

## DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA KANUNA KARŞI HİLE

*Doçent Dr. Osman Fazıl BERKİ*

### § 1 — *Kanuna karşı hile mefhumu ve misalleri:*

Devletler hususi hukuku, arsiulusal bir unsuru «Elément international» ihtiva eden hukuki bir münasebete tatbik edilecek kanunu gösterir.

Devletler hususi hukukunda şahısların iradesi doğrudan doğruya veya dolayısıyla kanun ihtilâflarının «Yasaların çatışması = Conflits de lois» halinde mühim bir rol oynar.

Meselâ: Akitlerin şekilleri mevzu bahis olunca alâkadarlar, ülkesinde buldukları Devlet kanununun kabul eylemiş olduğu şekilleri dahilinde hareket edebilirler. İkametgâh, mahkemelerin salâhiyeti üzerinde mühim tesir icra eder. Menkuller, buldukları mahal kanununa «Lex Rei Sitae» tâbidirler, ve bunlar bir memleketten diğer memlekete nakledilebilirler.

Şu haller bize, birtakım suiistimallerin ortaya çıkabileceğini açıkça göstermektedir.

Acaba, hukuki bir münasebette taraflar, bir ihtilâf kaidesine istinad ederek, hile «Fraude» ile başka bir kanunun tatbik edilmesini temin edebilirler mi? Yani alâkalılar, normal olarak kendilerine tatbiki lâzım gelen kanunun mecburi hükümlerini bertaraf etmek maksadiyle bazı hilelere müracaat ederlerse hileli muameleleri hüküm ifade eder mi?

Kanuna karşı hile: «Fraude à la loi» yahut «Fraude contraire à la loi» [1] adını alan bu mesele şu misallerle aydınlatılabilir:

İtalyada boşanma müessesesinin dinî mülâhazalarla yasak edildiği malûmdur. İtalyan tâbiyetinde olan karı koca sırf boşanabilmek için Türk tâbiyetini iktisabediyor, ve Türk olmak sıfatiyle boşanma dâvâst açıyorlar. Boşanmaya hükmediliyor; bu boşanma kararının İtalyada hukuki bir kıymeti olacak mı? yani bu karar İtalyada tanınacak mıdır?

[1] Bu term hakkında bak: Dr. F. Hakkı Saymen, hileyi şeriye, hukuki bilgiler mecmuası II. Kanun 1941, Sayı 3—135 S. 7375 ve M.

Son zamanlara kadar Fransada tahkim şartı «clause compromissoire» ne âdi mukavelelerde ne de ticari mukavelelerde kabul edilmemiştir. Bahri Sigorta mukaveleleri buna istisna teşkil etmekte idi âdi mukavelelerde bu şart şimdiye kadar tanınmamıştır.

Tahkim şartı İngiltere ve Almanyada her türlü mukaveleler için muteber addedilmektedir. Fransa da mahkeme içtihatları, mukavelelerin inikattettiği memleket mevzuatı kabul eylediği takdirde tahkim şartını koymak için, Fransız kanununun hükmünden kurtulmak maksadiyle İngiltere veya Almanyaya giderek bu şartı mukavelelerine koyarlarsa bu, Fransada hüküm ifade edecek midir?

Mahkeme içtihatları yeni bir mefhum olan kanuna karşı hile mefhumunu tarif etmeksizin ona baş vurularak yapılan muameleleri iptal eylemektedir.

§ 2 — *Doktrinde kanuna karşı hile:*

Kanuna karşı hile hakkında Doktrini üçe ayırabiliriz:

A — Kanuna karşı hileyi reddeden Doktrin;

B — Kanuna karşı hileyi kısmen kabul eden Doktrin;

C — Kanuna karşı hileyi kabul eden Doktrin;

A — Kanuna karşı hileyi reddeden Doktrin:

Bazı müellifler, kanuna karşı hilenin Devletler hususi hukukunda yeri olmadığı fikrini ileri sürmektedirler. Bu müelliflerin ileri sürdükleri deliller şöylece hulâsa edilebilir:

1 — Bir kimse bir kanundan istifade etmek isterse, hukukan buna salâhiyeti olup olmadığını araştırmaktan başka çare yoktur. Yoksa onun bu kanundan istifadesini temin eden vaziyeti ihdasta nasıl bir maksat taşımış olduğunu aramaya hâkimin salâhiyeti yoktur; hâkim, bunu araştırmaya asla mezun değildir ve olamaz.

2 — Hâkimin, hile yapmak suretiyle kanun hükmünün ihlâl edilmesi dolayısıyla muteber olan bir muameleyi nazara almaması takdirinde bu muamelenin diğer hükümleri baki kalacağından hilenin nazara alınması içinden çıkılmaz müşkilâtın meydana gelmesine sebedolur.

Meselâ: İtalyanların Türkiyede boşanabilmek için türk tâbiyetini iktisabetmeleri halinde boşanma hükümsüz addedilse bile, tâbiyet muteber kalacaktır. Bu da, biraz evvel bahis mevzuu olan müşkülâtı doğuracaktır.

3 — Kanuna karşı hile nazariyesi hukukun inkişafına, tekâmülüne, engel olur.

### B — Kanuna karşı hileyi kısmen kabul eden Doktrin:

Hile mefhumuna Devletler hususi hukukunda yer vermeyen doktrinın yanı başında diğer bir doktrin yer almış bulunmaktadır. Bu Doktrine göre hile, ancak mukaveleler ve bunların şekilleri hakkında bahis mevzuu olabilir.

Bu Doktrin diğer sahalarda tâbiyet değiştirme ihtimallerinde hile mefhumunu reddetmektedir.

Bu fikri ileri süren müellif Devletler hususi hukukunda hukuki sistem «Système juridique» adınadki nazariyesiyle şöhret kazanan Fransız hukukçularından P. Arminjon dur [2].

### C — Hileyi kabul eden Doktrin:

Bir kısım müellifler hileye Devletler hususi hukukunda yer verirler. Bu müelliflere göre böyle bir usule lüzum vardır. Çünkü, vücuda getirilen her hangi bir vaziyetle bir kanunun emredici hükümlerine muhalefet edildiği takdirde bu Âmir hükümlerin nüfuzunu temin için vaziyetin hileli olup olmadığını araştırmaktan, ve hileli olduğu, yani emredici hükümlerden kaçınmak maksadiyle yeni bir vaziyet vücuda geririlmiş bulunduğu görülünce o vaziyetin neticesi olarak diğer bir kanundan istifade imkânını kaldırmaktan başka çare yoktur.

