

DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA HİLE TEORİSİNİN TEMELİ

Doçent Dr. Vedat SEVİG

Kanuna karşı hilenin müeyyideye çarpılması hususunda ittifak etmiş olan müellifler, bunun dayandığı temeli tayin bakımından ayrı ayrı mütalâalar serdetmişlerdir.

1 — Ahlâki sebep

M. Ripert gibi bazı müellifler, hukukta ahlâk kaidelerinin oynadığı rolü nazarı itibara alarak kanuna karşı hilenin, cürmî bir kasda (buradaki suç, medenî suç olarak derpiş edilmelidir) yani ahlâki vazifesini yapmamak niyetine bağlı bulunması dolayısıyla cezalandırılması yani müeyyideyi çarpılması fikrindedirler. Bu suretle D.H.H.'nda hile nazariyesi ahlâk kaidelerine dayandırılmış oluyor.

M. Ripert'in meşhur olmuş olan, hattâ M. Niboyet'ye göre klâsik olmuş bulunan «La règle morale dans les obligations civiles» adlı eserinde bu hususta şu mütalâyaya tesadüf ediyoruz.

Hile teorisi, kanunlar ihtilâfının halline meğar olan kaidelerin istisnasını izaha yarar. Yabancı kanunu tatbik etmesi lâzım gelirken, yargıç kendi kanununu uygular, çünkü taraflar, bu sonuncu kanundan kaçınmağa ve yabancı kanuna ittiba etmeğe teşebbüs ederek, yargıçın kanununa karşı hile yapmışlardır¹⁾. Âmme intizamı teorisi gibi bu hile teorisinin hâkime nazaran da tabii olarak tatbiki lâzım gelen kanunun hâkimin kendi kanunu tarafından bertaraf ve istihlâf edilmesi suretinde hülâsa edilebileceğine Pillet ve Niboyet gibi kanaati bulunan M. Ripert bu müelliflerden bir bakımdan ayrılmaktadır. Şöyle ki Pillet ve Niboyet hile teorisini, âmme intizamı teorisinin feyyaz bir tatbikinden saydıkları halde M. Ripert hile nazariyesinin çok geniş bir ölçüde tatbik edilebileceğine kani değildir. Gerek Pillet'nin gerekse M. Bartin'in bu bapta mütalâalarının indî kalmış ve hiç bir mahkeme kararıyle teyyüt etme-

1) Ripert, La règle morale dans les obligations civiles.

miş olduğunu ve M. Perroud'nun dediği gibi bu müeyyidenin bir kaç meseleye inhisar etmiş bulunduğunu söylemektedir. Jürisprüdans'ın yalnız ahkâmı şahsiyeye müteallik hususî münasebetler etrafında dönüp durmasının sebebini, M. Ripert bu hukukî münasebetlerin tâbi olduğu kaidelerde kanun koyucusunun ahlâk kaidelerini müeyyidelendirmekten başka bir rolü olmamasında görmektedir. Binaenaleyh bir kimse kanunlar ihtilâfı kaidelerinden faydalanarak ahlâkî vazifesini ihmal ve terk dememelidir. Yargıç, kendi kanununa karşı yapılan hilede müeyyideyi, kanun hükmünün bir ahlâkî vazifeyi müeyyidelendirmiş olması halinde kullanır. Âmme intizamı ile hile müeyyidesi arasında şu fark vardır ki hilede yabancı kanunun tatbik edilmemesi kanunun konusu itibariyle olmayıp, belki niyetin, maksadın ahkâmı şahsiyeye müteallik hükümlerden kaçınmağa masruf olması dolayısıyledir. Halbuki bu niyet haddi zatında cezaya müstahik olmayıp mahza ahlâkî bir vazifenin terk ve ihmaline matuf olmak itibariyle cürmî bir mahiyeti haiz olduğundan cezalandırılmak icap eder.

2 — Hakkın suiistimali

M. Jossierand adındaki âlime göre hile teorisine mesnet teşkil edecek sebep, doğrudan doğruya hakların suiistimali mülâhazasıdır.

Bu zata göre beynelmilel mahiyetteki müesseselerin hileye âlet edilememesi, daha açıkçası, bunların fertler tarafından fertlere ait millî müesseselerin ihlâli için kullanılmaması bir prensiptir. Bunun himayesi altında her Devlet kendi tebeası üzerinde hâkimiyetini ifa edebilir. İşte bu prensip itibariyle kanuna karşı hile teorisi teessüs ve tekâmül edebilmiştir².

Demek oluyor ki D. H. H. undaki kanuna karşı hile, hakkın suiistimali keyfiyetinden başka bir şey değildir. Devletler hususî hukuku kaidelerinin millî müesseseleri yıkmak üzere kullanılması, bir nevi hakkın suiistimalini teşkil ettiği için D. H. H. ndaki hileyi de öylece müeyyidelendirmek icap eder.

Medenî hukukta olduğu kadar, D. H. H. nda da büyük bir otoriteye malik olan M. Lerebours - Pigeonnière de D. H. H. ndaki hileyi hakların suiistimali esasına bağlar³. Bu müellife göre D. H. H. nda hile teorisi ile hakkın suiistimali hakkındaki umumî teoriyi karşılaştırmak icap eder. Hilede şahsî bir durumun, muayyen bir hakkın suiistimali yoktur, belki

2) Jossierand, De l'Esprit des droits, 2 ed. Paris 1939, s. 267; No. 199.

3) Précis, Dalloz, Paris 1948, s. 337, No. 363.

burada ilk tabiiyetin veya evvelki ikametgâhın icabı olan kanunlardan kaçınmak için bir salâhiyetin; yabancı bir tabiiyet iktisabı, veya yabancı bir memlekette ikametgâh ittihazı salâhiyetinin suiistimali vardır. Ahvalin anormalliği kanuna karşı hileyi teşhise kâfi gelmez, bir kasit unsuruna şiddetle lüzum vardır, bu unsur *lex fori*'nin nüfuzunu zedeler, yine bu unsur hile teorisini âmme intizamı teorisinden ayırır.

Bu müellifin mütalâasında göze çarpan cihetler mevcuttur, 1° hakkın suiistimali esasına bağlanmakla beraber niyet ve maksada ehemmiyet vermek itibariyle M. Ripert'in ahlâk kaidesine yanaşmaktadır. 2° *Lex fori*'ye karşı olan hileyi derpiş etmektedir; 3° Hile için âmme intizamından ayrı bir teoriye taraftardır.

M. Ligeropulo adlı müellif de hile teorisini, hakkın suiistimali esasına bağlamağa mütemayildir; ancak hakkın suiistimali mefhumunu geniş tutmak şartıyla. Diyor ki:

«Kanuna karşı hile, metinlerin ve binnetice metinler tarafından bahsedilen hakların normal gayelerinden ve sosyal hedeflerinden inhiraf ettirilmesidir. Hakkın suiistimalinin mahiyeti de zaten budur⁴.

Bundan kanuna karşı hilenin hakkın suiistimali umumî kategorisine dahil olduğu neticesine varılabilir.

Kanuna karşı hile, kullanılan hakkın süjesi yönünden değil de, suiistimal ile ruhu ihlâl edilmiş kanun bakımından nazarı itibara alınan «hakkın bir suiistimali» olarak tezahür eder⁵.

Tabiatıyla, hileyi suiistimale ithal edebilmek için hakkın suiistimali mefhumunu, temelindeki fikri bütün şümuliyle kabul etmek lâzımdır. Hakkın suiistimalini hakların —ister umumî menfaate, isterse hususî menfaatlere hâdim olsun— gayelerinden inhiraf ettirilmesi, yahut başka ifade ile hakların ruhunun ihlâl edilmesi mânasında anlamak lâzımdır. Bu anlayış tarzı M. Jossierand'inkidir⁶. Hakkın suiistimali, Fransada alışılmış olduğu üzere hukukî mesuliyet (*responsabilité civile*) meselelerine münhasır sayılacak olursa, ancak fertleri herhangi bir hakkın kötüye kullanılmasından korumağa yarayacak olan bu nazariye ile kanuna karşı hile teorisi, birbirinden uzaklaştırılmış olur, çünkü hile bir çok defa, fertlere değil de, cemiyetin nizamına zarar iras eder. Bu hususta millî

4) Jossierand : De l'esprit des droits et de leur relativité. Paris 1927, s. 368 ve müt.

5) Ligeropulo : Le problème de la fraude à la loi (tez Aix 1928), s. 146 son. Desbois : La notion de la fraude à la loi et la jurisprudence française (tez Paris 1927) s. 61.

6) Jossierand : s.g. eser, s. 368. ve mü.

kanunlarının hükümleri hilâfına uyuşarak yabancı memlekette boşanmaya muvaffak olan eşlerin, yahut D. H. H. sahasında hile kullanarak askerî hizmetten kaçınanların durumları cemiyet nizamına zarar irasına misal teşkil edebilir.

İşte böyle bir telâkki dolayısıyledir ki, kanuna karşı hilenin suiistimale nisbetle içtimaî menfaati korumağa mahsus bir kaîdenin ihlâli olması hususiyetini arzettiği ve suiistimalin ise ancak hususî menfaatlerin ihlâli demek olduğu iddia edilebilmiştir⁷.

Maamafih mefhum olarak hakkın suiistimali medenî mesuliyetin hududunu aşar⁸. Bu suretle kanuna karşı hile, cemiyet nizamını korumağa mahsus esas hukukî müesseseleri yok etmek için hakları gayelerinden inhıraf ettirmek mânasını almasa bile hakkın suiistimalinden başka bir şey olmamış olur.⁹

3 — Salâhiyetin yerinde kullanılmaması

Fransız D. H. H. âlimlerinden M. Niboyet, hile teorisinin ahlâk kaîdelerine dayanabileceğini inkâr etmemekle beraber, daha hukukî bir temel aramaktan geri durmamıştır.

Hile nazariyesinde ahlâkın tesirini şu suretle izah etmektedir:

Emredici hükümlerden kaçınmak için memleket hudutlarının bahsettiği kolaylıklardan faydalanılacak olursa bu keyfiyet içtimaî bakımdan inhilâlin vukuuna sebep olur. Bu gibi hareketler müeyyidesiz kalınca kanunun emredicilik hassası zaafa düşmüş ve bunun neticesi de ahlâka aykırı olmuş olur. Hile teorisini böylece ahlâkî bir temele dayandıran sistemde niyet araştırılır; şöyle ki umumiyetle hukukî muamelelerde saîk nazarı itibara alınmadığı halde burada alınır. Demek ki tabiiyet değiştiren kimselerden kötü niyetle yapmamış olanlarla (bu takdirde tabiiyet değiştirme bütün hükümlerini vücade getirecektir) kötü niyetle yapmış olanlar arasında bir fark gözetiliyor. Saîk burada muameleyi vasıflandırmış oluyor¹⁰.

M. Ripert'in «kanuna karşı hile mefhumu, hukukî muamelelerde ahlâkî kaideye bağlanır» sözünde büyük bir hakikat payı bulunduğunu kabul eden M. Niboyet, hile teorisinin daha hukukî bir temel üzerine bina

7) Arminjon : Précis, I, No. 105.

8) Demogue : Traité des obligations IV, s. 574.

9) Niboyet, Cours 1947, s. 535.

edilebilmesi için (yetkinin yerinde kullanılmaması) mefhumunu ele almak lâzım geldiğini bildiriyor¹⁰.

M. Niboyet'ye göre ahlâkî kaideyi hukuki bir çerçeveye yerleştirmek mümkündür. Bunu sağlayan esas fikir, gayet umumî ve hukukun her kısmına şâmil bir fikir olan *yetkinin yerinde kullanılmaması* fikridir. Her ferdin müteaddit salâhiyetleri ve hukukî imkânları vardır. Fakat bunlar ferde ancak normal, meşru', müstakimâne ve ahlâkî bir gaye için kullansın diye bahsedilmiştir. Yetki yerinde kullanılmazsa bir müeyyide tatbik edilebilmelidir.

Hususî hukukta gayrı meşrû sebep teorisi, akit serbestliğini gayrı meşrû maksatlar uğrunda ve kanuna aykırı neticelerin istihsali için kullanılması halinde müeyyidelendirir.

İdare Hukukunda da yetkinin yerinde kullanılmaması, alınan kararın iptalini muciptir.

M. Niboyet'ye göre kanuna karşı hilede de durum aynıdır. «Bir fert boşanmak için tabiiyet veya ikametgâh değiştirmek suretiyle fiilî unsurları hileli bir şekilde değiştirmiş ise, kendisine tanınmış olan yetkiyi yerinde kullanmamış olur.» Hattâ M. Niboyet'ye göre: «Kanuna karşı hile ile gayrı meşrû sebep aynı şeydir. Gayrı meşrû sebep mefhumu hususî hukuka ve bilhassa akitler hukukuna münhâsır değildir. Bu teori hususî akitlerde olduğu kadar idarî tasarruflara da kabili tatbiktir. Bir idarî kararın, yetkinin yerinde kullanılmamış olması dolayısıyla iptal edilmesi bu kararın gayrı meşrû bir sebebi olmasındadır¹¹.

4 — Âmme intizamı

M. Bartin adındaki Fransız âlimi «Hile teorisini» âmme intizamının bir çeşidi sayar.

Âmme intizamı teorisi, kanunlar ihtilâfı normal kaidelerine göre yetkili olan bir yabancı kanunun —Devletin veya cemiyetin menfaatlerini ihlâl etmesi halinde— tatbikinden sarfınazar edilmesine cevaz veren teoridir.

Bu müellifler hile sebebiyle yabancı kanunun tatbik edilmemesi halini âmme intizamındaki hale benzetmişlerdir. Aradaki farkın, âmme intizamını tehdit eden tehlikenin takdiri meselesinden ibaret bulunduğunu ileri sürmüştür. Bazı hallerde yabancı kanunun bertaraf edilmesi, Cemiyet nizamına gelecek zararın objektif takdirine müstenittir; diğer

10) Niboyet, aynı eser, s. 536.

