hareket, takibi tasarlanmış olan dolaşık yoldan (yani vasıtalı olarak) bile bir kanunu ihlâl etmezse hile nazariyesi tatbik edilemez. Meselâ, evlenmeğe müteallik bir kanundan kaçınmak için bir seyahat tarihi ile daha müsait zannedilen yabancı memleketin kanunu hükmünce aktedilen evlenme tarihi arasında kaçınılması düşünülmüş olan kanun bu kabil seyahatleri lüzumsuz kılacak bir derecede tâdil edilmişse, kanuna karşı hile kullanarak aktedilmiş evlenmeyi iptale mahal kalmaz<sup>43</sup>.

### C) Meşru vasıtaların kullanılması

Hile müeyyidesinin tatbik edilebilmesi için hile niyetinin bulunması ve kanuna aykırı bir neticenin vücade getirilmiş olması kâfi değildir. Bir de bu neticeye varmak için kullanılan vasıtaların meşru olması yani kanuna aykırı olmaması lâzımdır. Kullanılan vasıta gayrimeşru ise, haksız bir sebep mevzu bahis olacağına göre hakkında hile nazariyesine lüzum olmayacağından ona mahsus olan müeyyidenin tatbikile mesele halledilir. Yukarıda (s. 16) söylediğimiz gibi hile teorisi en son başvurulacak bir çaredir. Emredici hükümleri kanuna aykırı bir fiil, bu vasıta ile bertaraf eden kimsenin muamelesi kanuna açıktan açığa aykırı olmak

<sup>42</sup>) Muammer Rasit Sevig, s.g. eser, s. 337.

Niboyet, s.g. eser, s. 538.

Arminjon, Précis I, s. 246.

Ligeropoulo, s.g. (tez) s. 108 - 112.

Walker, Inter. Privatrecht, Viyana 1926, s. 556.

Fuchs, Die sogenannten Siebenbürgischen Ehen, Viyana 1889, s. 184.

<sup>43</sup>) Arminjon, Précis I. No. 114, s. 246.

itibariyle zateh kanunî bir himayeye mazhar olmadığından onun hakkındaki müeyyide ile netice bertaraf edilmiş bulunacaktır.

Meselâ Madame Beauffremont tâbiyet değiştirmeye esasen salâhiyetli değil idise, salâhiyeti dışında yapmış olduğu değişiklikten faydalanmasına imkân verilemez ve bu haksız hareketinden dolayı icap eden kanunî müeyyideye çarpılacağı buna müsteniden bir hak iddia etmesine mahal kalmazdı. Tâbiyet değiştirmeye salâhiyeti olduğu yani haklı veya — eski tâbirimizle — câiz bir muamele yaptığı içindir ki elde ettiği neticenin hileli bir niyete, bir maksada mukarın olup olmadığını araştırıyoruz. «Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir» yolundaki eski Fıkıh kaidesi de gösterir ki iş haddizatında kötü ise artık buna (cevazî şer'î) verilemeyeceğinden olsa olsa hafifletici veya ağırlatıcı bir sebep olmak üzere niyet ve maksada bakılır.

Yine Fransız Kanunundan bir misal verelim: 1907 kanunundan önce evlenmek istiyen kimseler için hayatta olan ana babalarının rızasını almak şarttı. Bu durumda olan kimseler İskoçya hududunda gösterilen bir kolaylıktan faydalanmak yolunu tutmuşlardı. Orada ikametgâh ittihaz etmek suretiyle bunu temin edebiliyorlardı. Bunda Fransız Kanununa karşı bir hile mevzuubahs olabilir. Fakat bu gibi haller için Fransız Kanununda hüküm bulunduğundan yani Fransızların nereye giderlerse gitsinler Fransız Kanununa uymaları gerektiğine dair sarahat mevcut olduğundan onların bu hareketi kanuna aykırı bir fiil teşkil etmekte ve kanunu dolayısıyla ihlâl demek olan hilenin müeyyidesine hacet bırakmamakta idi. Madame Beauffremont hâdisesinde olduğu gibi bunlar istedikleri neticeyi tâbiyet değiştirmek gibi Fransız Kanununa göre caiz olan bir vasıta ile elde etmedikleri için kanunu doğrudan doğruya ihlâl ile müeyyidelendirilirdi. Bu kimselerin reşid veya küçük olmalarına ve bu evlenmelerin gizli bir evlenme telâkki edilip edilmemesine göre Fransız jürisprudansına butlan hükümlerine tâbi tutulduğunu M. Niboyet eserinde yazmaktadır<sup>44</sup>.