Burada iki hali birbirinden dikkatle ayırmak lâzımdır:

A — Eğer misalimizdeki İtalyan tâbiyetini haiz olan şahsın, Türk tâbiyetini hüsnüniyetle, yani hile kullanılmıyarak iktisabetmiş ise bunun elde ettiği boşanma hükmü muteber olmak lâzım gelir. Bu şahıs artık normal şekilde Türk kanunlarına tâbi olacak ve hattâ eski vatani olan İtalyada ahvali şahsiyesine «Statut Personnel» Millî Kanunu «Lex Patriae» olan Türk kanunu tatbik edilecektir.

B — Bu İtalyan Türk tâbiyetini normal şekilde değil, ve fakat hileli olarak iktisabetmiş ise, elde ettiği boşanma hükmü muteber olmamak icabeder. Zira, tâbiyet değiştirme samimî olmamış, kanunun âmir hükümlerinden kaçmak maksadiyle hileli bir şekilde vukubulmuştur.

### § 3 — Kanuna karşı hilenin tatbiki şartları:

Kanuna karşı hilenin tatbik mevkiine konulabilmesi için iki şartın tahakkuku lâzımdır:

[2] Arminjon, Précis de droit international privé, 2 édition nos 99 à 124. Hukuki sistem, içtimai hayatların esaslı unsurlarının tanzim eden hukuki bir kaide ile ve ekseriya idari ve kazai tesisatla birbirlerine bağlı bulunan bir insan topluluğudur. Şeklinde tarif edilmektedir. Devlet le hukuki sistem arasında fusus ve umum mutlak vardır.

1 — Hile «fraude»;

2 — Gayri meşru bir netice «résultat illegitime»;

1 — Hile «fraude»:

Kanuna karşı hile bahis mevzuu olabilmek için muamelenin kanunu bertaraf etmek niyetiyle yapılmış olması şarttır. Görülüyor ki, bu nazariyenin devletlerarası hukukundaki mahiyeti dabili hukukta Roma hukukundan beri meşhur olan ve Fransız hukukunda «action oblique» adıyla anılan «actio pauliana-action paulienne» yani alacaklılara zarar vermek maksadıyla borçluların normal olmiyan hile ve manavralarından ayrıdır. Bahsetmekte olduğumuz kanuna karşı hile nazariyesi aynı maksada hizmet etmez. Burada şahıslar, kanuna hile yaptıkları zaman alacaklılardan birine bir zarar iras etmek istemezler. Bunların maksatları işlerine gelmiyen kanunun hükümlerinden kurtulmaktır. Bizi alâkadar eden hile niyettir. «intention» yani arzu edilen muamelenin yapılmasına engel olan bir kanunun hükümlerini ihlâl etmek arzusudur. Görülüyor ki, burada mühim olan nokta kanuna riayet etmemek, onun hükümlerinden kaçınmaktır. Bundan şöyle bir netice çıkar: şayet taraflar kendileri için daha faideli olan ecnebi bir kanunun hâkimiyeti altına girerler, ve fakat bu hususta eski kanundan kaçınmak maksadını gütmeylerse hile tahakkuk etmemiş olur. Binaenaleyh varılan neticeyi değil, isnat derecesini «degré d' imputabilité» tetkik etmek lâzım gelir. Burada psikolojik unsur «élément psychologique» daha ziyade müessirdir [3].

Kanunun hükmünü bertaraf etmek psikolojik bir unsurdan ibaret olmasına göre her türlü vasıta ile ispat edilebilir.

2 — Gayri meşru bir netice «résultat illicite»:

Tarafların, kanunun memnu addettiği bir neticeyi istihsal için yaptıkları muamele hükümsüzdür. Netice fiilen hâsıl olmadığı takdirde kanuni müeyyidelerin tatbiki imkânı var mıdır?

Buna menfi cevap vermek lâzımdır. Tarafların hileli niyetleri kanunun men'eylediği bir neticeye müncer olmadığı, yani gayri meşru netice tahassul etmediği takdirde, yapılan muamele hükümsüz addedilemez. İstihsal olunan netice gayri meşru addedilebilmek için müracaat edilen vasıtanın hukuki ve fiili neticeleri ile, memnu olan netice arasında bir muadelet «équivalence» bulunmak icabeder.

Meselâ: Türk tâbiyetinde olan bir şahıs memleketinde askeri hizmetten kurtulmak için ecnebi bir devlet tâbiyetine geçer ve fakat bu

Her devlet hukuki bir sistemdir. Fakat her hukuki sistem devlet değildir.

[3] J. P. Niboyet, manuel de droit international privé, 2 e. édition P. 579.

devletin kendisine tahmil eylemiş olduğu askerlik mükellefiyetinden kurtulmak için hiçbir şey yapmazsa bu tâbiyet değişmesi normal adde-dilmek lâzım gelir. Ve fakat, bilâkis bu şahıs her iki memlekette fiilî askerlik hizmetinden kurtulacak bir vaziyet ihdas ederse bu takdirde kanuna karşı hile karşısında bulunuyoruz demektir.

§ 4 — *Kanuna karşı bilenin hukuki mahiyeti:*

1 — Kanuna karşı hile ve âmme intizamı:

Acaba kanuna karşı hile âmme intizamına «*Ordre public*» muhalif bir muamele olarak telâkki edilebilir mi?

Malûmdur ki, âmme intizamı, normal şekilde salâhiyettar olan bir ecnebi kanununun «*loi étrangère normalement compétente*» tatbikına mâni olan bir çaredir. Âmme intizamı, istisnai bir mahiyeti haizdir. Devletler hususi hukukunun tatbikına mâni olur. Daha doğru bir tâbirle, âmme intizamı bahis mevzuu olduğu zaman devletler hususi hukukunun muayyen bir kanun ihtilâfına tatbiki imkânsız olur.

Meselâ: bir ecnebi Türkiyede zina mahsulü olan bir çocuğu «*enfant adultérin*» kendi millî kanununa müsteniden tanımak istese buna Türk âmme intizamı engel olacaktır.