11) Niboyet, Cours 1947, s. 536 - 537.

bazı hallerde ise içtimaî zarar, ancak kanunlar ihtilâfının sun'î surette meydana getirilmesi dolayısıyla D. H. H. kaidesinden inhirafa cevaz verecek derecede bir ehemmiyet kesbeder¹².

Demek ki bu teoriye göre hile âmme intizamının ihlâli sayılır; fakat munzam bir şartla: yani hileli niyetin bulunması şartıyla.

Diğer bir müellif de hile teorisini yardımcı bir müeyyide saymayıp tamamlayıcı bir müeyyide telâkki ettiği için âmme intizamına bağlamaktadır. Şöyle ki «hile bulunmadığı takdirde âmme intizamını dermeyan etmeyi kimsenin düşünmeyeceği bir halde âmme intizamının niçin müdahale ettiği kanuna karşı bir hilenin vücudu ile aydınlanır. (A) Devletine mensup iki kişi kendi memleketlerinde boşanarak boşanmayı tanımayan (B) Devletine gitseler, (B) Devleti onların boşanmasını tanır. (B) Devletine mensup iki kişi (A) memleketine giderek ora tabiiyetini ve boşanma kararını aldıktan sonra (B) memleketine dönseler boşanmaları orada tanınmayacaktır. Bu iki türlü muamelenin sebebi mahza ikinci halde âmme intizamının ihlâl edilmiş olmasından ibarettir¹³.»

Bu teorinin bir çok taraftarı olmuştur¹⁴. Bu teori, lex fori'ye karşı veya lex fori ile aynı esaslara dayanan yabancı kanunlara karşı yapılan hileler hakkında müeyyide tatbik eder. Şu halde lex fori'nin prensiplerine tetabuk etmiyen bir yabancı kanuna karşı vâki olan hile her türlü müeyyideden mahrum kalır.



M. Ligeropoulo hile teorisini, âmme intizamından ayrı bir teori olarak kabul ediyor; şu sebepten dolayı ki hile mefhumu niyet unsuruna yer verdiği halde âmme intizamında niyet nazarı itibara alınmaz. Hile teorisini, âmme intizamına yaklaştıran bir sebep vardır ki, o da hilenin âmme intizamına aykırı şeyler gibi içtimaî bir düzensizlik vücade getirmesi itibariyle müeyyideye çarpılması lâzım geldiğidir. Halbuki kanuna karşı hileyi, kendisini âmme intizamına benzetmeğe sebep olan bu içtimaî düzensizlik fikrinden tecrit etmeğe imkân vardır.

Bir zamanlar hile teorisini âmme intizamına bağlamak yolundaki fikre iştirak etmiş olan Prof. Niboyet Manuel'inin 1928 tarihli basımında

12) Bartin: Etudes de dr. int. privé, 1899, s. 247.

13) J. Verplaetse, La Faude à la loi... Paris, 1938, s. 276, No. 42.

14) Bartin'den başka bir aralık M. Niboyet de bu fikre iştirak edenler arasında idi (Rev. de dr. int. et de législation comparée 1926, s. 485) dedi makalesi. Bugün Arminjon, Précis I. No. 110, Bertram: Gesetzesumgehung in Internat. Privatrecht, s. 84. — J. Verplaetse, sözü geçen eser, s. 276).

bu fikirden vazgeçerek hile teorisinin âmme intizamından müstakil olduğunu ve emredici kanunların müeyyidesi bulunduğunu ileri sürmüştür (Manuel 1928, s. 575, No .460).

5 — Kanunun ihlâli fikri

Yukarıda ismi geçen M. Ligeropoulo adındaki müellif, gerek hakkın sulistimali, gerekse âmme intizamı mülâhazalarıyla hile teorisi arasında bir münasebet görmekle beraber kanuna karşı hile mefhumunun başka bir esasa dayanarak yine tatbik edilecek müeyyidenin aynı şart ve hükümlerini muhafaza edebileceği kanaatinde. Bu esas kanuna karşı hileyi, kanunun ruhunun ihlâli veya kanunun dolayısıyla ihlâli addetmekten ibarettir. Kanuna karşı hileye müeyyidenin tatbik edilmesi, vâzu kanunun kendi emir ve nehilerinin —fertler tarafından ustalıkla hareket edilerek D. H. H. kaidelerini kullanmak suretiyle— hiçe indirilmesini kabul edemeyeceği mütalâasına dayanır. Meselâ tebeanın yabancı memlekette telsik olunarak boşanmaları hükümsüzdür, çünkü boşanma memnuiyeti, hile halinde, istisnaen beynelmilel münasebetlerde de devam etmektedir. Bu durumda hileye müsamaha edilse, kanuna karşı hile, kanun hükümlerinin dolayısıyla ihlâli demek olur (Répert. s. 457).

Bu mülâhazalarla müellif «her ne zaman ki bir takım hakiki ve ihtiyari fiillerle kanunun lâfzına uygun, fakat ruhuna aykırı bir durum ihdas edilirse bunda kanuna karşı hile vardır» hükmünü veriyor. Bu tarif iç hukuka da, Devletler hukukuna da uygun gelecek bir genişlikte olup kanunun dolayısıyla ihlâli demek olur. Binaenaleyh hile müeyyidesi, hakkın sulistimali ve âmme intizamı mülâhazaları ile kabili izah olmakla beraber doğrudan doğruya kanunun açıkça ihâli keyfiyetine girer. Her iki şıkta da, yani kanunun açıktan açığa veya dolayısıyla ihlâli halinde müeyyide birdir.

● Müellif, hile teorisini âmme intizamından müstakil olarak bu «kanunun ihlâli» esasına dayamakta bir amelî fayda da görmektedir. Şöyle ki, hile teorisi, âmme intizamında olduğu gibi içtimaî düzensizliğe istinat ettirilecek olursa, bu müeyyideyi ancak lex fori'ye karşı vukubulmuş olan hilelere tatbik mümkün olup yabancı kanunlara karşı yapılan hilelere tatbik etmeğe imkân bulunamaz. Halbuki hile yetkili bir kanunun dolayısıyla ihlâli mahiyetinde tutulacak olursa, hile ile ihlâl edilmiş olan beynelmilel yetkiyi haiz kanunun herhangi bir memleketin nüfuzu muhafaza için müeyyidenin kullanılması kadar tabii bir şey olamaz. Herhangi bir memlekette kanunlar ihtilâfı kaideleri uyarınca beynelmilel yetkiyi haiz bir kanun —lex fori olsun veya başkası olsun, her iki şıkta

da— dolayısıyla ihlâl edildiği görülünce hile müeyyidesine başvurulmak lâzım gelir. Bu görüş, müellifin dediği gibi, şüphesiz daha geniş ve âmme intizamından daha şümüllü ve aynı zamanda beynelmilel tesanüde daha elverişlidir.



Şu verilen izahlardan da anlaşılacağı üzere hile teorisine temel olarak :

- 1° — Ahlâk kaidesi;
- 2° — Hakkın suiistimali,
- 3° — Salâhiyetin yerinde kullanılmaması,
- 4° — Âmme intizamı mülâhazası,
- 5° — Kanunun ihlâli.

gösterilmiştir. Bu görüşlerden hangisinin isabetli olduğunu tayin edebilmek için ileri sürülen beş sebep arasında bir mukayese yapalım. 1° Ahlâk kaidesi, hukukî bir mahiyeti haiz değildir; diğerleri ise hukukî birer sebeptir. Hakkın suiistimali, salâhiyetin yerinde kullanılmaması sebebiyle birleşir; bu cihet izahımızla anlaşılacaktır. Âmme intizamı mülâhazasına dayanan hile nazariyesi, evvelki mukayeseden ve «netice» kısmında göstereceğimiz farklardan anlaşılacağı üzere tatminkâr bir mahiyeti haiz olamaz. Kanunun dolayısıyla ihlâli ile hakkın suiistimali arasındaki yakınlık bizzat kanuna karşı hileyi, kanunun dolayısıyla ihlâli mahiyetinde gören müellif tarafından kuvvetle izah ve isbat edilmiş olduğundan biri hak bakımından, diğeri de kanun bakımından keyfiyeti derpiş eden bu iki tâbirle aynı şeyin ifade edilmek istenildiği göze çarpmaktadır. Bununla beraber şunu da söylemek mecburiyetindeyiz ki kanunun dolayısıyla ihlâli, D. H. H. ndaki hilenin çevresini aşan bir mülâhazadır. Meselâ bir kimse tabiiyet değiştirdikten sonra hasıl olan bir sebebe mebni boşanmaya karar alsa, her ne kadar tabiiyet değirtirme hususunda samimî bulunmuş ve hileye delâlet edecek hiç bir hareketi vukua gelmemiş olsa da evvelce tabii bulunduğu kanunun boşanma memnuiyetini koyan hükmünü dolayısıyla ihlâl etmiş olur ki hile nazariyesine göre müeyyideye çarpılması gereken bir keyfiyettir. Demek ki kanunun dolayısıyla ihlâli, hem hileyi, hileli maksadı araştırmaktan vazgeçebilir, çünkü hilesiz olsa da netice birdir, hem de hile bulunmayan halde müeyyideye çarptırılmak suretiyle adaletsizlik yapılmış olur. Bir de D. H. H. nun bazı hususlarda tatbikine engel olur. Yani şahsın bir takım meşrû ve samimî hareketlerine tatbik edilmesi lâzım gelen kaide-leri mahza kanunun dolayısıyla ihlâline meydan vereceği için akamete uğratar. Hile kasdına ehemmiyet verilecekse —ki hile nazariyesinde

gayet mühim bir yer tutar— kanunun dolayısıyla ihlâli gibi çok geniş bir mefhumdan vazgeçmek icabeder. İşte bu görüşten de feragat edildiği zaman elimizde ahlâkî sebepten başka hakkın suiistimaliyle salâhiyetin yerinde kullanılmaması keyfiyetleri kalır. Ahlâk kaidesi hakkındaki sözümüzü sona bırakarak diğer iki mülâhazayı ele alabiliriz.

Malûmdur ki hakkın suiistimali fikri iç hukukta mühim tatbiklere mazhar olmuştur. Bîlhassa hukukî mesuliyet bahsinde bunun şartlarını tayin ederken kusur mefhumunu tanzih için 19 uncu yüzyıl klâsik doktrini, zararı müeddi olan fiilin bir hakkın faili tarafından kullanılmasından mütevellit olması halinde kusur mevcut olamayacağı mülâhazasını ileri sürmekteydi. Nasıl ki eski hukukumuzda da buna yakın bir düşünce ile «Cevazı şer'i zamana münafidir» kaidesi serdedilmiştir. Daha evvel de «Digeste» de «Neminem ledit nemo daminum facit, qui sue jure utitur» (26 D. de damno infecto XXXIX, 2, 24.12 D. cod. tit; 55. 151, 155, D. de reg. jur. L. 17) denilmiştir.

On dokuzuncu yüzyıl klâsik doktrinini izah için, A. Colin ve Capitant adlı âlimler meşhur eserlerinde şu mütalâayı ileri sürmüşlerdir:

«Bu hal tarzı mantığa ve ferdiyete hukuk telakkisinin icaplarına uygundu. Kanun, vatandaşların çok yüksek hürriyetinin teminatı olup bunlar kanunun tayin ettiği hudut dairesinde hareket ettikçe, gayrı meşrû ve haksız bir fiil işlemiş olamayacaklarından ve bilâkis kendilerine ait olan bir imtiyazı (bir salâhiyeti) kullanmış ve bundan herhangi bir zarar hasıl olsa bu hususta kimseye hesap vermek zorunda bulunmamış olduklarından mesuliyetin (sorumluluğun) esaslı unsuru olan kusur mefkut olacaktır.»

Bu müellifler, doktrinin aksine olarak jürisprüdansın daha makul veya daha âdilâne bir yol tutup, bir hakkın istimalinde de bir kusur yapılabileceği binnetice k. civ. in 1382 ve 1383 üncü maddelerinin tatbikine imkân vereceği hususunu tanıdığını söylemektedir. Bundan sonradır ki Fransada yeni doktrin meseleyi ele almış ve amelî sebeplerin tesiriyle ve ferdiyetçi telâkkilerin zaafa uğraması dolayısıyla jürisprüdansın görüşüne iltihak etmiştir¹⁵.

Bugün Fransada olduğu gibi Almanyada, İsviçrede, Peruda, Polonyada ve Çinde ve daha başka yerlerde hakkın suiistimali mefhumu yerleşmiş ve hattâ kanunlarda yer almış bulunmaktadır. Bu hususta fazla malûmat vermeyi etüdümüzün konusu dışında görürüz. Bahsimize taallük etmek itibariyle bizim için mühim olan cihet hakkın suiistimalinin

15) A. Colin ve F. Capitant, Dr. Civil 10, éd. 1948, t. II, s. 232 - 234.

kıstasıdır. Aynı müelliflerin buna dair verdikleri malûmatı buraya nakletmekte bir fayda görmekteyiz:

«Hakkın suiistimalinin kıstası, halihazırda çok meşkûk bulunmaktadır. Bu bapta müellifler müteaddit sistemler teklif etmişlerdir. Bunları iki gruba iki zümreye ayırmak mümkündür. Birinci grup, yine klâsik telâkkilerden mülhem olarak hakkın suiistimalini hukukî mesuliyetin ananevî temellerine bağlamaktadır. İkincisi ise içtimai temayülleri kuvvetler belirterek bu temellerden hayli uzaklaşmaktadır.»

«a) *İzrar kasdı ve kusur telâkkisi.* — Birinci gruba ilkönce izrar kasdını hakkın suiistimalinin kıstası olarak kabul edenler girer (Alman ve Çin kanunlarına bakınız). Bu en dar telâkkidir: Bir kimse hakkını şahsî bir menfaat olmaksızın ve mahza kötülük fikriyle kullandığı vakit himayeye lâayık olmaz. Kasid ve niyete ait bir kusur işlenmiş olur. Bu hal tarzı, daima makbul olan «*fraus omnis corrumpit*» veya «*Malitiis non est indulgentum*» prensipine bağlıdır. Fransız jürisprüdansı bu fikri çok defalar tatbik etmiştir. Fakat bazan da müsbet bir izrar kasdı olmaksızın da hakkın suiistimaline hükmettiği vâkidir.»

