

Hâmile **TOPÇUOĞLU**

Ankara Hukuk Fakültesinde Hukuk Felsefesi ve Hukuk
Sosyolojisi Asistanı

KANUNA KARŞI HİLE

(KANUNDAN KAÇINMA YOLLARI)

DOKTORA TEZİ

Müdafaa tarihi: 23 Mayıs 1949

JÜRİ

Başkan : *Ord. Prof. Esad ARSEBÜK*

Üye : *Ord. Prof. Dr. E. HİRŞ*

Üye : *Prof. Dr. Hüseyin Cahit OĞUZOĞLU*

YAYIN KÜTÜPHANESİ

NO : 35239

YAYIN NO :

İ Z M İ T

Selüloz Basımevi

1 9 5 0

Bu tezde izah ve müdafaa edilen fikirlerden dolayı
Hukuk Fakültesi mesuliyet kabul etmez.

Dekan

Prof. Dr. Hüseyin Cahit OĞUZOĞLU

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

	<u>Sayfa</u> <u>No.</u>
I — Meselenin vaz'ı:	
1 — Sosyal ihtiyaçlar ve kanun	3
2 — Kanunla temas eden ferdi ihtiyaçlar	5
3 — Kanundan memnun olmayan fertlerin gösterdikleri tepkiler	6
a) Her şeye rağmen itaat etmek	6
b) Maddeyi açıkça ihlâl etmek	7
c) Maddeden gizlice kaçmak: KANUNA HİLE YAPMAK	7
4 — Kanuna karşı hile meselesi ve iki farklı hareket noktası	7
5 — Kanuna hilenin mahzurları	9
a) Açık ihlâllerdeki mahzurlar	9
b) Kapalı ihlâllere has mahzurlar	9
c) Müeyyide müşkülâtı	9
6 — Kanuna karşı hile ile mücadele vasıtaları	11
7 — Kanuna karşı hile teorisi ve hukuki münasebetlerde emniyet mülâhazaları	12
8 — İnceleme metodu	13
9 — Eski hukuk sistemlerine temasın sebebi	14
II — “Kanuna karşı hile,, ıstılahı:	
10 — “Kanun,, ve “Hile,, terimleri	15
11 — Ceza Hukukunda ve Medenî Hukukta hile	16
12 — “Hile,, nin neveleri (iyi ve kötü maksada müteveccih hileler)	17
13 — Hukuk tekniği terimleri olarak “Hile,, ve “İğfal,,	18
14 — “Kanuna karşı hile,, tabirinin elverişsizliği	22

VI

BİRİNCİ BÖLÜM

TİPİK "KANUNA KARŞI HİLE" HALLERİ

	<u>Sayfa</u> <u>No.</u>
I — Roma Hukukunda tipik misaller:	
15 — Roma Hukukunda tefsir	27
16 — Roma Hukukunda kanuna karşı hile telâkkisi	29
17 — Aleyhlerine hile yapılan kanunlar ve Senatus - consultum'lar (Genel olarak)	31
18 — Julia ve Papia Poppea kanunları ve aleyhlerine yapılan hileler	32
19 — Velleianum senatus - consultum'u ve aleyhine yapılan hileler	33
20 — Macedonianum senatus - consultum'u ve aleyhine yapılan hileler	35
21 — Anastasiana kanunu ve aleyhine yapılan hileler	36
II — Çağdaş hukuk sistemlerinde tipik Kanuna Karşı Hile,, halleri:	
22 — Seçilen tasnif metodu	39
A) Askerlik mükellefiyetini tanzim eden hükümler aleyhine hileler	43
23 — Evlenme suretile	43
24 — Yabancı Devlet tebalığına geçme suretile	44
25 — Yabancı Devletin askerî hizmetlerine girme suretile	45
B) Vergi mükellefiyetlerini tanzim eden hükümler aleyhine hileler	48
26 — Malî hukukta "Kanuna karşı hile,, meselesi (genel olarak)	48
1 — Dar tefsir prensibi	49
2 — Hile ihtimallerini derpiş eden malî kanunların vücudü	53
27 — Verasetle ipotikal vergisi hükümlerine karşı hileler: Mirastan feragat suretile	57
28 — Evlât edinme suretile	59
29 — İvazsız intikallerde hileler	60
30 — İvazlı intikallerde hileler: Gayri meşkulde mütemmin cüzüleri: ayrı satışı (ormanlarda)	60

	<u>Sayfa</u> <u>No.</u>
31 --- Satış yerine trampa aktinin yapılması	63
32 --- Bitişik gayri menkullerin trampasındaki hususiyetlerden istifade için hembudut olma yollarını arama	64
33 --- Gayri menkulü satacak yerde şirkete kuruluş hissesi olarak yatırma	65
34 --- Menkul kıymetler temettü vergisinden kaçmağa matuf hileler	66
35 --- Satış harcımdan kurtulmağa matuf kira - satış akitleri	67
36 --- Satılmak üzere alınan mallar için çift intikal vergisinden kurtulma yolu; bayiden satışa vekâlet istihsali	70
37 --- İthalât vergisinden kaçmağa matuf hileler	70
C) Devlet itibarını himayeye matuf hükümler aleyhine hileler	
38 --- Kâğıt paranın mecburî ve kanunî tedavülü meselesi	72
1 --- Kanunî tedavül	73
2 --- Kanunî ve mecburî tedavül	74
39 --- Alacaklıların kâğıt paranın düşüşüne karşı korunma tedbirleri ve Fransız içtihatları	75
40 --- Tediye suretine müteallik şartların mahiyeti ve içtihatlara muhalif doktrinin iddiaları	76
41 --- İçtihatlarda itidale avdet ve "mal ile tediye," şartının müteberliği .	78
42 --- Poincaré zamanında istikrar kanunu ve altın şartı	80
43 --- Kendi hukukumuz bakımından altın şartı meselesi	82
D) Devletlerin iç siyasetlerine müteallik bazı kanunlar aleyhine hileler	
44 --- Genevre kantonunda dini tarikatların hükmi şahsiyetlerinin ilgasına mütedair kanun aleyhine hileler	90
45 --- Fransa'da ruhban cemiyetlerinin kanunen tasfiyesi hükümleri aleyhine hileler	91
E) Meslek ve sanat icrasına müteallik tahditler aleyhine hileler	
46 --- Ehliyeti haiz olmayanların avukatlık yapmalarını meneden hüküm- ler aleyhine hileler	93
47 --- Memurların lokanta ve meyhane işletmeleri memnuiyeti aleyhine hileler	93

VIII

	Sayfa No.
F) Bazı hükümet tasarruflarını tesirsiz bırakmağa matuf hileler	95
48 — Yabancılar hakkında verilecek tart ve teb'it kararlarını hükümsüz bırakmak için yerli teb'alığı, ihraz kastile vâki câli evlenmeler	95
G) Evlenme ve neseb münasebetlerini tanzim eden âmir hükümler aleyhine hileler	97
49 — Aile münasebetlerini tanzim ihtiyacı	97
50 — Evlenme aktinin ilanı mecburiyeti aleyhine hileler	99
51 — Yakın hısımlar arasında evlenme memnuiyeti aleyhine hileler	104
52 — Tabiiyet, din ve ırk farklarından mütevellit memnuiyetler aleyhine hileler	107
53 — Boşanma memnuiyetleri aleyhine hileler	108
53 — (Mükerrer) — İtalyan içtihatlarında boşanma memnuiyeti aleyhine hileler	114
54 — Neseb münasebetlerini tanzim eden hükümler aleyhine hileler	115
54 — (Mükerrer) — Tabii çocukların tanınması kaidesinin gayesinden inhiraf ettirilmesi suretile vâki hileler	117
H) Zaif durumda bulunanları himayeye matuf hükümler aleyhine hileler	122
55 — Genel olarak	122
56 — İsrâf zaafını korumağa matuf hükümler aleyhine hileler	125
1 — Tabiiyet değiştirme suretile	126
2 — Ehliyeti tahdit edici hükümler verilmesinden evvel mameleki dağıtmaya matuf müstacel hukuki muameleler yapılması suretile	127
57 — Kumar zaafını korumağa matuf hükümler aleyhine hileler	132
1 — Fiat farkını istihdaf eden muameleler	132
2 — Vadeli borsa muameleleri	134
58 — Hastalıktan mütevellit zâfi korumağa matuf hükümler aleyhine hileler	136
59 — Karı mamelekinin koca nüfuzundan korunmasına matuf hükümler aleyhine hileler	139
59 — (Mükerrer) — Mal ortaklığı rejiminde karını hakları aleyhine hileler	141
60 — İşçinin, patronun iktisadi nüfuzuna karşı korunmasına matuf bazı hükümler aleyhine hileler	142

	<u>Sayfa</u> <u>No.</u>
I) Borçluyu himayeye matuf hükümler aleyhine hileler	145
61 --- Genel olarak	145
62 --- Fahış faiz memnuiyeti aleyhine hileler	146
63 --- Mürtehinin merhuna temellükü şartının memnuiyeti aleyhine hileler	148
64 --- Kanunen batıl olan âkitlerden doğan borçlara icra kabiliyeti vermeğe matuf hileler	149
J) Alacaklıyı himayeye matuf hükümler aleyhine hileler	151
65 --- Genel olarak	151
65 --- (Mükerrer) --- Teslimi meşrut şekilde rehin hükümleri aleyhine hileler	152
66 --- Müşterinin alacaklılarını himayeye matuf hükümler aleyhine hileler	154
66 --- (Mükerrer) --- Lex Commissoria memnuiyeti aleyhine hileler . .	158
67 --- Alacağın icra yolile tahsilini temin eden hükümler aleyhine hileler	159
68 --- Şüfa hakkı sahibinin hakları aleyhine hileler	162
K) Şirketler Hukukuna müteallik âmir hükümler aleyhine hileler	164
69 --- Genel olarak	164
69 --- (Mükerrer) --- Anonim şirketlerde kuruluş hükümleri aleyhine hileler	166
1 --- Asgari müessis adedi şartı aleyhine hileler	166
2 --- Kuruluş formalitelerine karşı hileler	169
70 --- Sun'î ekseriyet tesisi için yapılan hileler	172

İKİNCİ BÖLÜM

KANUNA KARŞI HİLE NAZARİYESİNİN KURULUŞU

71 --- Nazariyenin doğmatik ve sosyolojik metodların yardımile inşası meselesi	177
A) "Kanuna karşı hile,, nin tarifi	180
72 --- Eski hukuk sistemlerinde verilen tarifler	180
73 --- Çağdaş hukuk sistemlerindeki tarifler	183
1 --- Kanunun manasının tahrifine önem veren tarifler	183

	Sayfa No.
2 -- Hadisenin tahrifine önem veren tarifler	133
74 -- Yeni tarifler	184
75 -- Teklifimiz	187
B) Kanuna karşı hileyi derpiş eden bazı kanun metinleri	190
76 -- Kanuna karşı hileyi Genel olarak derpiş eden metinler	190
1 -- Yeni İtalyan Medenî kanunu Md: 1344	191
2 -- Eski Saksonya Krallığı Medenî kanunu Md: 80	192
3 -- Sovyet Medenî kanunu Md: 30	192
77 -- Kanuna karşı hileyi geniş manadaki hakkın suiistimali ile karşı- layan metinler	195
1 -- Polonya Medenî kanunu projesi Md: 18	195
2 -- Sovyet Medenî kanunu Md: 1	195
3 -- İsviçre Medenî kanunu Md: 2, Fıkra 2	195
78 -- Kanuna karşı hilenin bazı h u s u s î hallerini derpiş eden metinler	197
a) Umumi kanunlardaki metinler	197
1 -- İsviçre Medenî kanunu Md: 717, Türk Medenî kanunu Md: 690	197
2 -- İsviçre Borçlar Kanunu 19/2, Türk Borçlar Kanunu 19/2 (mefhumu muhalifte)	197
3 -- İsviçre Borçlar Kanunu 513, Türk Borçlar Ka- nunu 504, 505	197
4 -- İsviçre Medenî Kanunu 519, Türk Medenî Kanunu 499	197
b) Hüsusi kanunlardaki metinler	198
1 -- Alman vergi kanunu Md: 10	198
2 -- 2644 sayılı Tapu Kanunu Md: 29	198
3 -- 19.1.1940 tarihli İsviçre Federal Meclis kararı Md: 42/2	198
4 -- 13.7.1925 ve 10.4.1930 tarihli Fransız mali kanunları	198
5 -- 5499 sayılı Türk Avukatlık kanunu Md: 50	199
6 -- 3529 sayılı yabancıların seyyahat ve ikametleri hakkında kanun Md: 25	199
7 -- Yeni Emekli Sandığı Kanunu tasarıları Md: 75/d, c, e fıkraları	199
Netice:	
Kanun metinlerinde yer alan hallerin nazariyenin dışında kalışı	200

	Sayfa No.
C) Kanuna karşı hilenin hukukî kategoriler arasındaki yeri ve sahasının tahdidi	202
79 — Hukuka aykırı muameleler ve kanuna karşı hile (Genel olarak)	202
80 — Üçüncü şahıslara karşı hile ve kanuna karşı hile	203
1 — Üçüncü şahıslara karşı hile mefhumu	203
2 — Mukayese	205
Benzerlikler	205
a) Şekildeki meşruiyet	205
b) Menfaat temini saikile yapılma	205
Farklar	206
a) Aldatılmak istenen hedeflerin farkı: Müşahhas hak süjesi ve kanun	206
b) Kanun vazınca derpiş edilmiş ve alâkadarlara dava hakkının verilmiş olması	206
Netice:	206
81 — Kanuna karşı hile ve muvazaa	207
1 — Muvazaa mefhumu	207
2 — Mukayese	210
Benzerlikler	210
a) Vasıta olan muamelenin mutad gayesinden inhiraf ettirilmesi	210
b) Başka maksatlara alet olarak kullanılma	210
c) Butlanla karşılanma	210
Farklar	210
a) Câlilik ve ciddilik bakımından	210
1 — Câlî muamele ve kanuna karşı hile	211
2 — Muvazaa senedi (contre-lettre) ve kanuna karşı hile	212
b) Niyet ve maksat bakımından fark	213
c) Tatbik sahası bakımından fark	214
d) İsbat sureti bakımından fark	216
e) Müeyyede bakımından fark	216
82 — İtimada müstenid muamele ve kanuna karşı hile	217
1 — Mefhum	217
2 — Mukayese	219

XII

	<u>Sayfa</u> <u>No.</u>
Benzerlikler	219
a) Müsbet metinlerde yer almamış olmak	219
b) Saiklerde müşabehet: Muamelenin mutad gayesinden başka maksatla yapılması	219
Farklar	219
a) Muteberlik ve hükümsüzlük bakımından	220
b) Tatbik sahası bakımından	220
c) Müeyyede bakımından	221
83 — Hakkın suiistimali ve kanuna karşı hile	221
1 — Mefhum	221
2 — Mukayese	226
A. Geniş sistemlere veya hakkın suiistimalini içtihatlarla terk eden hukuk sistemlerine göre mukayese	226
a) Bir başka hak süjesinin ızzararı kasdına dayanan suiistimal mefhumu	226
Benzerlikler	228
I — Şekli meşruiyet ve hakiki memnuiyet	228
II — Birer gerçek muamele olmak bakımından	228
III — Gizli olmamak bakımından	228
IV — Muamelenin ciddiyetle yapılacağına mütedair niyet bakımından	228
V — Saik bakımından (saikin vasfı: gayri meşruiyet)	229
VI — İsbat sureti bakımından (delil serbestisi)	229
VII — Müeyyede bakımından (ıçtihatlarla dayanma)	229
Farklar	229
I — Hakkın suiistimalinde bir sübjektif hakkın vücudü şarttır. Kanuna hilede ise idarî bir yetki dahi kâfidir	229
II — Hakkın suiistimalinde müşahhas bir hak sahibinin zarar görmüş olması aranır. Kanuna hile için böyle bir şart aranmaz	229
III — Hakkın suiistimalinde failin ciddî bir menfaati yoktur, maksad gayri ızzardır. Kanuna hilede ise bilâkis asıl olan failin ciddî bir menfaatını temin kaygusudur.	229
IV — Hakkın suiistimalinde bir sübjektif hakkın hudutları ve gayesi dışına çıkıldığı halde, içinde kalındığı iddia edilir. Kanuna hilede ise bir âmir hükmün hudutları içinde	

	<u>Sayfa</u> <u>No.</u>
kalındığı halde, dışına çıkıldığı, tatbik sahasından kurtulduğu iddia edilir: Mukayese:	229
aa) Hileye mevzu olan norm bakımından bu fark aşıkârdır.	230
bb) Hileye alet olarak kullanılan norm bakımından bu fark görülmez.	230
b) Hakkın sosyal gayesinden inhirafı esasına dayanan hakkın suiistimali mefhumu	231
Objektif suiistimal telâkkisi esas alındığı takdirde, kanuna karşı hile ile hakkın suiistimali mefhumları arasında zail olan ve baki kalan farklar:	232
I — Her türlü hak ve yetki suiistimal edilebilir. Kanuna hileden farkı yoktur	233
II — Hakkın suiistimali için gayrı ızzar niyetinin şart olmaması dolayısıyla bu fark da zail olur. Ancak "ızzar neticesinden,, mücerret bir hakkın suiistimalinin bahis mevzuu olup olmayacağı münakaşa edilebilir.	233
Şematik mukayese	236
B. Mütevassıt (veya mefhum hakkında müsbet metinlere sahip) sistemlere göre hakkın suiistimalinin kanuna hile ile mukayesesi	237
a) Gayrı ızzar niyetine dayanan metinlere sahip sistemler (Alman Medenî Kanunu)	237
b) Hakkın gayesinden inhirafına dayanan sistemler (İsviçre ve Sovyet Rusya Medenî Kanunları)	237
c) Türk Hukuk Sisteminin yeri meselesi	240
84 — Âmme intizamı ve kanuna karşı hile	244
1 — Âmme intizamı mefhumu	244
2 — Kanuna hile ile mukayesesi	245
Benzerlikler:	246
a) İhtilâf kaidelerine göre selâhiyetli olan kanunun normal tatbikine engel teşkil etmek bakımından	246
Farklar:	247
a) Âmme intizamı mülâhazası, selâhiyetli kanunun tatbikini sunî olarak tahrik etmiş olmaktan değil, bizzat bu kanunun muhtevassından dolayı serdedilir. Yoksa kanunun tatbikini intaç eden vakıa mürettep değildir. Kanuna	

	<u>Sayfa</u> <u>No.</u>
hilede ise durum tamamen aksidir. Selâhiyetli kanunun tatbikini müstelzim vakıa sun'î olarak ibdas edilmiştir.	247
b) Selâhiyetli kanunun tatbik edilmesinin sebebi farklıdır: Birinde bu kanunun multeveası âmme intizamına aykırı olduğu için, diğlerinde faildeki saik gayri meşru veya bir başka âmir hükmü tesirsiz bırakmağa matuf olduğu için.	248
D) Kanuna karşı hilenin hukukî mahiyeti	248
85 — Kanuna karşı hilenin unsurları (Genel olarak)	248
86 — Aleyhine hile yapılan kanunun evsafı (dabili hukukta)	250
1 — Ancak ahlâkî bir vazifenin müeyyidesini teşkil eden eden kanunlar aleyhine vâki hilelerin nazara alınacağı fikri	251
2 — Ancak muayyen bir gayeyi meneden âmir hükümler aleyhine vâki hilelerin nazara alınacağı fikri	254
3 — Ancak gai tefsire müsait olan hükümler aleyhine vâki hilelerin nazara alınacağı fikri	257
4 — Alehtlak bütün âmir hükümler aleyhine vâki hilelerin nazara alınacağı fikri	258
86 — (Mükerrer) — Hangi memleket kanununa karşı hile iddiası mesmu olabilir?	259
I — Lex fori'ye karşı hile	260
II — Yabancı kanunlara karşı hile	260
A. Yabancı kanundan gene o kanunun başka bir hükmüne iltica suretile vâki hileler	261
B. Ecebî kanundan, bir ihtilâf kaidesine iltica suretile vâki hileler.	261
a) Ecebî kanundan kaçıp Lex fori'ye iltica suretile hile	261
b) Ecebî kanundan kaçıp bir başka ecebî kanununa sığınmak suretile vâki hileler	261
87 — Hileli niyet unsurunun rolü ve ehemmiyet derecesi	265
a) Sübjektivist teori taraftarlarına göre	265
b) Objektivist teori taraftarlarına göre	267
88 — Kanuna karşı hilenin müeyyidesi	271
E) Kanuna karşı hile nazariyesinin tenkidî münakaşası	273
89 — Nazariyenin reddine taraftar olanlar ve itirazlarının mesnetleri	274
1 — Hukukî ve mantkî bakımdan yapılan itirazlar	274
2 — Maslahat bakımından yapılan itirazlar	275
3 — Tekâmüle aykırılık bakımından yapılan itirazlar	276

	Sayfa No.
89 -- (Mükerrer). -- Nazariyeyi kısmen kabul eden doktrin	276
90 -- Kanuna karşı hile nazariyesini kabul eden doktrin ve aleyhte serdedilen itirazların reddi	277
1 -- Hukukî ve mantikî itirazların reddi	277
2 -- Maslahata aykırılık itirazlarının reddi	278
3 -- Tekâmüle aykırılık itirazlarının reddi	279
F) Hilei - Şeriyye	281
91 -- İslâm Hukukunda Hilei - Şeriyye meselesi	281
1 -- Genel mülâhazalar	281
2 -- İslâmda hilei - şeriyye tabiri ve mefhumu	281
a) İslâmî Hukuk ve ahlâk ölçülerine göre Hilei - Şeriyye	282
b) Hilei - Şeriyyenin muhtelif tathikatı ve suiistimali	284
92 -- Bazı şerî hile şekilleri	286
1 -- Nikâh ve talâk meselelerine müteallik hileler	286
a) İmam Âzam zamanında geçen çift düğünde yanlış zıvaf hadisesi	286
b) Kölesini damad edinen efendinin, ölümü halinde kölenin kızına intikali dolayısıyla nikâhın münfesihi olmamasını temin eden hilesi: Köleden borç alma	287
c) Nikâhda, şehir dışına karıyı çıkartmaması için koca aleyhine, çıkartma vukuunda boşanma vaki olmaksızın mihir şart koşulması	287
(Nikâhdan sonra aynı neticeyi temin için: kadının yakın akraba lehine borç yahut kefalet ikrarı. Yalan yemine mani olmak için, bir eşyayı karıya satma)	
d) Hulle meselelerinde hileler	288
e) Halife Harun Reşide izafe edilen hadise	289
Zekât meselelerinde hileler	291
N E T İ C E :	293
1 -- İsbat sureti bakımından bazı mülâhazalar	294
2 -- Müeyyide bakımından bazı mülâhazalar	294
3 -- Kanun koyan bakımından bazı mülâhazalar	295

B İ B L İ O G R A F Y A [x]

- Adalet Dergisi - Adalet Bakanlığı Yayınlarından (Muhtelif seneler)
- ALLARD. Paul - Comment on fraude le Fisc? 1929
- ARAL. Namık Zeki - Döviz Hukuku (Türk Hukuk Kurumu Konferansları)
- ARMİNJON - La Fraude à la loi en Droit International Privé. (Clunet 1921, 64)
- ” - Précis de Droit International Privé. 1925
- ARSEBÜK - Borçlar Hukuku. Cilt I. II. 1943
- ARSEBÜK - Medenî Hukuk. Cilt. I
- ARSEBÜK - Akidlerde muvazaa ve tatbikattaki şekilleri (Türk Hukuk Kurumu Konferansları) 1943
- ARSEBÜK - (Ahmet Esad) - Hukuk Muvacehesinde Kambio. 1927
- AULAGNON et LIGEROPPOULO - Fraude à la loi (Répertoire de Dr. Int. Priv. VIII)
- BAZ. Jean, - La Fraude à la loi en Droit Musulman. 1938
- BELGESAY - (Mustafa Reşid) - Türk Kanunu - Medenisi Şerhi. 2 nei tabı. 1929
- BERKİ - Osman, - Devletler Hukunda Kanuna Karşı Hile (Ank. Huk. Fak. Dergisi, 1944)
- BOİSTEL. A. - note, Dalloz 1873. I. 177
- BOURBOUSSON. E. - Du Mariage, des Régimes matrimoniaux, des Successions dans les cinq parties du monde. (Russie Soviétique) 1930.
- BRY. George, - Principes de Droit Romain. 1930
- CAPİTANT. Henri, - La clause “payable en or,, (Rev. Trim. de Dr. Civ. 1925)
- CAPİTANT. Henri, - Sur la validité de la clause de “payable en denré,, (Dalloz Hebdomadaire. 1926. 2. 57)
- CAPİTANT. Henri, - Sur la clause d’ “échelle mobile,, (D. H. 1926 Sh: 7)
- CAPİTANT. Henri, - Les succédanés de la clause “payable en or,, sur la clause “payement en marchandise,, (D. H. 1926 Sh: 1)
- CAPİTANT. Henri, - De l’effet de suppression du cours forcé sur les clauses de payement en or ou en monnaie étrangères. (D. H. 1928. Sh: 53)
- CAPİTANT. Henri, - De la répression de l’usure (D. H. 1935 Sh: 61 chronique)
- COLİN et CAPİTANT - Cours élémentaire de Droit Civil Français. 1931
- CORNİL - Le Droit Privé. 1904
- COSTE - FLORET. A. - La nature juridique du Mariage. 1935
- CUQ. Edouard, - Manuel des Institutions juridiques Romains. 2 nei bası 1926.
- CURTİ - FORRER - Commentaire du Code Civil Suisse. 1922.
- DALLOZ - Dictionnaire pratique de Droit. 1909
- DALLOZ - Recueil générale de Jurisprudence (muhtelif yıllar)

[x] Burada ancak bizzat incelemek imkânı bulunan eserlerden bahsedilmiştir. Başka mtele-
hiflerden nakil suretiyle öğrenebildiğimiz hususlar metinde işaret olunmuştur.