Görülüyor ki, âmme intizamı öyle bir çaredir ki, bu çare sayesinde bir memleket mahkemeleri ecnebi bir kanunun tatbikını bertaraf ediyor.

Şu halde, âmme intizamı ile yukarda tarifini yaptığımız kanuna karşı hile mefhumu arasındaki münasebet neden ibarettir?

Devletler hususi hukuku müelliflerinden Etienne Bartin kanuna karşı hile mefhumunu, âmme intizamı mefhumuna sokmaktadır [\*].

Bu müellife göre kanuna karşı hile, âmme intizamına dâhildir. Kanuna karşı hile âmme intizamının bir nevidir. Çünkü, ecnebi bir kanunun tatbiki, yalnız o kanunun hükmünden istifade tarzı, yani hile dolayısıyla de cemiyet için zararlı olabilir. İşte bu takdirde keyfiyetin âmme intizamı ile alâkası vardır. Bartin'e göre yabancı bir kanunun tatbikını temin eden hile âmme intizamını ihlâl eder. Artık ayrıca hileyi derpiş etmeye lüzum yoktur.

Bu müellifin fikrine iştirak zordur. Çünkü, âmme intizamı mefhumu, kanuna karşı hile mefhumundan tamamıyla ayrıdır. Zira hile, âmme intizamının ihtiva etmediği kasıt unsurunun «*élément intentionnel*» mevcudiyetini icabettirir. Hile mevcut olabilmek için içtimai karışıklıktan «*trouble social*» başka bir de kasıt lâzımdır.

[\*] E. Bartin, *études de droit international privé* P. 2b5 et S.

Sonra kanuna hileyi âmme intizamı mefhumuna sokan Doktrin hâkimin K. nun. «Lex fori» ilham aldığı telâkkilerden mülhem olmuş bir ecnebi kanununa yapılan hileyi nazarı dikkate almaktadır. Binaenaleyh, bu Doktrin bizi, hâkimin K. nun ilham aldığı telâkilerden mülhem olmıyan bir ecnebi kanununa karşı yapılacak hilenin her nevi müeyyideden kurtulması neticesine sevkeder. Çünkü, vaziyet ,dâvanın ikame edildiği mahal K. nun «loi du lieu où l'action a été intentée» âmme intizamını ihlâl etmemektedir.

Netice olarak denilebilir ki, âmme intizamı ile kanuna karşı hile başka başka şeylerdir. Yani hile halinde ecnebi K. nun, mahallî kanunla ihtilâf halîne gelmesi ve ona mugayereti bahis mevzuu değildir.

Bu kaideden maksat, yapılan bir hileye karşı tedbir almaktır. Bu hususî bir çare ister. Bundan dolayıdır ki, bu hile nazariyesine âmme intizamından ayrı olarak yer vermek lâzımdır.

Kanuna karşı hile «Subjectif» vasfiyle, yani kasıt unsurunu ihtiva eylemesiyle âmme intizamından ayrılmaktadır.

## 2 — Muvazaa «Simulation» ve kanuna karşı hile:

Acaba muvazaa «Simulation» ile kanuna karşı hile aynı mânayı mı ifade etmektedir? Bu soruya müspet veya menfi bir cevap verebilmek muvazaanın mahiyetini tebarüz ettirmekle kabil olacağı şüphesidir.

Borçlar kanunumuzun 18 inci maddesinde hükme bağlanan muvazaanın şu şekilde tarif edilmesi mümkündür: İster bir taraflı, ister iki taraflı olsun hukuki bir muamele zımında birden ziyade kimselerin hakiki iradeye uymıyan bir beyanda bulunmayı kararlaştırmalarına muvazaa derler [5].

Taraflar muvazaalı muameleyi hakikatta ya hiç istememişlerdir - ki buna mutlak muvazaa «simulation absolue» derler - veyahut onun başka türlü bir mahiyette olmasını arzu etmişler - ki buna da nispi muvazaa «simulation relative» adı verilmektedir.

Kanuna karşı hilenin gayesi ise tamamen başkadır. Filhakika, kanuna karşı hilde taraflar bir kanunun âmîr hükümlerini bertaraf etmek veyahut normal şekilde tatbiki icabeden bir yabancı K. nun tatbikını temin eylemek maksadiyle kanunen caiz ve hakiki arzuyu ifade eden muamelelere baş vurmuşlardır.

[5] Ahmet Esat Ersebil, makitlerde muvazaa ve tatbikattaki şekilleri 26/12/942 tarihinde Ankara Dil Tarih ve Coğrafya Fakültesinde verilen konferans, Adliye Ceridesi 1943, sayı 10. S.72.

Görülüyor ki, kanuna karşı hile ile muvazaa başka başka şeylerdir. Bu iki mefhumun birbirinden tefriki tamamen nazari bir mesele değildir.

Evvelâ: Bu tefrik faidelidir, çünkü, muvazaanın müeyyidesi hiçbir itiraza meydan vermemektedir. Halbuki kanuna karşı hile böyle değildir.

Saniyen: Bu iki mefhumun tevlit ettikleri neticeler de birbirine uymaz.

Muvazaalı muameleler âkit taraflara «parties contractantes» karşı hiçbir hüküm ve netice doğurmadığı gibi, prensip itibariyle üçüncü şahıslar hakkında da bâtıdır. Prensip itibariyle diyoruz. Zira, bunun bazı istisnaları vardır.

Filhakika, Borçlar K. nun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre tarihî borç ikrazına isnaden alacaktı olan kimse bunu üçüncü bir şahsa temlik ettiği takdirde asıl borçlu bu üçüncü şahsa karşı muvazaa iddiası dermeyan edemez. Burada temellük eden kimse, hüsnü niyeti sayesinde temlik eden kimse de «müvellik - Cédant» bir alacağa sahip oluyor. Böylece temellük eden kimsenin hüsnüniyeti normal hudutları tecavüz edecek bir şekilde himaye edilmiştir.

İkinci bir istisnayı da Medenî K. nun 687 ve 901 maddeleri teşkil etmektedir. Bir menkulü muvazaa tariki ile malik diğer bir şahsa devir ve teslim ettiği ve bu şahıs da mezkûr menkulü hüsnü niyetle üçüncü bir şahsa sattığı takdirde bu iktisap muteberdir.