«Buna karşı hakiki bir ehemmiyeti haiz olmadığı ve kifayetsiz bulunduğu itirazı serdedilmiştir. Meselâ bir fabrikanın komşuları izac eden gürültüsünü veya kokusunu kesmek için bir teknik vasıta olmadığı halde bile komşulara zarar ve ziyan ödemek mükellefiyetinde bırakılmasını bu sebeple izah etmek kabil değildir.»

«b) *Gayri meşrû sebepler ve fiilin anormalliği.* — Haklar, fert için ve ferdin şahsî istifadesi için verilmiş mutlak imtiyazlar (üstünlükler) değildir ve olamaz; bunlar bazı kimselere tanınmış olan, fakat içtimai muvazene tesis etmek maksadiyle muayyen bir içtimai gayeye matuf bulunan nisbî kudret ve salâhiyetlerdir. Hakkın suiistimali, hukukun zahiri kuyud ve hududu içinde kalmakla beraber kanun vâzının (koyucusunun) tayin ettiği gayeyi ihlâl ederek hakkı içtimai mavuziyelehine (tahsis edildiği şeye) aykırı surette kullanmaktan ibaret olacaktır. Burada çoktanberi idare hukukunda kabul edilmiş olan mefhumlar hususî hukuk sahasına nakledilmiş oluyor.»

«Malûmdur ki, idare hukuku, *salâhiyeti* tecavüz veya *yolsuz olarak kullanma* halinde bir müracaat hakkı vermiştir. Bir idare ajanı, kanunun kendisine bahşettiği salâhiyetleri, bunların bahşedilmesini istilzam eden gaye dışında kullanaca kolursa, bu hareketi bir kusur teşkil eder ve bundan zarar görenlere karşı tamir mükellefiyeti tevlit eder. Hususî hukukta da böyledir.

Bu sistemin tatbikinde, müellifler, bazı değişiklikler yapmaktadır. Bazıları daha sübjektif bir noktai nazara yanaşarak suiistimali, ajanın gayri meşrû saiklerinde, yani bunun hakkı içtimaî gayesinden inhiraf ettirmek fiilinde görmektedir. Meselâ, patron, işçisini, işine müteallik bir sebepten olmayıp da mahza siyasi fikirleri dolayısıyla işten çıkaracak olursa, fesih hakkını suiistimal etmiş olur.

«Diğerleri ise sırf psikolojik bir araştırmanın arzedebileceği keyfîlik tehlikesinden tehâşi ederek (korkarak) daha objektif bir noktai nazardan hareketle fiilin —bizzat unsurları ve neticeleri itibariyle— kullanılan hak için kanunun tahsis ettiği gayeye açıktan açığa aykırı olarak tezahür etmesini şart koşarlar. Bazılarına göre suiistimali tazammun eden fiil, anormal fiil, objektif surette anormal fiil olmalıdır. Meselâ ahvale ve mahallenin itiyatlarına nazaran komşularına fazla zarar iras eden mâlik, yalnız bu fiilden dolayı zarar ve ziyana mahkûm olabilir¹⁶.»

Şu yukarıya naklettiğimiz mütalâada göze çarpan bir kaç nokta vardır: salâhiyetin yerinde kullanılmaması fikrinin oynadığı rol ve müelliflerin sübjektif veya objektif bir noktai nazara yanaşmaları, v.s. gibi.

Salâhiyetin yerinde kullanılmaması sebebinin oynadığı rolü sonraya bırakarak diğer noktalar hakkında kanaatimizi ilkönce açıklamak ve bu vesile ile İslâm Hukukunda ve Türk Hukukunda hakkın suiistimali bahsine temas etmek isteriz. Yukarıdaki mütalâada müelliflerin zirkettikleri muhtelif grup erkânının birbirinden ayrı yollar tutmasına sebep olan şey zâhirdir: Her bir grup meseleye bir cepheden baktığı için tabii olarak aralarında bir görüş farkı husule gelmiştir. İslâm Hukukunda ise hakkın suiistimalini önlemek için daha etraflı düşünülmüş ve her sahada âdeta bununla mücadele edilmiş gibidir. Meselâ birer zabıta halinde «kavaidi külliye» de beyan edilmekle iktifa edilmiyerek hükümler arasında da buna yer verilmiştir. «Zarar ve mukabele bizzarar yoktur» kaidesi «la darara velâ dirara filislâm» hadisine dayanan bir ahlâk kaidesi olup bunu tamamlayan «zarar izale olunur» gibi bir takım zabıtalar tesbit olunmuştur. Bu fikrin, bu kaidenin tatbikatından olarak Mecelle'nin 1197 nci maddesinde «hiç kimse mülkünde tasarruftan menolunamaz. Meğer ki âhare zararı fâhişi ola. Ol halde men'olunabilir. Nitekim faslı sanide tafsil olunur.» denilmiş ve doğrusu bu hüküm mevzuubahs olan faslı sâniye hasredilmiyerek diğer fasıllara da teşmil edilmiştir. Bu fasıllardaki hükümlerin tetkikinden pek güzel anlaşılır ki zararı fâhişi belirtecek çok esaslı kayıtlar konulmuştur. Meselâ 1199 uncu madde: «binaya zarar veren yeni binaya vehm getiren ve inhidâmına (yıkılma-

16) Collin - Capitant, s.g. eser, s. 236 - 238.

sına) sebep olan yahut havayıcı asliyeyi yani sükna gibi binadan maksut olan menfaati asliyeyi meneden şeyler zararı fâhiştir» diyerek zararı fâhişin bir kaç şeklini göstermiş ve 1200 üncü maddede «zararı fâhiş biyyi vechin kân def'ettirilir» dedikten sonra bir takım misallerle zararı fâhiş bulunan bazı halleri saymıştır. «Meselâ bir hanenin ittisalinde demirci dükkânı yahut değirmen yapılıp da demir darbından, ya değirmenin devranından ol hanenin binasına vehn gelmek yahut fırın ihdas ile tütünün kesretinden veya bezirihane ihdas ile rayihai kerihesinden ol hanede oturulamıyacak mertebe sahibi mütezzî olmak zararı fâhiş olmağla bu zararlar biyyi vechin kân defi ve izale ettirilir.» Bundan sonraki fıkralarda bir takım hallerden daha bahsedilmiştir. Bütün bu hallerde hakkın suiistimaline karşı ittihaz edilmiş tedbirleri görüyoruz. Belirtici bir keyfiyet olmak üzere zararı fâhiş gösterilmiştir.

İslâm Hukuku kıstas olarak yani hakkın suiistimalini belirtecek keyfiyet olmak üzere yalnız zararı fâhişi kabul etmiş değildir. Bu hususta incelemeler yapmış olanlar dört kıstastan bahsederler ki, her biri hakkın suiistimalini ifadeye kâfidir¹⁷.

1° — Bir hak, izrar kasdiyle kullanılmış ise,

2° — Hakkın kullanılmasında, sahibi için bir menfaat yok ise,

3° — Hakkın kullanılmasında, âmmeye bir zarar var ise,

4° — Hakkın kullanılması, başkasına fâhiş bir zarar verir ise, bunda hakkın suiistimali mevzuubahs olarak İslâm Hukukunda men'i cihetine gidilmiştir.

Türk Medenî Kanununda açıkça hakkın suiistimalinden bahsedilmiştir: «Sırf gayrı izrar eden hakkın suiistimalini kanun himaye etmez.» Bu metnin Alman Medenî Kanunundaki 226 nci maddenin metnine benzediğini söyleyen müellifler vardır. Onda «mücerret gayrı izrardan başka bir saiki olmıyan bir hakkın istimaline mesağ yoktur» denilmektedir. Prof. Schwarz eserinde buna dair şu mülâhazayı dermeyan etmektedir. Belki Türkçenin bu ifadesinde Alman Medenî Kanununun 226 nci maddesiyle İsviçre hükümü mezcedilmek istenmiştir. Fakat netice pek de muvafık olmamıştır. Zira bir hakkın sırf gayrı izrar etmiyen suiistimalleri caiz görülürse, o zaman bu hal 2 nci maddenin 1 inci fıkrasıyla tearuz

17) Mahmoud Fathy, La doctrine musulmane de l'abus des droits, Paris 1913, Esat Arsebük, Medenî Hukuk, cilt I, s. 108, No. XI, ve mü. İst. 1938, F. H. Saymen, Akıt yapmak hakkının suiistimali, H. Fakültesi Mecmuası, 1941, cilt VII, sayı 2-3, s. 543.

teşkil eder; çünkü her hakkın suiistimalinin hüsnüniyete muhalif olduğunu söylemek mecburiyeti vardır¹⁸.» Bu noktayı incelemiş olan Profesör F. H. Saymen, Türk ve Alman metinleri arasındaki benzerliğe rağmen hakkın suiistimali hususunda birbirinden farklı bir telâkki mevcut olduğu kanaatini izhar etmiş ve Kanunumuzun lâfz ve ruhuna göre hakkın suiistimali mevzuubahs olabilmek için üç unsurun bulunması şart olduğunu tasrih eylemiştir:

1) Âheri izrar etmek kasdı; 2) Hakkını kullanan kimse için meşrû bir menfaatin bulunmaması; 3) Hakkın hüsnüniyete muhalif olarak yani hakkın maksat ve gayesinden ayrı bir gayede kullanılması¹⁹.

Müellif, hakkın içtimaî fonksiyonundan inhiraf ettirilmesine dair olan 3 üncü unsuru tafsil ederken Prof. Samim Gönensay'ın bu bapta değerli mütalâasına temas etmiş²⁰ ve M. Josserand'ın içtimaî fonksiyona uygunluk için «meşrû sebep» (motif légitime) ölçüsüne başvurulması hakkındaki tavsiyesini zikretmiştir. M. Josserand'ın şu mülâhazası dikkate şayandır: «Fiil veya tasarrufun meşrû bir sebep ile izah edilebilip edilemeyeceğine göre, normal bir surette istimal edildiğine veya suiistimal olduğuna hükmetmek lâzımdır. Hukukî salâhiyetlerimizin, hakların fonksiyonlarına ve ruhuna uygun bir sebebin hizmetine tahsis olunması lâzımdır, aksi halde haklarımızı istimal etmeyip, onları suiistimal etmiş oluruz²¹». Bu meşrû olmıyan sebepler arasında Bay F. H. Saymen kanuna karşı hileyi de saymaktadır ki, M. Josserand'ın eserinde bu keyfiyet hakkın suiistimalinin bir çeşidi olarak gösterilmiştir (s.g. eser, s. 372).

Bütün bu izahlardan çıkan neticeye göre hakkın suiistimali hususunda yalnız sübjektif veya objektif unsurla iktifa etmek doğru olmayıp her ikisini de gözönünde tutmak zaruridir. Nitekim M. Ripert de ahlâk kaidesine sıkı sıkıya sarılmış ve niyet ve maksadın mahiyetine en önemli yeri vermiş olduğu halde kötü niyeti fiilin neticesinden kolayca istidlâl etmek mümkün olduğunu «hak sahibi hiç bir menfaat elde etmeksizin başkasına zarar vermiş ise hakkın kullanılmasının hileli olarak tecelli ede-

18) Schwarz, Medeni Hukuk dersleri, cilt 1, sah. 234 (tercüme, Hıfzı Veldet). (Saymen, aynı eser).

19) F. H. Saymen, s.g. eser, s. 547 - Bu üç unsur hakkındaki tafsilât müteakip sayfalarda yazılmıştır.

20) Samim Gönensay, Medeni Hukuk, cilt 1, İst. 1936, s. 69.

21) Josserand, s.g. eser, s. 375, (Saymen, aynı eser, s. 550).

ceğini» söyleyerek objektif unsura da ehemmiyet verilmesi lüzumuna işaret etmiştir²².

A. Colin ve H. Capitant'ın s.g. eserinde hakkın suiistimalinin kıstası ve belirticisi olarak mevzuubahs edilen salâhiyetin yerinde kullanılmaması keyfiyetine gelince idare hukukunda mühim tesirler yaptıktan sonra hususi hukuk sahasına intikal etmiş bir teoridir. Bu teori, hukuk sahasında sebep ve gaye mefhumlarına karşı gösterilmiş hürmetin en güzel bir delilidir, diye bunu değerlendiren M. Josserand, hakkın nisbiliği ve sebeple gayenin bunların istimalinde müessir olduğu hakkındaki görüşüne, velhasıl kendi tezine bu suretle bir destek, bir yardımcı bulmuş oluyor²³.

M. Haurriou, salâhiyetin yerinde kullanılmamasını tarif ederken «bir idarî makamın «ratione personae» kendi salâhiyetine giren bir tasarrufu yaptığı ve eşkâle riayet ettiği ve kanunu hiç bir suretle ihlâl etmediği halde salâhiyetin —bu salâhiyetin kendisine verilmemesini istilzam eden— gaye ve sebeplerden başka bir gaye ve sebepler için kullanması keyfiyetidir» demektedir²⁴.

Demek ki, bu halde hâkim, ajanın hareketindeki saikleri araştırarak, onun takip ettiği direktifleri müessesenin direktifleriyle karşılaştıracak; ve bunların birbirine mutabık olmadığını görünce ajanın salâhiyetini normal mülâhazanın lehinden inhiraf ettirdiğine, yersiz kullandığına hükmederek tasarrufun iptali cihetine gidecektir²⁵. Bu yoldaki Devlet Şûrası Kararları «hukukta gaye mefhumunun resmi bir teyididir²⁶.»

Medeniyecilerin hakkı suiistimal teorisi ile, idarecilerin salâhiyeti yerinde kullanmama teorisi arasındaki benzerlik ve yakınlık göze çarpmaktan hâli değildir; bunların her ikisi aynı kökten çıkan iki filizdir, «imtiyazlarımız, hususî veya ammevî olsun, şahıslarımıza veya görevlerimize ait bulunsun, mücerret bir değeri haiz olmayıp içtimâî bir değeri haiz bulunmaktadır» suretinde ifade edilen bir tek ve aynı fikrin iki belirtisidir²⁷. Bu iki teorinin karabetine rağmen, her ikisinin aynıyeti haiz olmadığına dair M. Haurriou'nun mütalâasıyle M. Josserand'ın itira-

22) Ripert, s.g. eser, s. 177.