- DALLOZ - Recueil hebdomadaire de Jurisprudence (muhtelif yıllar)
 DALLOZ - Répertoire Pratique (muhtelif tabllar)
 DALLOZ - Nouveau Code Civil annoté. 1903, 1938
 DESBOIS. Henri, - La notion de fraude à la loi et la Jurisprudence française 1927.
 DEMOGUE - Traité des Obligations en général. 1923
 DESJARDIN. René, - Le Mariage en Italie depuis les accords de Latran. 1933
 DESPAGNET - Cours élémentaire de droit international privé.
 DUBLINEAU - Traité théorique et pratique de l'enregistrement. 1923
 DUPUICH - note, D. 1920. I. 137
 ELIACHEVITCH. Basile, - Traité de droit civil et commercial des Soviets, 1930
 EGGER - Kommentar zum Schweizerischen zivilgesetzbuch. 1930
 EGGER - İsviçre Medenî Kanunu Şerh. (Çeviren: Volf ÇERNİS 1947)
 ENNECCHEURUS, KIPP ve WOLFF - Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1930
 FLURER - note. D. 1890. 2. 193
 FRIEDRICH. KARL, - Gesetzesumgebung (Handwörterbuch der Rechtswissenschaft)
 FUNK Fritz - Borçlar Kanunu Şerhi (Çevirenler: Hıfzı VELDET ve Cemil Hakkı SELEK. 1937)
 FETAVAYI - HİNDİYE
 GENY - Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier monnaie. (Rev. Trim. de dr. civ. 1928. I.)
 GENY - Méthode d'interprétation et sources en droit privé. 2. basım 1932
 GENY - et ses collègues - Le maintien et la défense de la famille par le Droit, 1930
 GIRARD - Manuel de droit romain, 7. bası 1924
 GÖKTÜRK. Hüseyin Avni - Borçlar Hukuku, 1947
 GÖKTÜRK. Hüseyin Avni - Türk Medenî Hukuku, 1945
 GÖNENSAY (Ahmet Samim) - Hukuku Medeniye Dersleri 1928
 GUHL. Théo - Das schweizerische Obligationenrecht, 2. bası, Cilt: 1
 GUHL. Théo - Le Droit fédéral des obligation (Çeviren: Des GOUTTES,)
 GÜLTEKİN, Dr. Galip - Hukukî müesseselerin vazedildikleri gaye haricinde kullandıkları (Hukuk Gazetesi. 39-46)
 HATIEZ. A. - De la contravention fiscale devant la jurisprudence répressive. Paris, 1918
 HAYDAR. Ali - Dürrerilâhkâmı Şerh-i Mecelletülâhkâm. Kostantiniye. 1330
 HIRSCH. Dr. E. Afif Tektaş'ın "Altın Kaydı., adlı eserine önsöz. 1938
 HIRSCH. Dr. E. - Türk Ticaret Kanununun esaslarına göre Ticaret Hukuku (Çeviren: Galip Mustafa GÜLTEKİN. 1935)
 HIRŞ. Dr. E. - Ticaret Hukuku 2. bası 1943
 HIRŞ. Dr. E. - Ticaret Hukuku 3. bası 1948
 İbni - NUCEYM - ül mısri - El Egbah ven Nazâir (ma'şerhihi gamız uyünül bası-irül - HEMEVİ. (Matbaai - âmire, hicri 1290 tab'ı.)
 JOSSERAND - De l'Esprit des droits et de leurs relativité. 1939
 JOSSERAND - Evolution et actualités. 1936
 KOHLER. Joseph, - Recht und Gesetz. 1917 - 1918
 KÖKLÜ. Aziz, - Türkiyede para meseleleri. 1947
 LABBE - De la naturalisation et du divorce du point du vue des rapports internationaux. (Clunet 1905 Sh: 292-306)
 LACHENAL. Gustave, - Les fraudes fiscales. 1948
 LALOU - Droit fiscal contre Code Civil (D. H. 1927)

- LALOU - note (D. 1924. 2. 97) ve (D. 1924. 2. 17)
- LALOU - note. (D. H. 1926 Sh: 69)
- LAPRADELLE et DARRAS - Revue de Droit International privé (muhtelif yıllar)
- LEREBOURS - PIGEONNIERE - Précis de Droit International privé. 1937
- LEROUGE. Gaston. - La théorie de la fraude en Droit Fiscal. 1944
- LIENHARD - Le rôle et la valeur de l'Ordre Public en Droit Interne et en Droit Privé International. 1935
- LIET - VAUX - La fraude à la Constitution. (Revue de Droit Public. I.IX. 117)
- LIGEROUPOULO - Le problème de la Fraude à la Loi. 1928
- LOTTIN - De la Fidéjussion. 1882
- LYON - CAEN - note (Sirey 1920. I. 193)
- LYON - CAEN et RENAULT - Manuel de Droit Commercial. 1928
- MADAY. Denis. - Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht. 1941
- MARDIN. Ebülulâ - Hukuku Medeniye dersleri 1928
- MARDIN. Ebülulâ - Medenî Hukuk Dersleri 1929
- MARKOVITSCH - La théorie de l'abus des droits en Droit Comparé. 1936
- MAY. Gaston. - Eléments de Droit Romain. 18 inci bası, 1932
- MİLASLI. Gad Franko - Kanunu Medenî Rehberi. 1926
- NİBOYET - La Fraude à la Loi en Droit International Privé (Revue: 1926)
- NİBOYET - Manuel de Droit International Privé Français. 1928
- NİBOYET - Traité de Droit International Privé Français. 1944
- NİCOLA - Ruses légales et roueries financières. 1919
- NOGARO - La clause "payable en or.", (Revue Trim. de. Dr. Civ. 1925)
- NÜFUS GENEL MÜDÜRLÜĞÜ TABİİYET ARŞİVLERİ
- ÖĞÜZOĞLU. Hüseyin Cahid - Medenî Hukuk. 1949
- OSER - Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht. 1929
- OSER ve SCHÖNENBERGER - Borçlar Hukuku. Şerh. (Çev.: Recai SEÇKİN) 1947
- PELİN. İbrahim Fadıl. - Finans İlmî. 1942
- PERROUD - La Fraude à la Loi en Droit International privé (Clunet, 1926. 24)
- PERROUD - Des Conséquences d'un changement de la Loi personnelle Clunet. I. 1905, Sh: 292
- PERREAU - Les atténuations juridiques apportées par les contrats aux lois impératives. (Rev. Trim. de Dr. Civ. 1923 Sh: 328)
- PILLET - Principes de Droit International Privé. 1903
- PILLET - Traité pratique de Droit International Privé. 1923
- PLANİOL - Traité élémentaire de Droit Civil (revue et complété par G. RİPERT)
- PLANİOL et RİPERT - Traité pratique de Droit Civil Français. 1934
- POSTACIOĞLU. İlhan - Gayrimenkullerin ferağına müteallik akidlerde şekle riayet mecburiyeti. Tez. İstanbul. 1945
- PROUDHOMME. A - La perte de la nationalité française et la prise de la service militaire en pays étranger. (Clunet 1923 Sh: 488 - 499)
- REBBOUD - Précis d'Economie Politique. 8 inci bası. 1939
- REPERTOİRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Cild VIII ve X
- RESMİ GAZETE
- RICHARD. Albert - Cali Evlenmeler (Çeviren Dr. F. H. SAYMEN. İst. Huk. Fak. Dergisi 1938 yıl IV Sayı: 13 Sh: 481 - 502)

- RIGAUD, Louis - L'Action en recherche de paternité et l'influence exercé par le changement du statut personnel de l'enfant en cour d'instance. (Clunet. 1919 Sh: 50)
- RIGAULT, Louis - De l'action en déclaration de paternité intentée contre un français par une mère étrangère pendant la minorité de son enfant né en France. (Clunet: 1918 Sh: 1048)
- RIPERT - La règle morale dans les obligations civiles. 3 üncü bası. 1935
- RIPERT - Gaston Lerouge'un (La Théorie de la Fraude en Droit Fiscal) adlı eserine önsöz 1944
- ROSSEL et MENTHA - Manuel de Droit Civil Suisse. 2 nci bası.
- ROTONDI - Gli atti in frode alla legge. Torino. 1911
- ROYER - Copper, - Traité des Sociétés. Cilt II. 1939
- SAVATIER - note. (D. P. 1926. 2. 89)
- SAYMEN, Ferid Hakkı, - Medenî Hukuk 1948
- SAYMEN, Ferid Hakkı, - Kanuna Karşı Hile İstimali. 1940
- SAYMEN, Ferid Hakkı - Akid yapmak hakkının suiistimalı (İst. Huk. Fa. dergisi VII. 1941. Sh: 541 - 563)
- SAYMEN, Ferid Hakkı - Mukayeseli Hukuk bakımından hakkın suiistimalı (İst. Huk. Fak. Dergisi XII 1946 Sh: 1129 - 1151)
- SCHACHT, Joseph - Kitabül - Hiye'l vel - Mararig (HISAF'ın eseri hak. tez: 191
- SCHNEIDER et FICK - Commentaire du Code Civil Suisse. (adapté par PORRET 1915)
- SCHWARZ, B. - Medenî Hukuka Giriş. 1942
- SCHWARZ, A B. - Borçlar Hukuku Dersleri. 1948
- SEVIC, Vasfi Raşit - Tahşiyeli Türk Medenî Kanunu. 1926
- SOHM, Rudolph, - Institutionen. 16 nci bası. 1920
- STAUB - STRANZ - Wechselgesetz. 1934
- SUR, Fadıl Hakkı - Maliye Dersleri Cilt 1. 1943
- TEKTAŞ, Afif, - Altın Kaydı (Clause - or) ve mahkeme içtihadları. 1938
- TİMUR, Hıfzı, - Kanuna Hile ve Ämme İntizamı mefhumlarının harp yıllarındaki önemi (Beşinci Üniversite Haftası. Van. 1945. Sh: 244)
- TİMUR, Hıfzı - Devletler Hususî Hukukunda Ämme İntizamı. 1941
- TRAVERS - La Fraude à la Loi en matière du Mariage (Revue. Lapradelle. 1910 Sh: 362)
- TUOR, Pierre - Le Code Civil Suisse (Çeviren: DESCHENAU, 1942)
- TUHR, von. - Partie général du Code Fédéral des Obligations Çeviren: THILO) 1934
- VALERY - La fin des divorces humaines (Clunet 1924 Sh: 802)
- VALERY - Du divorce des italiens qui se sont fait naturaliser dans uns pays étranger. (Clunet 1918 Sh: 39)
- VALERY - Manuel de Droit International Privé. 1914
- VELDET, Hıfzı - Medenî Hukuk Dersleri. 1943
- VELDET, Hıfzı - Medenî Hukukun Umumî Esasları. 1948
- VELDET, Hıfzı - Türk Medenî Hukuku 1948
- VERPLAETSE, Julien - La Fraude à la Loi en Droit International Privé. 1938
- VETSCH - Die Umgehung des Gesetzes. Zürich. 1917
- WEISS - Traité théorique et pratique de Droit International Privé. 1907
- WENGER - Römisches Recht. 2 nci bası. 1936

G İ R İ Ő

I — MESELENİN VAZİ

II — “KANUNA KARŞI HİLE,, İSTİLAHI

G İ R İ Ő

I — MESELENİN VAZ'I

1 — Sosyal ihtiyaçlar ve kanun:

"Kanuna karşı hile,, meselesini vaz ederken herşeyden evvel kendisine itaat zarureti olan bir normla bundan kaçmaya çalışan yani hem bu norma itaat etmemek hem de bu itaatsızlığını gizlemek isteyen bir sùjeyi tasavvur ediyoruz. Şu halde evvela bu norma itaat zaruretinin menşeyini, sonra da sùjedeki itaatsızlığın saiklerini aramız gerekır.

Kanunlara ve alelittlak hukuk kaidelerine itaat zarureti yalnız hukuki bir mükellefiyet değildir. Bu, sosyal hayatın icabı olan bir zarurettir. Cemiyet kanuna muhtaçtır, çünkü kendi hayatiyetini sürdürmek ve geliştirmek imkânlarını ancak onunla temin eder. Bu itibarla kanunlar daima hiç değilse değiştirilmelerine lüzüm hissedilmediği müddetçe bir sosyal ihtiyacın karşılığını ifade ederler. O halde cemiyetle kanun arasındaki münasebet, kanunun karşılamayı istihdaf ettiği sosyal ihtiyacın durumuna tabi kalır. Bu ihtiyaç devam ettikçe kanun da mevcudiyet sebebini muhafaza eder, ihtiyaç ortadan kalkar veya değişirse kanun da hikmeti vücudunu kaybeder, hatta bazen cemiyetin gelişmesine engel teşkil eder. Bu takdirde cemiyet, onu ya kaldırır veya değiştirir, fakat bunları yapmaya lüzüm hissetmediği müddetçe de ona riayeti temine çalışır ve ferdî iradeler tarafından her ne suretle olursa olsun - ihlâlini hoş görmez.

Filhakika bir cemiyetin kanun hükümlerine olan sadakatı, o hükümlerin karşılaşmakta olduğu sosyal ihtiyaçların tatminine karşı gösterdiği ihtimama, alâkaya alâmettir ki, bu da cemiyetin sosyal sıhhatına delâlet eder. Bu bakımdan cemiyetin kanun hükümlerine karşı lâkaydisi, onların doğrudan doğruya veya dolayısıyla ihlâllerini müsamaha ile karşılayışı her zaman sosyal bir maraz alâmetidir. Ya cemiyet kendi icadı hatta emri demek olan kaideleri küçümsemekte yani kendi iradesini inkâr etmektedir, yahut da onları münferit ihlâllere karşı koruyamayacak kadar aciz içindedir.

Kanunu koyan ve tatbik eden makamların bu husustaki titizlik derecesi ne kadar fazla olursa ferdin cemiyetten edineceği emniyet hissi de o kadar kuvvetli olur ki, hukuk nizamının da esas itibariyle gayesi budur.

Ancak bu mücerret hükümlerin muhtevaları açıklanacak olursa durum biraz değişir. Gerçekliğe indığımız zaman biz, daima ferdleri, hususî şahısların ihtiyaçlarını ve bunların tatmini için yapılan ferdi faaliyetleri buluruz. Sosyal ihtiyacı tesbit eden, onu karşılamak için kanun koyan ve sonra bu kanundan kurtulma çaresini arıyan gene bizzat müşahhas ferdlerdir. Hasılı kanunu yaratan da, ihlâl eden de gerçeklikte ferdi iradelerdir. Kanun koyucu da ferdi bir zekâdır, ondan kaçmak isteyen de. Şu halde cemiyetin kendi koyduğu kaideleri gene kendisinin yıkması vakıası, gerçeklikte sosyal ihtiyacı teşkil eden ferdi ihtiyaçları yekûnundan bir kısmını kanunun tatminsiz bırakması neticesinde, bu ihtiyaç sahipleri tarafından ihlâl edilmesinden ibarettir. Filhakika sosyal ihtiyaç mefhumunun zahiri vahdeti gerçekliğe inildiği zaman, çeşitli ve çok defa birbirine zıt ferdi ihtiyaçların bir muhassalası olarak tecelli eder. Bu itibarla muayyen bir sosyal ihtiyacı giderme vasıtası olarak vaz edilmiş olan bir kanun hükmü birtakım ferdi ihtiyaçları bizzarure tatminsiz bırakır. Esasen "âmme menfaati,, mefhumunun her tahlilinde karşılaşılan güçlük bundan mütevellit değil midir? Her kanun neticede âmme menfaati için konmuş sayılır. Fakat bu menfaat nedir? Kimlerin menfaatıdır, hiçbir ayırt kabul etmeden herkesin mi? Yoksa şu veya bu zümrenin mi? Nihayet zümrevî bazı menfaatların himayesi için mevzu bir kanun, dolayısıyla yine âmmenin menfaati için konmuş, âmmenin selâmeti bakımından falan veya filân zümrenin hususî menfaatlarının ayrıca karşılanması lüzumlu addedilmiş olduğu için ısdar edilmiş değil midir? Hülâsa hudutları kolayca tayin edilemeyen bu gibi mefhumlar analitik bir görüşle açıklandığı zaman içinde birbirleriyle tearuz halinde bulunan çeşitli unsurlara rastlanır. Sosyal ihtiyaç da, âmme menfaati da haddizatında birbirleriyle tezat halindeki bir çok ferdi ihtiyaç ve menfaatların bir muhassalasını ifade ederler. Kanun, cemiyet içindeki menfaat ihtilâflarını sosyal düzenin âcaplarına göre halleden bir kaidedir ve tabiatıyla bu hal suretinde, birbiriyle tearuz eden ihtiyaçların bir kısmı diğerlerine nazaran daha az tatminsiz kalır, hatta bazan büsbütün himayesiz duruma düşer.

Hangi ihtiyaçların sosyal bir ihtiyaç telâkki edilmesi gerektiği, kanunla halledilen menfaatlar ihtilâfının hangi nevi ihtiyaçların lehine neticelenmesi lâzımgeldiği, hülâsa hangi nevi ihtiyaçların sosyal nizamın himayesine mazhar edilerek "hak,, mertebesine yükseltilmesi icab ettiği hususları, bir bakıma tamamen felsefe ve spekülasyon sahasına giren meselelerdir, bir bakıma da âcilen ve doğrudan doğruya teşriî muhitlerde münakaşası icab edecek kadar pratik problemlerdir. Daha doğrusu, aynı zamanda her iki mahiyeti de haizdirler. Bu gibî hususların tetkiki başlı başına bir bahis teşkil eder. Cemiyet içinde mütemadiyen

değişen menfaatlar durumunu müşahede ve teâbit etmek, kanun koyanı, daima kendi teşrii âletini bu tahavvüllere göre ayar ederek yeni hal suretleri bulmaya davet etmek şüphesiz ki hukukçulara, hukuk sosyolojisiyle uğraşanlara düşer. Ancak, kanunların da muayyen bir istikbali derpiş ederek yapıldıklarını unutmamak gerekir. Kanunlardaki değişme sür'ati hiçbir zaman, gerçeklikteki fiili menfaatlar ihtilâfının tahavvüllerini takip edemez. Kanunların, sosyal zaruret ve icapları ancak arkadan takip edebilmeleri, bizzat mahiyetleri icabıdır. Pratik hayatta sosyal zaruretlar, daima, hukukî çarelere tekaddüm ederler. Diğer taraftan kanundan beklenen istikrar yaratma, nizamlama görevi de buna mânidir. Kanun, yalnız sosyal emri -vâkilerin bir hal sureti değil, aynı zamanda sosyal vakıalara bir istikamet, bir nizam verme vasıtasıdır. O, hem halleder hem yol gösterir. Bu itibarla kanunların pek fazla sür'atle değişebilmeleri esasen arzu edilirdir bir şey de değildir.

2 — Kanunla tearuz eden ferdî ihtiyaclar:

Hatta kanunların anormal bir sür'at ve müthiş bir değişme kabiliyeti ile anıbe an yenilenerak cemiyetteki gerçek menfaatlar ihtilâfının hakiki istikametini takip ettikleri tasavvur edilse bile, bizzat bu sosyal ihtiyaç mefhumunda mündemiç olan ziddiyet gene birtakım ferdî ihtiyacların tatminsiz kalmasını intaç eder. Kısacası, her kanun muayyen miktarda ferdî ihtiyacı karşılar ve gene muayyen miktarda ferdî ihtiyacı da tatminsiz bırakır. Zira ferdî ihtiyaclar hudutsuzdur, korunan ihtiyaclar ise mahduttur, sayılıdır.

Ancak bir noktayı da hatırlatmamız lâzımdır: ferd, ferdî ihtiyaclarının hepsinin kanun tarafından korunamayacağını bilir ve bunların arasında bir ayırd gözetir; kendi ahlâk ve hukuk telâkkisine veya duygusuna göre bazı ihtiyaclarının hukukun yardımından mahrum kalmasını tabii ve muhik görür ve bunların tatmin edilmeyişine katlanır, yahut kanuna rağmen tatmine kalkışırsa, bunun bir suç, bir ihlâl olduğunu teslim eder ve var kuvvetiyle bu ihlâlini saklar. Fakat, bazı ihtiyaclarının kanun tarafından tanınmayışını gene kendi hukuk duygusuna veya ahlâki ölçülerine göre asla mazur ve muhik telâkki etmez. Kanaatınca bu nevi ihtiyaclarını kanun koyan hak mertebesine yükselterek korumalıdır. Halen korumamakta ise, haksızlık ediyor demektir. İşte konumuzu teşkil eden ferdî tepkiler, müşahhas ferdlerdeki bu kanaatın tezahür ettiği yerlerde görülür. Ferdlerin böyle bir hissi hangi ihtiyacları hakkında, ne zamanlar ve ne gibi sebepler yüzünden duyduklarını ilerde inceleyeceğiz. Keza, bu hissin isabetliliği veya galatlığı daha doğrusu muhik veya gayrı muhik addedilmesi gibi hususları -yerine göre- ilerde münakaşa edeceğiz.

Biz burada sadece, her kanunun, memnun ettiği ferdler olabileceği gibi, müteessir ettiği kimseler de olabileceğini hatırlatmak ve bunun kaçınılmaz sebeplerine işaret etmek istiyoruz.