Vaktiyle Fransız Kanunlarının hükümlerine aykırı olarak yabancı memlekette bir merkez kurarak şirket tesis edilmesi halinde yine Fransız jürisprudansının, kanuna doğrudan doğruya ihlâl müeyyidesiyle müeyyidelendirdiğini yine M. Niboyet eserinde nakletmektedir<sup>45</sup>.

İşte kanuna aykırı hareketlerle yapılan hilelerde kullanılacak müeyyide, bu haklara mahsus olup hile müeyyidesi ise neticeyi doğuran vasıta ve sebebin kanuna uygun ve bir salâhiyetin istimali tarzında vaki olması

<sup>44</sup>) M. Niboyet, Cours s. 539.

<sup>45</sup>) M. Niboyet, Cours s. 541.



halinde kullanılmak icap eder. Hile halinde muamelelerin zâhiri (görünüşü) muteber fakat kendisi takip edilen (güdülen) maksat ve gaye bakımından muallel olduğundan bu bapta hile müeyyidesine başvurmadan başka bir çare bulunamaz.

Binaenaleyh hilede kullanılan vasıtaların caiz ve meşru olması lâzım gelir; ta ki hakkında hile teorisi tatbik edilebilsin.



Bu bahiste yaptığımız incelemelerden şu neticeye varıyoruz ki zikrettiğimiz üç şart, yani niyetin hileli olması, elde edilen neticenin kanuna aykırı bulunması ve kullanılan vasıtanın ise caiz ve meşru bir muamele olması şartları bir araya gelmedikçe kanuna karşı hile mevcut olamaz ve bu hususta hile müeyyidesi kullanılamaz. Niyeti veya vasıtanın meşru olmasını nazarı itibare almayan görüşlerde isabet olmadığı da bu suretle tahakkuk etmiş bulunmaktadır.

#### **Hangi kanunlara karşı hile yapılırsa müeyyidenin tatbiki lâzımgelir?**

Hile ile hangi kanunun emredici hükümleri bertaraf edilmiş olmalıdır ki dâvaya bakan mahkeme hile müeyyidesini tatbik edebilsin? Bu bakımdan kanunları ayırmak ve dâvayı rüyet mahkemesinin hile ile ilgisini araştırmak lâzımdır. Şu halde sualimize cevap verebilmek için şu üç durumu gözden geçirmeliyiz.

1) Hileye hedef teşkil eden kanun, dâvaya bakan mahkemenin mensup olduğu devlet kanunudur. Yani lex fori'ye karşı hile yapılmıştır.

Meselâ Beauffremont dâvasında olduğu gibi hile Fransız Kanununun boşanmayı meneden hükmüne karşı yabancı memleket tâbiyetine geçtikten sonra ora mahkemesinden boşanmaya karar almak suretile vaki olmuş ve bu boşanmanın hileli olduğu iddiasıyla Fransız mahkemesinden hükümsüzlüğü talep olunmuştur. Fransız mahkemesi, Fransız Kanununa karşı yapılmış bir hileye müeyyide tatbik etmek durumunda kalmıştır.

2) Lex fori'ye yetki tanıyan bir Devletler Hususî Hukuku kaidesinden istifade edilerek bir yabancı kanuna karşı hile yapılmış olabilir.

Meselâ İtalyan tâbiyetinde iken İtalyan mahkemelerinden ayrılık kararı aldıktan sonra Fransız tâbiyetine rücu eden bir kadının Fransız mahkemelerinden Fransız Kanunu hükümleri dairesinde İtalyan olan kocasından boşanmaya karar alması gibi. Kadının Fransız tâbiyetine

geçmesi, Fransız Kanununa boşanma hususunda yetki vermiş ve lex fori'nin tatbikine yetki veren tâbliyet değiştirme keyfiyetinde hile bulunduğu iddiâ edildiğine göre de Fransız mahkemesine nisbetle bir yabancı devlet kanunu olan İtalyan Kanununa hile yapılmış oluyor (Ferrari dâvası, Cass. 14 Mart 1928).