23) Josserand, s.g. eser, s. 257.

24) Haurriou, Précis de dr. administratif, 11 éd. p. 419 et s.

25) Josserand, s.g. eser, s. 257 - 258.

26) Josserand, s.g. eser, s. 259.

27) Josserand, s.g. eser, s. 259.

zını²⁸ bir tarafa bırakarak her iki müellifin bu hususta ahlâk kaidesinin müdahalesini tazammun eden sözlerini nakledeyim :

M. Hauriou, salâhiyetin yerinde kullanılmamasını tarif ederken ilâve ettiği bir kayıt var ki, tarafımızdan bililtizam terkedilmiştir. O da ajanın salâhiyetini «*idari ahlâkın istemediği*» bir gaye ve sebepler için kullanması ibaresidir ki, burada geçen idarî ahlâk söziyle müellif ahlâkın idari sahadaki önemine işaret etmiş oluyor.

Diğer taraftan M. Jossierand da salâhiyetin yerinde kullanılmamasına müteallik tatbikattan bahsettikten sonra «*bu ahlâkiliğin, kanuniliğe, ruhu —müessesenin lâfzı— kanuna galebe ve zaferidir²⁹*» suretinde yine ahlâkın hukuk sahasındaki rolünü belirtmiş bulunmaktadır.

Bunları buraya kaydetmekten maksadımız, —salâhiyetin yerinde kullanılmamasını, ister hakkın suiistimalinin bir belirticisi, bir kıstası olarak kabul edelim, isterse onun bir çeşidi telâkki edelim— neticede ahlâk kaidesinin bu hukuki sahada bir temel teşkil ettiğini yüksek bilgilerin mütalâalarına dayanarak belirtmektir.

Kanuna karşı hileyi, hakkın³⁰ veya salâhiyetlerin³¹ suiistimali ile izah edenler, veyahut salâhiyetin yerinde kullanılmaması mahiyetinde görenlerin hep aynı fikre tercüman olduklarını bu açıklamalardan sonra görmemek kabil değildir.

Gerek İslâm Hukukunda ve Türk Hukukunda, gerekse M. Ripert gibi müellifler nazarında hakkın suiistimali ve ona tebean kanuna karşı hile, ferde ve âmmeye zarar iras etmeğe matuf olan kötü niyete dayandığı için bunda ahlâk kaidesinin bir hukuk umdesi şekline girdiğini ve D.H.H. nda kanuna karşı hile teorisinin aynı esasa dayanan bir hukuk teorisi olduğunu teslim etmek zorundayız.

HİLE TEORİSİ HAKKINDA MÜNAKAŞA

Şimdiye kadar verdiğimiz izahlardan çıkan neticeye göre taraflar sıyrılmak istedikleri bir kanunun emredici hükümlerini bertaraf etmek üzere bir D. H. H. kaidelesinin tatbikini istilzam eden hal ve sebepleri ihtiyarlarıyla ihzar edip gerçekleştirmiş olduklarından dolayı o kaide

28) Jossierand, s.g. eser, s. 269 - 261.

29) Jossierand, s.g. eser, s. 259, eski terkipler tenafürden kaçınmak için kullanılmıştır.

30) Jossierand, s.g. eser, yukarıda bahsi geçti.

31) Lerebours - Pigeonnière, yukarıda bahsi geçti.

tatbiki elverişli olmuş ve bu yüzden tarafların emeline uygun bir kanun yetkili bulunmuş ise D. H. H. nda kanuna karşı bir hile vukua gelmiş olur.

Bilindiği üzere D. H. H. na ait her kaide, hâdiseye uygun görülen muhtelif kanunlardan birinin bir hükmüne binaen bir durumun veya bir hukukî râbitanın nizamlanmasında tesiri olan maddî bir fiilin, bir keyfiyetin vücudunu istilzam eder.

D. H. H., meselâ borçlunun ikametgâhının bulunduğu veya şirketin merkezinin tesis olunduğu, veyahut mukavelenin yapıldığı memleket kanununun tatbikini emrettiği vakit, bu hükümlerin zımında ikametgâh ittihazı, merkez tesisi, mukavele tanzimi gibi bir takım maddî fiiller ve keyfiyetler mündemiç bulunmaktadır.

Taraflar, kendi menfaatleri uğruna bir memleketin sıkıcı kanunundan kurtulup diğer bir memleketin müsait kanununu salâhiyetli kılmak için D. H. H. nun aradığı bir maddî fiili, vâkıayı kendi ihtiyarlarıyla ihzar ederek kendilerini diledikleri bir kanunun hükmü altına koymak kudretini haiz midir?

Meselâ yeni bir şahsî statüye sahip olmak, veya muayyen bir memleket mahkemesini salâhiyetli kılmak, veyahut ibrayı mutazammın bir zaman aşımından kaçınmak, veyahut da icraya müteallik bir usulden kurtulmak için tabiiyet veya ikametgâh değiştirilecek olursa —yahut mahalli kanunun basit şekillerinde muamele yapmak üzere locus regit actum kaidesinden faydalanmak için yabancı bir ülkeye gidilecek olursa, bu gibi hallerde fertlerin D. H. H. nu kullanarak seçtikleri bir mülâyim kanunun hükmü altına girebilmelerine müsaade edilecek midir?

Elhasıl, insanın iradesi, insana dilediği herhangi bir kanunun hükmü altına girmek salâhiyetini vermek kudretini haiz midir; yoksa yukarıda tarif ettiğimiz şekilde bir hilenin vücudu fertlerin muhtariyetini ortadan kaldırmağa veya tahdit etmeğe sebep olur mu?

Meseleyi daha pratik bir tarzda vazedelim. D. H. H. nun bir kaidesinin tatbiki talep edildiği takdirde mahkeme için bu kaidenin tatbikini istilzam eden olayların vücut veya ademini araştırmaktan başka bir şeye lüzum olur mu? Yani yargıç bir de bu olayların faili bulunan kimselerin niyet ve maksadını da araştırmalı mıdır?

Birinci halde hile teorisi, hileye karşı müeyyide kullanması bahis konusu olmaz. Nasıl ki bir takım müellifler ve bunlar arasında Ascoli ve Audinet ve Perroud bu fikirdedirler.

Ascoli «hakkını kullanırken kanunun hükümlerine ittiba» ve inkıyat eden kimseye, kanuna karşı hile yapmış nazariyle bakılmaz» diyor (Cl. 1918, s. 39, de Valery tarafından nakledilmiştir).

M. Audinet de: «Fransız Kanununun verdiği bir hakkın istimaline hileli nazariyle bakılamaz» diyor.

M. Perroud da bunların fikrine ve görüşüne iştirak etmektedir.

Fakat ekseriyet, bunun aksine bir mütalâa ve reydedir; yani hâkimin yabancı kanundan faydalanmak keyfiyetinin hileye müstenit olup olmadığını araştırması ve hileli bir kasıt bulunduğunu anladığı zaman hile müeyyidesini kullanması gerektiği kanaatinde dir.

Her iki kısım müellifler arasındaki münakaşa ehemmiyetlidir.

HİLE NAZARİYESİNİN MARUZ KALDIĞI TENKİTLER

Hile teorisine karşı bir çok itirazlar serdedilmiştir:

1 — İlk olarak kanun koyanların bu teoriyi kabul etmedikleri ileri sürülmüştür. Şu sebeple ki, kanun koyucusu kanuna karşı hile istimalini umumî olarak yasak etmek isteseydi yalnız bir çok hususî halde bunu sarahaten yasak etmekle iktifa etmezdi.

Bu itirazı M. Jean Perroud'nun bir etüdünde görüyoruz²².

2 — Hile teorisi haddi zatında kabule şayan görülmemiştir. Kanunlar ihtilâfını halle medar bir kaidenin tatbikini icap ettiren ve muayyen bir memleketin kanununu yetkili kılan hukukî hâdisenin (fiil veya muamele) tabii bir halde yahut bililtizam meydana getirilmiş olmasının bir önemi olmamalıdır. Bir kanunu yetkili saymak için sözü geçen kaidenin göstermiş olduğu şartlara, yeni bir şartın (hâdisenin bililtizam meydana getirilmemiş olması şartının) ilâvesi için sebep yoktur.

Kaldı ki bir çok ahvalde tâbiyet tebdili menfaat mülâhazasına dayanıyor iken neden boşanma gayesi, ticarî menfaatler temini gayesinden daha fazla tenkide şayan telâkki edilsin.

3 — Hattâ aynı zamanda hile teorisi tehlikeli olabilir, yargıcın saikleri araştırması hukukî muamelelerde güvensizliğe ve hattâ yargıcın keyfilğine müncer olur. Bilhassa Devletler Hususî Hukuku gibi çetrefil bir hukuk branşında istikrarsızlık âmili olan hile teorisini kabul etmek doğru olmaz.

Bundan başka bu teori acaip durumlar ihdas etmek tehlikesini doğurur. Meselâ tabiiyet değiştirdikten sonra yeni vatanlarında boşanmış kimselerin iki statü personelleri olur. Birincisi yeni tâbiyetler tarafından tayin edilmiş umumî bir statü personel, ikincisi evlilikleri, boşanma-

²²) Perroud : La Fraude à la Loi en droit int. Privé, Cl. 1926, s. 18-26.

ları ve yeniden evlenme ehliyetlerine müteallik eski milli kanunlarınca muayyen bir statü. Bunun sebebi de şudur ki, jürisprüdans, yeni tabiiyeti ve bunun türlü neticelerini tanır, ancak boşanmayı iptal eder.

4 — Nihayet hile nazariyesinin, objektifleşmeğe doğru yöneltilmiş olan hukukun gelişmesine bir engel teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Haddi zatında yargıcı tarafların hareketlerine müessir olmuş saikleri araştırmaya mecbur etmek Hukukun afakileşmesi temayülüne karşı gitmektir. Başka müellifler hile nazariyesinin adalete aykırı veya eskimiş olduğu için hukukun terakkisine mâni olan kanunlara kuvvet verip hukukun bu gibi dolambaçlı yollardan yenileşmesine engel olacağını söylüyorlar³³.

§ P. Perroud'nun, hile nazariyesi aleyhine ileri sürdüğü fikirler bundan ibaret değildir. Bir de sözü geçen nazariyenin jürisprüdansta çok önemsiz bir rol oynayıp, ortadan kaybolmağa yüz tuttuğunu ilâve ediyor. Bunun için ilkönce hile nazariyesinin tatbiki olarak gösterilen kararları tasnif ediyor. Bunlardan bir çoğunu muvazaa kategorisine ithal ediyor. Şirketlerin tabiiyetine müteallik hilelerle ilgili kararlar (Fransada kurulan ve Fransada sermaye tophyan ve çalışan bir şirket, mukavelename-sinde ikametgâh olarak Londrayı göstermiş olmasına rağmen Fransızdır ve kurucularının arzusu hilâfına o zamanın kanunları arasında çok formalist görünen Fransız 4 Temmuz 1867 Kanununun hükmüne dahi! olacaktır.)

Tabiiyete müteallik hile : 1914 te bir Almanla evlenen bir Fransız kadını beş sene sonra (1919 da) kocasının evlenme ânında mahcur olduğunu, evlenmesi için vasisinin iznine muhtaç olduğunu ileri sürerek evlenmelerinin bâtil olduğuna dair Berlin Landesgericht mahkemesinden karar alıyor. Fransada ise evlenmesinin butlanına dayanarak henüz Fransız tabiiyetinden çıkmadığını, binaenaleyh Fransadaki emvalinin düşman malı sayılıp haczedilemeyeceğini ileri sürer ve mezkûr emvali istirdada kalkışır. Cour de Paris (İstinaf mahkemesi) 26 Mars 1924 kararıyla (Cl. 1925, s. 129) butlanın bu kadar geç dermeyan edilmesi, butlan dâvasında kocanın bir itirazda bulunmaması, karardan sonra karının tekrar kocası ve çocuklarıyla birlikte yaşamağa devam etmesi sebepleriyle butlan talebinin sırf haczin kaldırılmasını temin maksadiyle ya-

³³) Desbols: La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française. (Thèse) s. 291 - 292. Dalloz, Paris 1927.

Rotondi: Gli atti in frode alla legge, s. 224 ve m. 1911.

Ligeropoulos: Repertoire, Fraude, No. 18 den naklen.

pıldığı şüphesini uyandırdığı için haczin kaldırılması talebini reddetmiştir. Bunda da M. Perroud muvazaa görüyor.

Sonra da kendi kendine soruyor: Boşanma dâvası müddetince Macar veya bir zaman Fiume Devleti tebaası kalan ve sonra İtalyan tabiiyetine avdet eden İtalyanların bu tabiiyet değiştirmeleri bir muvazaa olarak tefsir edilemez mi? Bu türlü tefsirin güç olacağını M. Perroud itiraf ediyor. Güçlüğü, tabiiyet değişmelerinin adli mahkemelerin takdirine tabi olmıyan idarî bir tasarrufun müdahalesini mucip olmalarında görüyor.

Başka bir karar kategorisi vardır.

Locus regit actum kaidesinden istifade ederek gayrı kâfi bir alenilikle yabancı memlekette yapılan evlenmelere müteallik ve yekûnları bir hayli kabarık olan kararlar hiç bir veçhile kanuna karşı hileyi ilgilendirmezler. Bunlarda kanuna karşı (K. C. 170 maddesine) doğrudan doğruya itaatsizlik vardır³⁴.

Bu kategorileri ayırdıktan sonra geriye kalan kararların, yani asıl kanuna karşı hile istimalini nazarı itibara alan kararlarda hile nazariyesinin tatbik edilmediğini tesbit ediyor. Bu keyfiyet müteaddit memleketler mahkemelerinin meseleler hakkında verdikleri kararlarda beliriyor. Meselâ, Katolik dinine mensup Avusturyalı eşler boşanamaz. Fakat ecnebi tabiiyetine geçmek suretiyle boşanabilenlerin bu hareketleri kabul edilmiştir³⁵.