Esasen, her kanun, psikolojik bakımdan, ferd için bir tahdittir. Arzu ve menfaatlarını kanunî çerçeveler içinde, yani herkesle beraber ve herkesle eşit olarak tatmin etmekle iktifa edebilen ferdler ekseriyeti teşkil etse de, yine bu hudutları aşmak ve kendisine imtiyazlı durumlar edinmek isteyen kimseler de yok değildir. Hatta bu, biraz da beşerî bir şeydir ve içtimaî terbiyenin noksanlığı ile artan bir temayüldür. Kanun ise, aynı durumda olan herkese, aynı derecede himaye bahşeder ve daha fazla tatmin edilmek arzularını hoş görmez.

3 — Kanundan memnun olmayan ferdlerin gösterdikleri tepkiler:

Ancak, birçok ferdlerin, kendi arzu ve menfaatlarını kanunî yollarla tatmin kâfi görmeyip çeşitli vasıtalarla başvurmaktan hali kalmadıkları da bir vakiadır. Hususiyile medeniyetin tekâmülü, kanunların çoğalmasın, yani ferdin hareketlerini hudutlandıran kordonların büsbütün girift bir hale gelmesini gerektirmiştir. Bu hal ferdi, çok defa, kendisini her adımda köstekleyen, her hamlesini kıran bu meşru tahditler ağından kurtulma yollarını aramağa sevk etmiştir. Hatta ferd, bu gibi hareketlerini kendi sübjektif ahlâk telâkkilerine göre vicdanına karşı haklı göstermeği de öğrenmiştir. Filhakika fert, bazan hayatın ciddî zaruretlerinin tesiriyle bunu yapar, bazan kanunî tahditleri şahsen mantıksız bulur ve bu gibi manasız usullere riayeti budalalık sayar, bunlardan kurtulmayı da marifet bilir. Bilhassa böyle bir kaçamak yola müracaattan zarar göreceğ müşahhas ferdleri tayin edemediği veya bunların yokluğuna kanaat getirdiği zamanlar, yaptığı işi kendi aklına göre meşru da sayar. Zarar gören bir şahıs ortada yoktur, bu ufacak itaatsizlikle cemiyet te yıkılacak değildir! İşte, tahdidî kanunlardan kaçmağa çalışan mütevassıt kültürde bir ferdin muhakeme silsilesi kaba hatlarla, bu şekilde tasvir edilebilir. Mamafî bütün vatandaşların kanuna hürmet hissinden bu derece mahrum oldukları hiçbir zaman iddia edilemez. Böyle olsaydı, kanunların yaşayabilmesi bir mucize olurdu. Şu halde, bir kanun maddesinin hükmünden memnun kalmıyan ferdlerin gösterecekleri tepkileri üç guruba ayırabiliriz:

a) Herşeye rağmen itaat etmek. Bu ister ferddeki kanuna riayet hissinin, şahsî menfaatinin tatminsiz kalmasını hoş gördürecek kadar kuvvetli olmasından, ister itaatsizliğin akîbetini göze alamamasından mütevellit olsun, hukukî bakımdan aynı neticeyi doğurur. Ahlâkî bakımdan ise, bu iki saik arasındaki büyük değer farkının teslim edileceği tabiidir.

b) **Bu kanun maddesini açıkça ihlâl etmek.** Burada ferd, bazı ihtimallere güvenebilir: Cezai sahada yakalanmamak ihtimali, hukukî sahada bu ihlâlin müeyyidesini tahrik edecek tarafın ihmali veya hakkından vazgeçmeği dostça kabul etmesi gibi. Meselâ mahfuz hisselerine tecavüz eden bir teberruun faili olan muris, varislerinin bunu iptal ettirmeyecekleri yolundaki vaadlerine veya bu yoldaki nezaket veya cömertliklerine güvenebilir. Yahut, hava parası alan bir mülk sahibi, kiracı ile olan dostluğu sayesinde bunun ihbar edilmeyeceğinden emin olabilir. Bütün bunlar, açık ihlâllerin umumiyetle hukukî bakımdan uğranılacak olan âkibetten tevâkkî edilebileceği zehabiyle yapıldığını gösterir.

c) **Kanun maddesinden gizlice kaçmak.** Daha doğrusu, mahirâne bir tertibatla bu madde hükümlerinden sıyrılmak. Öyleki artık maddenin ihlâli belli olmayacağı için hiçbir türlü müeyyidenin tatbiki bahis mevzuu olamasın. Ferd, ihlâlini o şekilde yapar ki, bunun meydana çıkması ancak tezimizin konusu olan teorinin içtihatlarca kabulü ile mümkündür. Zira artık ne gizleme tedbirlerine, ne üçüncü şahısların vaadlerine veya sadakat göstermelerine muhtaç olunmadan ihlâl yapılır ve müeyyidesiz kalınır. Ferd adeta kanun koyanı, bizzat kendi sözleriyle ilzam eder ve hakikatte onun iradesini tamamen ihlâl eder. İşte, tetkik mevzuumuz bu üçüncü hareketlerdir.

4 — “Kanuna karşı hile,, meselesi ve iki farklı görüş noktası:

Bu mefhum hakkında kullanılan tabirin münakaşasını ilerde yapacağız. Burada aynı mefhumu ifade için “kanundan kaçma,, veya “kanunu dolanlı bir şekilde ihlâl,, tabirlerini de bulabiliriz. Bu hareketleri ile ferd, işine gelmeyen kanun maddesini âdeta kendi hesabına ilga etmiştir. Hakikatte tamamen kanun maddesinin emir veya nehyine aykırı hareket ettiği halde, dar hukuk anlayışı içinde bulunduğu takdirde ya bizzat ihlâl ettiği maddeye, yahut da başka bir kanun maddesine itaat eder gibi görünür. Demek ki ferd hareketlerini, kaçmak istediği kanunî engelin ulaşamayacağı bir sahada cereyan ettirmektedir. Kaçınılan maddenin hakikatte o sahaya da şamil olduğunu ve ferdin ihlâlini gizleme teşebbüsünün neticeye müessir olmadığını kabul edebilmek için daha geniş ve iletici bir hukuk anlayışına sahip olmak, kısacası “kanuna hile,, denen bu bir nevi “hukukî riyakârlık,, ile mücadele zarureti tanımlanmalıdır.

Şu halde bu gibi hareketlerde biz, iki zıd kuvvetin karşılaşmasına şahit olmaktadır:

I — Kanunun tesir kuvveti.

II — Ferdin kanundan kaçma hususundaki niyeti ve mehareti.

Birinci mesele bizi kanunların lafız ve ruh bakımından olan tatbik sahaları, şumul dereceleri gibi hususların incelenmesine götürür ki, bu herşeyden evvel kanunun kazaî tefsirine taallük eder. İkinci mesele ise ferddeki kaçma niyetinin, hareket saiklerinin araştırılmasına sevk eder ki, burada kötü niyet ve hakkı kötüye kullanma, hukukî illetlerdeki sakatlık meselelerinin incelenmesi gerekir.

Filhakika bu iki zıd tesirden birine diğerinden daha fazla ehemmiyet atfetmemiz bizi esas teori hakkındaki objektivist veya sübjektivist görüşlerden birini itizama sevk eder.

Birinci hareket noktası bizi kanuna karşı hilenin objektivist telâkkisine götürür. İlerde izah edeceğimiz gibi kanunların herçebadabad tatbiki icap ettiği, doğrudan doğruya veya dolayısıyla olan hatta kasdî veya gayri kasdî olan bilcümle ihlâllerin aynı müeyyede ile karşılanması gerektiği, zira "kanuna karşı hile,, halleri ile, failin kötü niyetini cezalandırmak için değil, belki kanunların hangi yoldan olursa olsun ihlâl edilmemelerini temin için mücadele edildiği yolundaki görüşler bu teorinin esas prensiplerini teşkil eder.

İkinci hareket noktası ise, hukukun yalnız şekli şartlarla mukayyet olmayıp, ferdin hareket saikleri ile de ilgili bulunduğu ve kanunların lafzı ile iktifa edildiği takdirde tamamen hukuka uygun olan muamele ve hareketlerin, sırf bunların yapılmalarına âmîl olan kötü niyet yüzünden hükümsüz telâkki edilmeleri gerektiği ve kanunun dolanlı ihlâlinin ise kötü niyetin bir nev'i olduğu yolundaki sübjektivist teoriye götürür. Bu takdirde, kötü niyet, hileli niyet ve hileli uzlaşmalar, kanundan kaçma kasdı gibi zihni unsurlar ön plâna geçer ve artık ahlâkla hukukun faslı müştereki üzerindeki mevzuların münakaşası icap eder. Sübjektivist teori, hukukî muamelelerin illetlerindeki muteberlik meselelerini ele alır ve kanundan kaçma niyeti olmadan, tarafların hareketlerinin neticesinin böyle vasıtalı bir ihlâle sebebiyet vereceğini bilmeden yaptıkları muamelelerin yine müeyyede ile karşılaşanp karşılaşılmıyacağı meselesi çeşitli münakaşalara sebebiyet verir.

Kanaatımızca her iki görüş hakikatin muayyen bir cephesini ifade etmektedir. Bunlardan birine katılmak için ötekini red etmeğe mahal yoktur. Hakikat, behe-mahal bunlardan birinin tercihinde değil, belki bir sentezlerinin yapılmasındadır ve bu da imkânsız değildir.

5 — Kanuna karşı hilenin mahzurları :

İster fertlerin dolanlı muamelelerle kaçışları yüzünden olsun, ister bilmeyerek vasıtalı bir ihlâl sebebiyet vermeleri yüzünden olsun, âmir hükümlerin bu tarzda ihlâl edilmelerinin kötü neticeleri şunlardır :

a) Birkere bütün açık ihlâllerin doğuracağı mahzurlar mevcuttur.

b) Açık ihlâllerden fazla olarak da, bu gibi ihlâllerin yakalanmamak ve müstahak oldukları müeyyide ile karşılanamamak gibi bir mahzurları daha vardır ki bu hal kanun koyanı tam bir aciz içine düşürür, kanun otoritesini zayıflatır, hatta gülünçleştirir. Böylece hususî şahıslar arasında “Kitabına uydurmak,, tabiriyle meşhur olan dolapları çevirmeğe muktedir ferdler, diğerlerine özenilecek bir örnek teşkil eder, bu gibi kabiliyetler bir öğrenme sebebi haline gelir. Netice itibariyle, kanuna hürmetkâr olmak bir nevi sâfiyet telâkki edilir. Kanun koyanın iradesi, artık, bir parça zekâ yardımıyla bertaraf edilebilen bir engel addedilir.

c) Diğer taraftan, dolanlı ihlâller tesbit edilse dahi, bunların müeyyidesi nasıl tayin edilecektir? Kanunlarda sarih ve genel bir hüküm yoktur. Ortada ne “muvazaa,, ne “hakkın kötüye kullanılması,, hatta ne de “yanlış tavsif,, hali vardır. Yapılan muamele ciddidir, hakka müstenittir, kimsenin aleyhine teveccüh etmemiştir, hiçbir ızzar kasdı yoktur ve müşahhas bir zarar da yoktur, tavsifi de tamamen isabetlidir. Bununla beraber, neticesi ve esasen yapılmasına âmil olan niyet falan veya filân kanunu hükümsüz bırakmaktır. Meselâ memleketimizde küçük sanatların yurtdaşlara tahsisine mütedair bir kanun vardır. Pansiyon işletmek te bu sanatlar gurubundandır [1]. Türk tabiiyetinde olmayan bir hususî şahıs, müşteri olarak gelenlerle bir icar mukavelesi, bir de hizmet akdi yapsa bunun neticesi pansiyon işletmekle temin edilecek neticenin - iktisadî bakımdan - aynı olur.

Mahkemeler ne yapacaktır? Yahut, kanunları boşanma müessesesini kabul etmeyen bir yabancı devletin iki tebaası bundan kurtulmak için evvelâ tabiiyetlerini değiştirip boşanmayı kabul eden bir devletin tebaalığını ihraz etseler ve orada boşansalar. Bunu müteakıp tekrar eski tabiiyetlerine döndükleri takdirde bütün diğer vatandaşları için âmir mahiyette olan bu memnuiyeti kendi hesaplarına bertaraf etmiş olacaklardır. Halbuki ne tabiiyet ihrazı müessesesi, ne diğer devletin kendi tebaalarına tanıdığı boşanma müessesesi bu gibi oyunlara alet olmak için kurulmuş değildir. Bu müesseselerin istihdaf ettikleri ciddi gayeler, ciddi mevcudiyet sebepleri vardır. Devletler Hususî Hukukunda bertaraf edilen millî kanunların durumu daha müşahhas ve mütebariz bir manzara arzettiğinden kanuna hile halleri bu sahada daha evvel keşfedilmiş ve ihtilâf kaidelerinin tatbik

[1] 2007 sayılı kanunun 3 üncü maddesine istinâden çıkarılan 2 - 17330 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Res. Gaz. 2709)

edilmesine bir mâni telâkki edilmiştir. Halbuki iç hukukta mahkemeler büsbütün müşkül bir durumda kalmaktadırlar. İlerde vereceğimiz misallerden de anlaşılacağı veçhile, müşahhas hallerde münferid kararlar veren yabancı mahkemeler içtihadları halâ teorinin vahdetli bir tatbik şeklini bulmağa muvaffak olamamışlardır. İctihadların sistemli bir hal sureti yaratmalarına engel olan hususlar müteaddittir. Fakat bütün güçlüklerle rağmen herhalde nihai bir hal suretine varılması da zaruridir. Bu gibi muameleler karşısında, kanunun yahud ahlâklık hukuk kaide-lerinin aczini kabul etmek, “men’edilmeyen şey, mübahtır,, ve “hukuk saiklerle meşgul olmaz,, demek kabil midir? Bu, daha mahirane kombinezonlarla bütün âmir hükümlerin aynı âkibete sürüklenmelerini tervice varır ve bütün mesele; kanun koyanın mücerret zekâsı ile, menfaat uğrunda işleyen müşahhas beşerî zekâ arasındaki mücadelenin neticesine muallâk kalır. Hangi taraf daha kurnaz çıkarsa o kazanacaktır. Ya kanun koyan, hiçbir nevi kombinezonla ihlâli kabil olamiyacak kadar etraflı, ihatalı metinler vazedecek, yahut da ferd, kanun koyanın vazetmiş olduğu iyi kötü -bütün maddelere harfi harfine riayet edecek ve hiçbirinden kaçmağı akıl edemeyecek kadar saf olacaktır. Bütün bu fıkralarda ahlaki mülâhazaları şimdilik bir tarafa bıraktığımızı tekrar edelim ve kanunların münhasıran ahlâklı insanlara hitap etmediklerini hatırlatmakla iktifa edelim.

Görülüyor ki, işi kanun koyanla ferd arasındaki kurnazlık ve meharet müsa-bakasına terketmek, meseleye bir hal sureti bulmak değil, belki meselenin zaten halledilemeyeceğini kabul edip, uğraşmaktan vazgeçmek demektir. Zira, böyle bir yarışın sonu, daima kanun koyanın aleyhine neticelenir, ferdi ihtirasların emrinde olan müşahhas zekânın bulabileceği *truc*’leri kanun koyanın - ne kadar basiretli olursa olsun - baştan derpiş edemeyeceği muhakkaktır. Esasen ferdi zekâ, kanun koyanın zaten derpiş etmiş olduğu hususlarda değil, bilâkis hangi hususları ihmal etmiş veya tahmin etmemişse o hususlarda hile icadına kalkar. Bu itibarla, bizzat teorinin konusu olan muameleler kanun koyanın boş bıraktığı veya mâna itibariyle kastedtiği halde lafzi bakımdan lâyıkıyla ifade edemediği hususlarda cereyan eder. Netekim meseleyi tetkik eden meşhur Alman hukukçusu R. von JHERİNG aynen şöyle demektedir: “Kanun koyanın karşılaşılabileceği en müşkül meselelerden biri de, koyduğu kanunu hilelere karşı emniyet altına almak, korumaktır. Onun, kanunu sıyanet için göstereceği bütün hüner ve maharet hayatın, bilâkis kanunu delik deşik etmek, temellerini çürütmek ve yıkmak hususunda göstereceği hüner ve maharetle başa çıkamaz. En kuvvetli bir darbenin bile hasmın kaçınması halinde boşlukta kaybolacağını unutarak sadece kılıcın keskinliğinin maksadı temine kâfi geleceğini sananlar gibi, herhangi bir neticeyi temin için de sadece onu emir veya nehyetmenin kifayet edeceğini zannedenler bu vehimden kurtulmak için aşağıda önlerine sereceğim tarih sahifalarını okusunlar., [2]

Şir halde kanaatımızca, âmir hükümlerin bu gibi dolanlı ihlalleri karşısında, "bu iş artık hukukun uzanamıyacağı, müdahale edemeyeceği bir sahada cereyan etmektedir, mademki muamele, kanunun lâfzına uygundur, o halde hukukçu olarak kaıldığımız müddetçe biz buna karışamayız. Tenkid, ahlâkçıya düşer,, demek yanlışır ve sosyal düzen için de tehlikelidir. Bu düzenin bekçisi olan Hukukun onu koruyacak vasıtalara sahip olması, ve haler sahip değilse yaratması lâzımdır.

Böylece, kanuna hile yollarile mücadele zarurefini etüdümüz için bir temel prensip, bir postulat olarak kabul ettiğimizi baştan bildirerek konumuzun tetkiki için incelenmesi gerekli olan diğer hususlara geçelim.

6 — Mücadele vasıtaları:

Acaba, Hukuk Nizamı içinde bu gibi ihtilâllere mâni olmaya yarayan ve zaten müsbet hukukun malûmu olan bazı vasıtalar yok mudur? Bütün hukukî muamelelere şamil olan "hakkın sui istimali,, müeyyidesi, ve akidler hakkında ki "mevzuun âmir hükümlere mugayereti halindeki butlan,, müeyyidesi, yahut "gayri meşru muvazaa,, denen haller; yahut "üçüncü şahıslara karşı hile,, halleri bizim yeni teorimizin kabulünü lüzumsuz kılmaz mı?

Hülâsa kanuna karşı hile hallerinin ayırıcı vasıfları, kistasları ve "bu gibi komşu mefhumların müeyyideleri altına girmesine mâni olan cepheleri nelerdir?"

Nihayet, hukukun hangi kollarında kanuna karşı hile teorisi rol oynayabilir? Muhtelif kollardaki ehemmiyet derecesi nedir?

Teorinin tatbiki halinde ileri sürülecek müeyyide hangisidir? mutlak butlan mı, kabili iptal olma mı? yahut her hususî hale ve her ihlâl edilen maddenin mahiyetine göre değişen çeşitli hal suretleri mi?

İşte temas edeceğimiz belli başlı konular bunlardır. Üzerlerinde esasen müteaddit ciddi etüdlr yapılmış olan komşu mefhumlardan ancak konumuzun ilgilendirdikleri nispette bahsedeceğiz. Mukayeseli hukuka fazla yer ayırışımızın sebebi açıktır: Bizim içtihadlarımızda teorinin sarıh bir şekilde tatbik edildiğini müşahade etmedik. Eski hukukumuzdaki "hilei şer'ıye meselesi,, ise, ilerde temas edeceğimiz gibi başka bir veçhe arz etmektedir. Halbuki yabancı hukuk sistemlerinin çoğunda gerek Devletler Hususî Hukuku sahasında gerek dahilî hukukta bu teori yerleşmeğe başlamıştır. Bu itibarla garp hukuk sistemlerinde içtihadların ileri bir gayretiyle yerleşmeye başlamış olan bu nazariyenin bizim hukuk sistemimizde detanınmasını arzu etmekteyiz. Mukayeseli Hukuktan aldığımız misallerin çokluğu, kendi hukukçularımıza, ne gibi müesseselere, ne tarzda hileler yapılabileceğini göstermek ve kendi müesseselerimiz aleyhine vaki olacak hilelere karşı kendilerini müteyakkız bulunmaya davet etmek isteyişimizdendir.

7 — Kanuna karşı hile teorisi ve hukukî münasebetlerde emniyet mülâhazaları:

Bu teorinin kabulü aleyhinde olanlar, bunun hukukî muamelelerden beklenen emniyeti izale edeceğini, yargıçların daima tarafların iç saikleriyle uğraşmaya kalkacaklarını ve bu arada kanundan kaçma gayesiyle yapılmamış olan birçok muamelenin nahak yere bu sıfatla damgalanacağını, hulâsa bu muamelelere istinad etmiş olan kimselerin durumunu daima müstakbel bir iptal tehlikesine maruz bırakacağını iddia ederler. Bu bahislerin münakaşasını, ilerde sistematik kısımda yapacağız. Ancak şu kadarını söyleyelim ki, hudutları iyice çizilmiş bir teori hiçbir zaman hukukî emniyet bakımından bir tehlike teşkil etmez. Henri DESBOIS'nin tabiriyle bu tehlikeli silâh, ancak, müstahak olanlara karşı kullanıldıktan sonar bu gibi itirazların bir manası kalmaz. Bu silâh münhasıran, kanun maddelerini hükmetti vücudleri olan gayelerinden saptırarak kendi arzu veya menfaatlarına alet etmek isteyen kimselere teveccüh edecektir. Ahlâk insan zekâsının hayra matuf olmayan bu gibi faaliyetlerini hoş görmemekte ne kadar haklı ise, hukuk da, âmir hükümlere riayetkâr olan vatandaşların hisasından ayrılarak kendilerine daha kestirme, daha kârlı yollar arayan ferdlerin bu kurnazca gayretlerini himaye etmemekte o kadar haklıdır. Kanunun çizdiği yoldan ayrılarak daha elverişli istikametlere sapan ferdlerin neticede kanunî müeyyidenin engeline çarparak herkes için açık olan mutad yollara davet edilmelerinde, ve ancak aynı durumda buldukları kimselerle müsavi derecede tatminlerine müsaade olunmasında ne gibi bir emniyetsizlik veya haksızlık mülâhazası varid olabilir?

Kanunun himayesini isteyen ferd, onun hakiki maksatlarına itaatle mükelleftir. Kanundan, onu ihlâl etmek için himaye beklenemez. Ferd, menfaatlarını azamî imkânlar dairesinde aramakta serbesttir. Fakat bu imkânların azamî noktası hiçbir zaman kanunî hudutları aşmamalıdır. Ferd, kanunun kendisine himaye bahsettiği sahanın hudutlarını, çitlerini aşarak daha fazla faydalanmak istediği takdirde ondan himaye göremez. Ferdin bu kanunî çerçeveleri her yıkışı, açıktan açığa yapılmış bir ihlâl tekabül eder ve kanun koyan, ferdi geri çekmesini ve yıkılan gediği tamir ettirmesini bilir. Fakat acaba ferd, yeraltı bir tünelle veya bir hava yoluyla memnu sahaya geçerek, çitlerin ve hudut taşlarının maddî durumlarına dokunmadan istediğine nail olursa, yahut hudut tellerinin gevşekliğini görerek onları biraz daha ileri itip memnu sahadan bir parçayı içeri alacak şekilde hareket ederse, artık hukukun hiçbir şey yapmaması mı gerekir? Kanun koyanın emri her halde, hudut taşlarının değil, hudut hizasının ihlâl edilmemesidir. İşte, kanun koyanın emirlerini ısdar ederken kullandığı hudut taşları, lafzî unsurlar, yani kelimelerdir. İradesini bu unsurlarla ifadeye mecbur olan kanun vâzîi, fertten, kullandığı kelimelere değil, bunlarla kasdettiği manaya mü-

tevceh bir itaat beklemektedir. Bu itibarla, kanun koyanın hakiki iradesi aleyhine hareket eden ferdin, bu iradeye riayete davet edilmesinde hukukî muamelelerin emniyeti bakımından bir tehlike bahis konusu olamaz. Bütün mesele, hadisenin sübutuna müteallik hususların pek nazik noktaları ihtiva etmesindedir ki, hukukun bu gibi müşküllerle karşılaştığı haller her halde yalnız “kanuna hile,, teorisinin tatbikatından ibaret değildir. Esasen, ispat müşkülâtı ikinci derecede gelen bir meseledir ve bu teoriye münhasır bir güçlük değildir. İlerde objektivist görüşün bu hususları daha kolaylaştırdığını göreceğiz ve kanundan kaçınma saiklerinden ziyade, neticenin kanundan kaçmaya müncer olması üzerinde durulduğu takdirde isbat bakımından tahassul edecek kolaylığı tebarüz ettireceğiz.