Muvazaanın hükmü ve neticeleri bunlardan ibarettir. Halbuki kanuna karşı hile mefhumu tamamen başka hüküm ve neticeler tevlit etmektedir.

Kanuna karşı hilenin tevlit edeceği hüküm ve neticelerin muvazaanın hüküm ve neticelerinden farklı olduğu, ve bunların nelerden ibaret bulunduğu ilerde vereceğimiz izahattan anlaşılacaktır.

### 3 — Kanuna karşı hile ve hakkın suiistimali:

Kanuna karşı hile ile hakkın suiistimali «abus de droit» arasında bir münasebet var mıdır?

Hakkın suiistimali, bir şahsın sahip olduğu bir hakkı kanuni ve sosyal gayesi haricinde kullanarak başkasına zarar iras etmesi demektir.

Filhakika, Medenî Kanunumuzun 2 nci maddesinin 2nci fıkrası şöyle bir hükümü muhtevi bulunmaktadır: «Bir hakkın sırf gayri ızrar eden suiistimalini kanun himaye etmez:

Hukukumuzda hakkın suiistimali mevzu bahis olabilmek için şu şartların tabakkuku lâzımdır:

- a — Bir hakkın vücudu lâzımdır.
- b — İstimalden bir zarar meydana gelmelidir.
- c — Bu zarar kasdî olmalıdır.

Hakkın suiistimali meselesi sırf gayri ızzar eden suiistimallere münhasırdır. Binaenaleyh, başka bir şahsın zararını mucip olmiyan yani kanuna karşı yapılan hileler bu maddenin şumulüne giremez.

Fakat vaziyet İsviçre Medenî hukuk bakımından tetkik edilirse aynı noktai nazarı ileri sürmek imkânı yoktur. Zira, İsviçre Medeni K. nun 2 inci maddesinin 2 inci fıkrasına göre bir hakkın açıktan açığa suiistimalini kanun himaye etmez «L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi».

Görülüyor ki, İsviçre Medenî K. nun hakkın suiistimaline dair olan hükmü Türk Medenî K. nun bu hususa taallük eden hükmüne nazaran daha geniştir.

İsviçre mahkeme içtihatlarına göre hakkın suiistimali mefhumu hüsnü niyet kaidelerine muhalif hareketlerde tezahür etmekte ve o sahada toplanmaktadır. Binaenaleyh, İsviçre hukuku bakımından hakkın suiistimali ile kanuna karşı hile arasında bariz bir fark görmenin imkânı yoktur. Nitekim, federal mahkeme, hakkın suiistimali prensibine dayanarak, biraz sonra kısaca temas edeceğimiz calî evlenmeleri «mariages fictifs» hükümsüz addetmiştir.

#### § 5 — Kanuna karşı hilenin tabiki:

1 — Bunların başında ecnebi memleketlerde çok tesadüf edilen calî evlenmelerden «mariages fictifs» bahsetmek lâzımdır.

Calî evlenmeden maksat, evlilik bağının doğurduğu kanuni neticelerden bir çoklarına tarafların riayet etmek istemiyerek yani bu neticeleri ne arzu ne de kabul ederek akdettikleri evlenmelerdir [6].

Calî evlenme ile bir kadının ya bir paye veya bir isim, ya bir tabiiyet ıktisap etmesini yahutta bir kanun hükümden istifade veya idari mahiyette bir tedbirden kurtulmasını temin veya nesebi sahih olmiyan bir çocuğun nesebinin tashihi için aktedildiğine tesadüf edilir [7].

[6] A. Richard, calî evlenmeler, çeviren ve not eden Ferit Hakkı Saymen, S. 482.

[7] Richard, adı geçen eser, S. 482.



**Câli evlenmelerin iptali mahkemelerden talep olunabilir mi? Aca-  
ba gayesinin veya mevzuunun ahlâka mugayir olması sebebiyle bu gibi  
evlenmeler borçlar kanununun 20 nci maddesi hükmüne tevfikân bâtil  
addedilebilir mi?**

Federal mahkeme bu hal suretini kabul etmemiştir. Evlenmeyi  
alelâde bir mukaveleden tefrik ve bu itibarla onu borçlar K. nun  
düsturlarına doğrudan doğruya tâbi kılmanın imkânsızlığını kabul  
etmek lâzımdır [8].

Tarafların iradesi noktasından evlenmede akdi bir mahiyet görüle-  
bilirse de, bunun bir âmme hukuku müessesesi olduğu da vârittir. Evlen-  
menin infisahı sebepleri munhasıran devletin koyduğu kaidelere tâbidir.  
Bu müessesenin butlanı sebeplerini kanun tahdidi «limitatif» olarak  
vazetmiştir. Binaenaleyh, hâkim diğer butlan sebeplerini, kıyasen evlen-  
menin butlanı için tatbik edemez.

**Câli evlenmelerin muvazaalı olduğu vârit olabilir mi? Federal  
mahkeme câli evlenmelerde muvazaayı kabul etmiyor. Fakat bu noktâ  
nazar bütün İsviçre müellifleri tarafından kabule mazhar olamamıştır.  
Fihakika Friburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Profe-  
sörlerinden «Sigwart» câli evlenmelerde muvazaa mevzuubahis olabile-  
ceğini iddia etmektedir. Profesör Richard pek haklı olarak bu fikre  
iştirâk etmiyor. Ve diyor ki: Devlet mümessili, nişanlıların evlenme ile  
bağlı bulduklarını kanun namına beyan ediyor. Bu memurun rolü me-  
selâ bir mukavele hükümlerini kaleme alan noterin roliyle kıyas edile-  
mez. Evlendirme memuru evlenme müessesesine bir âmme hukuku inşai  
tasarrufu «acte formateur de droit public» mahiyeti vermek için müda-  
hale eder. Âmme hukuku inşai tasarrufu telâkkisiyle muvazaa iddiası  
vârit değildir [9].**

Evlenme aktinde muvazaa iddiası dermeyan edilemez. Kanun vâzı  
evlenmedeki butlanı sebeplerini tahdidi bir şekilde tesbit etmiştir.

**Câli bir evlenme hakkın suiistimali prensipine istinaden hükümsüz  
addedilebilir mi?**

Federal mahkeme, son bir kararında câli bir evlenmeyi hakkın  
suiistimali esasına istinat ederek bâtil addetmiştir. Nöşatel Hukuk Fakül-  
tesi Medenî Hukuk Profesörlerinden Charles Knapp, Federal mahkeme-

[8] Richard, adı geçen eser, S. 489.