Aynı hal için Torino mahkemesi kararında şöyle söylüyor: «Kanuni şartlar yerine getirildikten sonra, yabancı tabiiyete geçmenin İtalyan Kanununa karşı hile istimaliyle elde edilmesinin ehemmiyeti yoktur³⁶.»

Romanya Yargıtayı, 21 Mayıs 1921 tarihli kararı ile³⁷ Romanyalıların yabancı memlekete gidip orada mahallî kanunun göstermiş olduğu şekiller dairesinde evlenmeleri halinde, Romanyalı yargıcın bu husustaki saikleri aramasına mahal olmıyacağını bildiriyor.

Son olarak şunu zikrediyor, Fransada Romanyalı bir kadın, evlilik dışında doğmuş çocuğu namına bir Fransız aleyhine babalık dâvası ikame ediyor. Fakat Fransada nesep meselelerinde millî kanuna itibar edil-

34) Bu madde taraflardan biri Fransız olan evlenmelerin Fransanın dışında yapılması halinde locus regit actum kaidesine uyulacağını, fakat 63 üncü maddede gösterilen aleniyet şartlarının yerine getirileceğini tasrih eder.

35) Avusturya Âli Mahkemesi (18 Haziran 1907, Cl. 1913, s. 227) Transilvanyalı denilen evlenmelere göz yumulmağa başladıktan sonra.

36) 16 Haziran 1919 (Cl. 1920, 271).

37) Cl. 1923, 660.

diği ve Romanya Kanununda ise babalık dâvası tanınmadığı cihetle babalık dâvasının reddolunacağını öğrenen Romanyalı kadın, çocuğunun Fransız tabiiyetine geçmesini temin ediyor. Burada milli kanundan kaçınmak gayesi âşikâr olmasına rağmen Toulouse mahkemesi ve Fransız Yargıtayı bu telsiki muteber sayıp buna müsteniden babalık dâvasını kabul ettiler.

HİLE NAZARİYESİNİN MARUZ KALDIĞI TENKİTLERE VERİLMİŞ CEVAPLAR

Hile nazariyesinin müdafileri çoktur³⁸. Bu müellifler her tenkide bir cevap bulmağa çalışırlar.

a) İlk tenkit bu nazariyenin kanuni mesnetten mahrum oluşu, hattâ kanun koyucusunun iradesine mugayir olduğu keyfiyeti olup Fransız mevzuatına müteallik idi :

Fransız Devletler Hususî Hukuku sistemini tetkik eden bazı müellifler, hile nazariyesinin tâ statücü bilginler devrindenberi carî olup yeni kanunlar tarafından ortadan kaldırılmamış ve bilâkis Fransız Medenî Kanununun 6 ncı maddesiyle bir mesnede kavuşmuş olduğunu söylüyorlar³⁹.

b) İkinci itiraz, hile nazariyesinin yetkili kanunun tayininde kanunun saydığı şartlara bir tane daha ilâve ettiği düşüncesiydi.

Müelliflerin çoğu bu itirazı doğru bulmuyorlar; çünkü bu son şart kanun koyucusu tarafından zımnen kabul edilmiştir⁴⁰. Kanun koyucusu muteber muameleleri ve mubah fiilleri ancak kendi emirlerinin otoritesini ihlâl etmedikleri derecede tanır ve himaye eder.

³⁸) Arminjon : Précis du dr. Int. Priv. I. No. 109 ve makalesi (Cl. 1920, s. 418 - 419).

³⁹) Niboyet : Cours 1947 ve makalesi, Revue de dr. Int. et legis. comp. -926, s. 485 ve mü.

Valéry : Manuel.

Laurent : Droit civil international, II.

Ligeropoule : Le problème de la fraude à la loi.

Lerebours - Pigeonnière. Précis, Dalloz, Paris 1937.

⁴⁰) Laurent, s.g. eser, s. 541.

Arminjon, Précis I, No. 109.

Ligeropoule : Le problème de la fraude à la loi s. 77-78.

⁴¹) Arminjon, Précis, 107.

Hakların ancak meşrû neticeler istihsali için kullanılmaları ve normal gayelerinden inhiraf ettirilmemeleri şartıyla hukukî nizamca tanınmış olacaklarını söyleyebiliriz⁴¹.

Kanunen muteber olan, fakat kanunun ruhuna mugayir bulunan muamele veya fiiller ile istihsal edilmek istenen netice himaye edilmemelidir.

Haddi zatında her tabiiyet tebdilinde bir menfaat olduğuna göre, (iş bulmak, ticaret etmek v.s. gibi) boşanabilmek gayesinin daha fazla tenkide şayan görülmesinin doğru olmayacağı iddiasını da kabul edemeyiz. Çünkü şunu unutmamalıyız ki, evliliğe müteallik ahkâm bir milletin içtimaî bünyesi veya içtimaî idealiyle ilgilidir. Böyle bir müessesenin başlıca hükümlerini ihlâlâ yeltenmek, velev bazı kanunların (tabiiyet kanunu veya kanunlar ihtilâfına müteallik kanun gibi kanunların) lâfzına uysun, himaye görmeğe lâyük olmıyan gayrı meşru ve bu kanunların ruhuna uymıyan yolsuz bir harekettir⁴². "Halbuki yabancı memlekette normal bir menfaat düşüncesiyle yerleşmek ve oranın tabiiyetine geçmek teşvik edilecek hareketlerden değilse de hukukan gayrı meşrû değildir. Millet, dil, kültür, ülkü birliğine ve birlikte yaşama arzusuna dayanır. Vatandaşlıktan çıkma hakkındaki hükümler, kendini yabancı tutmak isteyen kimsenin metbuu olan Devlete karşı borcu ve mükellefiyeti kalmadıkça zora tutulamıyacağı esasına dayanır.

c) Üçüncü itiraz hile nazariyesinin yargıcın keyfî hükümler vermesine meydan vereceği korkusu idi. Bu korku ile hareket edilecekse bir çok meselede yargıcın takdir yetkisini kaldırmalıyız: Halbuki mânası açık olmıyan metinlerin tefsiri, zarar ve ziyanın takdiri, iyi niyetin, sorumluluğun araştırılması⁴³ gibi mevzularda yargıcın takdir yetkisi vardır.

d) Muzaaf şahsî statü meselesine gelince mademki hile niyetiyle yabancı tabiiyetine geçen şahıs tekrar eski tabiiyetine avdet ediyor, bu değişiklik ârizî ve uzun sürmiyen bir durumdur⁴⁴. Bir de şahsî statüyü değiştirmek yolundaki hileye tatbik edilen müeyyide şahsî statüden

41) Jossierand: De l'esprit des droit et de leur relativité, Arminjon, Précis, 108.

42) Niboyet: s.g. makale, s. 491.

43) Jossierand: s.g. eser, s. 323 ve 415. — Geny: Methode d'interprétation et sources en droit privé positif 1919, cilt I, No. 31 ve 83, No. 33, 81 bis, 183-187.

Ripert: La règle Morale dans les obligations civiles, Ici bası, 1927, s. 386-387.

44) Ligeropoulo et Aulagnon: Répertoire. Fraude, No. 24 bis.

muayyen bir hususa tesir eder. Meselâ boşanmayı temin için tabiiyet değiştiren kimsenin hıleye başvurması halinde bu hile sebebiyle yeni statüden ancak boşanma salâhiyetine müteallik kısım selbedilir. Diğer noktalara dokunulmaz. Böyle bir takyit ve tahdit yabancı kanunların tatbiki keyfiyetinde âmme intizamı mülâhazasıyla daima vukua gelir. Kendi statüsüne göre, muayyen bir sebepten ötürü boşanma salâhiyetini haiz olan kimse bu sebeple boşanmayı kabul etmiyen memlekette kendi kanununun bahsettiği bir haktan âmme intizamı mülâhazasıyla mahrum bırakılır. Şahsî statü bakımından bir kimsenin hem kendi memleketi kanununa, hem de mahalli kanuna tâbi kalması âmme intizamı bahis konusu olan hallerde tecviz edildiği halde hile takdirinde neden caiz olmasın. — Kaldı ki muzaaf statü itirazı ancak bir çeşit hilelerde (tabiiyet değiştirme halinde) bahis konusu olabilir, diğer çeşit hilelerde ileri sürülecek itirazlardan değildir.

e) Son itiraz hile nazariyesinin hukukun objektifleşmesine uymadığı iddiasıdır. Halbuki muasır cereyanın mutlak surette bir objektifleşme olduğu iddia olunamaz. M. Ripert'e göre, bilâkis bugün objektivisasyon varsa da, aynı zamanda subjektivisasyon da eksik deęildir⁴⁵.

Elhasıl hile nazariyesi taraftarları, her itiraza mukni cevaplar yetiştirebilmektedir. Bunların görüşü daha isabetlidir.

BAZI YABANCI MEMLEKETLERDE HİLE NAZARİYESİNİN TATBİKLERİ

Almanya :

Hile nazariyesi Almanyada bir hayli tetkik edilmiş olmakla beraber⁴⁶, çok tatbik edilen bir nazariye değildir. Kanunî metinlerde D. H. H. undaki hile meselesi nazarı itibara alınmamıştır.

⁴⁵) Ripert: s.g. eser, s. 276.

⁴⁶) Barthelmes: Das Handels in fraudem legis (tez, Göttingen 1889).

Bertram: Gesetzesumgehung in internat. Privatrecht (tez, Boln 1928).

Hoffmann: Der Begriff der Gesetzesumgehung (tez, Jena 1904).

Kohler: Studien über Mentalreservation und Simulation, Ihering Jahrbücher 1878, s. 140 ve mü.

Ledermann: Die Gesetzesumgehung in römischen und bürgerlichen Recht (tez, Breslau 1912).

Magen: Agere in fraudem legis (tez, Breslau 1911).

Doktrinin büyük bir kısmı hile nazariyesine muhaliftir⁴⁷.

Maamafih bazı meşhur müellifler de hilenin müeyyideye uğratılmasını zarurî görmüşlerdir⁴⁸.

Bertram⁴⁹ bu nazariyeyi âmme intizamı mefhumunun Almanca mukabili olan *Vorbehaltaklausel* mefhumuna dayandırıyor.

Almanyada hukuk birliğinin teessüsünden çok evvelki jürisprüdansta 1859 daki bir karardan⁵⁰ maada hile nazariyesinin tatbikine çok tesadüf edilmiyor.

Nitekim Almanya Medenî Kanununun şart koştuğu şekillerden kaçınmak için Almanların yabancı memleketlerde akdettikleri evlenmeler hakkında *locus regit actum* kaidesinin istisnaen tatbik edilmemesi fikrini gerek doktrin, gerek mahkemeler reddetmişlerdir⁵¹.

Ancak kanuna karşı hileye ait bir meselede, *locus regit actum* kaidesi istisnaen tatbik edilmemiştir. Meselede, bir limited şirkette hisse sahibi olan bir şahıs bu hissesini kolayca terhin etmek için Alman mevzuatı hilâfına resmî şekli şart koşmayan İsviçre Kanunundan istifade etmek için terhin muamelesini İsviçrede tekemmül ettirmiştir.

47) Thöl: Einleitung in das deutsche Privatrecht 1851, s. 159 ve mü. 186, not 9.

Savigny: System des heutigen römischen Recht, cilt VIII, s. 353, Fransızca tercümesi Guenoux (1851).

Von Bar: Theorie und Praxis des internationalen privatrechts, cilt I, No. 122.

Wachter: Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten (Archiv für civil, Praxis, cilt 24 ve 25, 1841 ve 1842). Castellini'nin etüdü II, s. 413 (Valery'den naklen, s.g. eser).

Regelsberger: Endemanns Handbuch des deutschen Handels - See und Wechselrechtes cilt II, (3. 1 § 2419).

48) Kohler: s.g. eser, Studien...

Endemann: Vetsch'ten ve Repertoire Fraude, No. 144 ten naklen.

Vetsch: Die Umgehung des Gesetgen tez, Zürich 1917.

49) Bertram: s.g. tez de.

50) Vetsch: Die Umgehung des Gesetzes tez, Zürich 1917, s. 15.

Bertram: s.g. tez, s. 23.

51) Habicht: Internat. Privatrecht, Berlin 1907, s. 93.

Frankenstein: Internat. Privatrecht, s. 153.

Bertram: s.g. tez, s. 97 ve mü.

Reichsgerichtszeitung: cilt 62, s. 379.

Rechtsprechung der Oberlandsgerichte, cilt 44, s. 152.

Mahkeme⁵² hile niyetini nazarı itibara almaksızın, Alman Kanununun gayesine aykırı olan ecnebi ahkâmının Almanyada tatbik edilemeyeceği sebebine, yani Vorbehaltsklausel esasına dayanarak İsviçredeki bu rehin muamelesini hükümsüz saymıştır.

Amerika Birleşik Devletleri :

Amerika Birleşik Devletleri denilen büyük federasyonu teşkil eden 48 Devletten her birinin teşriî salâhiyeti ve ayrı ayrı kanunları vardır. Bazı mesailde meselâ evlenme bahsinde bu kanunlar arasında büyük farklar vardır.

Bazı Devletlerde beyazlarla zencilerin evlenmesi memnudur, diğerlerinde bu evlenmelere müsamaha edilir. Yahut bir Devlet kardeş çocuklarının evlenmesini, bir diğeri de boşanmış kimselerin, eski eşi berhayat oldukça, evlenmesini meneder.

Bu sebeple kanuna karşı hile kullanma teşebbüslerine sık tesadüf edilebilir. Amerikan doktrini bu keyfiyeti nazarı itibara almış ve hile ile bertaraf edilmek istenmiş olan kanunun tekrar yetkili sayılması icap ettiği kanaatini izhar etmiştir⁵³. Hile nazariyesi (evasion of the law, evasion of proper law) tâbirleriyle anılır.

Tatbikatta bir çok halde hile nazariyesi tatbik olunmaz. Meselâ evlenmeye müteallik şekiller (izin, ilân v.s.) hususunda esas itibariyle tarafların ikametgâhı kanununun yetkili olmasına rağmen ikametgâh kanunundan kaçınmak için evlenme başka yerde ve başka şekillerle akte dilirse bunu ikametgâh mahkemeleri bile tanır⁵⁴.