3) Lex fori ne hileye maruz kalmış, ne de hileye vasita olarak kullanılmıştır.

Demek oluyor ki dâva, kanuna karşı hile yapılmış bir devlet mahkemesinde açılmış olduğu gibi dâvanın açıldığı memleket kanunu da hile yapılmasına da vasita olmamış bulunmaktadır. Hülâsa hile ile hiç bir türlü ilişkisi, ilgisi bulunmayan bir memleket mahkemesinde dâva cereyan etmekte ve bu mahkemede yabancı kanuna karşı ve diğer bir yabancı kanun yetkili kılınarak yapılmış bir hile iddiası dermeyeran edilmektedir.

Meselâ Beaufremont hâdisesinde hile iddiası Fransız, veya Alman mahkemelerinden birinde dermeyeran edilmeyip bilfarz ikinci kocası olan Rumanyalı'nın memleketi mahkemelerinde serdedilmiş olsaydı, Rumanya mahkemesi Madame Beaufremont hileli durumu karşısında hile müeyyidesini tatbik eder miydi?

Şu üç hali gözden geçirdiğimizde birinci halde yani hilenin, hile iddiasının serdedildiği mahkemenin kendi kanununa (lex fori) karşı yapılmış olması takdirinde hile müeyyidesinin kullanılmasında bir zaruret bulunduğunda hiç tereddüt etmeyiz. Umumiyetle jurisprüdans bu yoldadır.

Hile, hile iddiasının serdedildiği mahkemenin kanununa karşı yapılmamış olmakla beraber bu kanun bir Devletler Hususi Hukuku kaidesinden istifade ile salâhiyetli kılınarak yabancı bir kanuna karşı yapılmış ise bu hususta jurisprüdans'ın alâkasızlık gösterdiğine delâlet eden bir çok kararlar zikredilebilir<sup>45</sup>.

Üçüncüsünde hilenin de bazı hallerde müeyyideye uğratması lüzumu hakkında bazı fikirler ortaya atılmışsa da buna dair jurisprüdansa pek tesadüf edilmiyor<sup>46</sup>.

Meseleyi biraz daha incelemek faydasız olmaz.

Ecnebi kanuna karşı hile bir kaç tarzda yapılabilir :

<sup>45</sup>) Ancak Michigan Devlet (A.B.D.) mahkemesinin bir kararı Nelsanhelder v. C.E.N.W.Ry. Co. (Minnesota 1927) Michigan Law Review, Ocak 1928, s. 307.

Philonenko'dan naklen Cl. 1928, s. 1275.

<sup>46</sup>) Trib. Bruxelles, 2 Mart 1901 (Cl. 1902, s. 883) Seine 11 Temmuz 1918 (Cl. 1919, s. 2886).

1) Doğrudan doğruya ecnebi iç hukukunun gediklerinden istifade edilerek hile kullanılabilir. Meselâ kâğıt paranın tedavül mecburiyetini koymuş bir memleketin mevzuatı altınla ödeme şartını havi akitlere karşı hiç bir kayıt koymamış olabilir. Fakat o memleketin mahkemeleri bu kabil şartları tedavül mecburiyetine mütedair hükümlere karşı hile istimali addedip iptal edebilir.

Altın şartını havi bir akit, bu şartı hileli sayan bir memlekette akteildikten sonra bu hususta *lex loci contractus*'ü yetkili sayan bir memlekette dermeyan edilirse bu ikinci memleket hileye gözyumacak mıdır?

Bu hususta ecnebi hukukun kendi memleketinde tatbik edildiği tarzda tatbik edilmesi esas<sup>48)</sup> olduğuna göre ecnebi jurisprüdansının kabul ettiği hile nazariyesini de ikinci memleket tatbik edecektir. Meğer ki hile nazariyesinin kabulünü ikinci memleket müktesep haklarda bir istikrarsızlık sebebi saymış olsun.