[9] Richard, aynı eser, S. 491.

nin bu kararını tenkid eylemektedir [10]. Çünkü evlenmek kanunsuz butlan olamaz.

Buraya kadar verdiğimiz izahat bize gösteriyor ki, mevzuu hukuk «de lege lata» bakımından câli evlenmelerin hükümsüz addedilmesine imkân yoktur.

Kanun vaz'ı «de lege ferenda» noktasından birtakım yenilikler yapılmak icabetmektedir.

Richard'a göre câli evlenmelerden doğacak tehlikeyi bertaraf etmek için iki kanunu hükmün değiştirilmesi düşünülebilir:

- a — Karıyı kocasının tâbiyetine getiren hüküm;
- b — Evlenmenin butlanı sebeplerini sayan hüküm;
- c — Tâbiyetin iktisabının butlanı:

Münhasıran kocasının vatandaşlığını iktisap gayesini güderek bir İsviçreli ile evlenen kadının iktisabettiği bu vatandaşlıktan ıskatını derpiş eden hükmün, Richard'a göre ya medenî kanuna veya federal vatandaşlık kanununa ilâvesi lâzımdır. Bu suretle evlilik baki kalıyor; fakat hükümlerinden biri olan tâbiyeti iktisabı ortadan kaldırılmış oluyor.

Federal hükümetin bu hususta bir kararından bahsetmek yerinde olur. 20/2 nci Kânun/940 tarihli olan bu karara göre İsviçre tâbiyetinin iktisap ve ziyana dair hükümler değiştirilmektedir. Buna göre telsik ve evlenme ile tâbiyet iktisabı iptal edebilir.

29/Haziran/1938 tarihli ecnebinin Türkiyede ikamet ve seyahatları hakkındaki kanunun 25 inci maddesine bir hüküm koyan Türk kanun vâzını tâbiyet iktisabı için baş vurulan câli evlenmelere bir dereceye kadar mâni olmak istemiştir.

Bu maddeye göre «bu kanun mucibince sınır dışı edilmiş olan veya umumi hükümlere göre Türk vatandaşlığını kaybetmiş bulunan ecnebi kadınlarla sınır dışı edilmesine veya vatandaşlıktan ıskatına evlenme muamelesinin tekemmülünden evvel karar verilen ecnebi kadınlar 1312 numaralı Türk vatandaşlığı K. nun 13 üncü maddesiyle ecnebi kadınlara bahsedilen haktan istifade edemezler.

- 1 — Yeni bir butlan sebebi koymak:

Fikrimizce en müessir hüküm Medenî Kanunumuzun 112 nci maddesine yeni bir mutlak butlan sebebi ilâve etmekten ibaret olacaktır.

[10] Charles Kaapp Le mariage fictif et la nationalité de la femme mariée (Leçon publique donnée le 8 mai 1940 à l'Université de Neuchâtel) bakınız.

Bu hüküm şöyle olabilir: Munhasıran kadına tâbiyet tevfihi için akte-  
dilen evlenmeler bâtıldır.

### 2 — Hileli telsikler «naturalisations frauduleuses»:

Boşanma kararı istihsal edebilmek için yapılan hileli telsiklerin  
«naturalisation frauduleuse» misallerini Fransız devletler hususi huku-  
kuna bir nazar atfederek vereceğiz.

Her eşyden evvel şurasını zikredelim ki, hile bazan her iki eşe kabili  
isnattır. Bazan da eşlerden yalnız birine isnat edilebilir. Boşanmaya  
müsaade eden bir ecnebi K. nun tatbikini temin maksadiyle karı kocanın  
birlikte ecnebi bir memlekette tâbiyetlerini değiştirmeleri halinde her  
iki eşe kabili isnat hile mevcuttur.

Eşlerden yalnız birine kabili isnat olan hileye misâl olmak üzere  
meşhur «Bauffremont-Bibesco» dâvası «affaire Bauffremont-Bibesco»  
zikredilebilir.

Aslen Belçikalı olan ve evlenme ile Fransız tâbiyetini alan Prenses  
Bauffremont o zaman Fransız kanunu boşanmayı tecviz eylemediği ci-  
hetle (hâdise 1884 den evvel cereyan etmiştir) evvelâ ayrılık kararı alı-  
yor. Bilâhara Sax-Altenbourg büyük dukalığında «Le grand-duché de  
Saxe Altenbourg» telsik ediliyor. Bu memleket kanunundan istifade ede-  
rek ayrılığı boşanmaya tahvil ettiriyor. Ve mütaakiben Bibesco namın-  
da bir Romanyalı ile evleniyor; ve Fransaya dönüyor. Fransız olan koca-  
sı boşanmanın ve bunun neticesi olarak ikinci evlenmenin hüküm ifade  
etmediği hakkında dâva açıyor.

Fransız Temyiz Mahkemesi müddeâ aleyhanın boşanmasının kanu-  
na hile ile elde edildiği mülâhazasıyla bu muameleleri hükümsüz  
addediyor.

Eşlerden her ikisine kabili isnat olan hileye misal olarak Vidal  
dâvası zikredilebilir. Bay ve Bayan Vidal 1864 evleniyorlar. 1864 de  
ayrılıklarına karar veriliyor. İsviçreye gidiyorlar; Şafuz «Schaffouse»  
kantonu tâbiyetini iktisab ediyorlar. Ayrılıkları boşanmaya inkılâp edi-  
yor. Bayan Vidal biraz sonra evleniyor; ve aynı mesele ortaya çıkıyor.  
Fransız Temyiz Mahkemesi boşanmanın hüküm ifade etmediğine karar  
veriyor.

### 3 — Akitlerin şekilleri:

Birtakım hukuki muameleleri âdi senetle yapmayı meneden bir  
memleket tâbiyetini haiz olan şahıslar, başka bir memlekete giderek  
orada tâbi oldukları memleketin âkitler hakkında koyduğu eşkâlden ve

masraflardan kurtulmak çaresini buluyorlar. Hibe resmî senetle yapılan Fransadan buna bir misal getirebiliriz. Şöyleki: İki Fransız bundan kurtulmak için İsviçreye gidiyorlar. Ve orada menkul mallarını hiçbir şekilde tâbi olmadan hibe ediyorlar. Eğer bu bir yer değiştirme hile ile olmuş ise hibenin hüküm ifade etmemesi icabeder. Çünkü; «Locus Regit Actum» kaidesi ecnebi memleketlerde bulunan vatandaşların buldukları memleket kanunlarının emrettiği şekle uyarak her hangi bir muameleyi yapabilmeleri için ihdas edilmiştir. Yoksa, bu kaide birtakım şahısların kanun tarafından menedilmiş bir şeyi yapmaları için düşünülmüş değildir.