Evlenme manileri hususunda durum biraz müşkülât arzeder. Tarafların evlenme ehliyeti hususunda *lex loci contractus*'a itibar edilmesi⁵⁵

52) Carlsruhisches Oberhandelsgericht, 11 Temmuz 1901.

Niemeyers Zeitschrift, cilt XI, s. 458.

53) Minor: Conflict of Laws 1901 § 9, § 73, § 77.

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

54) Minor: § 77 in fine.

55) Minor: § 79. M. Philonenko'ya göre (Cl. 1928, s. 1275) bu hususta zaten *lex loci contractus* yetkilidir (hattâ tarafların ehliyeti hususunda bile). Maamafih M. Goodrich bu hususta (*lex domicilli*'yi) ikametgâh kanununu yetkili sayıyor. (The Horn book of the Conflict of laws, Yale Law Journal, Şubat 1928, s. 471 e bakınız. Cl. 1928; s. 1279; No. 5, 16). Mr. Goodrich'in bu fikrini paylasan yok gibidir. Çünkü Amerikada inikat etmiş evlenme lehine bir istisna diyeceğimiz («a policy» in favorem matrimonii) vardır. Bu sebeple ahkâmı şahsiye hususunda Amerikada kaideten

bir çok evlenme manilerini bertaraf etmeyi kolaylaştırır. Meselâ beyazla zencinin izdivacını meneden bir memlekette mukim müstakbel eşler evlenmelerini bu memnuiyeti tanımayan bir şimal devletinde aktedebilirler. Bu izdiyaç akteildiği yerde muteber olur, fakat ikametgâhın bulunduğu memlekette ve diğer devletlerde muteber sayılacak mıdır? Ekseriyetle diğer devletlerde muteber sayılır⁵⁶, çünkü *lex loci contractus*'un yetkili olması cereyanından sarfınazar, akteilmiş evlenmeleri, ahlâka mugayir olmadıkları takdirde iptal etmemek siyaseti carîdir. «Policy»in favorem matrimonii. Maamafih Minnesota Devletinin bir mahkemesi evlenme manilerine müteallik bir meselede ikametgâh kanununu yetkili saymış ve evlenmeyi iptal etmiştir⁵⁷.

İkametgâh memleketinde bu kabil evlenmelerin iptal edilip edilmeyeceğini de jürisprüdans sarahatle belirtmemektedir. İptal kararları olduğu gibi⁵⁸ muteber sayma kararları da vardır⁵⁹.

Boşanma hakkında hile nazariyesi tatbik ediliyor.

Birleşik Amerikada aşağı yukarı her devlet boşanmaya karar verebilmek için boşanacak eşlerden birinin kendi ülkesinde mukim olmasını şart koşar. Fakat ekseriyetle kabul edilen reye göre sırf boşanma dâvası müddetince muhafaza edilmek üzere ittihaz edilen bir ikametgâh mahkemeyi yetkili kılmaz⁶⁰.

Âkitlerin tâbi olacakların kanun hususunda diyebiliriz ki hile nazariyesi tatbik edilmez. Çünkü her ne kadar, akitlerin ifa mahalli kanundan kaçınmak niyetiyle yanlış bir ifa mahalli gösterme hallerinde mah-

yetkili olması gereken ikametgâh kanunundan billitizam kaçınılarak yani hile niyetiyle başka yerde akteilmiş evlenmeler, kanununa karşı hile kullanılmış, Devlet dahilinde dahi muteberdirler (Philonenko Cl. 1928, s. 1280).

Kanaatimizce ikametgâh kanunu bu hususta o kadar bigâne kalmaz. Meselâ Cenup Devletlerinde beyazlarla zencilerin evlenmeleri memnudur. Bu devletlerde mukim biri beyaz, biri zenci, kimseler daha müsamahakâr bir devletin ülkesinde evlenirlerse, ikametgâhlarının bulunduğu memlekete avdetlerinde bu evlenmeleri iptal ettirilebilir. Halbuki aynı kimseler ikametgâhlarını müsamaha eden yere nakletmiş, olsalardı evlenmeleri her yerde muteber olurdu (Minor, § s. 154).

56) Minor, s. 130 ve s. 19; Story: § 79, 89.

57) Philonenko: Cl. 1928, s. 1275, 1 inci dâva.

58) Minor: s. 153 (Répertoire'dan naklen, Fraude No. 160).

59) Minor: s. 19, s. 150 ve referansları.

Répertoire'dan naklen, Fraude No. 160.

60) Minor, s. 199 ve referanslar, Répertoire'dan naklen, No. 162.

kemelerce⁶¹ kaçınılan kanun tatbik ediliyorsa da, bu hale Einer'in noktai nazarına rağmen hile diyemeyiz, bu ancak bir muvazaa halidir.

Arjantin :

Evlenmeye müteallik 1888 tarihli kanuna göre, yabancı memlekette mahalli kanunun göstermiş olduğu şekillere göre, mün'akit evlenme mu-teberdir. Fakat evlenmenin hükümleri hususunda kanunda hile nazariyesi nazarı itibara alınır⁶².

Avusturya :

Avusturya umumî Medenî Kanununda mevcut müteaddit evlenme manilerinden kaçınmak için tabiiyet değiştirme yolunun tutulduğuna çok tesadüf edilmiştir.

Bidayette bu hile halleri müeyyideye uğratılmış iken sonradan jü-risprüdans daha müsamahakâr davranmıştır⁶³.

Avusturya doktrinde bu hususta ittifak yoktur, müelliflerin bir kısmı âmme intizamı esasına müstenit bir müeyyidenin tatbikini derpiş ederlerken⁶⁴ bazıları muayyen istisnalar dışında müeyyide tatbikine muarızdır⁶⁵.

Avusturyadaki jürisprüdans tahavvüllerine çok güzel bir misal olarak Transylvania evlenmeleri veya Siebenbürgischen Ehen namıyla maruf boşanma ve evlenmeleri zikrolunabilir⁶⁶.

Belçika :

Doktrinde ihtilâf vardır. Müeyyide taraftarları arasında Laurent ve Poulet⁶⁷, aleyhtarları arasında da Rolin⁶⁸ zikrolunabilir.

61) Minor, s. 379 ve s. 18 - 19.

62) Repertoire, Fraude, No. 149.

63) Vetsch: s. 183,

Bertram: s. 110 ve mü.

64) Meumann - Ettenreich: Das österreichische Ehenrecht, s. 154.
Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrecht (1892).

65) Walker: Internat. Privatrecht, Viyana 1926, s. 553 ve müt.

66) Bakınız: Hile nazariyesinin tatbik şartlarından hile niyeti.

67) Laurent: Dr. Civ. International III, s. 288 ve 531.

Poulet: Manuel dr. int. priv. belge 1928, s. 323 ve 358.

68) Rolin: dr. int. priv. I, s. 683, III, s. 10 ve s. 291:

Jürisprüdans hile nazariyesinin tatbikine taraftardır⁶⁹.

Brezilya :

Brezilyalı hukukçulardan Mac - Dowell'e göre bir Belçikalının Brezilya Kanununundan kaçınıp boşanmak ve tekrar evlenmek için boşanmayı tanıyan bir memleketin tabiiyetine geçmesi keenlemyekûn adedilmelidir⁷⁰.

Büyük Britanya :

Anglo - Sakson D. H. H. sisteminin hal ve ehliyeti ikametgâh Kanununa tâbi tutulması hile imkânlarını kolaylaştırdığından hile nazariyesinin İngilterede taammüm etmesi beklenirken, ne doktrinde, ne tatbikatta bu nazariyeye rağbet edildiği görülmüştür. Hileye müsamananın klâsik misali *Gretna Green* evlenmeleridir. İskoç Hukukuna göre bir üçüncü şahsın şahitliği şartıyla evlenmek için tarafların mütekabil rızası kâfidir. Ana babanın rızası, gibi güçlüklerden kaçınmak isteyen birçok İngilizler, İskoçyanın İngiltere hududunda bulunan *Gretna Green* köyünde ikametgâh ittihaz edip evlenirlerdi. Bu evlenmeler muteber sayılırdı. Ancak 1856 tarihli bir İskoç Kanunu (Scottish act), (19 ve 20 Vic. c. 90 s. 1⁷¹) bu ikametgâh ittihazı için hiç olmazsa orada yirmi bir gün oturulmuş olmasını şart koşarak sulistimalin önüne geçmek istemiştir. Fakat bu şart yerine getirildikten sonra evlenmeler hem İskoçya, hem de İngilterede muteber sayılırlar⁷².

Fransa :

Fransada gerek doktrin, gerek jürisprüdans hile nazariyesine taraftardır.

69) Pouillet : s. 323, 358, 462.

70) Cl. 1920, Etude sur le divorce au Brésil par rapport au dr. int. priv. Mac - Dowell'in bu etüdü M. Baugin tarafından şerhedilmiştir (187 - 94).

71) Repertoire, No. 169.

72) Dicey : A digest of the law of England, 4 üncü bası, s. 90.

Wharton : A treatise on the conflict of laws 1905 II, s. 344 ve mü.

Westlake : Traité de dr. int. priv. (Fransızca tercümesi : Goulé tarafından)

§ 24.

Story : s.g. eser, § 124.

Bu hususta fazla tafsilât için Davies'in «Académie de droit international» da vermiş olduğu derslere müracaat: Recueil 1937 IV, s. 535 - 541.

Doktrinde müelliflerin büyük çoğunluğu hilenin müeyyideye uğratılması lüzumunu ileri sürüyorlar. Fakat hile nazariyesinin temeli hakkında ittifak etmiyorlar. Temel olarak, bir kısmı âmme intizamını⁷³, bir kısmı da hakkın suiistimalini ileri sürmektedir⁷⁴.

Maamafih Alman doktrininin umumî temayülü hilâfına, Fransız doktrini hile kullanma niyetini hile halinin esaslı unsuru telâkki eder.

Fransız doktrininde hile nazariyesine muhalif görüşlere de tesadüf edilir⁷⁵.

Jürisprüdans, bir çok meselede Fransız kanunlarından veya Fransanın akdettiği muahedelerin hükümlerinden kaçınma teşebbüslerine karşı son bir çare olarak hile nazariyesini tatbik etmiştir.

Hile nazariyesinin tatbik edildiği mevzular oldukça tenevvü arzettekendirler :

Müsriflerin ehliyetsizliği⁷⁶, boşanma⁷⁷ askeri hizmet mükellefiyetinden kaçınmak için Fransız tabiiyetini terk ve başka tabiiyete geçme⁷⁸,

73) Arminjon : La fraude à la loi en dr. int. priv. Cl. 1920, s. 409, 1921, 62 ve 419; Précis dr. int. priv. I, s. 226 - 263.

Bartin : Etudes dr. int. priv. 1899.

de Vareilles - Sommière: Synthèse du dr. int. priv. cilt II, No. 1056.

74) Despagnet et de Boeck : Précis dr. int. priv. No. 214.

Pillet: Principes de dr. int. priv. 1909, No. 82 et 268.

Lerebours - Pigeonnière : Précis dr. int. priv. 1937 s. 301.

Niboyet : Cours dr. int. priv. 1947, s. 535.

Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, 2 nei bası 1927, s. 337.

Josserand : de l'esprit des droits et de leur relativité 1927, s. 251 v.m.

Valéry : Manuel dr. int. priv. 1914.

75) Perroud : La fraude à la loi en dr. int. priv. Cl. 1926, s. 18-26.

76) Cour de Paris 26 Haziran 1884, Cl. 1884, 637 (bakınız) hile nazariyesinin tatbik şartları (niyet).

77) Cass. Req. 16 Aralık 1845, (s. 46.1.103); Trib. Seine 10 Mart 1876, Paris Temmuz 1876; Req. 18 Mart 1878 (Beauffremont davası), (s. 1878, 1.193), Civ. 19 Temmuz 1875 (s. 76.1.289); Seine 31 Ocak 1877 (5.79.2.205), Paris 30 Haziran 1877 (D. 78.2.6) Vidal davası.

78) Civ. 19 Ağustos (s. 75.1.52).

Paris 5 Nisan 1886 (D.P. 87.2.13)

Civ. 26 Şubat 1890 (s. 93.1.126)

Douai 9 Temmuz 1894 (Cl. 1895 s. 112)

Pau 15 Haziran 1903 (Cl. 1904 s. 943).

evlenme şartları⁷⁹⁾, düşman memleket tebaasının emvaline konulmuş hacizden kaçınmak için Fransız tabiiyetinde olmak iddiası gibi⁸⁰⁾.

İsviçre :

Hile umumiyetle İsviçre doktrininde bir hayli tetkik edilmiş bir mevzudur⁸¹⁾. Meili bu nazariyeyi reddeder, fakat Vetsch ve eserinde bahsettiği diğer müellifler bu nazariyeye taraftardır.

İsviçre mevzuatında⁸²⁾ açıkça İsviçre Kanununun evlenmenin iptali sebeplerine müteallik hükümlerinden kurtulmak niyeti olmaksızın başka bir memlekette, o memleketin kanunlarına göre yapılan evlenmeler İsviçre Kanununa da muteber olduğuna dair hüküm vardır. Bu hükmün mefhumu muhalifinden hile nazariyesinin İsviçre mevzuatında yer aldığı neticesine varırız.

Tatbikat sahasında da milletlerarası bir andlaşmanın, koyduğu Devletler Hususi Hukukuna ait kaidelerden mahkemelerin yetkilerini tanzim eden bir kaideden kaçınmak niyetiyle vukubulan bir hile teşebbüsü İsviçre mahkemelerince akim bırakıldığını görüyoruz.