8 — İnceleme metodu:

Konumuzun tetkikinde iki yoldan birini tercih etmemiz gerekmektedir. Bunlardan biri, evvelâ mefhumun tarif ve tahliline tahsis edilen sistematik kısmı inşa etmek ve ikinci bölümde de bu mefhumun tatbik şekillerini yani mahkeme kararlarını incelemektir. Esasen herhangi bir mevzu hakkında mutad tetkik metodu da budur. Böylelikle, evvelce tarifi, tahlili, münakaşası yapılmış olan bir mefhum zihinlerde iyice tebellür ettirildikten sonra, bunun tatbikattaki durumuna geçilir ki, bu ikinci safha, artık, tanınan bir mefhumun çeşitli tecellilerinden mürekkep bir panoramanın seyrinden ibaret kalır.

Bu gibi kolaylıklarına rağmen, biz, tetkiklerimizde, ikinci bir metoda sadık kalacağız, yani, evvelâ fiiliyattaki kanundan kaçma yollarını inceleyip, sonra sistematik kısmı inşa edeceğiz.

Bu yolu tercihimizin sebebi basittir: Kanuna karşı hile mefhumu, her şeyden evvel, kanun koyanın düşünmemiş, derpis etmemiş olduğu bir mefhumdur. “Amir hükümlerin hileli bir şekilde ihlalleri ve dolayısıyla ihlalleri, doğrudan doğruya olan ihlaller gibi muamele görür,, şeklinde bir genel hükme rastlamıyoruz. Esasen rastlamış olsaydık, mevzuumuz münakaşa konusu olmaktan çıkardı [3]. Şu halde mevzuumuz olan mefhumun ilk hususiyeti, kendisine, kanunnamelerde hususî bir yer edinmemiş olmasıdır. Bu itibarla biz, mevzu hukuk dünyasında vatandaşlık hakkını henüz resmen ihraz edememiş bir mefhumdan bahsetmekteyiz. Hatta, bu hakkı mevzuat dünyasında ilelebet ihraz edememesi bizzat mahiyeti icabıdır; o, mevzuatın yetişemediği sahalarda rol oynamak üzere yaratılmıştır. Daha doğrusu, bu mefhumu maddeler âleminde değil, maddelerden çok daha başka unsurları da ihtiva eden asıl hukuk nizamında bir yurttaşlık hakkı tanınmasına çalışmamız lâzımdır. Şu halde biz, hukuk âleminde hiçbir varlığı olmayan, hukuk dışı ve tamamen fiiliyat alemine ait bir mefhumdan mı bahsetmekteyiz? Hukuk dünyası ile bu fiili mefhumun ilgisi nedir? Görülüyor ki, üzerinde yürüdüğümüz zemin pek kaypaktır. Bunun için biz, muhtelif zaman ve mekânlarda

[3] Bak: aşağıda: İkinci bölüm: B) Kanuna karşı hileyi derpis eden bazı kanun metinleri No.: 76, 77, 78

fiiliyat âleminde yapılagelen bir takım dolanlı muameleleri tesbit etmeyi, bunların niçin hukuk dünyası ile ilgili bulduklarını araştırmayı ve ancak bundan sonradır ki, bu gibi hareket ve muameleleri hukuk dünyasında nasıl bir statüye tabi tutmak gerekeceğini tayin etmeyi muvafık bulduk.

İşte sırf bu mülâhazalarladır ki biz, "kanuna karşı hile hallerinden,, "kanuna karşı hile" mefhumuna,, götüren *inductif* metodu seçtik.

Tabir caizse, bu mefhumun evvelâ hukuk dünyasına doğumunu tasvir temeyi, ve bu vakıanın tesbitinden sonra kendisine bir ad ve bir statü vermeyi münasip gördük.

9 — Eski hukuk sistemlerine temasımızın sebebi:

Kanuna karşı hile hallerini yalnız bugünkü cemiyetimizde değil, daha eski ve daha başka cemiyetlerde de araştırmayı yine yukarda arzettiğimiz mülâhazalar dolayısıyla lüzumlu gördük. Maksadımız, ferdi zekâlerin âmir hükümlere karşı gösterdikleri bu tipik *réaction* şeklini çeşitli örnekler üzerinde tebarüz ettirmektir. Ancak, herbiri ayrı bir etüd mevzuu teşkil eden bu bahisler üzerinde esaslı bir şekilde durmaya kitabımızın hacmi müsait değildir. Biz, bu mefhumun bilhassa *actuel* ehemmiyeti üzerinde durmak emelindeyiz. Meseleyi tarihi tekâmülü bakımından inceleyecek kimselerin eski dillerden, ezcümle arap ve lâtın kaynaklarından vasıtasızca yapacakları araştırmalarla gerekli tafsilâta girişebilecekleri ve hiç şüphesiz daha itimada değer sonuçlara varacakları muhakkaktır. Biz, sadece beşer zekâsının, kendini sıkan hukukî engellere karşı olan bu çeşit *réaction*larını bir kanuna, bir illet - netice münasebetine rabteedebilmek için bu eski misallere temas ediyoruz. Esasen bunların içinden, bugüne kadar umumiyetle kanuna karşı hile olarak telâkki edilmiş olanları intihap ediyoruz. Üzerlerinde ihtilâf olan hususlara temas etmiyoruz. Hemen her devirde, ya fazla tahdid edici kanunlara karşı, hayatın icbarları yüzünden, yahut da isabetli sayılabilecek kanunlara karşı şahsî menfaat ve arzularına fazla düşkün fertlerin ihtirasları yüzünden birtakım kaçamak yolları icat edilegelmiştir.

İşte eski hukuk sistemlerinden alacağımız misaller, bu olayın zaman içindeki seyirini gösterecektir. Netekim ilerde mukayeseli hukuktan alacağımız örnekler de aynı olayın mekân içindeki değişmezliğini belirtecektir. Böylelikle kanuna karşı hile vakıasının zaman ve mekân bakımından olan evrenselliği, daha doğrusu her hukuk düzenini zedelemeğe çalışan bu marazın umumîliği belirtilmeğe çalışılacaktır.

Daha sonra sistematik kısmın inşasına geçilerek bu olayın hukukî manası üzerindeki tartışmalar, hukukî kategoriler arasında ihraz edeceği yer ve nihayet kendisine karşı içtihadların takınacağı durum üzerinde durularak kendi iştirak ettiğimiz görüş tarzı gerekçesiyle izah edilecektir.

II - "KANUNA KARŞI HİLE,, ıstılahı

10 — "Kanun,, ve "Hile,, terimleri:

Fransız Mahkemelerinin kararlarında kullanmaya çok defa cesaret edemedikleri bu tabire Alman içtihatlarında sık sık rastlanır. Keza dahili hukuka müteallik kararlarda daima çekingenlikle kullanılan kanuna hile tabirine devletler hususî hukukuna müteallik ihtilâflarda daha geniş bir istimal sahası tanınır. Bunların sebeplerini ileride arzedeceğiz. Burada ıstılah olarak ele alınan bu uzun tabirin ifade etmek istediği mefhuma mutabakatı ve elverişlilik derecesi üzerinde duracağız.

"Kanuna karşı hile,, gibi uzun bir ıstılahın dayandığı "kanun,, ve "hile,, tabirleri her ne kadar açıklanmaya muhtaç gibi görünmezse de bunlardan meydana gelen ve pek de menus olmayan asıl tabire verilecek mana bakımından bunların da tahlili gerekmektedir.

"Kanun,, dan aleltilak âmîr mahiyette olan bütün hukuk kaidelerini anlamamız daha doğru olur. Kanun kuvvetindeki bir kararname hükümleri yahut kanunen kendilerine ittiba zarurî olan nizamî tasarruflara yahut hukuken bir müeyyideye mazhar kılınmış örf ve adet kaideleri aleyhine de hile yapılabilir [1]. Hatta amme hukuku sahasında anayasa hükümleri aleyhine de hileler yapılabilir [2].

Keza muayyen bir kanunun tatbiki demek olan mahkeme hükümleri aleyhine de hile yapılabilir. Bundan başka taraflar arasında kanun yerini tutan mukavele hükümleri aleyhine de hile yapılabilir. Ancak haddizatında bu hile, muka-

[1] A. LIGEROPULO - Le problème de la Fraude à la Loi. thèse. Paris 1928 Sh: 101 not: 2. "asıl manasile kanunla bu gibi nizamî tasarruflar arasında yapılacak bir tefrik haklı gösterilemez. Zira kanuna karşı hile ile mücadeleyi icap ettiren sebepler aynıle burada da mevcuttur.."

[2] G. LIET - VEAUX - La Fraude à la Constitution. (Revue du Droit Public. Cilt: LIX Sh: 117 - 150)

Jean BAZ - La Fraude à la Loi en Droit Musulman. Paris 1938 Sh: 324 (İdare Hukukundaki selâhiyet saptırılması hallerini hususî hukuktaki kanuna hile hallerine muadil telâkki etmek lâzımdır.)

veleye taraflar arasında kanun değerini veren kanun hükmüne karşı hile demektir. Bu itibarla “kanun., tabirini geniş manada anlamalıyız. Bu, kendilerine ittiba, ferdin ihtiyarına bırakılmamış olan bütün hukuk kaidelerini ifade eder. Şu halde tefsiri kaideler hariç olmak üzere bütün âmir mahiyeteki hukuk kaidelerine karşı hile yapılabilir.

“Hile., tabirine gelince; bu bizim dilimizde evvelâ Arapça aslına nazaran lûgat manası bakımından, sonra da hukukî sahada birbirinden farklı hususları ifade için kullanılması bakımından çeşitli iltibaslara meydan vermektedir.

Menşei Arapça olan hile kelimesi Arap dilinde “Çare, tedbir., manasına gelmektedir. Netekim İslâm hukukundaki “Hilei şer’iye., tabirinde de bu kelime bu manasile müstemeldir. Şer’i çareler demektir [3]. Zaten aynı mefhumu “Mahlası şer’i., dendiği de vakidir ki bu da şer’i melce, şer’i kurtuluş imkânı veya yolu demektir. Mamafih bu tabirlerin delâlet ettiği hilei şer’iye mefhumunu, kanuna karşı hile hakkındaki tetkikimizin sonunda inceleyeceğiz.

Türkçe’de ise hile tabirinin lûgat manasında ihtilâf yoktur. Bizde bu kelime hiçbir zaman çare manasına kullanılamaz. Hile cari lisanda aldatma, kandırma manasına müstemeldir. Halbuki hukukî bir ıstılah olarak incelediğimiz zaman bu kelimenin muhtelif istimal yerlerine göre daima aynı manayı ifade etmediğini, daha doğrusu daima aynı hukukî neticeleri tevlit eden sabit bir mefhumu anlatmadığını görürüz.

11 — Ceza Hukukunda ve Medenî Hukukta hile:

Ceza Hukukunda ve Hususî Hukukta geçen aynı hile tabiri birbirinden farklı manalara geldiği gibi [4] Hususî Hukukun muhtelif kaidelerinde geçen hile tabirleri de birbirlerinden farklı mefhumlara delâlet eder. Ceza Hukukunda Hile müstakil bir suç olmayıp bazen muayyen suçların tekevvünü için diğerleri meyanında bulunması lâzımgelen bir unsur, bazen cezayı ağırlaştırıcı bir sebep teşkil eder. [5] Meselâ dolandırıcılık suçunun bir unsuru olarak görülen hilenin cezai

[3] İbn-i NUCEYM - El-Esbah ve Nazâir - Sh: 291 Bak: aşağıda \$ 91 ve d. E. ARSEBÜK - Medenî Hukuk: I. \$ 13 not: 151

[4] Cezal ve hukukî manada hile için bak:

FRITZ - FUNK - Borçlar Kanunu gerhî Md: 28,1

OSER ve SCHÖNENBERGER - Borçlar Hukuku Md: 28, n: 13

PLANIOL - Traité élémentaire de Droit Civil, 1947 II n: 224 Sh: 81

- Dol civil et dol criminel. Revue Critique 1893 Sh: 545

[5] Hile ile meskene girme: T. C. K. 193, Hileli vasıtalarla borsa fiatlarının değişmesine sebebiyet verme: T. C. K. 358, Taahhüt olunan erzak ve eşyanın nev’i, keyfiyet ve kemiyetinde hile ve hud’a irtikâb etmek: T. C. K. 362, Müzayede ve münakasalarda hile T. C. K. 366, 367, 368, Hileli iflas: T. C. K. 560, 552, Dolandırıcılık: T. C. K. 503

hâkimdan nazara alınabilmesi için 503 üncü maddedeki unsurların birleşmesi lâzımdır ve bu unsurların en önemlisi sanialar veya hileler yapanın kendisine veya başkasına haksız bir menfaat temin etmesidir. Halbuki hukukî sahada hilenin tekevvünü için cezaî sahağa nazaran çok daha az şartlarla iktifa olunur. Bazen sadece bir şeyi bilerek gizleme [6] bazen sadece bir yalan söyleme [7] bazen sadece muayyen bir vakiayı bilme hatta bilmesi lâzımgelme [8]. Bazen sadece sükût etme [9] dahi yerine göre hilenin hukukî manada tekevvünü için kâfi gelir. Ceza Kanunundaki hile mefhumu müstakîl bir suç nev'ini ifade etmez ve sadece mağduru aldatmak, yani hakikatı bildiği takdirde göstermesi muhtemel olan bir mukavemeti bertaraf etmek için iğfal etmek, deke düşürmek manalarına kullanılır. Yani carî lisandaki manasile müstameldir. Bu itibarla bir hukuk tekniği mefhumu olarak "hile,, yi daha ziyade hususî hukuk sahasında incelememiz gerekir. Esasen "Kanuna karşı hile,, tabirile herhangi bir iltisaba mahal vermesinden korktuğumuz hile tabiri de cezaî değil hukukî mevzuatta geçen ve kâh bir âkit, kâh bir üçüncü şahıs tarafından irtikâb edilen hiledir.

12 — "Hile,, nin neveleri: İyi ve kötü maksada müteveccih hileler:

Yabancı dillerde hile manasını ifade eden muhtelif kelimeler vardır [10]. Bunların en umumî ve müşterek olanı lâtince *dolus* kelimesinden gelen *dol* ve yine lâtince *fraus* kelimesinden gelen *fraude*'dir. Esas itibarile *dol* tabiri Roma hukukunda pek geniş bir manayı ifade ettiği için o zamandanberi birbirine benzemeyen birçok haller hakkında kullanılmıştır. Keza *fraude* tabirinin de manası oldukça geniştir [11]. Bir kere cezaî sahada umumiyetle bu tabir kullanılır.

[6] E. K. 189: Meblin zaptına karşı bayiin tekeffülü mevzuunda bayi, mebi üzerinde 3 üncü şahsın hakkı bulunduğunu müsteriden bilerek gizler ve akti yapmaya muvaffak olursa hile tekemmül etmiş olur. Satıcının bu aktitten istifade edip etmediği aranmaz. Keza E. K. 196: Bayiin meblin aybına karşı tekeffülü bahsinde mebedeki bir kusuru bilerek müsteriden gizlemesi hile için kâfi sayılır. Keza E. K. 362: İstisna aktinde müteahhit teslim ettiği şeydeki kusuru kasten iş sahibinden saklarsa hile sebeble mesuliyeti şey'in iş sahibine tesliminden sonra dahi devam eder.

[7] E. K. 197: Bayi, müsterinin kâfi bir muayene ile farketmesi gereken bir ayıbın mebede mevcut olmadığını kendisine temin için yalan söylemiş ve akti yapılmışsa hile vakidir. Keza E. K. 195: Bayi hayvan alım satımında hayvandaki kusurların mevcut olmadığına müsteriyi ikna için yalan söylemiş ve akti yapılmışsa hile tekemmül etmiştir.

[8] İC. İf. Kanunu 280: Borçlunun alacaklılarını izrar kastile kendileriyle muamele yapmakta olduğunu bilen veya bilmesi lâzımgelen kimselerle yaptığı muameleler hile sebeble batıldır. Görülüyor ki bu (bilme veya bilmesi lâzımgelme) keyfiyeti mukabil âkidin hileli hareket ettiğine alâmet olarak kabul ediliyor. Keza İsviçre Borçlar Kanununun Md: 979, 1007, 1116 daki hükümlere göre hamiline göre hamiline muharrer senet, polige ve emre muharrer senetleri eski hamilinden iktisab eden yeni hamil eski hamilin borçlunun zararına hareket ettiğini bilirse, borçlu eski hamile karşı olan şahst defilerini buna karşı da ileri sürülebilir.

[9] Fransızca "Reticence,, denir ki hüsnüniyet kaidelerine ve meselâ ticarî dürüstlük icaplarına göre muayyen bir husus hakkında mukabil âkide izahat vermek gerekirken onun sormamasından istifade ile kasten susulursa hile yapılmış olur. (PLANIOL - et RIPERT - TRAITE; VI n: 201)

[10] Fransızca: dol, fraude, ruse etc.

Almanca: Täuschung, Betrug, absichtliche Täuschung, arglistige Täuschung

İngilizce: Fraud

[11] ROTONDİ - Gli atti in frode alla Legge. Torino, 1911 Sh: 15, 16, 19, 24

Sonra hukukî sahada müktesep haklar aleyhine teveccüh eden hileler hakkında da bu tabirin kullanılması münasip görülür. Hatta bunlardan başka hilenin hayır gayesile yapılabileceği de düşünülmüş ve meselâ menfaatini iyi takdir edemeyen bir kimsenin hayrı için onu aldatarak kendi lehine bir muamele yaptırmaya âmîl olan hileler de nazardan uzak tutulmamıştır. Keza ticarî hayatta malına sûrüm temini için yapılan ve muyyen bir derecesi mübah sayılan bazı hileler vardır ki bunlara Roma Hukukunda *dolus bonus* denirdi [12]. Keza dinî bir hayır müessesesini vergi vesaire gibi külfetlerden kurtarmak maksadile yapılan bazı dolanlı muameleler hakkında da *Fraude pieuse* tabiri kullanılmıştır [13]. Demek ki hileye tekabül eden muhtelif yabancı tabirler ve bu tabirlerle anlatılmak istenen manalar birbirinden oldukça farklıdır ve kanuna hile tabiri de bu mana kesretini bir vesile ile daha arttırmaktadır. Bu itibarla hile mefhumu hakkında tekelif edilen ayırtlar bu tabirin - kullanıldığı yerlere göre - manasındaki vuzuhu temin etmek bakımından fâideli olabilir. Ancak bu ayırtların hakikaten birbirinden farklı hukukî kategorileri ifade edip etmediğini de araştırmak lâzımdır ki bu da muhtelif hukuk sistemlerine göre farklı neticelere götürür.

Evvelâ bir hayır maksadile yapılan hile mefhumlarını hukukî bakımdan kale almamak lâzımdır. Hayırlı bir maksatla yapılması, hilenin yerine göre, hile olmak sıfatını izale etmez. Çok defa bunun kastı bir aldatma olması kâfidir. Bu kastın hayra veya şerre matuf olması hukukî bakımdan değil, belki ahlâkî bakımdan bir tefriki icabettirir. Profesör ARSEBÜK'ün dedikleri gibi "Arzu ve iradesi hilâfına bir kimsenin menfaatini korumaya kalkışmak da haksız bir muameledir,, [14]. Zira hukukî bakımdan mühim olan husus hileye muhatap olanın iradesindeki serbestinin ihlâlidir. Yoksa hilenin netice itibarile onun hayrını veya zararını mucip olması değil. Hukuken mühim olan husus irade üzerine hariçten vâki müdahale keyfiyetidir. Tekrar edelim ki ister *dolus bonus* ister *fraude pieuse* tabirleriyle ifade edilen hileler olsun - tabir caizse - bütün bu hüsnüniyetli hileler üzerinde durmamıza lüzum yoktur.

13 — Hukuk Tekniği terimleri olarak "Hile,, ve "İğfal,, :

Hile tabirini hukukta teknik bir terim olarak ele aldığımız zaman bunun daima aynı hukukî neticeleri doğuran bir mefhumu ifade etmemekte olduğunu görürüz. Gerek mahiyeti gerek tesirleri bakımından "hile,, tabirile ifade edilen hususlar arasında esaslı farklar vardır. Bazı Fransız müellifleri hukukî sahadaki hilenin birbirinden farklı iki manaya geldiğini ve bunları *fraude* ve *dol* tabirleriyle birbirinden kesin bir şekilde ayırt etmek gerektiğini ileri sürerler [15]. Bazıları

[12] COLIN et CAPITANT - Droit Civil 1931, Cilt II Sh: 284

[13] Répertoire DALLOZ - Fraude

[14] ARSEBÜK - Borçlar Hukuku Cilt I § 42 Sh: 438 not: 15

[15] PLANIOL et RIPERT - Traité

PLANIOL - Traité élémentaire de Droit Civil, 1947, n: 221 Sh: 80

ise bu tefrikin ancak akitler hakkındaki hilelerde, aktin hukuken doğumundan evvel yapılan "hile = *dol*," ile aktin mevcudiyet kazanmasından ve âkitlere bir müktesep hak temin etmesinden sonra bu haklara karşı yapılan "hile = *fraude*," yi ayırt etmek hususunda bir işe yaradığını, bunun dışına çıkıldığı zaman ise bu tefrikin pek oynak ve kaypak olduğunu söylerler. Meselâ hakime yalnız malûmat vererek onu haksız bir hükme sevkeden tarafın hilesine ne demelidir. *dol*'mu, *fraude*'mu? Yahut kasten hile ile haklı tarafı haksız çıkaran yargıcın yaptığı hile nedir *dol*'mu, yoksa *fraude*'mu? [16]. Ayırt taraftarı olanlar ezcümle PLANIOL, *dol* tabirini herhangi bir kimseyi bir akit yapmaya kandırmak için baş vurulan hileler hakkında kullanmaktadır ki bunun hususiyeti, henüz hukukî bir ittisal teessüs etmeden evvel daha doğrusu teessüs etmek üzere iken yapılması ve bu ittisalin doğumuna âmîl olmasıdır. *fraude* tabirini ise hukukî ittisal doğup müktesep haklar birkere teessüs ettikten sonra bu hakları ihlâl için yapılan hileli fiil ve muamelelere tahsis etmektedirler. Meselâ alacaklının hakları aleyhine borçlu tarafından veya üçüncü şahıslar tarafından yapılan hilelerde olduğu gibi. Hukukçular umumiyetle muhatabı bir irade beyanına sevk ederek bir akit yaptırtan hile hakkındaki hükümlerin, irade fesadına müteallik bütün hükümler gibi, yalnız akitlere değil, bilcümle hukukî muamelelere de kıyasen teşmîli gerektiği fikrindedirler ki [17] böylece *dol* mukabilî olan hilenin sahası makul bir şümül kazanmış olur. Keza müktesep haklar aleyhine tevcih olunan hile hakkında "iğfal," tabirinin tercih edildiği hissediliyor. Böylece, bir tefrik iddiası olmamakla beraber *dol* ve *fraude* terimlerine mukabil bizde de hile ve iğfal terimleri gösterilebilir. Filhakika terminoloji bakımından bu ayırt faideden hali değildir. Aynı tefriki yapma temayülü yalnız Fransızlara mahsus değildir. İtalyan müelliflerinden Ascoli, Roma Temyiz Mahkemesinin bir kararını tenkit zımında aynı tefriki yapmış ve oğlunun mallarını satmaya mezun kılınan bir babanın; müşteri ile, oğlunun gıyabında anlaşarak fazla bir fiat kararlaştırıp, fiat farkını kendisine ayırması halini yüksek mahkemenin *dol* tabiriyle ifade edişini hatalı bulmuştur. Çünkü bu hile oğula karşı yapılmıştır. Ve oğulsa baba ile müşteriye nazaran üçüncü şahıs mevkiindedir. Yani bu akitte taraf değildir. Bu itibarla Ascoli'ye göre bu hileye *dol* değil *fraude* "iğfal," demek lâzımdır [18]. Hile ve iğfal tefrikinin kanaatimizce nazarı bir kıymeti vardır. Bir irade fesadı yani muhatabın iradesi üzerine tesir eden bir saik manasına olan hile tabirini bütün hukukî muamelelerin doğumları sırasında yapılan hileler hakkında istimal etmek lâzımdır. Mamafî hile = *dol* olarak tavsif edilen muhtelif hallerin müeyyideleri daima aynı değildir. Yerine göre bazen daha şiddetli

[16] DEMOGUE - Traité des Obligations (en général) 1923 n: 339 Sh: 536

[17] ARSEBÜK - adı geçen eser § 42 not 13

FRITZ - FUNK - a. g. e. I. Sh: 45

[18] DEMOGUE'dan naklen - a. g. e. Sh: 535

bazen daha hafiftir. Keza bu hilenin tekevvünü için aranan şartlar da yerine göre değişir [19].