#### 4 — Mukavelelerin esasına taallük eden kaideler:

Bir mukavelede taraf olanlar, mukavelelerinden doğacak ihtilâfların halli için bir ecnebi kanununu salâhiyettar kılabilirler. Bu, devletler hususi hukukunda iradenin muhtariyeti «autonomie de la volonté» prensipinin tabii bir neticesidir. Fakat, bazan âkit tarafları mukavelelerinden çıkacak ihtilâfları halledecek kanunu sarahatle göstermezler. Bunun için bazı karinelere «Présomptions» müracaat etmek lâzım gelir. Fransada bu takdirde mukaveleyi idare edecek olan kanun, taraflar aynı tâbiyette değilseler mukavelelerin in'ikat ettiği yer kanunu, yani «Lex Loci Contractus» dır.

Şu halde, bir Fransız Fransada kabul edilmeyen tahkim şartını mukavelesine koymak için bu şartın kabul edildiği memlekete gitse ve bu şartı mukavelesine dercettirse bu muteber değildir. Çünkü, bu Fransızın yer değiştirmesi hile ile olmuştur.

#### § 6 — Kanuna karşı hile nazariyesinin hükümleri:

Kanuna karşı hilenin hüküm ve neticelerini üç kısımda tetkik etmek doğru olur.

#### 1 — Hileye uğrayan memleket «pays fraudé» hakkında:

Bazı mahkemeler yapılan telsiklerin keenlemyekün olduğu ve alâkadarların eski tâbiyetlerini muhafaza eylediklerini kararlaştırmışlardır. Fransız Temyiz Mahkemesi bu tezi kabul etmiyor. Fransız Temyiz Mahkemesinin içtihadına göre telsik bir ecnebi memleket hükümeti tarafından bahşedilmiştir. Bir Fransız mahkemesinin bu telsikin ecnebi kanun nazarında muteber olmadığını beyana hakkı yoktur. Fransız mahkemesinin yapacağı iş ancak şudur: Bu telsikten elde edilecek neticeleri hükümsüz addetmek. Prenses Bauffrenont Alman olmayı arzu etmişti. Prensesin ecnebi bir memlekette tâbiyetini değiştirmesi meselesi Fransız kanununu ihlâl eden bir mesele değildir. Prenses boşanmak suretiyle Fransız kanununu ihlâl etmek istemiştir. O halde yalnız boşanması hüküm ifade etmez. Ve ikinci evlenme de tabiatıyla bâtıldır.

2 — Tarafların hâkimiyeti altına girdikleri kanunun cari olduğu memlekete göre:

Bu memleketlerde mahkemeler, tarafların yeni kanundan tamamen istifade etmeleri lâzım geldiğine karar vermişlerdir.

Bartın'nın ileri sürdüğü sisteme göre bu hal sureti yerindedir. Çünkü, bu sisteme göre kanuna karşı hile âmme intizamının tatbiki halinden başka bir şey olmadığına nazaran mevzuubahis devletin âmme intizamı nasıl ihlâl edilmiş olabilir? Zira bu memleket kanunu dermeyan edilmektedir.

Niboyet'in pek haklı olarak tebarüz ettirdiği gibi, âmme intizamı fikrinden başka bir fikirden, ve meselâ âmir hükümlerin müeyyidesi prensipinden hareket edildiği takdirde hile ile bertaraf edilen ve bey-nelmilel bakımdan salâhiyetli olan bir kanuna göre muameleyi hüküm-süz addetmek icabeder [11].

Fransız mahkemeleri, mesele Fransada bahis mevzuu olduğu ve Fransız kanunundan istifade edildiği takdirde bu meseleyi, kanuna karşı hile nazariyesini göz önünde tutmadan, Fransız kanununu tatbik suretiyle halletmişlerdir. Ferrari dâvasında verilen karar buna bir misal teşkil edebilir. Zahiren, Ferrai dâvasında verilen karar, Bauffrémont dâvasında verilen karara tezat teşkil etmektedir. Halbuki, mesele iyice tetkik edilirse vaziyetin böyle olmadığı kendiliğinden meydana çıkar.

Filhakika, İtalyan tâbiyetinde olan bayan Ferrai Fransız tâbiyetini iktisabetmiş ve Fransada boşanma talebeylemişdir. Kocası Bay Ferrai, İtalyan tâbiyetini muhafaza ediyordu. Bu, Bauffremont vaziyetinin tamamiyle aksidir.

Fransız Temyiz Mahkemesi Bayan Ferrai, Fransız tâbiyetini sırf boşanabilmek için aldığı halde, boşanmayı hüküm verebilmesini pek tabii bulmuştur.

Hiç şüphe yokki, hile âmme intizamına sokulduğu takdirde Fransız Temyiz Mahkemesinin kabul eylediği hal sureti pek yerinde ve doğrudur. Fakat, hile mefhumu âmir kanunların müeyyidesi şeklinde kabul edildiği takdirde bu hal sureti doğru olamaz [12].

3 — Üçüncüsü memleketler hakkında:

Üçüncü memleketlerde kanuna hile müeyyidesi daima ona verilen vasfa tâbi olacaktır. Şöyleki:

a — Eğer, hile âmme intizamına giren bir mefhum olarak kabul ediliyorsa, üçüncü memleket mevzuubahis olan kanunlardan kendi âmme intizamına taallük edenleri kabul edecektir.

[11] Niboyete, adı geçen eser, 589.

[12] Niboyet, adı geçen eser, P.