Meselede İsviçrede, İsviçreli Alpina şirketinin bir Fransız şirketinden olan alacağını kolaylıkla elde etmek istiyor. Fakat Fransa ile İsviçre arasında 1869 da aktolunmuş olan bir andlaşmaya göre, Fransız şirketleriyle İsviçre şirketleri arasında çıkacak ihtilâflar hakkında yetkili mahkeme müddeialehy şirketin bulunduğu memleket mahkemesidir. Neticede alacaklı İsviçreli şirket dâvasını Fransada gördürmeğe mecbur olmamak için alacağını İsviçrede bulunan sözde bir Fransız şirketi olan, fakat hakikatte İsviçreli şirketin bir şubesi olan bir şirkete devrediyor. Andlaşma

Chambéry 21 Mart 1908 (s. 1908, 2. 312)

Req. 5 Aralık 1917 (Revue de dr. int. priv. 1917 s. 101) s. 1920, 1: 145)

Paris 21 Temmuz 1920 (s. 1921, 2. 57 Niboyet'nin tenkidli notu)

79) Civ. 9 Mart 1831 (S. 31. 1. 144)

Paris 3 Mart 1898 (Cl. 1899 s. 793)

Aix 20 Aralık 1900 (Cl. 1903.6.39)

Paris 14 Mart 1920 (Revue de dr. int. priv. 1921 s. 240)

Trib. Nevers 16 Nisan 1929 (Gazette du Palais 17 Mayıs 1929)

80) Cour de Paris 26 Mart 1924 (Cl. 1925 s. 129)

81) Vetsch: Die Umgehung des Gesetzes (tez, Zürich 1917).

Meille: Das internationale civil und Handelsrecht 1902 s. 188 ve m.

82) İsviçre Medeni Kanununun meriyeti hakkındaki hükümlerden (titre final) m. 59 (7 f.)

iki Fransız şirketi arasındaki ihtilâftan bahsetmedğine göre, hâdisede alacağı temellük etmiş şirketin, dâvayı İsviçrede ikamesine imkân vardı. Fakat Federal Mahkeme bu hâdiseyi kanuna karşı hile saymış ve İsviçre mahkemelerinin yetkisizliğine hükmetmiştir⁸³.

İtalya :

İtalyada hile nazariyesi hakkında bir çok eser yazılmıştır⁸⁴. Fakat yazarların hepsi bu nazariyeye taraftar olmamakla beraber⁸⁵, taraftar olanları arasında mühim isimler zikrolunabilir⁸⁶.

Devletler Hususî Hukuku sahasında hile bilhassa boşanma memnuiyetine karşı kullanılabilirdi. Çünkü İtalyan mevzuatı boşanmayı menettiği için boşanmak için ötedenberi tabiiyet tebdili yolu istimal ediliyordu.

Birinci Cihan Harbinin nihayetinden 1924 senesine kadar Fiume şehri serbest şehir iken, bir çok İtalyanlar Fiume tabiiyetine geçiyorlar ve Fiume'de cari ahkâma göre boşanıp evleniyorlardı.

83) Hıfzı Timur: Devletler Umumi Hukukunda Amme İntizamı (İstanbul 1942, s. 25).

Ferit Hakkı Saymen: Kanuna karşı hile istimali (İstanbul 1940) s. 13, 10 Mayıs 1932 Federal Mahkeme Kararı (Société des Cuirs Alpina (c/chapelle, A.T.F. 58, II, 162; J.d.T. 1933 s. 244.

Bu karara dair mütalâalar Thilo. Hukuk Fak. Mec. cilt II, 1936, s. 392; No. X, Ferit Hakkı Saymen tercümesi.

84) Buzzati: L'autorità delle leggi straniere relative alle forme degli atti civili. Torino 1894.

Fedozi: La Frode alla legge nel rapporti di diritto internazionale privato (Riv. Ital. per le scienze giuridiche 1900, I, s. 354 ve II, s. 72 - 162.

Ferrara: De la simulazione nei negozi giuridichi, Milan 1913

Messina: Sulla frode alla legge nello negozio giuridico di diritto privato (Circolo giuridico) 1907.

Ottolenghi: La frode alla legge e la questione del divorzi tra Italiani naturalizzati all'estero. Turin 1909.

Rotondi: Gli atti in frode alla legge 1911.

85) Rotondi: s. 204, 220 ve müt.

Ottolenghi: s. 79 - 80.

Buzzati, s. 156 - 157.

86) Fiore: Diritto civ. Italiano I, No. 402.

Ascoli: Valéry'den menkul Cl. 1918, s. 39.

Umumiyetle jürisprüdans bu boşanmaları muteber saydı⁸⁷. İstisnalar da vardır⁸⁸, fakat hile nazariyesine müstenit değildir. Bu kararlar ya tarafların elân İtalyan sayıldıkları esasına, yahut da boşanma hakkındaki 1902 tarihli La Haye konvansiyonuna istinat ederler.

Hile nazariyesinin bir miras meselesini tatbikine teşebbüs edilmiştir. Torino Yargıtayı⁸⁹ Trieste şehrindeki sosyal yardım idaresine mirasını vasiyet istemiş olan milyoner Massone'nin, Avusturya tabiiyetini iktisap etmiş olmasını nazarı itibara almamıştır. Fakat burada hile nazariyesi tam mânasiyle tatbik edilmiş değildir⁹⁰.

Japonya :

Japon Medenî Kanununun 10 uncu maddesi bu kanunun şart koştuğu formalitelerden kaçınmak için yabancı memleketlerde yapılmış muameleler hakkında locus regit actum kaidesi tatbik olunmaz⁹¹.

Şili :

Şili kanunu, milli kanunlarından kaçınmak için Şili tabiiyetinde olanların yabancı memlekette akdettikleri evlenmeleri keenlemyekûn addeder.

N E T İ C E

Hile lex fori'ye karşı yapılmış olmalıdır:

Devletler Hususî Hukukunda hilenin mahiyetini tesbit ettiğimiz zaman bunun D. H. H. kaidelerini suiistimal suretiyle kanuna karşı bir hile teşkil ettiği neticesine vardık. Yine hilenin hangi kanuna karşı yapılmış olması lâzım geldiği bahsinde hilenin mahkeme kanununa (lex fori'ye) müteveccih olması hususunda beynelmilel jürisprüdansında âdetâ ittifak bulunduğunu da gördük. Müelliflerin bu hususta başka başka

87) Torino Yargıtayı 6 Haziran 1919 (Cl. 1920, 271)

Milano 24 Haziran 1921 (Cl. 1922 s. 1049).

88) Torino Yargıtayı (Monitore del Tribunale 1900 s. 981).

Roma Yargıtayı (bir zamanlar İtalyada üç yargıtay vardı: Roma, Torino, Napoli) 13 Kısım 1919 (Cl. 1920, 271, Valéry'nin notunu havf).

89) Torino Yargıtayı, 21 Aralık 1897 (Cl. 1901, s. 854).

90) Répertoire, No. 182.

91) Répertoire, Dr. int. Priv. du Japon.

kanaatte bulunması hem jürisprūdansın hakkında ittifak ettiği bu tezin müdafaası, hem de Türkiyemizde tatbiki bakımından bizi bu bapta düşüncemizi açıklamağa sevketmektedir.

Hile teorisinin tatbik edilebilmesi için hilenin hem mahkeme kanununa karşı vaki olması, hem de D. H. H. kaidelerinin müşterek olmadığı ve her Devletin kendine has bir kanunlar ihtilâfı sistemine mâlik bulunduğu bu devirde, mahkemenin mensup olduğu Devletin kanunlar ihtilâfı sistemi kullanılarak yapılmış bulunması icap eder. Devlet kendi kanununa karşı yapılan hileden ve yine kendisine ait D. H. H. sisteminin sui-istimal edilmesinden zarara uğradığı için, bu zararın tamirini istemeğe doğrudan doğruya ve her devletten üstün bir hak ile salâhiyetlidir. Yapılan zarar o devletin, o cemiyetin milli ve beynelmilel nizamına karşıdır. Kanunun hile dolayısıyla ihlâl edilmesinden o cemiyetin nizam bağı gevşemiştir ve bu hal her mükellefin biraz daha bu bağı gevşetmesine meydan verir. Kendi nizamını, Cemiyet kendi koruyabilir ve kendi korumalıdır. Demek ki o cemiyet başlı başına hile ile ilgilidir.

Deniliyor ki, yabancı kanuna karşı hile, hâkimlerin alâkasız kalarak müsamahakâr davranması, yani onu müeyyidesiz bırakmaları ahlâk bakımından kötü karşılanacak bir keyfiyettir. Bir kere böyle bir hüküm verebilmek için Devletler arasında bir tesanüt bulunduğuna şahit olmamız lâzım gelir ki, böyle bir şeyin izine tesadüf edilemez. Bundan başka burada mevzuabâhs olan içtimai ahlâk keyfiyetidir ki, her cemiyetin bünyesine ve oradaki telâkkilere göre değişir. Her muhitte itibar kazanmış müşterek umdelerden değildir. Hukuki bakımdan şu mülâhazalar da dermeyan edilebilir:

Yabancı kanuna karşı hilede hilekârlığa hâkimin müsamahalı davranması, meselede pek tâli derecede kalır. Çünkü hâkimin tatbikiyle mükellef bulunduğu kanun, hükümce başka memleket kanunlarından farklı buldukça bundan fertlerin istifadeye çalışacakları ve hattâ hileye başvuracakları tabii olup kanunların mütefavit olmasından çıkan bu mahzurlu durumda hâkimin —hileye müsait de olsa— kendi kanununu tatbikten başka bir yol tutmasına imkân olamaz. Bahusus ki hâkimin tatbikiyle mükellef bulunduğu kanun böylece doğrudan doğruya hileye müsait buldukça ve o kanunun tatbikine meydan veren sebep ve vasıtalar hâkimin hiç tesiri olmaksızın ve korumakla mükellef olduğu cemiyetin düzenini bozmaksızın gerçekleştikçe hâkimin yabancı kanuna karşı yapılan hilede müsamahalı davranmasından bahse mahal kalmaz.

Vâzın kanuna karşı da bir ithamda bulunmak mümkün değildir. Çünkü o da her şeyden önce mahalli ihtiyaçları ve kendi cemiyetinin düzenini düşünmekle mükelleftir. Yaptığı kanunlarda o cemiyetin ihti-

yaçlarını ve düzenini teminden başka bir gaye gütmeye için cemiyetin düzenini düşünmekle mükelleftir. Yaptığı kanunlarda o cemiyetin iştirak etmediği kanaatleri müeyyideye çarpmak yolunu tutamaz.

Bu itibarla iç hukukta yapılan hilede olduğu gibi onun bir çeşidi olan D. H. H. ndaki hileyi de müeyyidelendirmeye ancak hileye maruz kalan kanunun ve o kanunu tatbikle mükellef bulunan memleket mahkemesinin salâhiyeti bulunabilir. Kanunların mahiyetinden başka bir hüküm çıkarmağa imkân yoktur.

Bir yabancı kanunun tatbiki bir takım kayıt ve şartlara tâbi iken hâkimlere yabancı kanunun koruyuculuğunu da yaptırmak, D. H. H. nun bünyesine uymayan bir keyfiyet olur. Meselâ hileye maruz kalmış bir yabancı kanun hükmü, mahallî âmme intizamına münafi ise mahallî mahkemeler yabancı kanunun nüfuzunu muhafazaya imkân bulabilir mi? Mahallî âmme intizamının orada yaşatmak istemediği bir yabancı kanun hükmünü hile müeyyidesiyle nasıl koruyabiliriz? Bu sebeplerden dolayı hile, dâvayı rüyet eden mahkemenin kanununa karşı —bize göre de Türkiye Kanunlarına karşı— yapıldığı takdirde kanunu her türlü ihlâllerden korumak mükellefiyetinde bulunan mahkeme hile müeyyidesini kullanmağa salâhiyetli ve mecbur olur.

Kanunun her emri, bir müeyyide ile te'yit olunmuştur. Emre muhalefet halinde, bu emre itaat ettirmek salâhiyetini haiz olan mahkeme tarafından kanunun nüfuzunu herkese gösterecek surette müeyyidenin tatbiki vâcip olur.

Hile müeyyidesi, her ferdin bulunduğu cemiyete karşı ahlâkî borcunun bir ifadesidir. Bir kimse, yalnız muayyen bir ferde değil, bütün fertlere ve heyeti umumiyeye yani cemiyete de zarar iras etmemek mükellefiyetindedir. Cemiyet bağının, düzeninin çözülüp bozulması, o cemiyet için bir zarardır. Bu bağı, bu düzeni tutan kanundur. O da temelini ahlâk kaidelerinde bulur.

Binaenaleyh kanuna karşı hile, içtimai bir zarar tevlidinden hâli kalmaz. Bu sebepten dolayı kanuna karşı hile ahlâkça kabih (kötü) ve merduttur. Bu bakımdan da müeyyide zarar gören cemiyet tarafından tatbik edilmek icap eder.

Hile teorisi müstakildir :

Bu sözlerimizle Devletler Hususî Hukukundaki hile teorisini, âmme intizamı mülâhazasına benzetmiş olduğumuz zehabı hasıl olabilir. Çünkü âmme intizamı da cemiyetle alâkadardır. Ekseri hallerde ahlâkî sebeplerin âmme intizamı meselelerinde âmil olduğu görülür. Fakat hile def'i ile âmme intizamı def'i bir çok noktalardan birbirinden ayırılır.

Âmme intizamı zamanla ve mekânla değişen gayrı müsterek ve mevzuu gayrı muayyen bir telâkkidir. Halbuki hile müeyyidesi, herhangi bir zamanın ve herhangi bir mekânın yürürlükte olan kanunundaki emredici hükümlerini her çeşit hilelere karşı koruyan muayyen bir tedbirdir.

Beynelmilel âmme intizamı denilen keyfiyet, *normal olarak tatbiki gereken* bir yabancı kanunun tatbikine mani olur. Hile müeyyidesi *gayri tabii olarak* salâhiyetli kılınan bir yabancı kanunun tatbikine mani olur; bu kanun âmme intizamına aykırı olmasa da.

Evvelkisinde *objektif olarak* kanunun hükümleri tetkik edilir ve âmme intizamına aykırı görülünce terk olunur. İkincisinde ise âmme intizamına aykırı olmıyan yabancı kanun (aykırı ise tatbiksiz kalacağından hile müeyyidesinden vâreste bulunur) *sübjektif sebeplere binaen* yani alâkadarların hilesiyle salâhiyetli kılınmış olduğu için salâhiyeti nez'edilerek tesirsiz bırakılır.