“Fraude - İğfal,, in mümeyyiz hususiyeti ise muhatabı bir hukukî muameleye sevke değil onun mevcut ve müktesep bir hakkını ihlâle matuf olmasıdır. İğfal'in tekemmülü için muhatabın iradesinin iştirakine lüzum yoktur. Gıyabında yapılan bir muamele ile haklarından pekâlâ mahrum edilebilir. Çok defa muhatap üçüncü şahıs vaziyetinde kalır. Çok defa diyoruz, çünkü bazen bir âkit dahi, aktin icrası safhasında, diğer âkit tarafından iğfal edilebilir. Borçlunun bir başkasile anlaşarak alacaklısına vermeyi taahhüt ettiği bir şeyi onu aldatmak suretile başkasına vermesi halinde olduğu gibi. Bu takdirde hem akdi kusur hem de haksız fiil mahiyetini haiz bir hile yapılmış olur.

Kanunlarımızda bu mefhumlar hakkında muhtelif tabirler kullanılmaktadır. Kanunlarımızda kullanılan tabirler bakımından bir tasnif yaparsak bu tasnifin ne ilmî ne de amelî bir kıymeti olacaktır. Zira aynı mefhum bâzen farklı kelimelerle ve bilmukabele aynı kelime de bazen farklı mefhumları ifade için kullanılmıştır. Bu itibarla kanunlardaki tabirleri değil fakat hile ve iğfal tabirleri hakkında verdiğimiz esas kıtası nazara alarak kanunlarımızda geçen mefhumları bir ayırda tâbî tutarsak böyle bir tasnifin hiç değilse nazari bakımdan bir kıymeti olabilir.

Meselâ esas itibarile Borçlar Kanununun 28 inci maddesinde zikredilen ve evvelce söylediğimiz gibi hem akitlerin hem tek taraflı muamelelerin doğumunda yapılabilen bilcümle hilelere teşmili gereken (hile - dol) ye bir mefhum olarak, kanunlarımızın muhtelif maddelerinde temas edilmiş olmakla beraber müşterek bir tabir kullanılmamıştır. Aynı mefhum kâh hile kelimesile [20] kâh bilerek gizleme tabirile [22], kâh mevcut olmayan bir hususu tekeffül, temin şeklinde [22], kâh iğfal kelimesile [23] ifade edilmiştir. Bu itibarla mefhum bakımından

[19] Bu bahsin 4, 5, 6, 7 nci notlarına bak.

- [20] B. K. 125 : Takasta hile ile alıkonulmuş bir şeyin iadesine müteallik talep.
B. K. 200 : Matlapta: bayin hilesine müterettip hükümler.
B. K. 230 : Müzayedeye iştirak edenlere karşı hile.
B. K. 243 : Yahibin hilesi.
M. K. 451 : Ölümüne bağlı tasarrufun bir hile tesiri altında yapılması.
M. K. 520 : Hile ile müteveffayı ölümüne bağlı tasarrufta bulunmaya sevk:
T. K. 57 : Tüccarın emteasını birine sürmesi için hile ve desise istimali.
T. K. 718 : Bayin hilesinden nasi meblin matlup geraite uygun olmadığının anlaşılabilmesi.
- [21] B. K. 189 : Bayin mebl üzerinde bir üçüncü şahsın hakkı bulunduğunu müşteriden bilerek gizlemesi.
B. K. 196 : Bayin meblin ayıplarını müşteriden bilerek gizlemesi.
- [22] B. K. 197 : Bayin meblde mevcut ve kâfi muayene ile görülebilecek bir aybın mevcut olmadığını temin etmesi.
- [23] B. K. 200 : Bayin müşteriyi iğfal etmiş olması. (İsviçre B. K. 203 kasten hataya sevk etmiş olması)
B. K. 207 : Bayin müşteriyi iğfal etmiş olması. (İsviçre B. K. 210 kasten hataya sevk etmiş olması)
M. K. 125 : Karı veya koca yahut üçüncü şahıs tarafından iğfal edilerek evlenme aktine razı olmak.

yapılacak bir tefrik kanunlarımızda tabir bakımından yapılmış mevcut bir tefrike asla tekabül etmez. Netekim yukarıda verdiğimiz tarife göre müktesep haklar aleyhine teveccüh eden hileler hakkında da bir terim müsterekliği yoktur. "fraude,, mukabili olarak ve nazari tasnifte "iğfal,, şeklinde ifade etmek istediğimiz bu diğer mefhum daha ziyade cezai mevzuatta müstameldir.

Türk Ceza Kanununda bu mefhum hile [24], hileli vasıtalar [25], sanialar ve hileler [26], hile ve fesat [27], hile ve hud'a [28] şeklinde geçer. Medeni hukukta müktesep haklar aleyhine teveccüh eden bu iğfal mefhumu için kullanılan tabirler de çeşitlidir: Bazen hile [29] bazen hileli muameleler [30] bazen hileli itilâf [31], bazen zımmî bir şekilde meselâ alacaklıların zararına yapılan muameleler [32] gibi, bazen de kaçırma ve gizleme tabirleri'ne rastlanır [33].

Görülüyor ki bir tek "hile,, tabirinin tedai ettirdiği mefhumlar hukuken birbirinden oldukça farklıdır. Mamafih bunların hepsinde müsterek olan iki unsur vardır:

a) Bütün hileler hakikî veya hükmi bir şahsın müşahhas menfaatları aleyhine teveccüh etmektedir. Kastsız hile tasavvur olunamaz.

- [24] T. C. K. 193 : Hile ile meskene girme.
T. C. K. 506 : Hileli itilâf
- [25] T. C. K. 358 : Yalan havadis nesir ve işaası veya sair hileli vasıtalarla fiat tahavvülüne sebebiyet verme.
T. C. K. 366 : Müzayede ve münakasalarda hileli vasıtalarla rekabeti menetme.
- [26] T. C. K. 503 : Bir kimseyi kandıracak mahiyette sanialar veya hileler yapma (dolandırıcılık).
- [27] T. C. K. bab VI fasıl: 5 Ticaret ve sanayie hile ve fesat karıştırma.
- [28] T. C. K. 362 : Taahhüt edilen erzak ve eşyanın nev'inde keyfiyet ve kemiyetinde hile ve hud'a irtikâb etme.
- [29] B. K. 28/3 : Üçüncü bir şahsın hilesine duçar olan tarafın yaptığı akit, lüzum ifade eder.
B. K. 99 : Hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraatini tazammun eden şartların butlanı (Aktin icrası safhasındaki hile).
B. K. 443 : Nakliyecinin hile ve fahiş kusuru halinde emteayı teslim ettiği ve ücretini aldığı halde mesuliyetinin devamı (Aktin icrası safhasında hile).
B. K. 505 : Kumar borcu olarak verilen para diğer taraf hile ve desise ika etmiş olmadıkça geri alınmaz.
T. K. 645 : Lehine taahhüt olunan kimsenin hile ve hatası halinde mukabil hakta taahhüdünü ifa etmezse tazminatla mükellef tutulamaz. (Aktin icrası safhasında hile'dir ki alacaklının temerrüdünü hatırlatır).
T. K. 59 : Tüccarın hile ve desais istimali (Haksız rekabet zimmında).
T. K. 886 : Nakliye komisyoncusunun hilesinden dolayı eşyanın kaybolması (Aktin icrası safhasında hile).
T. K. 565/3 : Vadenin hululünde poliçeyi tediyeye eden kimse hilesi bulunmamak şartıyla: zimmetten beri olur.
T. K. 834 : Vekil mükekkili hesabına aldığı parayı muayyen maksatlar için kullanmazsa, ve hile ve hud'ası varsa cezai takibata maruz olur.
T. K. 953 : Sigorta ettirenin veya sigortadan istifai meşrut olanın hilesi ile hasara sebebiyet verme.
T. K. 955 : Sigorta ettirenin tehlikeyi ihbar etmemek suretiyle hile irtikâbı.
T. K. 964 : Sigorta ettirenin sigorta olunan malın kıymetini tesbit ettirirken hile yapması.
T. K. 986 : Nakliye sigortasında nakliyecinin hilesi.
- [30] İc.İf.K. 311 : Alacaklılarını zarara sokmak kastile hileli muamelelerde bulunan kimse hileli müflis sayılır.
- [31] T. K. 542 : Poliçe'den mütevellit şahsî defiler poliçenin hamline nakli hileli itilâfa müstenit olmadıkça hamile karşı istimal edilemezler.
- [32] İc.İf.K. 280 : Borçlu tarafından alacaklıları ızzar kastile yapılan tek taraflı muameleler tarihleri ne olursa olsun batıldır.
- [33] İc.İf.K. 311/1 : Borçlu mallarını tamamen veya kısmen kaçıtır veya gizlerse.

b) Bu nevi hilelerin failleri kanunlarda tasrih edilmiş olan belirli müeyyidelere maruz kalmaktadırlar. Bir müsbet hukuk maddesinin ister doğrudan doğruya ister kıyas yolile tatbiki suretile olsun bu hileler müeyyedelerini kanun metinlerinin sarahat veya delâletlerinden almaktadırlar. Birinci grup hilelerin yani bir irade fesadı tevhit eden aldatmaların müeyyidesi, umumiyetle aldananın işin farkına vardıktan sonra muayyen bir müddet zarfında akitle mülzem olmadığını hile yapana bildirmesi ve icabında tazminat talep edebilmesidir; ikinci grup hilelerin yani tefrikimize göre işfallerin müeyyidesi de umumiyetle saik oldukları hukuki muamelelerin batıl sayılması ve faillerinin tazminata mahkûm edilebilmeleridir.

14 — “Kanuna karşı hile,, tabiri ve elverişsizliği:

Halbuki kanuna karşı hile mefhumu bu iki unsurdan da mahrumdur. Ne müşahhas bir hukuk süjesinin menfaatleri aleyhine müteveccihdir ne de müsbet metinlerde sarahaten veya delâleten bir müeyyedesi mevcuttur. Zaten kanuna karşı hile denmesi, hiçbir müşahhas hak sahibine müteveccih olmamasını ifade eder. Vakıa kanuna karşı hileden bazı hallerde dolayisile mutazarrır olan fertler de bulunabilir. Zira her kanun maddesi neticede müşahhas birçok fertlerin menfaatlerini himayeye matuftur. Bu madde ihlâl edilince bu menfaatler de ihlâl edilmiş olur. Fakat bu hal hem ancak kanuna hilenin bazı nevilerinde vardır diğerlerinde yoktur, hem de kanuna hile suretile vâki bir muameleden mutazarrır olan fertler eğer faillerden iseler bu zarara isteyerek rıza göstermişlerdir. Ortada bir aldatma yoktur. Meselâ mürtehinin merhuna temellükü şartının memnuiyetini ve bu memnuiyetin kendi lehine olduğunu bilebile, borçlu, bir alacak temini için böyle bir şartı alacaklı ile anlaşarak, isteyerek kabul etmiştir. Bir aldatma ve aldanma yoktur. Keza fahiş faiz memnuiyetini bertaraf eden şartları alacaklıya çok defa bizzat borçlular teklif ederler. Diğer taraftan öyle kanuna hile halleri vardır ki bundan meşru menfaatlerinde mutazarrır olan bir tek müşahhas hak sahibi dahi bulunamaz. Çocuksuz ve birbirinden uzun zamandanberi bıkılmış iki eşin elbirliğile boşanmaya karar vererek ve sırf bu maksatla tabiiyet değiştirmelerinde ve bilâhare boşanma hükmünü istihsal etmelerinde meşru menfaatleri bakımından mutazarrır olan kimdir? Hiç kimse. Yahut aralarında evlenme memnuiyeti olanların aynı yola tevessül ederek yabancı teb'alığını ihraz ettikten sonra evlenmelerinde kim zarar etmiştir? Kim aldatılmıştır? Müşahhas olarak hiç kimse, fakat mücerret olarak: KANUN KOYAN.

İşte kanuna karşı hilenin teveccüh ettiği varlık müşahhas bir fert değil belki kanun koyanın mücerret zekâsı ve hakiki iradesidir. Filhakika daha Roma Hukukunda dahi bu mefhum için “kanuna karşı hile = *in fraudem legis agere*,, tabiri.

kullanılmıştır. Fransızca tabir lâtince tabirin tercümesinden ibarettir. Bizde de umumiyetle aynı tabirin türkçe tercümesi demek olan “kanuna karşı hile,, ıstılahı kullanılmaktadır [34].

Kanaatımızca eskiliğine ve bugün için klâsik bir tabir haline gelmiş olmasına rağmen bu terim pek elverişli değildir. Daha doğrusu teknik bir tabir olmak için fazla mecazidir. Kanunla fert arasındaki münasebet bir aldatma ve aldatılma münasebeti olamaz. Aldatma ancak müşahhas bir zekâyâ müteveccihdir. Daha doğrusu aldatılan zekânın emrindeki iradenin şu veya bu istikamette tecellisini mümkün kılan bir tesirdir. Hükmi şahısların hakları aleyhine yapılan hileler dahi hiç değilse hakikatte bu şahsiyetin menfaatlerini temin ve tedvirle mükellef müşahhas insan zihinlerine tesir gayesini güder. Halbuki kanun, veya alelittak hukuk kaidesi mücerret bir normdur. Tabir caizse süjesinden, yaratıcısından ayrılmış müstakil, fakat cansız bir fikirdir. Vakıta kanuna hile kanun koyanın iradesine hile demektir. Fakat bu irade de bir kere şu veya bu şekil altında ifadesini bulmuş, mücerretleşmiş, donmuş bir iradedir. Hülâsa kanunun aldatılması tabiri psikolojik bakımdan manasızdır. Kanuna hile denen fiil ve muameleler olsa olsa kanunun icaplarını yerine getirmemek bu icapları dolambaçlı bir şekilde ihlâl etmek demektir. Görülüyor ki ortada kanunu iğfal değil belki kanunu ihlâl bahis konusudur. Ancak, bu ihlâl açıktan ve doğrudan doğruya yapılan ihlâllerden farklı bir ihlâl tarzıdır. Bu, dolayısıyla, dolambaçlı, gizli bir ihlâldir. Kanuna karşı hile mefhumu bu ihlâlin dolambaçlı ve gizli oluşunu ifade ettiğine göre bu mefhuma hakikati halde kanunu aldatma değil belki (kanundan kaçınma) demek daha münasip olur. Fert, doğrusunu söylemek lâzımgelirse kanunu aldatmaya değil kanunun icaplarından sıyrılmaya, kanunun tatbik sahasından kaçmaya çalır. Ancak bu kaçış, yakalanmamayı da temin edecek kadar maharetli bir kaçıştır. Ve bu hareket ne cezayı müstelzim bir suç ne de hukukî bir müeyyede ile takibi kabil bir hiledir. İşte kanuna karşı hile denen muameleler hakkında beyhude iltibaslara mahal vermeme için “kanundan kaçınma yolları,, demek fikrimizce hem gerçekliğe hem de hukuk tekniğinin icaplarına daha uygun düşer.

Aynı mefhum hakkında almanca *Gesetzesumgehung* tabiri kullanılır. Kanun manasına gelen *Gesetz* kelimesile bir şeyin etrafından dolaşmak manasına gelen *umgehen* filinden mürekkeptir. Yani doğrudan doğruya kanunla karşılaşmamak için onun arkasından dolaşmak ve böylece kanunla yüzyüze gelmekten kurtulmak manasını ifade eder ki bunu “kanunu bertraf etmek,, yahut “kanundan kaçınmak,, tabirleriyle daha iyi ifade edebiliriz. Bir Alman müellifi kanuna karşı hileyi, tıpkı, müruriye resmini ödememek için tahsil kişesinin arkasından dolaşmaya henzetir ki [35] bu, gerek mefhum ve gerek ıstılah için manidar ve münasip

[34] Ferit Hakkı SAYMEN - Kanuna karşı hile ıstılahı Sh. 2.

[35] Karl FRIEDRICH - Handwörterbuch der Rechtswissenschaft VI Gesetzesumgehung.

bir teşbih teşkil eder. Aynı mefhum hakkında bilhassa hile bir hukukî muamele şeklinde yapıldığı zaman almanca "*Rechtsgeschäftlicher Schleichweg*," yani "hukukî muamelevârî gizli yol," tabiri veya "*juristischer Schleichweg*," tabirleri kullanılır [36]. Mefhum hakkında Alman ıstılahına benzer bir terim icat etmek isteyen hukukçularımız bize kanuna hile yerine (dolanlı muamele) veya (dolambaçlı muamele) yahut (hukukî muameleye dayanan dolan yolları) veya muamele şeklindeki hileler hakkında (dolanlı işlem) ve bizzat kanuna hile fiili hakkında (kanuna dolan) tabirlerini teklif etmektedirler [37]. Bazıları da aynı mefhum hakkında (kaçamaklı muamele) terimini tercih etmektedirler [38]. Bazen de buna (kanun hilesi) denmektedir [38 a].

Devletler hususî hukukunda sadece hile tabiri dahi mefhumu izaha kifayet eder ve herhangi bir iltibasa sebebiyet vermeyebilir. Fakat dahili hukukta hilenin çeşitli manaları olduğundan mürekkep bir ıstılah zaruridir. Biz kendi kanaatimize göre hile teriminden büsbütün sarfınazarla "kanundan kaçınma," yahut "kanundan kaçınma yolları," tabirini tercih ederdik. Ancak bugüne kadar kendi hukuk edebiyatımızda "kanuna karşı hile," şeklinde tanıyan bu mefhuma yeni ad vermeye kendimizi yetkili görmediğimizden bu mefhum hakkında münasip bir tabirin icat ve teklifini yetkili hukukçularımıza bırakıyoruz. Bu itibarla tetkiki-mizde mefhuma münasip görmemekle beraber şimdiye kadar kendisine alışılmış olan "kanuna karşı hile," ıstılahını kullanıyoruz.

[36] Theo GUHL - Das Schweizerische Obligationenrecht 2 nci bası, C: I Sh: 67
EGGER - Zürich serhi, I. 49 Madde: 2 not: 38 - 41

[37] Dr. Bülent DAVRAN (A. B. Schwartz'ın Borçlar Hukuku Derslerinde: 1948. I. Sh: 340 not. 24.

[38] Hüseyin Avni GÖKTÜRK - Borçlar Hukuku, 1947 Sh:

[38 a] Mustafa Resid BELGESAY

BİRİNCİ BÖLÜM
TATBİKATTA
TİPİK "KANUNA KARŞI HİLE,, HALLERİ

BİRİNCİ BÖLÜM

**TİPİK "KANUNA KARŞI HİLE,,
HALLERİ**

I - ROMA HUKUKUNDAN TİPİK MİSALLER

15 — Roma Hukunda Tefsir:

Herhangi bir hukuk sisteminde "kanuna karşı hile,, hallerinin genel bir teori halinde olmasa dahi keşfedilip müeyyide ile karşılanabilmesi için, o hukuk sisteminin herhalde muayyen bir olgunluk derecesine erişmiş olması icab eder. Bu itibarla şekli muteberlik ve sıhhat şartlarile iktifa eden hukuk sistemlerinde bu gibi meselelerin hal suretlerini aramak abestir. Başlangıçta kanunî memnuiyetleri sırf şekli bir tarzda tefsir eden romalılar, kanunun lafzına uygun bulunan "kanuna karşı hile,, hallerini, hususî hükümlerle men edilmedikçe muteber sayıyorlardı [1]. Halbuki klasik devrin tekâmül seviyesine ulaştıkları zaman bu gibi halleri farketmeğe ve müstahak oldukları müeyyidelerle karşılamağa başladılar. Filhakika bu devirde tefsir metodları hayli inkişaf etmişti. İçlerinde PAULUS, ULPİANUS gibi büyük hukukşinaslar bulunan Roma "jurisconsulte,,lerinin hukuku vakıalara intibak ettirmek, hukukî kaideleri hayatın icablarına göre izah etmek hususundaki meharretleri, ve eski müesseseleri yeni şartlara uydurarak pratik ihtiyaçları tatmin edebilmek hususundaki kabiliyetleri malûmdur. Bütün bunlar, hukuk kaidelerinin lâfızlarına göre değil, ruh ve maksadlarına göre tefsiri sayesinde tahakkuk edebilmmişti. Bu tefsir tarzı klasik devirde pek iyi anlaşılırmıştı. Netekim CELSUS; "kanunları (hukuk kaidelerini) anlamak, onları lafızlarıyla ele almak değil, belki ruh ve tesir kabiliyetlerini nazara almak demektir,, der [2]. Romalı tefsirciler bir kanunu şerh ederken, onu koyanın kullandığı kelimelerle bağlanmıyorlar, bilâkis, metni yazarken neyi düşündüğünü, hangi maksadı takip etmek istediğini araştırıyorlardı. Kanunun veya alehtlak bir hukuk kaidesinin tefsirinde başlıca iki metod [3] kullanırlardı ki bunları bize, ÇİÇERON

[1] GAIUS - Institutiones 1,46
Jörs - Kunkel - WENGER - Römisches Recht. ikinci bası. Sh: 105 not: 2 Yıl: 1936

[2] CELSUS - D, I, 3, 17

[3] ROTONDİ - Gli atti in frode alla Legge. Torino. 1911 Sh: 126 ve devamı: (bu iki metod birbirine zid olmayıp birbirinin mütemmimidir)

ve Cumhuriyet devri sonunda yaşamış olan diğer hatipler naklederler: Birinci metod, gramer bakımından yapılan lâfzî tefsirdir. Bunda mana müşkülâtına sebep olan kelimenin etimolojik ve carî manaları araştırılır. Fakat, "kanunun manasının hilâfına olarak kasden yapılmış bir lâfzî tefsir, kanuna karşı hile teşkil eder. Esas olan, mantıkî tefsirdir. Hukukşinaslık, lâfzî bir hukukçuluk değil, belki hukuk kaidelerinin gayesini teşkil eden menfaatlar durumunun hukukşinaslığı olmalıdır [4]. İkinci metodu teşkil eden bu mantıkî tefsir, hukuk kaidesinin içinde bulunduğu muhitte olan irtibatı, menşei ve gayesi bakımından yapılır. Hukukun hikmeti vücudu hayattır, tefsir o şekilde yapılmalıdır ki, neticede hukuk, bu gayeyi tatmin edebilsin. Bu mantıkî tefsirde izaha muhtaç olan kanun maddesi ya aynı kanunun diğer kısımlarıyla mukayese edilir [5], yahut benzer mevzular hakkındaki diğer kanunlarla karşılaştırılır [6], yahutta bu kanun hükmünün hikmeti vücudu, maksadı (ratio legis) araştırılır [7]. Nihayet, bu kanunun veya kaidenin gerekçesi, çıkmasına âmil olan vakıalar tetkik edilir [8], bu suretle yapılan tefsirin gerek pratik fayda (utilitas), gerek dürüstlük (honestas), gerek hakkaniyet (aequitas) mülâhazalarına uygun olduğu [9] ve lâfzî bir tefsirin manasızlığa sevkedeceği, meydana konur [10]. Böyle bir tefsirin neticesi, kanunun zâhîrî şümülünü genişletmek veya daraltmak olur ki, böylece kanun, kâh lâfzî bakımdan kendilerine şamil değilmiş gibi görüldüğü halde ruhu itibarıyla sahasına giren bazı hallere tatbik edilir, kâh lâfzî bakımından şümülü içine aldığı zannedilen bazı hususlara mana ve maksad bakımından uzaklığı hasebiyle tatbik edilmez. GAIUS, bu geniş tefsir metodu ile kanunların kıyas kolu ile tatbiklerinin birbirlerine karıştırılmamasına işaret eder. Geniş tefsir, kanun koyanın iyice izah edemediği bir hususun lâyıkile izahı demektir. Diğeri ise, kanun koyanın baştan tahmin ve deriş etmediği bir hususun tatbikatta zuhuru halinde "şayet böyle bir halin zuhurunu baştan tahmin etseydi nasıl bir hüküm verirdi.?", tarzındaki sorunun cevabını teşkil eder [11]. Artık burada hukukî tefsircilikten çıkılır ve hukuk yaratıcılığına geçilir. Fakat hukukçu, yaratacağı bu hukuku, münhasıran kanun koyanın vazettiği prensibe göre yaratmakla mükelleftir. Yani, o, kanun koyanın ısdar etmiş olduğu prensibin neticelerini istihraç suretile bu yeni hukuku bina edecektir [12]. Filhakika, Roma'da mevzu kaidelerin bu tarzda tefsir ve istimalleri başlı başına yeni bir hukuk nev'i yaratmıştır. Dar manada Jus Civile [13].