Eğer, meselâ bayan Ferrari boşanmış bir kadın vasfını boşanmayı kabul etmeyen bir memlekette dermeyan edecek olursa, bu memleket hâkimi bunu kabul etmeyebilir. Bilâkis boşanmayı kabul eden bir memlekette dermeyan ederse bu memleket hâkimi bunu kabul edecektir. Görülüyor ki, vaziyet üçüncü memleketin âmme intizamına tâbidir.

b — Eğer, hile mefhumu âmir kanunların müeyyidesi fikrine tâbi kılınırsa vaziyet tamamen başkadır. Üçüncü memleket hâkimi ihlâl edilmiş olan âmir kanuna riayet etmek mecburiyetindedir. Çünkü, bu kanun salâhiyetli olan bir kanundur. Ve bu itibarla tatbiki icabeder.

§ 7 — *Yabancı memleketler mevzuat, jurisprudans ve doktrininde kanuna karşı hile:*

Almanyada: Devletler hususi hukuku bakımından kanuna karşı hile, kanun metinleriyle derpiş edilmediği gibi, müeyyideye bağlanma imkânı da doktrinın büyük ekseriyeti tarafından reddedilmiş bulunmaktadır. Kohler, Endeman ve Pfaff gibi tanınmış müellifler, muhalif fikri müdafaa etmişlerdir [13].

Mahkeme içtihatlarına gelince: bu hususta Oldenbourg mahkemesi tarafından halledilen bir ihtilâf zikredilebilir. Bu, Mahallî K. nun merasiminden daha liberal olan Brem serbest şehrine giderek orada vasiyet eden bir Oldenburglunun vasiyetinin iptaline taallük eden bir talepti. Kanuna karşı hile mevcut olduğu halde mahkeme talebi reddetmiştir [14].

Arjantin: 1888 Tarihli Arjantin Medenî K. nun 159 uncu maddesi, evlenmeyi, evlenme akdinin yapıldığı yer kanununa «Lex loci celebrationis» tâbi kılmaktadır. Bu maddeye göre müstakbel karı koca Arjantinde meriyette bulunan kanun hükümlerinden kurtulmak maksadiyle, ikametgâhlarını terketmiş olsalar bile vaziyet bu merkezdedir.

Görülüyor ki, Arjantin kanuna karşı yapılan hileyi nazarı dikkate almamış, hile ile yapılan muameleleri muteber addetmiş olmakla devletler hususi hukukunda hileyi tanımayan doktrini kabul etmiştir [15].

Belçika: Belçika devletler hususi hukuku müellifleri kanuna karşı hile kullanılarak yapılan muamelelerin hükümsüz addedilip edilmemesi noktasında ittifak etmiş değildirlen. Belçika mahkeme içtihatlarında,

[13] Bak: Droit international privé de l'Allemagne, Répertoire de droit international VII.

[14] Bak: Répertoire de droit international, T. VZII. P. 476.

[15] Bak: Droit interenational privé de l'Argentine, Répertoire de droit international VI.

Fransada olduğu gibi hileli muamelelerin muteber olmadığı hususunda kuvvetli bir temayül kendini göstermektedir [16].

Şili: Şili kanunu Şili tâbiyetini haiz olan şahısların yabancı memleketlerde, milli kanunlarının hükümlerini bertaraf etmek için yaptıkları evlenme akitlerini bâtil addeylemekte, bu suretle devletler hususi hukukunda kanuna karşı hileyi tanımaktadır.

İtalya: Kanuna karşı hile «Frode alla legge» meselesi İtalyan doktrinin nazarı dikketini celbetmiş bulunmaktadır. Bu mesele etrafında birçok eserler neşredildiği gibi, makalelerde yazılmıştır.

Şurasını kaydetmeliyiz ki, İtalyan kanunlarına karşı yapılan hilelere devletler hususi hukukunda çok tesadüf edilmekte, hile bilhassa İtalyan tâbiyetinde olan şahısların yabancı memleketlerde boşanmalarında tezahür etmektedir.

Yukarda da söylediğimiz veçhile, İtalya hukuk mevzuatı boşanmayı meneylemekte olduğundan bu yasaktan kurtulmak için birçok tâbiyet değişmelerine şahit olunmaktadır.

Hilenin bu nevi İtalyada uzun zamanlardan beri tanınmaktadır. Hassaten birinci cihan harbinden sonra Fiume şehrinin serbest bir şehir haline geldiği 1924 Tarihinden bu şehrin İtalyaya ilhak edildiği zamana kadar bu şekilde hilenin baş vurulduğu çok görülmüştür. Fiume şehri ecnebilere çok kolaylıkla kendi tâbiyetini bahşettiğinden ve boşanma müessesesini kabul eylediğinden birçok İtalyanlar boşanmak ve sonra yeniden evlenebilmek maksadiyle Fiumeye geliyorlardı [17].

İtalyan mehkemeleri bu kabil hileli boşanmalar münasebetiyle birbirine zit kararlar vermişlerdir. Mahkeme içtihatlarında esasen birlik teessüs etmesi de imkânsızdır. Çünkü, son zamanlara kadar İtalyada mütaaddit Temyiz Mahkemesi mevcuttu. «Roma Temyiz Mahkemesi, Torino Temyiz Mahkemesi, Napoli Temyiz Mahkemesi» bununla beraber bu gibi boşanmaların muteberiyetine dair açık bir temayül kendini göstermiştir. Bundan dolayıdır ki, İtalyan Hükümeti, idari tedbirlerle bu hale karşı harekete geçmek mecburiyetini hisseylemiş, hileyi firenlemek için İtalyan tâbiyetini, boşanabilmek için terkeyleyen İtalyanların, yeniden İtalyan tâbiyetine girmek hususundaki taleplerinin reddedilmesine karar vermiştir.

İtalyan doktrini de umumiyetle hileli boşanmaların idamesi lehindedir.

[16] Bak: Droit international privé de la Belgique, Répertoire de droit international T.VI

[17] Bu hususta daha fazla tafsilât için bak: Régis Revol, Les divorces de Fiume, Paris, Aix, 1925.

İtalyan hukukunda kanuna karşı hilenin tatbikatından olmak üzere 1867 Tarihli Lucques mahkemesinin bir kararı zikredilebilir. Bu karar; İtalyan K. nun, koyduğu formaliteleri bertaraf etmek maksadiyle ecnebi bir memlekette yapılan vasiyetnameyi hükümsüz addetmiştir [18].