2) Yabancı kanuna karşı hile bir Devletler Hususî Hukuku kaidesini kullanmak suretile meydana gelirse, bir tefrik yapmak iktiza eder. Hile, ya *lex fori*'den istifade edilerek yahut *lex fori* ile (ne ondan istifade, ne de ona karşı kullanılmak suretile) ilgili olmıyarak meydana gelir. Birinci halde Devletler Hususî Hukuku kaidelerinden istifade edilmiş olan memleket umumiyetle ilgilenmez, çünkü bu hile kendi memleketinde bir nizamsızlık yaratacak mahiyette değildir<sup>49)</sup>.

Esasen bu hususta hile nazariyesinin tatbik edildiğine dair ne Türk ne de yabancı mahkeme içtihatlarında bir emareye tesadüf etmedik. Bilâkis bir memleketin *lex fori*'sini yetkili kılmak için o memleketin tâbiyetine geçildiği ve bu halde mahkemelerce hile nazariyesinin tatbik edilmediği haller zikrolunabilir.

Bunun, iki misaline Fransız jurisprüdansında rastgeliniyor. Birinde Fransız Yargıtayı boşanma hakkını bu maksatla Fransız tâbiyetine geçmiş olması muhtemel olan bir İtalyan kadınına tanımıştır<sup>50)</sup>. Diğerinde Fransız Yargıtayı İstida dairesi (Chambre des Requetes) usulü dairesinde iktisap edilmiş Fransız tâbiyetinin bahsettiği haklardan istifade etmekte hiç bir hile olmadığına hükmetmiştir. Mesele şu idi: Fransada oturan Rumanyalı bir kadın, çocuğu için bir Fransıza karşı babalık dâvasını açıyor. (Babalık dâvasında yetkili kanun çocuğun milli kanu-

<sup>48)</sup> Muammer Raşit Seviç, s.g. eser I, s. 370.

<sup>49)</sup> Ligeropoulo et Aulagnon. Répertoire, Fraude No. 48.

<sup>50)</sup> Ferrari dâvası, Cass 14 Mart 1928 (Revue 1928, s. 651).

nudur). Çocuk Rumanyalı sayıldıkça Rumanya Kanunu tatbik edilecek. Halbuki Rumanya Kanunu babalık dâvasını meneder, Ana çocuğuna Fransız tâbiyetini veririr ondan sonra çocuğunu, babalık dâvasını kabul eden Fransız Kanununda faydalandırır.

Bu bir eenebi kanunundan kaçınmak gayesile Fransız D. H. H. sisteminden faydalanan fiili olmak itibarile hile sayılabilir. Fakat Fransız mahkemesi bu hile nazariyesini tatbik etmemiştir<sup>21</sup>.



Hile ile meşgul olmuş doktrinde jurisprüdanstaki yeknasaklık görülmüyor. Her ne kadar umumiyetle, *lex fori*'den istifade edilerek yabancı kanuna karşı yapılan hileye bir müeyyide tatbik edilmemesi esası makul ise de<sup>22</sup> bu kabil hilenin müeyyideye uğratılmasını derpiş edenler de vardır<sup>23</sup>.

Bazı müelliflere göre bu vaziyette hile müeyyidesiz kalsın denilecek olursa ahlâki bakımdan hilekârlara müsaadekâr olan hâkimlerin durumu ne olacaktır? Kendi kanunlarına karşı hile yapılmamıştır diye başka kanunlara karşı yapılan hileleri tecviz mi etmelidirler? Bu suretle beynelmilel tesanüt ihlâl edilmiş olmaz mı?