[4] Rudolph SOHM - Institutionen. XVI nci bası. Yıl 1920 Sh: 32

[5] D. I. 3, 24

[6] CİCERON - De Inv. II, 50, 151 - 152. SAB. ap. GAL, III, 218 JUL, D, I, 3, 12

[7] ULPİANUS - D II, 15, 8, 6

[8] " - D III, 1, 5, XIV, 6, 1

[9] CİCERON - De Inv. II, 41, 119, 1, 38, 68

[10] " - Part. Or: 38, 132

[11] GAIUS, III, 76.

[12] Édouard CUQ - Manuel des Institutions juridiques des Romains. II nci bası. Paris.

1926. Sh: 44 not: 1

[13] P. F. GIRARD - Droit Romain. 1924. VII bası. Sh: 45. Not: 1

16 — Roma hukukunda “Kanuna karşı hile,, telâkkisi:

Tefsirdeki inceliğin bu dereceye varmasına ilâveten, hüsnüniyet mefhumunun da Roma’da zamanla yerleşmiş olduğu düşünülürse, konumuz hakkında bu hukuk sisteminde bazı hal suretlerine rastlayacağımız tahmin edilebilir. Ancak klâsik devirde kanuna karşı hile meselesi umumî bir prensibe bağlanamamış, münferit hallerde tetkik edilmiş ve o hallere maksur olarak kabul edilmiştir [14].

Filiyatta, bu gibi hileler ehliyeti tahdit edici kanunlara veya *Senatus - Consultum*’lara karşı oluyordu [15]. Bazan da bir hakkın âmme intizamını tehliyeke düşürecek şekilde istimalini önlemek için bu gibi hile halleri müeyyideyle karşılanıyordu. Muayyen tipteki hilelerin pek fazla çoğalması halinde ya yeniden bu gibi hileleri menedici kanunlar çıkarılır yahut da geniş tefsirle içtihatlar bu gibi muameleleri kanunun ihlâli sayarak hükümsüz kılarlardı. Tahlil edilen hile hallerinin heyeti mecmuasından varılan netice şudur: Bu hilelerin bir kısmı kanunun menettiği bir neticeye varmak yahut emrettiği bir şeyden kaçınmak için meşruiyet zehabını uyandıracak dolambaçlı vasıtaların istimalile yapılıyordu. Bu gibi halleri hukukçular sadece kanunun bir ihlâli olarak telâkki ediyorlar ve mezkûr kanundaki müeyyideyi tatbik ediyorlardı. Bunun bariz misallerini aşağıda göreceğimiz gibi *Velleianum* ve *Macedonianum senatus - consultum*’ları ve *lex Julia* ve *Papia Poppea* kanunları aleyhine yapılan hileler teşkil eder. Roma hukukçularından kalan metinlerin çoğu bu hallere mütealliktir. Ve hakikaten bu haller kanuna hilenin (*fraus legis*) en tipik misallerini teşkil eder. Hatta bunlara istinaden Roma hukukçularının bu husustaki bir doktrininden bahsedilebilir. Ancak bu doktrin mantıkî tefsirin normal unsurlarının tatbikile pekâlâ izah edilebilir.

Diğer nevi hileler ise kanunun boşluğundan veya hatasından istifade edilerek yapılıyordu. Fail o tarzda hareket ediyordu ki hakimin elinde bu mürettep hareketini takip edecek, müeyyideleyecek bir silâh bırakmıyordu. Bu gibi hile hallerini önlemek için Devlet umumiyetle eski kanunun noksanlığını tamamlayacak yeni bir kanun ısdar ederdi [16].

Birinci nevi hilelerde müeyyide olarak kullanılan usul umumiyetle böyle bir muameleye istinad eden davacının formülüne dava olunan lehine bir *exceptio* dercedilmesi idi. Yargıç bu *exceptio* karşısında davayı umumiyetle reddederdi. Hiç değilse yargıç *pretor*’ün bu *exceptio*’sunun tatbikini gerektiren vakıaların mevcut olup olmadığını araştırır ve mevcutsa davayı dinlemezdi.

[14] Giovanni ROTONDİ - Gli atti in frode alla legge. Torino 1911, Sh: 8, 37, 43.

[15] ROTONDİ - A.G.E. Sh: 106 - 111 (Edict’lere karşı hilelere dair misaller)

[16] ROTONDİ - A.G.E. Sh: 115.

Roma'da "kanuna aykırılık = *contra legem*., ile "kanuna hile = *in fraudem legis*., halleri netice bakımından birbirinden tefrik edilmiyordu [17]. Yani hile suretile vaki bir muamele tıpkı kanunun doğrudan doğruya ihlâli gibi telâkki ediliyor aynı müeyyide ile karşılanıyordu ki bu da geniş tefsire ve objektif unsurlara (neticeye) ehemmmiyet verişin bir neticesi idi. Roma hukukçularının zamanla bu iki mefhum arasında yaptıkları tefrik bunların ayrı ayrı kategorileri temsil etmeleri ve ayrı ayrı neticeler tevlit etmeleri bakımından değil belki bunlardan birinin kanunun hem lâfzını hem ruhunu ihlâl etmesi, diğerinin ise, lâfza uyup yalnız ruhunu bozması cihetindendi. Roma hukukçularının bu mesele hakkında objektivist bir görüşe sahip oldukları sanılıyor. [18]

Bu mefhum hakkında hususî haller münasebetile verilen tarifler bizi bugün dahi aydınlatacak mahiyettedir: PAULUS şöyle diyor "Kanunun menettiği şeyi yapan kimse ona karşı gelmiş olur. Halbuki onun lafzına uyarak ruhundan inhiraf eden kimse ise ona karşı hile yapmış olur., [19]. Keza "Nerede menedilmemiş olmakla beraber vuku bulmaması matlup olan bir şey vâki olursa orada kanuna karşı hile var demektir. Nasıl mana ile lafız birbirinden farklı ise ihlâlde hile de öylece birbirinden farklıdır., [20]. Bunlardan başka aynı mefhum hakkında THEODOSIUS'un tarifi şöyledir: "Şüphesiz ki kanunun ruhuna aykırı olarak onun lâfzını tevile çalışan kimse kanunu ihlâl eder ve aynı veçhile hukuken ruhuna karşı lâfzın ters (müevvel) manasile hileli bir şekilde kendini müdafaa eden kimse de kanuna dercedilmiş cezalardan kendini kurtaramaz., [21].

Mammafih ilk iki tarifi hususî haller dolayısıyla verilmiş istişarî cevaplarda mündemiç olduğunu ve klâsik hukukta bu tarife uyabilecek bütün hallerde tamim edilmemiş unutmamak gerekir. Ancak JUSTİNİAN bu iki tarifi Digest'lerin kanunlara müteallik kısmına dercederek bunlara umumî bir tarif mahiyeti vermek istemiştir [22]. Buna mukabil son tarif, tetkik ettiğimiz doktrinın esas metni olarak telâkki edilmemelidir [23].

"*fraus elgis* = kanuna hile., tabirinin Roma hukukunda umumiyetle üç halde kullanılmakta olduğu sanılır:

- a) Kanunun lâfzına uygun fakat ruhuna aykırı muameleler hakkında,
- b) Kukla şahıslar marifetile yapılan muameleler hakkında,
- c) Kanunu bertraf etmek için hile kullanılarak yapılan muameleler hakkında. [24]

[17] Edouard CUQ - a. g. e. Sh: 128 ve Henri DESBOIS - La notion de la Fraude à la Loi et la Jurisprudence Française. Thèse, 1927 Sh: 71 72.

[18] ROTONDİ - a. g. e.: Sh: 156

[19] PAULUS - D. I. 3. 29.

[20] ULPİANUS - D. I. 3. 30.

[21] Constitutio Theodosiana et Valentina. CODEX I, 14, 5.

[22] ROTONDİ - a. g. e.: Sh: 117

[23] ROTONDİ - a. g. e. Sh: 119ve devamı.

[24] E. CUQ - a. g. e. Sh: 128.

17 — Aleyhlerine hile yapılan kanunlar ve *Senatus - Consultum*'lar
(Genel olarak):

Roma'da hile suretifle ihlâline çalışılan kanunların veya *Senatus - Consultum*'ların çoğunun, hayati ihtiyaçlara artık cevap olamayacak bir hale geldikleri anlaşılınca yürürlükten kaldırıldıklarına veya birçok hallerde tatbik şekillerinin hafifletildiğine şahit oluruz. Bunların bir kısmı muayyen bir ihtiyacı karşılamak için uygunsuz tedbirler teşkil eden, yahut muayyen bir mahzuru önlemek için fazla tahdidi hükümler ihtiya eden kanunlardı ki bunlardan mütevellit yeni mahzurların ortaya çıkması görülünce ya ilga edilmişler yahut tatbik edildikleri haller azaltılmıştır.

Esasen kanuna karşı hile hallerinin umumiyetle sosyal ihtiyaçlara uygunluk derecesi yüksek olmayan kanunlara karşı vâki olduğu her zaman müşahede edilen bir haldir ve bu hal mefhumun sosyolojik bakımdan tahlili için enteresan bir nokta teşkil eder. Hile yolile bertaraf edilmeğe çalışılan Roma kanunlarının en meşhuru *lex Julia ve Papia Poppa*'dır. Bu kanun evlenmeyi teşvik için bekârları vasiyet yolile miras kabulüne ehliyetsiz kılıyordu. İleride temas edeceğimiz gibi bu vasıta matlup olan gayeyi temin ve teshil edici bir çare değildi. Bundan başka köle azad etme hakkının suistimalini önlemek için çıkan *Lex Fufia Caninia* kanunu [25] *pater familias*'ın velâyetine tâbi oğullarla (*filius familias*) aktedilen karz mukavelelerine icra kabiliyeti tanımayan *Macedonianum Senatus - Consultum*'u ve kadınların kocaları veya başkaları lehine taahhütte bulunmak (*Intercession*) ehliyetini tahdit eden *Velleianum Senatus - Consultum*'u hile ile bertaraf edilmeğe çalışılan hukuk kaidelerinin tipik misallerini teşkil ederler. İleride diğerk hukuk sistemlerinin tetkikinde de göreceğimiz veçhile hemen daima aynı neviden menfaat ihtilâflarını tanzim için konan kaidelerden kaçılmaya teşebbüs halleri görülmektedir: Gençlerin sefahatine karşı aileyi korumaya veya kadınların dış hayat münasebetlerindeki bilgisizlikleri yüzünden istismar edilmelerini önlemeye matuf medorn hukuk kaideleri dahi halâ türlü yollarla kendilerinden kaçınılmaya çalışılan hükümleri teşkil ederler. Mamafih bu hususların incelenmesini daha sonra yapacağız. Bu itibarla aceleci genellemelerden sakınmamamız gerekir. Bununla beraber her rastlanan hile halinin zaman ve mekân farklarından mücerret olarak hemen her devir ve memlekette tekrarlanan tipik hallerden olup olmadığına sırası düştükçe işaret etmemiz faideden hâli olmayacaktır. Meselâ ROTONDİ'nin mevşuk bir hakikat olarak tesbit edilebilen hile hallerinin en eskisi olarak gösterdiği bir hadise fertlerin resmî ve hususî işlerinde birbirinden ne kadar farklı bir zihniyet ve ahlâh telâkkisile hareket ettiklerini ve hemen hiçbir devirde bu zaaftan kurtulamadıklarını pek belifğ bir şekilde

[25] ROTONDİ - a. g. e. Sh: 84 - 94 (müteaddit misaller)

belirten bir misal teşkil eder: Milâttan evvel 367 senesinde isdar edilen ve '*Lex Licinia Sextia de Modo agri et Pecoris*,' adını taşıyan kir kanuna göre Roma'da hiç kimse âmeme emlakinin 500 dönümünden fazlasına zilyet olamıyordu. Bu kanunu hazırlayanlardan biri olan Gaius Licinius, kendi oğlunu sırf 500 dönüm araziye zilyet olması için mutad vaktinden evvel mezun kıldı (émancipé) böylelikle gerek kendisi ve gerek oğlu 500 er dönümden müştereken 1000 dönümlük araziye sahip olmuş oluyordu. Bu vaziyet üzerine, Gaius Licinius kanuna karşı hile yapmış olmak ittihâm ile halk meclisi huzuruna davet edildi, kendisine her ne kadar ceza verildi ise de hukukun lâfzi anlayışına uygun olan mezun kılma ve zilyetlik iktisabı muameleleri muteber sayıldı [26]. Bilâhare kanun metinlerinin ruhlarına göre tefsiri esası yerleştikten sonra bu gibi muameleleri hükümsüz kılma imkânı kazanılmış oldu.

18 — *Julia ve Papia Poppea* kanunları ve aleyhlerine yapılan hileler: [27]

Bu kanunlar AUGUSTUS zamanında aile hukukunu korumak ve evlenmeyi teşvik etmek için çıkarılmıştır. Adetlere hürmetin gevşemesi ve diğer bazı ahlâki sebepler yüzünden Roma'da bu sıralarda evlenmelerin adedi gittikçe azalıyordu. Böylelikle Roma yavaş yavaş yabancıların ve esirlerin çokluğu içinde bunalıyordu. Zira evlenmeye rağbet olmadığından sahih nesepli yurttaşların sayısı matlup derecede artamıyordu. Bu durum karşısında bekâr kalmayı ve çocuk yapmamayı hukukî sahada bazı istifadelerden mahrumiyet sebebi olarak tanıyıp evlenmeyi teşvik etmek isteyen AUGUSTUS adı geçen kanunları çıkardı. Bunların hükümlerine göre bekârlar kendilerine yapılan vasiyetleri kabule ehil değildiler. Evli olup da çocuk yapmamış bulunanlar da ancak kendilerine vasiyet olunan mikdarın yarısını alabiliyorlardı. Bunlardan kalan miras hisseleri meşru babalığı mükâfatlandırmak gibi mülâhazalarla diğer ehil musalehlere veriliyordu. Kendisine vasiyet yolile miras kaldığı haber verilen bekâr yüz gün içinde derhal evlenmezse vasiyet mevzuunu kabul edemezdi. Mamafih bu kanunlar matlup gayeyi tahakkuk ettirmek bakımından pek elverişli değillerdi. Tasarruf hürriyetini can sıkıcı bir surette tahdit etmekle kalıyordu. Esasen evlenmeyi teşvik edecek bir kanun, onun arzu edilmemesine âmil olan sebepleri izaleye çalışmalıydı, yoksa bu gibi bazı maddî istifadelerden mahrumiyetler vaz'ile evlenme teşvik edilmiş olamazdı [28]. Daha sonra Hristiyanlığın bekârete itibar göstermesi üzerine bu kanunlar CONSTANTIN tarafından kaldırıldı.

[26] ROTONDI, a. g. e. Sh: 43

[27] G. II. 111. 286 a.

[28] Gaston MAY - a. g. e. Sh: 594

Bu kanunların yürürlükleri sırasında yapılan hilelere gelince: Meselâ bekârlığı veya çocuksuzluğu sebebiyle vasiyeti kabule ehil olmayan A'ya 250 sesters bırakmak isteyen bir kimse vasiyetnamesini A'ya olan borcunun edası için 100 sesters ve yine A'nın mülkü olup kendisine idare için tevdi edilmiş bir arazinin geliri olarak da 150 sesters verileceğini bildiren bir hüküm koyardı. Böylelikle bunlar vasiyet yolu ile bir teberrü değil, muhtelif akıtlardan mütevellit borçlar sıfatile lehine vasiyet yapılan kimseye ölenin terekesinden alınıp verilebilirdi. Mamafih hüyük müctehit ve tefsirci SCAEVOLA'ya göre bu suretle bırakılan paraları A'nın dava edebilmesi için hakikaten müteveffa ile kendisi arasında böyle akdi münasebetlerin cidden vâki olduğunu isbat etmesi gerekir. Ve esasen bunda daha ziyade bir muvazaa mahiyeti vardır [29].

Diğer bir hile şekli de vasiyetnamelerdeki "evlenmemek şartı,"nın yine aynı kanunlar gereğince keenlemyekûn addedilmesine karşı yapılıyordu. Mademki kabul edilmeyen şart "alelittlak evlenmemek," idi o halde "falan şehirde evlenmemek," kaydıla yapılan bir vasiyette bu şartın muteber olması icap ederdi. Fakat lehine vasiyet yapılan kimse bu şehirden başka bir yerde zaten evlenemeyecek bir vaziyette ise, pretör bu şartı da keenlemyekûn saymaktaydı. Filhakika durumu olduğu gibi bilen müteveffa bu şartı bu şekilde yazmakla sadece vasiyetnamesini kanunî engelden kurtarmak istemiş demektir [30]. Gene aynı kanunlara göre efendinin, kölesinin mirascısı olabilmesi için ölen azatlı kölenin 100 bin sesters-ten fazla miras bırakmış olması ve çocuklarının adedinin de 2 den fazla olmaması lâzımdır. Böylelikle kölelerin çok çocuklu olmaları teşvik ediliyordu. Azatlı köle bu kanundan kaçmak ve patronunu mirastan mahrum etmek için hayatta iken servetini bu hadden aşağı düşürecek mahiyette teberrüler yapardı. Fakat ULPIANUS evvelki mülâhazalarla bu gibi hibeleri hükümsüz saymıştı [31].

19 — *VELLEIANUM Senatus - Consultum*'u : [32]

Hakiki isdar tarihi bilinemeyen bu kararın CLAUDIUS zamanında ve tahminen Milâttan sonra 46 yılında çıktığı sanılır. Mevzuu kadınların kocaları ve başkaları lehine taahhütte bulunmaları halinde bu muameleye, taahhütten istifade edecek kimse lehine bir icra kabiliyeti vermemektir. Kararın mucip sebepleri hakkındaki fikirler ihtilâfıdır. Bazıları bu kararın kadınların erkekler arasındaki ıhtimâ münasebetlere fazla müdahale etmemeleri ve cemiyeti kadın nüfuzundan

[29] ROTONDİ - a. g. e. Sh: 80.

[30] D. 35. I Fragm. 64 (Articie şehrinde evlenmemek şartile yapılmış bir vasiyet) bu hususta fazla malûmat için bak. ROTONDİ a. g. e. 61 - 69.

[31] ULPIANUS D. 37. 14. 1, 16 keza ROTONDİ a. g. e. 71 - 74

[32] .. D. 16. 1. 8, 6 PAULUS D. 16. 1. 29. 1 ROTONDİ a. g. e.: 95-100 GIRARD: 831

kurtarmak gerektiği için çıkarıldığı fikrindedir [33]. Bazıları ise kararın kadınların iktisadî münasebetlerdeki cehaletleri yüzünden istismar edilmemelerini ve kocalarına kendi mallarını israf ettirmemelerini temin için çıkarıldığı kanaatinde adırırlar ki bu sonuncu görüşün taraftarları çoktur.

İncelenmesi mevzuumuzun dışında kalan bu nokta üzerinde duracak değiliz. Her ne sebeple olursa olsun, kadınların başkaları lehine taahhüt altına girmeleri halinde, adı geçen karar, sözleşme kadın tarafından yerine getirilmediği zaman, karşı tarafın dava hakkını bir *exceptio* ile takyid ediyordu. Netice itibarıyla, kadınlar, bu gibi taahhütlerinden dolayı hukuken ilzam edilemiyorlardı. Esasen, AUGUSTUS ve CLAUDIUS'un emirleri evli kadınları kocaları lehine "*intercessio*," dan menediyordu. Bu karar ise, yalnız evli kadınları değil, bütün kadınları, ve yalnız kocalar lehine değil, alelittlak herkes lehine "*intercessio*," dan netice itibarıyla menediyordu. Zira bir kadın, herhangi bir kimsenin kefil olduğu zaman, borcun ödenmemesi halinde alacaklı, kadın aleyhine dava açarak onu kefalet vecibesini ifaya davet etmek istediği takdirde, pretörün "*exceptio Senatus - Consulti Velleiani*," def'i ile karşılaşılıyordu. Kadınların başkası lehine taahhütlerini önlemek için alınan bu tedbir, ihtiyacı tecavüz ediyordu, zaruret miktarınca değildi. Çünkü, öyle muameleler vardı ki, bunlarda kararın çıkmasını icap ettiren mahzurlar değil, hatta sosyal faide mülâhazaları hakimdi. Meselâ evlenecek bir kızın cihazı dolayısıyla yapılacak "*intercessio*," gibi. Böyle hallerde sonradan, bu kararın tatbikinden vaz geçildi. Fakat, kararın tatbiki gereken hususları ondan kurtarmak için yine çeşitli hileler icat edilmişti: Kadın, karara göre yalnız *intercessio*'dan menedilmişti. Fakat, bir başkasına - kendi hesabına bir üçüncü şahıs lehine kefalette bulunması için - vekâlet vermesine mani yoktu. Bu takdirde, kadının vekili, kefalet borcunu ifa etmezse, alacaklının vekil aleyhine açacağı davada - yine dar hukuk anlayışına göre - bu kararın *exceptio*'su serdedilemeyecekti. Fakat, pretörler, alacaklının, borçlusuna kefil olan kimsenin, bunu bir kadın nam ve hesabına yaptığını bilmesi halinde, kararın tatbik edileceğini, yani kadının vekilinin dahi böyle bir *exceptio*'dan faydalanacağını kabul ettiler [34].