İsviçre: İsviçre devletler hususi hukukuna mütaallik hükümleri ihtiva eden 25/Haziran/1891 Tarihli federal kanun [19] kanuna karşı hile hakkında hiçbir hüküm ihtiva eylememektedir. Ancak, bu kanunu itmam eden İsviçre Medenî K. nun son babında bu hususa dair bir hükme tesadüf eylemekteyiz. Bu hüküm evlenme aktine taallük etmektedir.

Filhakika son babın 59 uncu maddesinin 7 fıkrasına göre ecnebi bir memlekette orada mer'î kanunlar mucibince akdedilen evlenmelerin muteberiyetini İsviçre tanımaktadır. İşbu hükme göre İsviçre tabaasının yabancı memleketlerde akdeylemiş oldukları evlenme dini bir memur huzurunda olsun veya diplomatik mahiyette bulunsun hiç kıymeti yoktur. Yeter ki evlenme, aktin yapıldığı memleket kanunu «Loi du pays de la célébration» nazarında muteber bulunsun. Fakat, aynı fıkraya göre müstakbel karı koca [20] İsviçre Medenî K. nun irae ettiği butlan sebeplerini bertaraf etmek niyetiyle ecnebi memlekette evlenme akti yaptıkları takdirde bu akit İsviçrede tanınmayacaktır [21].

Japonya: Japon Medenî K nun 10 uncu maddesi, Locus Regit Actum kaidesini ihlâl etmek için, yani bu kanunun tesbit eylediği formaliteyi bertaraf eylemek niyetiyle yabancı memleketlerde akdedilen mukaveleleri Japon kanununa tâbi kılmıştır. Görülüyor ki, Japon K. nun formalitelerinden kurtulmak niyetiyle ecnebi memleketlere gidilmezse bu memleketlerde Japon K. nun koymuş olduğu şekiller haricinde yapılacak olan muameleler muteber olacaktır. Şu izahat bize gösteriyor ki, Japonya, kanuna karşı hile kullanılarak yapılan muameleleri hükümsüz addeylemektedir [22].

Romanya: Romanya mevzuatında kanuna karşı hile hakkında bir hükme tesadüf edemiyoruz. Fakat Romanya mahkeme içtihadı hile ile yapılan muameleleri hükümsüz addeylememektedir. Filhakika, Romanya

[18] Bak: Revue de droit international 1875ı P. 208.

[19] Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens ou en = séjour.

[20] Müstakbel karı koca, İsviçrede ikamet eden İsviçreli veya yabancı olsun hüküm aynıdır.

[21] 7. F. aymen şöyledir: La validité d'un mariage célébré a l'étranger conformément aux lois qui y sont en vigueur est reconnue en Suisse, à moins que = les parties n'eussent conclu à l'étranger l'intention manifeste d'éviter les causes de nullité prévues par la loi suisse»

[22] Bak: Droit international privé du japon répertoire de droit international VI.



Temyiz Mahkemesi, 1921 Tarihinde vermiş olduğu bir kararında kanuni şekilleri bertaraf etmek maksadiyle yabancı memleketlerde yapılmış olan evlenmeyi mutebr addetmiştir [23].

Rusya: Kanuna karşı hile meselesi ne inkılâptan evvelki Rus doktrininde ne de mahkeme içtihatlarında tetkik edilmemiştir. Yeni doktrinde Krylov kanuna hileyi âmme intizamı «Ordre public» tahdidinin tatbikından başka bir şey addetmemektedir.

Gojchbarg ise kanuna karşı hileye taraftar görünmekte ve bunu hakkın suiistimaline sokmaktadır. Makarov da Krylov gibi kanuna karşı hileyi âmme intizamına ithal eylemektedir [24].

İngiltere ve Birleşik Amerika: devletler hususi hukukunda kanuna karşı hilenin mukayeseli hukuk bakımından tetkikini bitirmeden evvel İngiltere ve Amerikada vaziyetin neden ibaret olduğunu da gözden Geçirmeliyiz.

Bilindiği gibi, İngilterede ve birleşik Amerikada ahvali şahsiyeye «statut personnel» ikametgâh kanunu «Lex domicilii» tatbik edilmektedir. Bu kanunun tatbik edilmesi, ve ikametgâhın değişmesi de kolay olduğundan kanuna karşı hileye bu memleketlerde daha çok tesadüf edilmektedir.

Birleşik Amerikada, kanuna karşı hile ile yapılan muameleler hükümsüz addedilmekte, yani bu nazariye göz önünde tutulmakta ise de, İngilterede doktrin ve mahkeme içtihatları bunu nazarı itibara almakta, ve hile ile yapılan muameleleri muteber addetmektedir. Bu hususta İskoçyadan bir misal getirebiliriz: İskoçyada evlenme hiçbir şekle tâbi olmadığı cihetle birçok İngilizler kolayca evlenebilmek maksadiyle İskoçyaya gidiyorlar, orada ikametgâh tesis ederek evlenme akitlerini yaptıktan sonra İngiltereye dönüyorlar. İngiliz mahkeme içtihatları, ikametgâh tesisi hile ile olduğu halde, bu gibi evlenmeleri muteber tutmaktadır.

Netice: Devletler hususi hukukunda kanuna karşı hileye yer vermek lâzım gelir kanaatindeyiz. Aksi takdirde devletler hususi hukuku suiistimal edilmiş olur. Tarafların Devletler hususi hukukunun prensiplerini oyuncak haline getirmelerine asla müsaade edilmemelidir. Bununla beraber itiraf etmeliyiz ki, bu nazariyenin kabulüyle hâkim çok müşkil

[23] Droit international privé de la Roumanie, Répertoire de droit international T. VII

[24] Makarov, Précis de droit international privé d'après la législation et la doctrine russes, P. 152.

vaziyette bırakılmış olacaktır. Fakat inkâr edilmezki, dahilî hukukta suîniyetle yapılan muameleleri, hüsnüniyetle yapılan muamelelerden ayırmak mecburiyetinde olan hâkim, daha az müşkül olan bir vaziyet içinde değildir. Hâkim, bu hususta takdir hakkını kullanarak hileye müracaat suretiyle yapılan muameleleri baltalamalı, Devletler hususi hukukunun suiistimal edilmesine meydan vermemelidir. Ancak bu suretledir ki, suîniyetle yapılan muameleler, hüsnüniyetle yapılan muameleler derecesine çıkarılmamış olur.

*Doçent Dr. Osman Fazıl BERKİ*