Yine bu müellifler, hukukî bakımdan da hâkimi yabancı kanuna karşı yapılan hilede de müeyyide tatbikine mecbur kılan bir sebep bulunabileceğini ileri sürmektedir. Şöyle ki: kanuna karşı hile, esasta kanunun ruhunu ihlâl, yani kanunun dolayısıyla ihlâli demek olduğundan kanuna doğrudan doğruya muhalefet kabilinden bir müeyyideye çarpılmak lâzım gelir — Bu bakımdan kanunun dolayısıyla ihlâlini millî kanuna veya yabancı kanuna karşı yapılmış olması müsavidir. İhlâl edilen kanun beynelmilel salâhiyeti haiz bir kanundur. Şu halde Devletler Hususî Hukuku kaidelerinin tatbiki suretile müeyyideye tevessül olunmalıdır. Meğer ki kanuna karşı hile yabancı kanuna karşı yapılmış olup da bunun müeyyidesi mahallî âmme intizamına münafi bulunsun. O halde hile müeyyidesiz kalabilir<sup>24</sup>.

<sup>21</sup>) Req. 8 Haziran 1921, Mihaenco (S. 1922.1.113).

<sup>22</sup>) Arminjon, Précis I, s. 247.

Bartin: Etudes dr. int. priv. 1899, s. 247.

Laurent: Droit civil international II, No. 295 - 299.

<sup>23</sup>) Niboyet: Manuel dr. int. pr. 1929, 2 Geurs 1947.

Ligeropoulo et Aulagaon: Rapertoire, Fraude No. 44 bis.

<sup>24</sup>) Ligeropoulo ve Niboyet s. eser.

Yabancı kanuna karşı yapılmış hileye karışmamayı uygun görenler arasında Arminjon ile Bartin'in bu bapta fikirlerini nakledelim.

M. Arminjon'a göre yargıcın, bir yabancı kanuna karşı kullanılmış hileyi müeyyideye uğratması kendi memleketinin Devletler Hususi Hukuku kaidelerini tâdil etmesi demek olur<sup>25</sup>. Bu iddiaya karşı derhal şu soru hatıra gelir, Hile *lex fori*'ye karşı kullanıldığı vakit yargıcın müdahalesi D. H. H. kaidelerinin bir tâdili sayılamaz mı?

M. Arminjon'un hile nazariyesini müdafaa için kullandığı muhakeme tarzı bu suale menfi bir cevap vermemizi emreder. Çünkü M. Arminjon'a göre hile sebeble D. H. H. kaidelerinin istisnaen tatbik edilmemesinin sebebi sözü geçen kaidelerin bu halde âdil ve faydalı bir hak tarzı göstermekten âciz bir hale düşmüş olmalarıdır. Arminjon'un bu görüşüne bu noktayı ilâve etmekle noktayı nazarını daha iyi belirteceğimizi zannediyoruz. İlâve edeceğimiz şudur. Dâvayı rüyet eden memleketin kanunu kendi anlayışına göre daima en âdil ve en faydalı kanundur. D. H. H. kaidelerinin bazı mesailde ecnebi kanununa karşı gösterdikleri itimad sayesinde<sup>26</sup> yetkili sayılan bir kanundan herhangi bir hareketle kaçınılıp mahalli kanunu bililtizam yetkili kılınırsa D. H. H. kaidesinin bu yeni hareket uyarınca mahalli kanunu yetkili tanınmasında bir adaletsizlik tasavvur edilemez.

Bu sebeple mahalli kanundan istifade edilerek yabancı kanununa karşı kullanılmış hileye karşı hile nazariyesinin istilzam ettiği müeyyide tatbik edilmez.

Bartin mahalli kanuna karşı hile kullanma gayesinin mahalli kanuna âmme intizamı sebeble yetkili olmak karakterini bahşedeceğini anlatır<sup>27</sup>. Demek oluyor ki Bartin'in fikrine göre yabancı kanuna karşı vukubulacak hilenin o kanuna dâvanın rüyet edildiği yerde âmme intizamı sebeble yetkili olmak karakterini bahşedeceğini tasavvur etmenin mantıkî olmayacağına göre — (çünkü âmme intizamından sayılmak ancak mahalli kanunun bir karakteri olabilir) — ancak mahalli kanuna ve bazen de mahalli kanunun prensiplerini taşıyan yabancı kanunlarına karşı kullanılmış hileyi müeyyideye uğratmak gerektir.