Böylece bu karar mana ve maksadına göre tefsir edilerek lâfzı itibarıyla zahiren kendilerine şâmil gibi görüldüğü bazı muamelelere tatbik edilmedi ve gene dar hukuk tefsirine göre kendilerine tatbik edilmemesi gerektiğine hükümlenmiş bazı muamelelere tatbik edildi. Fakat, bütün kadınlara şâmil olması hukukî münasebetleri güçleştiriyordu, nihayet bu yüzden JUSTINIANUS zamanında tâdil edilerek yalnız evli kadınlar hakkında, ve yalnız kendi kocaları lehine olan taahhütler için bir tahdit kabul edildi, yani AUGUSTUS ve CLAUDIUS zamanındaki duruma avdet olundu.

[33] Henri LOTTIN - De La Fidéjussion. Thèse. 1832

[34] D. 16, l. 32. 3

20 — *MACEDONIANUM Senatus - Consultum*'u [35]

Milattan sonra 69 - 70 yıllarında çıkan bu S. - C. diğerleri gibi o zamanlar ancak fiilen kanun kuvvetini ihraz etmişti. Şekli bakımdan ise, pretörü karar muhtevasını, ve bazı faydeli tedbirleri ittihaza davet tarzında kaleme alınmıştı. Fakat, fiilen kanun gibi idiler [36]. *Macedonianum* S. - C. mu, bütün teşrii tasarruflar gibi belirli bir sosyal ihtiyacın karşılığı idi: Roma'nın son zamanlarında aile otoritesine tabi kimselerin, hususile oğulların israfı, gerek *Pater familias* için, gerek cemiyet için tehlikeli bir hal almağa başlamıştı. Bunlar, bol bol istikrazda bulunuyorlar, gelişi güzel sarfediyorlar, üstelik şahsî mamelekleri olmadığı için alacaklılarına herhangi bir teminat da gösteremiyorlardı. Oğul, borcunu ödemediği takdirde, alacaklının normal bir istifadeyi temin edebilmesi için, *Pater familias*'ın ölmesini ve çocuğun mirasa konmasını beklemesi icap ediyordu. Hatta, JUSTİNİANUS, alacaklılarının takibi ve tazyiki karşısında bunalarak babalarına öldürmeğe tevessül eden oğullardan bahseder [37].

Netekim bahsetmekte olduğumuz karar da, MACEDÓ adındaki bir oğulun, alacaklılarının tazyiki karşısında babasını öldürmesi üzerine, bütün aile babalarını böyle feci akıbetlerden korumak kaygusu ile alınmıştır. Diğer taraftan, bu gibi oğullara ikrazda bulunan murabahacılar, alacaklarına kâfi bir teminat bulamadıklarından pek fahiş faiz alıyorlar, bu da çeşitli mahzurlar doğuruyordu. Bütün bu vaziyetleri önlemek kaygusuyla, adı geçen *Senatus - Consultum*, *Pater familias*'ın nüfuzuna tabi oğullara borç para veren mukrizlerin, borcun ödenmemesi halinde alacaklarını icraen istifa imkânından mahrum kalmalarını istihdaf ediyordu. Böylelikle, mukriz, bir oğulla karz akdi yapmaktan çekinmeye mecbur kalacak, ve neticede hem fazla fahişin, hem de aile babalarının kötü durumlara düşmesinin, nisbeten, önüne geçilecekti. Filhakika, karar çıktıktan sonra, pretörler, bir aile oğuluna borç verip de vaktinde istifa edemediği için dava açmak isteyen mukrizin formülüne, dava olunan oğul lehine bir "*exceptio Senatus - Consulü Macedoniani*," kaydı derc ediyorlardı ki, artık hâkim, bu *exceptio*'yu görünce fiili vakıaların bu *Senatus Consultum*'un tatbikini gerektirecek şekilde olduğunu tesbit ettikten sonra davayı reddederdi.

Fakat bu vaziyetten hem oğullar, hem de onlardan fahiş faiz temin eden murabahacılar müteessir oluyordu. Bazen, ciddî sebepler yüzünden âcilen para bulmak lüzumunu hisseden aile oğulları kendilerine hiçbir türlü kredi bulamıyorlar, bazen de, her ne pahasına olursa olsun israf edecek para arayan oğullar bu dururdan çok sıkılıyorlardı. Nihayet, bunlar, kendi arzularını karşılayacak bir hile buldular:

[35] ULPİANUS - D. 14, 6. 1. Bu hususta bak ROTONDİ a.g.e. Sh: 100 - 104

[36] GIRARD - a.g.e: Sh: 59, 834.

[37] JUSTİNİANUS - Institutiones 4. 7. 7.

(Gaston MAY'den naklen: Droit Romain. 1932. 18 inci bası. Sh: 312)

Adı geçen *Senatus - Consultum*, borç olarak para verilemeyeceği hakkında idi. Yoksa herhangi bir malın borç olarak verilmesini aynı müeyyide ile karşılayacak değildi. Keza, oğula, kredi ile herhangi bir malın satılmasını men etmiyordu. O halde, mukriz, bayi rolünü alır ve oğula süratle satılıp paraya tebdili mümkün bir mal, meselâ zahireyi kredi ile satardı. Oğul, bunu aldıktan sonra derhal satar ve ihtiyacı olduğu parayı böylece temin edebilirdi, zira artık, mukrizin bu muameleyi yapmaması için bir sebep kalmıyordu: Bedelin vaktinde ödenmemesi halinde kendisinin satış aktinden doğma bir dava hakkı vardı: *actio empti*. Bu davanın, adı geçen *Senatus - Consultum*'a dayanan bir *exceptio* ile karşılanmaması lâzım gelirdi, zira ortada karz akti yoktu.

Fakat dar hukuk anlayışına göre tamamen doğru olan bu mülâhaza, Roma hukukçularını iknaa kâfi gelmemiş, ve hukuk kaidelerinin lâfzi tefsirleri ile iktifa etmeyen pretörler bu gibi hileleri yakalamakta gecikmemişlerdi. Bu gibi hallerde gene aynı *Senatus - Consultum*'un tatbik edileceğini kabul ederek kanun ve kaidelerin ruhlarına göre tefsirleri gerektiğini belirtmişlerdi [38]. Filhakika, taraflar hangi yoldan giderlerse gitsinler, men edilen iktisadî netice yine tahakkuk ettikten sonra, lâfzi tefsirlerle iktifa edilemezdi. Ancak, bizzat bu S. - C. mun doğurduğu bazı mahzurlar da yok değildi. Mukrizler, neticede ikrazı tazammun eden bütün muamelelerden çekindikleri için, ciddi ihtiyaçlar dolayısıyla borç arayan aile oğulları pek müşkül bir durumda kalıyorlardı. Bunun üzerine bazı hallerde bu kararın tatbik edilmemesi münasip görüldü, meselâ, oğula veya mukrize isnad kabil bir kusurun bulunmaması, oğulun mukrizi kandırarak kendisini müstakil bir şahıs gibi göstermiş olması, bizzat Pater familias'ın bu istikraza rıza göstermiş olması, yahut vaki istikrazdan faydalanmış olması hallerinde, artık adı geçen karar tatbik edilmiyor, yani mukriz, alacağını hiçbir *exceptio* ile karşılaşma korkusu olmadan dava yolu ile takip edebiliyordu [39]. Görülüyor ki, geniş tefsirle aynı S. C.'un şümulü, bazı hallerde genişletiliyor, bazı hallerde ise daraltılıyordu. Ve bütün bu hallerde aynı kıstas kullanılıyordu: Kararın istihdaf etmek istediği gaye, kararın hikmeti vücudü.

21 — ANASTASIANA Kanunu: [40]

Bu kanun, alacağın temlikı hakkındadır; ve borçluların alacaklarını cüz'î bir fiatla satın alıp kendilerinden tamamını dava eden kimselerin elinde ezilmesi için çıkarılmıştır. Kanuna göre, bir kimse bir alacağı ne kadara satın almışsa borçludan ancak o kadar bir para talep edebilir. Yani, mümellekûneh, temlik

[38] D. 14. 6. 3. 3; 14. 6. 7. 7.

[39] Gaston MAY - a. g. e. Sh: 313

[40] C. 4, 35, 22

edene ne kadar para vermişse, borçludan ancak o kadarını talep hakkını haizdir. Bu kanuna şu tarzda bir hile yapılıyordu: Temlikte bulunan kimse, vâki anlaşmada, mümellekünlehe, alacağın cüz'î bir kısmını sattığını, mütebaki kısmını ise hibe ettiğini söylüyordu. Böylece alacağın tamamı, mümellekünlehin oluyor, ve bu kimse, borçludan sahip olduğu alacağın tamamını isteyebiliyordu. Zira kanun, alacağın satışı hakkında ısdar edilmişti ve dar hukuk anlayışına göre hibe edilen kısma şamil olmaması gerekirdi. Yukarıda zikrettiğimiz mülâhazalar yine galip gelmiş ve JUSTINIANUS, bu gibi hileler karşısında bazı tedbirler almıştır. Bu suretle yapılan hibeler hakkında dahi *Anastasiana Kanunu* tatbik edilmiş, ve mümellekünlehin, ancak alacaklıya ödediği bedel kadar bir istifa talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir. Bu gibi hallerde hâkim, ortada hakikaten bir hibenin yapılıp yapılmadığını araştıracaktı. Alacak tamamen hibe edilmiş ve ciddi bir hibe muamelesi yapılmışsa, kanun tatbik edilmeyecekti. Fakat bilhassa kısmî hibeli temliklerde bunun kanuna karşı hile niyetile yapıldığı anlaşılıyordu ve bu gibi hibeler hükümsüz addedilerek alacağın kıymeti yalnız temlik dolayısıyla ödenmiş olan paraya muadil olarak kabul ediliyordu. Bu netice, hem alacağı devralanın, haksız olarak zenginleşmesine mani olmak, hem de alacaklı ile mümellekünlehin borçlu aleyhine anlaşarak kanundan kaçmalarını önlemek bakımlarından hakkaniyete daha doğrusu *Lex Anastasiana*'nın ruh ve maksadına uygun düşüyordu [41].

Roma hukukundan bu gibi münferit misalleri nakletmemizin sebebi, yukarıda (No: 9) da zikrettiğimiz gibi kanuna hile hallerinin daha Roma zamanında dahi hukukcuların nazarından kaçmadığını belirtmek ve olayın hukukî bakımdan kül halinde incelenmesi lüzumunu bir kere daha tebarüz ettirmekten ibarettir. Bu hususta fazla bilgi edinilmek istendiği takdirde, sırf bu konuya tahsis edilmiş olan diğer tetkiklere müracaat zaruridir [42].

[41] C. 4, 35, 23

[42] Bak: LEDERMANN - Die Gesetzesumgehung im römischen und bürgerlichen Recht. thèse. Breslau. 1912
NEFF - Beiträge zur Lehre von der fraus legis facta in den Digesten. thèse. Berlin. 1895.
PRAFF - Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. Wien 1892.
ROTONDI - Gli atti in frode alla Legge. Torino. 1911.
BREJON - Fraus Legis. Rennes. 1942.

II - ÇAĞDAŞ HUKUK SİSTEMLERİNDE TİPİK "KANUNA KARŞI HİLE,, Halleri

22 — Seçilen tasnif metodu:

Etüdümüze başlarken "inductif,, bir metod takip edeceğimizi işaret etmiş ve pratik hayattaki hile hallerinin tetkikinden hareket ederek bu problemin hukuk alemindeki genellik derecesini tesbite varmak istediğimizi kaydetmiştik. Roma hukukundan verdiğimiz örnekleri sosyolojik bir tasnife tâbi tutmadık. Vaki birçok misallerin benzerlerine azçok farklı bir şekilde bugün dahi rastlanmaktadır. Bu da muayyen hukukî müesseselerin eski veya çağdaş devirlerde olsun hemen daima tahrif ve tahrif edilmeğe mahkûm olduklarını göstermek bakımından enteresan bir olaydır. Meselâ alacaklıları himaye edici hükümler aleyhine hileler yahut borçlunun iktisadî zafından istifadeyi menedici hükümler aleyhine hileler her zaman her yerde yapılagelmektedir. Ancak eski hukuk sistemlerinin carî olduğu cemiyetlerdeki sosyal şartları daha yakından tetkik etmeksizin bu tip hileleri keyfi bir tasnife tâbi tutmanın doğru olmayacağını düşündük. Böyle bir tetkik ise etüdümüzün hacmini lüzumundan fazla genişletmek tehlikesini gösteriyordu. Keza aynı mülâhazalarla ileride İslâm hukukundaki hilei şer'iyelerin tetkikinde de sosyolojik bir tasnif ve tahlile yer ayıracak değiliz.

Böylece amir hükümlerin istihdaf ettikleri sosyal gayeler bakımından umumiden hususiye doğru yapacağımız tasnifi yalnız çağdaş hukuk sistemlerindeki hile hallerine hasrettik. Plânımıza hakim olan prensip âmir hükmün, korunmasını istihdaf ettiği menfaatlerin umumiliği ve önemidir. Bu itibarla amme menfaatini korumaya matuf olan askerlik ve vergi mükellefiyetini ilgilendiren hükümlerden başlayıp lâlettayin şahıslar arasında cereyan eden borç münasebetlerinde taraflardan birini himayeye matuf olan âmir hükümlere kadar inen bir silsile takip ettik.

Her tasnif gibi şüphesiz ki bizim tasnifimiz de indî ve sübjektif olacaktır. Ancak, doğmatik hukukun kabul ettiği klâsik tasnifi niçin esas almadığımızı açıklamak lüzumunu hissetmekteyiz. Zira aranan bir misalin kolaylıkla bulunması bakımından bu klâsik tasnif her halde çok daha elverişli ve pratik olacaktır. Meselâ “Devletler Hususî Hukukunda hile halleri,, ve “Dahili Hukukta hile halleri,, tarzında yapılacak bir ana tasnif gerek misallerin sıralanması gerek merak edilen hususların aranıp bulunmasını bir hayli kolaylaştıracak ve içinde bir yabancı hukuk unsuru bulunan bütün halleri birinci kola sokmamız; klâsik hukuk tasnifi bakımından bize yapılacak her türlü itirazdan masun kalmamızı temin edecektir.

Diğer taraftan dahili hukuktaki hile hallerini de Mali Hukukta, İdare Hukukunda, ve Hususî Hukukta hile tarzında tâli bir taksime tâbi tutmamız yine aynı kolaylıkları arzedecekti. Fakat biz gerek asli, gerek tâli bakımdan olsun klâsik hukuk taksimlerini nazara almadık. Bu kolaylıklardan faydalanmak istemeyişimizin sebeplerine gince:

Kanaatimizce gerek Devletler Hususî Hukukunda gerek Dahili Hukukta olsun dolambaçlı bir ihlâl maruz kalan, kendisinden kaçınılan norm daima bir milli hukuk normudur. Halbuki bizim sosyolojik bakımdan alâkadar olduğumuz mesele “hangi kanunlara, hangi nevi hukuk kaidelerine karşı ihlâl yollarına sapıldığı, ve bu kaçamaklı, gariplikli ihlâl şekillerinin sosyal sebeplerinin nelerden ibaret olduğu hususudur,,. Bu itibarla bizi ilgilendiren cihet hile için *vasıta olarak kullanılan* bir yabancı hukuk normu değil *bizzat ihlâl edilen* hukuk normudur. Bu ise gerek dahili hukukta gerek devletler hususî hukukundaki hilelerde olsun daima milli hukuk normlarından biridir. Yabancı hukuk normu aleyhine yapılan bir hile de o memleket hukuku bakımından yine millî bir hukuk kaidesi aleyhine yapılmış demektir. Mamafih bu meseleye ve NİBOYET’in fikirlerine ileride temas edeceğiz.

Dahili hukukta dahi klâsik tasniften ayrılmamızın sebepleri yine bizim pratik hayatta kaçamak yollarına mevzu olan hukuk kaidelerinde müşterek bir cephe aramakta oluşumuzla izah edilebilir. Halbuki bu müşterek cephe bu kanunların veya alehtlak hukuk kaidelerinin şu veya bu doğmatik hukuk braşına dahil bulunmasından değil, belki istihdaf ettikleri gayelerin birbirleriyle olan şu veya bu şekildeki benzerlik ve yakınlıklarından istihraç edilebilecektir. Esasen biz hukuk kaidelerinin doğmatik zaviyeden izahlariyle değil, belki istihdaf ettikleri sosyal gayeler bakımından incelenmesile meşgul bulunmaktayız. Zira kanuna karşı hile, kanun koyanın arzu edip de açıkça ifade edemediği gayelerinin ihlâlidir. Ve ferdin bu gayeleri muhtelif saiklerle hükümsüz bırakmasıdır. Meselâ kanun koyanın muhtelif sebeplerden doğma irade zaaflarını koruma arzusu muhtelif maddelerde ifadesini bulmuştur. Ve bu maddeler doğmatik bakımdan birbirlerinden pek ayrı hukuk kollarında yer almışlardır. Fakat sosyolojik bakımdan

hepsinin istihdaf ettiği gaye aynidir: Cemiyette irade zafı ile malûl olan kimselerin diğerleri tarafından istismarlarını önlemek. İşte biz bütün bu çeşitli maddeleri kanun koyanın gayesindeki ayniyet bakımından aynı bölüm içinde inceleyeceğiz: “Zayıf durumda bulunaaların himayesine matuf hükümler aleyhine hileler., Müsrifin israf zafını kurnaz kimselerin istismarına karşı koruyan, yahut kumarbazın oyun zafını spekülasyon düşkünlerine karşı himaye eden, yahut ma'tuhun veya hastanın zafını kötü niyetli muhataplara karşı korumak isteyen kanun vazîinin istihdaf ettiği gaye daima aynidir. Cemiyette zayıfların istismarına mani olmak. Halbuki hacir, tabii borçlar, veya vasiyeti kabul ehliyeti gibi müesseseler birbirlerinden ne kadar farklı hukuk kollarının tetkik mevzularındandır.

Diğer taraftan muhtelif milli hukuk sistemlerindeki hile hallerini ayrı ayrı tetkik etmeyi de kabul etmedik. Bizim maksadımız bir mukayeseli hukuk etüdü yapmak değildir. Hile gibi bir sosyal maraz hali nerede, hangi cemiyette ve ne zaman zuhur ederse etsin biz onu daima aynı neviden olan marazlar grupuna sokarak tetkik etmeyi, mefhum hakkında doğru bir genellemeye varmak bakımından daha münasip bulduk. Bazen aynı tip hileye çeşitli cemiyetlerde ve muhtelif zamanlarda rastlanır. Bazen münhasıran bir tip cemiyette ve muayyen bir zamanda tesadüf edilir. Bizce mühim olan onun şu veya bu cemiyette zuhuru değil, onun zuhuru ile onu intaç eden sosyal âmiller arasındaki münasebetlerdir ki bu da hile hallerini muhtelif milli hukuk sistemleri bakımından tahlil ile değil, belki muhtelif sosyal şartlarla olan münasebetleri bakımından incelemekle anlaşılabilir.

Bu itibarla aynı nevi müesseseye karşı hile, ister Alman hukuk sisteminde ister Fransız veya Türk hukuk sisteminde yapılmış olsun, bizim için mühim olan onun falan veya filân memlekette zuhuru değil, o hile ile o müessesenin sosyal şartları arasındaki münasebetin araştırılmasıdır. Bu itibarla çeşitli milli hukuk sistemlerindeki hileleri icabında aynı bölüm içinde tetkiki, konumuz bakımından daha muvafık ve genellemelere vardırarak bakımından daha elverişli bulduk.

Seçtiğimiz tasnif metodu hakkındaki mülâhazalarımızı bitirmeden evvel bir noktaya daha işaret edelim:

Çeşitli bölümlerde vereceğimiz misaller bu konular hakkında bilfiil yapılmış ve yapılacak olan bilcümle hile hallerini içine almaktan tabiatile uzak olacaktır. Biz sadece tipik hileler üzerinde duracağız. Esasen mahkemelere intikal edip bir hüküm konusu olmamış olmakla beraber pratik hayatta her gün cereyan etmekte olan ve tabîkatçıların pek iyi bildikleri çeşitli hileli muameleleri, kaçamak yollarını şifahi mesmuatımıza istinad ederek örnek diye göstermekten imkân nisbetinde çekinmekteyiz. Çünkü bu gibi muamelelerin cereyan şartlarını ilmi bir hakikat derecesinde tesbit etmedikçe amiyane bir bilgiye dayanarak bunlar üzerinde fikir yürütmenin doğru olmayacağına kani bulunuyoruz. Mahkemelere

ntikal eden hallerde ise hadiselerin cereyan şartları selâhiyetler ellerden geçmiş ve gereği gibi kıymetlendirilmiştir. Biz mümkün olduğu kadar mahkemelerce bütün hususiyetleri tesbit edilmiş olan vakıaları ele almak arzundayız, ve mev-sukiyeti şüpheli misaller veya sırf tasavvur mahsulü olan sun'î hile ihtimallerine imkân nisbetinde yer vermemek niyetindeyiz. Yalnız yabancı hukuk sistemlerinde yapıldığı ve müeyyide ile karşılandığını tesbit ettiğimiz bazı tipik hilelerin kendi hukuk sistemimizde de mümkün olup olmadığını, içtihatlarda emsaline rastlama-sak dahi nazari olarak münakaşa etmekte faide görmekteyiz.

Şunu da hatırlatalım ki zikredeceğimiz misaller gerek adet gerek nevi bakı-mından pratik hayatta icat edilmekte olan binbir çeşit hile ve kaçamak yolunun ancak pek cüz'î bir kısmını teşkil edecektir. Biz sadece "Kanuna karşı hile,, veya kendi tercih ettiğimiz tabirle "Kanundan kaçınma yolları,, üzerinde genel bir görüşe varılmasına, umumî bir prensibin kabulüne kendi kudretimiz nisbetinde yardım etmek arzundayız.

Bu esas nazariye umumî olarak kabul edildikten sonra pratik hayattaki çeşitli ihtimallerin kendi hususiyetlerine göre - bu nazariyenin tatbik sahasına girip girmediklerini tatbikatla uğraşanlar esasen bizzat tayin edeceklerdir. Bu itibarla hile nevinin ve sayısının bizim için fazla önemi yoktur. Vereceğimiz örnekler sadece hile hakkındaki sistematik görüşün inşasına yarayacak asgarî malzeme rolünü oynayacaklardır.