Şu izaha nazaran, hile teorisini müstakil bir teori, yani âmme intizamından ayrı bir müeyyide olarak kabul ettiğimiz açıklanmış oluyor.

Hile teorisi tâli bir müeyyidedir.

Bizde de kanuna karşı hilenin nazarı itibara alınması yapılan muamelelerin sarıh bir hükme aykırı düşmemesi ve kanunsuz olarak yapılmış olmaması kaydıyla mukayyet ve yabancı kanunun âmme intizamımıza aykırı olmamasıyla meşruttur. Yani başka müeyyideler yüzünden lex fori'ye aykırı durum ve neticenin iptali lâzım gelen hallerde hile müeyyidesine başvurmağa hacet kalmaz. Hiç bir müeyyide mevcut olmadığı zaman bu hile müeyyidesine başvurulur.

Meselâ bizde vaktiyle kapitülasyonların carî olduğu zamanlarda kapitülasyonlardan faydalanmak cihetine sapmış olan bazı suiniyet erbabı kolaylıkla elde ettikleri bir ecnebi pasaportuyla ecnebilik taslar ve böylece Türk mahkemelerinin salâhiyetlerini bertaraf etmeğe kalkıştılar. Bunun mahzurlarını gören hükümet bu hususta bir takım esaslar kabul etti. Tabiiyeti Osmaniye Kanununda ihtiyari tebdili tabiiyetler için kayıt ve müsaadesiz yabancı tabiiyete geçenler hakkında müeyyide konulmak suretiyle hileler önlendi. Artık yukarıdaki misallerde olduğu gibi kanuna aykırı neticeye değil de, doğrudan doğruya neticeye vasıta teşkil eden tabiiyet değiştirme keyfiyetine müeyyide konularak neticenin hudusuna engel çıkarılmış oldu.

Yeni vatandaşlık kanunumuzun Türkle evlenen yabancı kadınlara verdiği Türk vatandaşı olmak hakkı, buradan ecnebi olmak dolayısıyla bazı uygunsuz hareketleri sebebiyle sınır dışı edilmek üzere olan kadınların suiistimal ettikleri görülerek kanuna karşı yapılan bu hileyi akim bırakmak maksadiyle vazu kanunumuz bir müeyyide koymuştur. Bu

müeyyide «ecnebinin Türkiyede ikamet ve seyahatleri hakkındaki kanunun» 25 inci maddesinde yazılıdır.

Bu maddeye göre «bu kanun mucibince sınır dışı edilmiş olan veya umumî hükümlere göre Türk vatandaşlığını kaybetmiş bulunan ecnebi kadınlar ile sınır dışı edilmesine veya vatandaşlıktan ıskatına evlenme muamelesinin tekemmülünden evvel karar verilen ecnebi kadınlar 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 13 üncü maddesiyle ecnebi kadınlara bahşedilen haktan istifade edemezler». İşte bu kadınlar Türk vatan-dışı olamazlar⁹².

Bu nevi hileler hakkında kanun bir müeyyide kabul etmiş olduğu için başkaca bir müeyyide aranılmasına lüzum kalmaz.

Vaktiyle ecnebi memleketlerden birinde teşekkül etmiş gibi gösterilerek esas muamelelerini Türkiyede ifa eden ecnebi anonim ve sermayesi eshama münkasım şirketler vardı. Bunların burada teşekkül etmeleri halinde tâbi olacakları şart ve mükellefiyetlerden kurtulmak istedikleri zahirdir. Bunlar hakkında bir kanunu mahsus tanzim edilerek bir takım vesaikin ibrazından başka bir takım mükellefiyetler altında bulunmaları da şart kılınmış olduğundan hilâfına yapılacak hareketler için müeyyide ler konulmuştur. 1330 tarihli olan bu kanun hileli hareketleri önlemiş olduğu cihetle başkaca hile teorisine başvurmağa mahal kalmamıştır.

Bu misallerden de anlaşılacağı üzere bu gibi hükümlerle teyit edilmiş olan hilelerde bizde de «bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir» ve «zarar izale olunur» (m. 20) ve «zararı âmmı def'i için zararı has ihtiyar olunur» (m. 26) gibi esaslarla tâ eski zamanlara varan hukukî an'anelere dayanarak ve garbın ahlâkî kaidelerine dayandıran görüşüne uyarak hile teorisini tatbik etmek lâzım geleceği kanaatindeyiz⁹³.

Muahedeye karşı hile:

Hile müeyyidesi, hilenin muahede hükümlerine karşı yapılmış olması halinde de tatbik edilir mi?

Yukarıda yabancı memleketler jürisprüdansından verdiğimiz misallere göre muahede hükümlerine karşı vaki olan hallerde de kanuna karşı hile müeyyidesinin tatbik edilmesi gerektiği neticesine varmak mümkündür.

92) Ferit Hakkı Saymen: Kanuna karşı hile istimali, s. 12, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1940.

93) Mecellenin bu 2 nci, 20 nci ve 26 nci maddelerinin şerhi için Ali Haydar Ef. merhumun «Dürerühukkâm şerhi mecelletilahlkâm» adlı şerhine müracaat 1315 cilt 1, s. 43, 133 ve 149.

Devletler Hususi Hukukunu ilgilendiren bir muahede hükmü âkit Devletlerden her birinin ülkesinde gerek mahkemeler için, gerekse fertler için bir kanun hükmü mesabesinde⁹⁴. Aynı hükmü tatbik etmeyi birbirine karşı müteahhit olan ve bu suretle mükellefiyet altına girmiş bulunan bu Devletler, muahede hükümlerine karşı yapılacak hileleri önlemekle de mükellef olur. Bizde böyle bir muahede Büyük Millet Meclisince bir kanunla tasdik edilerek yürürlüğe konduğundan muahede hükmüne karşı yapılacak herhangi bir hilenin kanuna karşı bir hile sayılması tabii bulunur.

Yukarıda zikrettiğimiz misaller, İsviçre ile Fransa arasında 15 Haziran 1869 tarihinde aktedilmiş adli salâhiyete dair hükümleri muhtevî bir muahedeye karşı yapılmış olan hileleri İsviçre ve Fransa mahkemelerinin pâsil müeyyidelendirdiklerini gösterir.



Şu yazımı, sayın üstad Prof. Abdülhak Kemal Yörük'ün «Hile Teorisi» hakkındaki görüşünün isabetini isbat eden ve daha doğrusu bu hususta bana bir ilham kaynağı teşkil etmiş olan değerli ve çok yüksek mütalâalarıyla bitirmek isterim. Bu satırları üstadın 20/12/1941 tarihinde Ankarada, Tarih ve Coğrafya Fakültesinde vermiş olduğu «Ahlâkla hukukun münasebeti» ünvanlı konferansından iktibas ediyorum⁹⁵:

«Ahlâk kaidelerinin mühim bir kısmı cemiyet halinde yaşamakta bulunan insanın diğer insanlarla münasebetlerini düzenler: Gerek doğrudan doğruya, gerek dolayısıyla temas ettiğimiz bütün insanların hakkına riayet etmek, karşılıklı yardımda bulunmak, daima âdil ile, hüsnüniyetle hareket etmek ahlâk tarafından bize öğretilmekte olan başlıca hareket kaideleridir⁹⁶.»

«Ahlâkın bize telkin ettiği esas umde ve kaide olan hüsnüniyet fiilimizi yalnız vazifeye uygun olarak değil, vazife olarak yapmayı emreder⁹⁷.»

«Ahlâkın tesiri yalnız kanun vâzı üzerinde değil, hâkim üzerinde de gözüktür. Modern bütün kanunlar zamanın bütün telâkkileri ölçülmek kaydıyla umumî düstur ihtiva ederler, ahlâka aykırı durum gösteren dâvalarda hâkim cemiyet için ahlâk bekçisi rolündedir⁹⁸.»

Dr. Vedat SEVİG

94) M. Rasit Sevig, s.g. eser, s. ...

95) Adliye Ceridesi, 1942; 7 nci sayı, s. 915.

96) Sözü geçen eser, s. 917.

97) Sözü geçen eser, s. 917.

98) Sözü geçen eser, s. 922.

BİBLİOGRAFYA

- ARMINJON : La Fraude à la loi en droit international privé (Clunet 1920, s. 409 ve mü., 1921, s. 62 ve mü. s. 419 ve mü.)
- Précis de droit international privé. Dalloz, Paris 1927.
- ARSEBÜK, E. : Medeni Hukuk, İstanbul 1938, cilt I; s. 97 ve mü. Hakkın sulistimalı.
- Borçlar Hukuku, 1943, cilt I, s. 399; muvazaa bahsi; s. 39.
- Borçlar Hukuku, 1943, cilt I, s. 359; aktin muhtevası.
- BARTHELMES : Das Handel in fraudem legis (tez, Göttingen 1889).
- BARTIN : Etudes de droit international privé, 1899.
- BATIFFOL, HENRI : Traité élémentaire de droit international privé, Paris 1949.
- BAZ, JEAN : Essai sur la fraude à la loi en dr. Musulman, Thèse Lyon 1938.
- BELGESAY, M. R. : Devletler Hususi Hukukunda Adliye, İstanbul 1937, s. 50; III.
- Dr. BERKİ, OSMAN FAZİL : Devletler Hususi Hukuku, Ankara 1949.
- BERTRAM : Gesetzesumgehung in Internat. Privatrecht. (tez, Bonn 1928).
- BUZZATI : L'autorité delle legge straniera relative alle forme degli atti civili, Turin 1894.
- DESBOIS : La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française, Thèse Aix 1927.
- FEDOZZI : La frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato, Riv. Ital. per. le scienz e giuridiche 1900 I, s. 354 ve II, s. 72-162.
- FERRARA : De la simulazione nei negozi giuridichi, Milan 1913.
- FORTUNATO : Effets juridiques en Italie des jugements étrangers. Le divorce (Clunet 1914, s. 420 et mü.).
- FUCHS : Die sogenannten Siebenbürgischen Ehen, Viyana 1809.
- GÖNENSAY (S.) : Medeni Hukuk, İstanbul 1936, s. 69, Hakkın sulistimalı bahsi.
- HOFFMANN : Der Begriff der Gesetzesumgehung, (tez, Jena 1904).
- İLERİ, SUPHİ N. : Yasaların çatışması, İstanbul 1934, s. 187; No. 2.
- JOSSERAND : De l'esprit des droit et de leur relativité, Paris 1927.
- KOHLER : Studien über Mentalreservation und Simulation, Iherings-Jahrbücher 1878, s. 140 ve mü.
- LAURANT : Droit Civil international.
- LEDERMANN : Die Gesetzesumgehung im römischen und bürgerlichen Recht (tez, Breslau 1912).
- LEPAULLE, P. : Le droit intern. Privé. (Ses bases, ses normes et ses méthodes) Paris 1948.
- LLEWELYN, DAVIS (D. J.) : Règles générales des conflits de lois (Recueil des cours 1937, IV v. 62 s. 531-541).
- LIGEROPULO : Le problème de la fraude à la loi, Thèse Aix 1928 (Sirey éd.).
- La difesa del Derecho contra el fraude, Revista de Derecho Privado, 1930 s. 1-25.

- LYON - CAEN : Les mariages transylvaniens (Clunet 1880, s. 268 ve müt.).
- MAGEN : Agere in fraudem legis (tez, Breslau 1911).
- MESSINA : Sulla frode alla legge nelle negozio giuridico di diritto privato, Circolo giuridico 1907.
- NEFF : Beitrage zur Lehre von der fraud leggi facta in den Digesten (tez, Berlin 1895).
- NIBOYET : Manuel de droit international privé, 1929, 2nci bası, No. 456 ve mü.
 — La fraude à la loi en droit internat. privé (Rev. de droit internat. et de législation comparée, 1926 p. 485 ve mü.)
 — Cours de droit international privé, Sirey, Paris, 1947.
- OTTOLENGHI : La frode alla legge et la questione dei divorzi tra Italiani naturalizzati all'estero, Torino 1909.
- PERROUD : La fraude à la loi en droit internat. privé (Clunet 1920 s. 18 - 26).
- PFAFF : Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere, Viyana 1892.
- PHILONENKO : La fraude à la loi en matière de mariage aux Etat - Unis (Clunet 1928, s. 1275 - 1283).
- RÉVOL : Les divorces de Friume, (tez Aix 1925).
- RIPERT : La règle morale dans les obligations civiles, 2nci bası, 1927.
- ROTONDI : Gli atti in frode alla legge 1911.
- SAYMEN, F. H. : Kanuna karşı hile istimalı, İstanbul 1940.
 — Hakkın sulıstımali, H. Fakültesi Mecmuası, 1941 ve 1945.
 — Medeni Hukuk, cilt I, İstanbul 1948.
- SEVİG, M. R. : Devletler Hususi Hukuku, cilt I, ikinci bası; İstanbul 1947.
 — Özel Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1945.
- TİMUR, H. : Devletler Hususi Hukukunda Âmme İntizamı, İstanbul 1942.
 — Hile, Van Üniversitesi Haftası, İstanbul 1945.
- TRAVERS : La fraude à la loi nationale en matière de mariage (Revue, 1910, s. 24 - 34 ve 362 - 377).
- TRIAS DE BES, J. M. : Règles générales des conflits de lois (Recueil des Cours 1937, IV. v. 62, p. 77 - 85).
- VALÉRY : Du divorce des Italiens qui se sont fait naturaliser dans un pays étranger (Clunet 1919, s. 39 - 31).
- VELDET, H. : Medeni hukukun umumî esasları, 3 üncü bası, İstanbul 1948.
- VERPLAETSE (JULIEN) : La fraude à la loi en droit international privé, Paris 1938.
- VETSCH : Die Umgehung des Gesetzes, tez Zurich 1917.
- WETTE : Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis (tez, Greifswald 1900).
- YÖRÜK (ABDÜLHAK KEMAL) : Nazarı ve ameli Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 1937 - 1938.
 — Ahlâk ile hukukun münasebeti (Adliye Ceridesi), Ankara 1942, sayı: 7, s. 915 - 926.