Dikkat edilirse yabancı kanuna karşı tevcih edilmiş hilenin müeyyideye uğratılmayacağını kabul eden bu doktrinler, hile nazariyesinin temelini âmme intizamı esasında bulan doktrinlerdir.

<sup>25</sup>) Arminjon, Précis I, s. 247.

<sup>26</sup>) Arminjon: Précis I, s. 201, (2 nci satır).

<sup>27</sup>) Bartin: Etudes, s. 252.

Buna mukabil hile nazariyesinin temelini hakkın suiistimali nazariyesine veya ona yakın bir nazariye olan yetkinin yerinde kullanılması nazariyesinde arayanlar prensip itibarile yabancı kanuna karşı *lex fori*'den faydalanarak yapılan hilenin bir müeyyideye uğratılmasını nazariyelerine uygun bulurlar. Bu noktayı nazarı kabul edenler arasında M. Niboyet ve M. Ligeropoulo'yu zikredebiliriz. Onların kanaatine kanuna karşı hile kanunun lâfzına uyarak kanunun emirlerine karşı gelmektir. Binaenaleyh dolambaçlı bir yoldan ihlâl edilen kanun yine yetkili sayılmalıdır. Hileye maruz kalmış kanunun yerli veya yabancı olması bu hususta fark doğurmaz<sup>88</sup>.



Yukarıda gördüğümüz gibi ecnebi kanununa karşı hile bazen *lex fori*'nin hükümlerinden istifade edilmeksizin vuku bulur. Meselâ bir mukrizle müstakriz İngiltereye gidip yüksek faizli bir ödünç mukavelesini aktederler. İngilterede kanuna uygun olan bu akit<sup>89</sup> tarafların mutat olarak oturdukları memlekette, fahiş faizli sayılmak sebebiyle kanuna aykırı telâkki edilebilir. Taraflar sırf İngiliz Kanununu yetkili kılmak için bu mukaveleyi İngilterede aktetmiş olabilirler.

Acaba dâvaya bir üçüncü Devletin mahkemesi bakarsa vaziyet ne olacaktır? (*Lex fori*) aktin in'ikat yerinin kanununu yetkili kılmış olabilir. Bu halde tarafların hilesi başarı kazanmış olacaktır; çünkü akti mutat oturma yerleri olan memlekette in'ikat ettirmeleri tâbii iken, sırf daha müsamshakâr bir kanunu yetkili bulmak için İngiltereye geçmişler ve şimdi bir üçüncü memlekette zahmetlerinin semeresini toplıyabileceklerdir. Tabiatile bu üçüncü memleketin âmme intizamı böyle bir aktin o memlekette icra edilmesine mâni ise hile semeresiz kalmış olur. Fakat bu semeresizliğin sebebi kanuna karşı hile değil âmme intizamı düşüncesi olacaktır.

Kendi âmme intizamı ilgili olmadıktan sonra başka memleketin kanununa karşı yapılmış hileye karşı, üçüncü memleket bigâne kalacaktır.

Maamafih ecnebi mahkeme içtihatlarında hile kullanılarak yetkili kılmış bir kanunun bir üçüncü Devlet tarafından yetkisiz sayılıp kaçınılmış olan kanunun yetkili sayılmış olduğu vakidir.

Buna dair iki karar zikrolunabilir. Birincisi bir Amerikan mahkemesinden, diğeri de bir Belçika mahkemesinden çıkmıştır.

<sup>88</sup>) (S. 1929.1.9) da Niboyet'nin notu (Civ. 7 Mart 1928).

<sup>89</sup>) Arminjon, Précis I, s. 247.

Amerikan mahkemesinden çıkan karara sebep olmuş meselede müddei kadın ve müteveffa kocası kardeş evlâtları olup Illinois Devlet ülkesinde ikamet ediyorlarken, Kentucky devletinde evlenmiş ve tekrar Illinois'a avdet etmişlerdi. Illinois yazılı kanunları (statute) kardeş evlâtları arasındaki evlenmeleri batıl addeder. Minnesota Devletinin bir mahkemesinde bu evlenmenin sıhhati mevzuubahis olduğu zaman, sözü geçen mahkeme evlenme mânileri hususunda Illinois kanununun yani, ikametgâh kanununun yetkili olduğunu ve evlenmenin, daha müsama-hakâr kanunlu bir yerde in'ikat etmiş olmasına rağmen batıl olduğuna hükmetmiştir<sup>90</sup>.

Belçikalı mahkemenin kararı ise meşhur Beaufremont dâvası ile ilgilidir. O tarihte Fransada mer'i olan mevzuata göre boşanma memnu idi. Fransız tebaası Prens Beaufremont'un karısı Fransada ayrılık kararı aldıktan sonra Almanyaya gidip yerleşiyor ve orada Saxe - Altenburg tâbiyetine geçip yeni tâbiyetinden bilistifade boşanma kararını alıyor ve Berlinde Romanya tebaası Prens Bibesco ile evleniyor. Fransız mahkemeleri bu tâbiyet tebdilini boşanmayı meneden Fransız mevzuatına karşı hile kullanmak niyetile vukubulduğu mülâhazasile yeni evlenmeyi batıl addetmişlerdi.

Bu vesile ile meesle Belçikada bahis konusu olunca Bruxelles İstinaf Mahkemesi de Fransız mahkemelerinin kararlarının tenfizine taallük eden bir mesele vesilesile Fransız mahkemelerinin noktayı nazarlarına taraftar olduğunu belirten bir karar vermiştir. Hattâ Belçika yargıtayı da bu kararı tasdik etmiştir<sup>91</sup>.

Lex fori'den istifade edilmiyerek yabancı kanuna karşı kullanılmış hilenin müeyyidesi meselesinde müelliflerin görüşleri bundan evvelki bahiste yani lex fori'den istifade edilerek yabancı kanununa karşı hile meselesinde anlatıldığından farklı değildir. Binaenaleyh, şimdiki meselelerin Türk sistemi bakımından halledilmesi için evvelki meselede olduğu gibi hile nazariyesinin temelini tesbitine ihtiyaç vardır.



<sup>90</sup>) Meisenhalder v. C.N.W.Ry. Co (Minnesota 1927) Michigan Law, Philonenko'dan naklen. (Cl. 1928, s. 1275 ve mü.)

Review, Ocak 1928, s. 307.

<sup>91</sup>) Bruxelles 5 Ağustos 1880, Cl. 80,508. Cass. Belgique 19 Ocak 1882, Cl. 82; 364 Valery'den naklen.

Manuel dr. Int. Priv. s. 250, not 2, Fontemoing, Paris 1914.

Bir muahdede yazılı D. H. H. kaidelerine karşı hile yapılması halinde meselenin mahiyeti değişmez. Misal: Fransa ile İsviçre arasında 1869 da akdolunmuş olan andlaşmaya göre dâva dâvalının mensup olduğu memleket mahkemesinde ikame edilmelidir. Bir meselede alacaklı Fransız, borçlu da Lemman gölünde çalışan bir İsviçreli kayıkçıdır. İsviçreye gidip dâva ikame etmek külfetinden kurtulmak isteyen Fransız alacaklı, borçlusuna ait kayığın Fransız sularında bulunduğu bir zamanda Fransız mahkemelerinden kayığın haczine karar alır. İsviçreli kayıkçı haczin ref'i için mahkemeye müracaata mecbur olur. Fakat Fransız mahkemesi mahza Fransız mahkemesini yetkili kılmak için haciz yoluna tevessül edildiği için muahede hükümlerine karşı yapılan bu hilenin semeresiz kalmasına hükmetmiştir<sup>66</sup>.

### Hile teorisinin hükümleri

Hile teorisinin tatbikile elde edilen netice nedir? Bu netice hilenin tesirinin izalesidir. Hile teorisinden maksat da budur. Bir kimsenin normal durumda tâbi bulunması lâzımgelen kanunun emredici hükümlerinden kaçınmak için tâbii olmayan bir durum vücuda getirerek yabancı bir kanunun hükmü altında gayrimeşru bir netice elde etmek istemesi Devletler Hususi Hukukunda tecviz edilmeyen bir hile (kanuna karşı hile) teşkil etmesi hasebile buna karşı kullanılacak müeyyide o kimseyi eski normal (kanunun hükmü altına sokmak ve onun emrinin yeniden cereyanına imkân vermektan ibaret olur.

Devletler Hususi Hukukunda hile bir taraftan kanuna karşı hile mahiyetinde olmasına diğer taraftan da D. H. H. nun bir suiistimali mesabesinde bulunmasına nazaran, iç hukukta gerek kanuna karşı hilenin, gerekse bir hakkın suiistimalinin doğurduğu tesirleri veya aksülâmelleri bunun da yapacağını kabul etmek zaruridir. Lex fori, kendi nüfuzuna karşı vaki olmuş olan hileyi, hoş görmeyeceği gibi, gibi, hakkın suiistimalini de himaye etmez. Şu halde hile ile salâhiyetli kılmamış olan yabancı kanundan o şahsın istifade etmesine imkân verilmez. Pratik olarak, hile teorisi bir nevi inopposabilit  (dermeyan edilememelik) hükmünü tazammun etmiş olur ki artık o şahıs o memlekette yeni durumunu bir hak olarak serd ve dermeyan etmeğe muktedir olamaz. Evvelce zikrettiğimiz misallerden meselâ Beauffremont işinde hile ile elde ettiği boşanma kararından Fransada istifade edememiş ve kocasına ve hattâ Fransız mevzuatına karşı boşanma hükmünü

<sup>66</sup>) Hıfzı Timur, D. H. H. nda  mme intizami, 1942, s. 25 - 26.



dermeyen etmeğe hak bulamamıştır. Hile teorisi müeyyidesile kadının elinden silâhını almış ve kadını eski durumuna iade etmiştir.

Bu ileri sürdüğümüz mütalâa mahkemelerin içtihadına ve bir takım müelliflerin görüşüne uygun bulunmakta ise de bir kısım müelliflerce tamamiyle kabul edilmiş değildir. Şöyle ki bunlara göre yabancı kanunu tatbiksiz bırakmak kâfi olmayıp yabancı kanunu yetkili kılmak üzere ihdas edilen durumu yani vasıtayı da ortadan kaldırmalıdır. Meselâ yukarıdaki misalde olduğu gibi memnu olan boşanmayı elde etmek için kullanılmış olan tâbiyet değiştirme keyfiyetini de bunlara göre hükümsüz bırakmak lâzımdır.

Bu görüş doğru değildir. Çünkü tâbiyet değiştirme keyfiyeti ayrı bir muamele ve başka hükümlere tâbi olması lâzım gelen bir tasarruftur. Ferdin ihtiyarı ve devletin kabulüyle tekemmül eden bir keyfiyettir ki mahkemelerin takdiri dışında kalır. Şunu da unutmuyalım ki tâbiyet değiştirmek olsun, hattâ daha basit bir muamele olsun, kullanılan vasıtada gayrimeşru bir cihet olmamak lâzımdır. Kanuna aykırı bir vasıta kullanılmış ise bunun da ayrıca bir müeyyidesi bulunacağından hile müeyyidesinin kullanılmasına imkân kalmaz.

Meselâ bizim kanunumuzda vatandaşlıktan çıkmak için hükûmetin müsaadesi lâzımdır. Askerlik hizmetini ifa etmemiş olanlara bu müsaade verilmez. Bunun müeyyidesi kanunda yazılıdır. Buna aykırı olarak bir kimse vatandaşlıktan çıksa, kanuna karşı bir hile maksadile olsun, ölmesin, müeyyideye çarpılır. Çünkü bu fiil haddi zatında kanunsuzdur ve haksızdır. Halbuki hile bahsinde kullanılan vasıtanın meşru ve kanunî olması şarttır.

Demek oluyor ki hilede müeyyideye çarpılması lâzımgelen, ancak yabancı kanundan faydalanmak hususudur. Nasıl âmme intizamı bir yabancı kanunun tatbikına mâni olursa, hile teorisi de, hile ile kendisinden faydalanmak imkânı elde edilen yabancı kanunu muattal bırakarak hükümsüzlüğe sevkeder.

**Asistan Dr. Vedad Sevig**