Bir noktaya daha işaret etmemiz lâzımdır:

Heride sistematik kısımda izah edeceğimiz gibi mahkemeler bütün unsurları hakundan kanuna karşı bir hile, bir kaçamak yolu teşkil eden birçok halleri heride izah edeceğimiz sebepler yüzünden başka bir şekilde tavsif etmişler bun-lara hakikî adlarını vermemişlerdir. Hususile dahili hukukda bu mefhum mü-racaat ederken hayli tereddüt göstermiştir. Bu itibarla vereceğimiz misallerin birçoğunda "muvazaa,, "üçüncü şahıslara karşı hile,, "âmir hükümlerin ihlâli,, "aktin yanlış tavsifi,, "hakkın suiistimali,, "doğrudan doğruya yapılması men edilmemiş olan bir şeyin dolambaçlı bir şekilde yapılması,, şeklindeki tahlil ve tavsiflere rastlanacaktır. Bu gibi hallerde umumiyetle varılan sonuçlar doğru fakat verilen gerekçeler yanlıştır. Yargıçlar edta insiyakî bir şekilde kanun-dan kaçmaya müsamaha etmemek istemişlerdir. Fakat bu isteklerini mevcut ve malûm hukukî müeyyidelerle, sarîh bir müsbet hukuk kaidesinin yardımıle tatmin etmeyi kendi hesaplarına daha ihtiyatlı ve isabetli bir hareket olarak telâkki etmişlerdir. Zira kanuna karşı hile gibi umumî bir prensibe henüz mütte-fikan varılmadığından bu tabiri kullanmaktan çekinmişler ve kendilerinin bir nevi "hakkaniyet dağıncılığı,, bir nevi "keyfilik,, ile ittiham edilmelerini isteme-mişlerdir. Halbuki biz mahkemelerin verdikleri tavsiflerle mukayyet olacak deği-liz. Bizce mühim olan bütün unsurlarile kanuna hile teşkil eden hallerin vukuu-

dur. Bunların şöyle veya böyle tavsifleri ancak bir çekinme veya bir yanlış tahli eseridir ki hâdisenin hakiki mahiyetine müessir olmaz. Esasen mahkemelerin müstekar bir içtihadı varıncaya kadar kaç türlü çareye başvurdukları ve doğruluğunu adeta insiyakî bir şekilde hissettikleri neticelere varmak için ne kadar elverişsiz yollara saptıkları tafsilâtle açıklanacaktır ki bunun da içtihadın nazariye lehine olan tekâmül seyrini belirtmek bakımından faideden hâli olmayacağına kaniiz.

A - Askerlik mükellefiyetinden kaçmaya matuf hileler

23 — Evlenme suretile: (Fransız hukuku)

Askerlik hizmeti ve vergi mükellefiyeti gibi yurttaşlık ödevlerinden kaçmayı istihdaf eden çeşitli hileler vardır. Bunların çoğu kanun koyan tarafından baştan tahmin edilmiş ve önleyici veya cezalandırıcı mahiyette muhtelif hükümlere mevzu olmuştur. Bütün bunlara rağmen ahlâki selâbetten mahrum fertler bu cezai hükümlerle takip edilemeyecek mahiyette kombinezonlar icadı ile yurttaşlık mükellefiyetlerinden sıyrılmaya yollarını aramaktan hâli kalmamışlardır. Ancak hastalık icadı, temaruz ile çürüye çıkma vesaire gibi fiili hileleri bahis konusu edecek değiliz. Burada zikredeceğimiz hileler hukukî muamele şeklinde olanlardır. Meselâ Fransız hukukunda evli olanların askerlik hizmetinden kısmen veya tamamen muaf tutuldukları bir devirde, gençlerin sırf bu mükellefiyetten kurtulma maksadile ve hiçbir şekilde fiili bir evlenmeyi istihdaf etmeksizin evlenme akitleri yaptıkları görülmüştür. Boşanmanın *kanonik* hukukun tesirile medenî hukukta dahi menedilmiş olduğu bir devirde, fiili beraberlik evlenmenin rükunlerinden sayılamıyordu. Evlenme akti ise hütün eşkâl ve merasimine uygun olarak aktedildiği takdirde hukuken bu gibi evlenmeleri batıl addetmeğe veya muvazaa saymağa ve böyle bir evlenmeyi yapan genci askerlik mükellefiyetine tâbi tutmaya imkân yoktu. Fransız mahkemeleri bu gibi hallerde umumiyetle bir şekil noksanlığı bulup çıkarmaya ve evlenmeyi bu yüzden batıl addetmeğe çalışarak hakikatte kanuna hilenin önüne geçmek isterlerdi [1]. Zira evlenmenin ciddi olmadığı ve sırf askerlik mükellefiyetinden kaçma gayesile yapıldığı nazara alınarak askerlik mükellefiyeti kanununa karşı bir hile olduğunu ileri sürebilmek için “kanuna karşı hile,, nazariyesinin taazzuvunu beklemek lâzımdı.

[1] Cour de Lyon: 10 - avril - 1856 S; 1856. 2. 706 tafsilât için Bak: H. DESBOIS - a. g. e. Sh: 140

24 — Yabancı Devlet tab'ahına geçme suretile:

Yine Fransız hukukunda askerlik mükellefiyetinden kurtulmanın başka bir çaresi daha bulunmuştu: Askerlik mükellefiyeti hiç olmayan veya Fransaya nazaran daha kolay olan yabancı bir memleket tabiiyetine geçmek. Fert yine eski memleketinde eski ikametgâhında, yani Fransa'da yaşamakta devam ederdi. Fakat tabiiyet değiştirip, yabancı sıfatını ihraz ettiği için hakkında Fransız kanunları tatbik edilerek askere alınmazdı.

Bu hal bilhassa Fransız Medenî Kanununun sonradan 21 Ağustos 1927 tarihli tabiiyet kanunile kaldırılmış olan 17 nci maddesinden istifade suretile yapıyordu. Zira bu maddenin birinci bendi "yabancı bir tabiiyete geçmekle Fransız tabiiyetinin kaybedileceğini, âmirdi. Bu madde tabiiyet değişmesinin zamanı hakkında hiçbir kaydı ihtiva etmiyordu. Yani askerlik görevi yapılmadan evvel vâki tabiiyet değişmelerinde de tatbik edilecekti. Mahkemeler bu kadar kolaylıkla askerlikten kurtulma hallerini önlemek için baştan pek sert davrandılar. Fransız Yargıtayı bir kararında henüz vatanî vazifelerini yerine getirmemiş olan bir kimsenin hangi hal ve şartta olursa olsun hiçbir zaman tabiiyetini değiştirmeyeceğini kabul etti [2]. Halbuki kanunda tabiiyet tebdili böyle bir kayda tâbi tutulmamıştı. Doğrusunu söylemek lâzımgelirse bu tefsir kanunu aşırıyordu. Böyle bir karar kanunun zararı görmediği bir şartın mahkemeler tarafından ihdası demekti. Müteakip kararlarda bu kadar sertlikten vazgeçilmiş ve meşru saiklerle yapılan tabiiyet tebdillerinin muteberliği kabul edilmiştir. Yargıtay hukuk dairesi bir kararında henüz reşit olmadan Arjantin teb'ahını kabul eden bir Fransızın bu tabiiyet değiştirmesinin "Fransız kanununa karşı herhangi bir hile fikrinden arî oluşu ve aslâ askerlik hizmetinden kaçmaya matuf bulunmayışı,, sebebiyle muteber olduğunu kabul etmiştir [3]. Şu halde bu kararın mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere şayet bu tabiiyet tebdilinin askerlik vazifesinden kaçmak kastile yapılmış olduğu isbat edilseydi netice her'akis olacaktı.

Fakat tabiiyet değiştirmenin bu kadar serbest bırakılmasının mahzurları görülünce kanun koyan, henüz askerliğini yapmamış olanların tabiiyet değiştirmelerini hükümetin müsaadesine bağlı tuttu [4]. Böylelikle bir mükellefiyetten kaçma maksadile tabiiyet değiştirme halleri nisbeten önlenmiş oldu. Mamafih hükümetin müsaade etmiş olması yine böyle bir hile ile yapılan tabiiyet değiştir-

[2] "Ch. Civ. 19 - août - 1874 S. 1875. 1. 52 (S. réf. 1871 - 1875 Sh: 690).. Fransız Medenî Kanununun 17 nci maddesi, ancak yabancı bir tabiiyet kazanmak için kendi tabiiyetinden feragat yetkisini, yurduna karşı olan bütümlü taahhütlerini ifa suretiyle ihraz etmiş olan kimselere tatbik edilebilir... ilâh)

[3] Ch. Civ: 26 - février - 1890 S: 93. 1. 126 (S. réf. 1889 - 1891 Sh: 327), Diğer kararlar Trib. Chambéry. 21 - mars - 1908 S. 1908. 2. 312.

[4] 26 - juin - 1899 tarihli kanunla Fransız Medenî Kanununun 17 nci maddesinin mezkûr 1 numaralı bendine aşağıdaki fıkra eklenmiştir: "Eğer Fransız teba faal orduda askerlik hizmetine tâbi ise, bunun yabancı Devlet tebaliğini ihrazı, ancak Fransız Hükümetinin müsaadesi ile ona Fransız tebaliğini terk ettirebilir..."

melerini mahkemelerin tetkikine engel teşkil etmemeliydi. Çünkü hâdisenin hususiyetleri hakkında hükümet kâfi derecede tenvir edilmemiş, bu müsaade bazı hususlar kendisinden gizlenmek suretile istihsal edilmiş olabilirdi. Esasen böyle bir müsaade alelâde bir rey izharından ibaretti ki mahkemeleri asla ilzam edemezdi [5].

25 — Yabancı Devletin askerî hizmetlerine girme suretile:

Ağır askerlik mükellefiyetinden kurtulmak için başvuru için diğer bir çare de Fransız Medenî Kanununun 17 nci maddesinin 4 No. lu bendindeki durumu sun'i olarak tahakkuk ettirmek suretile olurdu. Filhakika bu maddeye göre Fransız hükümetinden izin almadan yabancı bir devlet ordusunda hizmet eden kimseler derhal *de jure* Fransız vatandaşlığını kaybediyorlardı. Bu hüküm ise zaten Fransa'daki askerlik külfetinin ağırlığından kurtulmak isteyenlere müsait bir zemin hazırlıyordu. Bunlar askerlik hizmeti daha hafif olan bir memleketin ordusunda kısa bir müddet hizmet etmekle kendilerinin Fransız teb'alığından otomatikman çıkmış olduklarını ve artık Fransız askerî makamlarının davetlerine icabet edemeyeceklerini iddia ediyorlardı.

Mahkemeler kanunun bu sarahatı karşısında pek müşkül durumda kaldılar. Baştan bu hizmetin (yani yabancı orduda) fiili ve gönüllü olmasını şart koştular. Sonraları fiili olmasının şart olmayıp ancak behemahal gönüllü olması meşrut olduğunu ve yabancı askerî makamın Fransız yurttaşını resen askere alıp kullanması halinde Fransız teb'alığına hâlel gelmemesi gerektiğini ileri sürdüler. Fakat asıl meseleye gene çare bulunamıyordu. Zira Fransız Devletin askerlik mükellefiyetini ağır bulanlar kurtulmak maksadile yabancı bir devletin askerî hizmetine gönüllü olarak giriveriyorlar hatta sadece kaydolmakla iktifa edip derhal Fransız teb'alığını kaybettiklerinden bahisle Fransız ordusuna çağırılmayacaklarını iddia ediyorlardı.

Bazı vakalarda mahkemeler bu yolu kapatmak için kanuna karşı hile nazariyesinin tatbikine cesaret ettiler. Bazen de hiç bundan bahsetmeden başka yollardan bu hileleri önlemeye çalıştılar. Paris istinaf mahkemesi 5 Nisan 1886 tarihli kararında "kanun koyanın; 1811 kararnamesi ile en ağır cezai hükümlere tâbi tuttuğu fiili cezalandırmak maksadile (mahkeme, yabancı orduda hizmet fiilini kastediyor) ısdar ettiği bu teb'alık hakkından iskad durumunu; davacı, kendisini Fransız kanunlarının nazarında askerlik mükellefiyetinden kurtarmaya yarayacak bir vasıta olarak kullanamaz,, demiş ve davacının fiilen ecnebi ordusunda hiz-

[5] Le SUEUR et DREYFUS - Le National Sh: 190 (S. réf. 1889 - 1891 Sh: 327)

met etmiş olmasının dahi ehemmiyeti olmadığını ve bu suretle medenî kanunun teb'alıktan ıskata mütedair 17 nci maddesinden faydalanamayacağını kabul etmiştir [6].

Diğer bir hâdisede İsviçreli bir baba ile Fransız bir anadan Fransa'da doğmuş ve büyüdüktan sonra Fransız tabiiyetini muhafaza etmiş olan Boesch adında bir genç, askerlik çağı yaklaşınca İsviçreye geçerek orada 48 günlük bir askerlik hizmeti ifa ettikten sonra tekrar Fransa'ya dönmüştür. Fransız makamları kendisini askere almaya kalkınca mahkémeye müracaatla, İsviçre ordusundaki 48 günlük askerlik hizmeti dolayısıyla Fransız teb'alığından çıkmış olacağını ve bu sıfatla da askere alınamayacağını iddia etmiştir. Bunun üzerine Lyon Hukuk Mahkemesi 17 Mayıs 1918 tarihli kararında "Her ne kadar İsviçre'deki askerî hizmet Boesch tarafından gönüllü olarak yapılmışsa da hâdisenin bütün hal ve şartlarından anlaşılıyor ki bu hizmet sırf Fransız kanununa karşı bir hile fikrinden mülhemdir ve Boesch'un Fransa'da yaşamının bütün avantajlarından faydalanmakla beraber İsviçre ordusunda yaptığı 48 günlük cüz'î bir hizmet sayesinde Fransa'daki çok daha ağır askerî hizmet mükellefiyetlerinden kurtulmasını temin maksadile yapılmıştır. Filhakika davacı, askerlik hizmetine kadar Fransa'da yaşamış ve İsviçre'deki 48 günlük askerlik ödevini bitirir bitirmez yine dönüp Fransa'ya gelmiştir. Bu itibarla mahkeme.. Boesch'un Fransız teb'alığını muhafaza etmekte olduğuna karar verir ve davayı red eder., [7]. Mamafih diğer hâdiselerin çoğunda tabiiyet tebdili hallerindeki hile kastı lâykile isbat edilemediğinden mahkemeler tabiiyetten çıkma halini kabul zorunda kalmışlardır. Esasen Fransız Medenî Kanununun mülga 17 nci maddesinin 4 numaralı bendindeki *de plano* tabiiyet kaybetme halinin tefsirinde anlaşma lâzımdı. İlk kararlarda bu hal bir nevi medenî ceza, bir haktan ıskad "déchéance,, gibi telâkki olunuyordu. Zira yabancı devlette askerî hizmet gören, hususile bunu gönüllü olarak yapan kimse, o yabancı devletin Fransa'ya harp açması halinde kendi vatanına karşı silâh kullanmayı göze almış demektir. O halde vatandaşlığın hak ve menfaatlerinden kendisinin istifade ettirilmemesi lâzımdı. Bu bakımdan askerlik hizmetinin gönüllü olarak kabulü ve bilfiil hizmet görüp görmemek gibi hususların ehemmiyeti büyüktü. Buna mukabil yabancı devletin zorla askere alması ve bunun cezai müeyyideler karşısında reddine imkân olmaması gibi hallerde Fransız teb'asının vatana ihanetle ithamına imkân görülemezdi.

Fakat daha sonraları mahkemeler bu hususta daha liberal bir neticeye vardılar [8]: Mülga fıkranın "teb'anın, Fransız tabiiyetini terke niyet ettiği husu-

[6] Paris: 5 - avril - 1886 D. 1887. 2. 13.

[7] Revue de Droit International privé (LAPRADELLE et DARRAS) 1919 Sh: 114

[8] PRUDHOMME - La perte de la nationalité française et la prise de la service militaire en pays étranger. Clunet 1923 Sh: 438 - 499

sunda kanunî bir karine,, yi ifade ettiğini kabul ettiler. Bu telâkki kabul edilince yapılacak şey her hususî halde bu karineyi araştırmak ve mevcut olup olmadığını tesbit etmekten ibaretti. Eğer hakikaten yabancı devlet hizmetindeki askerlik gönüllü olarak yapılmışsa artık teb'a aleyhine olan karine tahakkuk etmiştir ve kendisi Fransız teb'alığını terk etmiş sayılmalıdır, dediler. [9] Halbuki esasen askerlikten kaçma hevesinde olanlar için bu içtihadlar fevkalâde müsait bir zemin teşkil ediyordu. Tatbikatta askerlik mükellefiyetinden bu şekilde kurtulma yolları açılınca bundan faydalananlar çok oluyordu. Mahkemelere akseden hallerde ise hileli niyetin tesbiti çok defa imkânsız oluyor ve esas hakkında karar verilemiyordu. Netekim Fransız Adalet Bakanlığının valilere hitap eden bir tamiminin gerekçesinde bu durum veciz bir şekilde belirtilir: "Kanunun bu gibi fertlerin vatandaşlık hakkını ıskad etmesi, neticede onları bilcümle askerlik mükellefiyetlerinden kurtarmak suretile faydalandırmış oluyordu,, [10].

Mamafih bu durumun doğurduğu mahzurlar ve pratik hayatta bu gibi hilelerin çoğalması kanun koyanı harekete geçirmekte gecikmedi. Bütün bu meseleler 21 Ağustos 1927 tarihli bir kanunla halledildi. Medenî Kanunun zikri geçen 17 nci maddesinin 4 üncü bendi kaldırıldı. Artık yabancı ordusunda hizmet keyfiyeti Fransız vatandaşlığından çıkmayı intaç etmiyordu. Hatta kanunun geçici 14 üncü maddesinin bu kanunun yürürlüğe girmesinden evvel yapılmış olan askerî hizmetlere dahi şâmil olduğunu ve bu gibi hizmetlerin, ıskad keyfiyeti muhkem kazıye halini almış bir kazaî kararla tesbit edilmiş olmadıkça vatandaşlıktan çıkmaya sebep teşkil etmeyeceğini bildiriyordu. Kanundaki bu makale şumul vasfı da, kanun koyanın bu gibi kaçamak yollarına karşı nasıl bir asabiyet gösterdiğine delil teşkil eder. Böylece kanun koyan evvelki emirlerinin gayelerinden inhiraf ettirilmeleri karşısında yeni emirler, yeni kaideler vaz'ı ile iradesini yürütmek istemiştir ki bu yeni kaidelerin de bir takım dahiyane icat yollarile bertaraf edilemeyeceğini kimse garanti edemez.

Kanuna karşı hile nazariyesi cesaretle tatbik edildiği takdirde, ileride bahsedeceğimiz gibi ve profesör NAST'ın 1913 de teklif ettiği veçhile [11] bu gibi tabiiyetten çıkma iddialarının Fransız kanunlarından kaçma gayesile yapıldığı ve bu sebeple Fransız makamlarına karşı dermeyeran edilemeyeceği esasına dayanılarak bu halleri kanun vazîinin harekete geçmesine hacet kalmadan önlemek mümkün olacaktı.

Bizdeki duruma gelince, 24 Mayıs 1928 tarih ve 1312 sayılı Vatandaşlık Kanunumuzun 7 nci maddesi "Türk Vatandaşlığından çıkmak müsaadei mahsusa iştihsaline mütevakkıftır. İşbu müsaade vatandaşlıktan çıkacak olan kimsenin

[9] Ch. Civ. 19 - décembre - 1922 D. 1922. 1. 237

[10] Revue de Droit International privé (LAPRADELLE et DARRAS) 1927 Sh: 605

[11] Revue Critique de Législation et de Jurisprudence 1913 Sh: 340 (NAST'ın makalesi)

Dahiliye Vekâletine müracaatı ve İcra Vekilleri Heyetinin kararile istihsal olunabilir. Askerî hizmet vazifesini ifa etmeyenlere bu müsaade verilemez. „ demektedir. Vatandaşlıktan çıkma hususunda görülüyor ki biz daha ihtiyatlı davranmaktayız. Bundan başka yabancı devlet askerî hizmetinde ihtiyarî olarak (gönüllü) çalışmış olanların vatandaşlıktan ıskatı bizde otomatik bir şekilde cereyan etmez. Aynı kanunun 9 uncu maddesinde “müsaadei mahsusa istihsal etmeksizin ecnebî tabiiyetine kendi arzusu ile giren veya ecnebî bir devlet ordusunda bilihtiyar hizmeti askeriye ifa eden Türkler İcra Vekilleri Heyetinin kararile vatandaşlıktan ıskad edilebilir.„ denmektedir. Böylelikle hem kanuna hilenin önüne geçilmiş olur hem de ecnebî bir devletin askerlik hizmetinde bulunmanın icabı halinde vatandaşlıktan ıskad gibi bir cezayı intaç etmesine imkân verilir. Vatandaşlıktan ıskata hükmedecek olan makam, hâdisenin bütün unsurlarını, hususiyetlerini ne maksatla yapıldığını araştırıp ona göre karar vereceği için fert, kanunî yani otomatik bir ıskad kaidesinden istifade edemez.

B - Vergi mükellefiyetini tanzim eden hükümler aleyhine hileler

26 — Mali hukukta “Kanuna karşı hile,, meselesi: (Genel olarak)

Mali kanunlar pratik hayatta belki en fazla hile mevzuu olan hukuk kaidelerini teşkil ederler. Bu hilelerin muhtelif neveleri vardır. Ezcümle vergi matrahını az gösterme veya saklama, hakikate aykırı beyanname verme, yalan beyanda bulunma gibi fiili hilelerden başlayıp hukukî muamele şekillerinden istifade suretile yapılan tabir caizse kanunî hilelere (*fraude légale*) kadar türlü türlü kaçamak yolları icat edilmiştir. Her zaman her memlekette icat edilegelen bu dolaplar karşısında kanun koyanın durumu oldukça müşkül bir hal almıştır ve bu durum hukuk edebiyatında çeşitli tetkiklere konu olmuştur. Bu tetkiklerin bir kısmı halka mahsus eserler mahiyetindedir [1]. Bir kısmı ise ilmî kıymeti haiz eserlerdir [2]. Fakat hepsi mali kanunlara karşı yapılan hilelerin halka ne kötü bir itiyat

[1] BADIN - Les mille et une manières de frauder le Fisc 1919
NICOLAY - Ruses légales et roueries financières 1919
E. SOUTON et CORDIER - Les coulisses de la comédie fiscale; tous les moyens légaux d'échapper à l'Impôt.
Paul ALLARD - Comment on fraude le Fisc? Paris 1929
Dr. Gustave LACHENAL - Les Fraudes fiscales. Zürich 1948

[2] Gaston LEROUGE - La Théorie de la Fraude en Droit Fiscal. Paris 1944
A. HATIEZ - De la Contravention fiscale devant la jurisprudence répressive Paris. 1918
Sirey

kazandırdığını tebarüz ettirmek gayesini güder. Zira kanunun muayyen bir nev'inin ihlâlini mübah sayan umumî efkâr, diğer nevilerinin ihlâlini de fazla taassupla karşılayamayacaktır. Fakat bütün bunlara rağmen malî hukukta kanuna karşı hile nazariyesi - bilhassa Fransa'da - bir türlü kabul edilememektedir. Fiilen yapılmakta olan hilelerin en mebzul olduğu bir sahada hukukçuların kanuna karşı hile nazariyesini kabule yanaşmamalarının sebepleri muhtelifdir. Bu sebeplere kısaca temas etmeden hile örneklerini nakletmeyi faydasız buluyoruz. Çünkü bu örnekler bize kanuna karşı hilenin malî hukukta nasıl takip edildiğini değil daha ziyade nasıl takipsiz kaldığını gösterecek mahiyettedir. Malî hukukta bu nazariyenin umumiyetle tutunamamasının iki sebebi vardır. Bunlardan biri malî hukukta hâlâ ısrarla müdafaa edilen dar tefsir prensibi diğeri de müşahhas hile hallerini derpiş eden gayet teferruatlı hususî kanunların vücudüdür.

I — Dar tefsir prensibi

Malî kanunlar vatandaşlara külfet tahmil eden kanunlardır. Vakıa vergi aynı zamanda bir yurttaşlık borcudur. Ancak bu borç manevî değeri olmakla beraber gerçeklikte gayet dakik ölçülerle tayin ve tahdidi gereken nakdî bir borçtur. Kanunlar yurttaşların muayyen iktisadî durumlarına, yaptıkları işlerin iktisadî mahiyetine ve derecesine göre vergi ile mükellef olduklarını bildirir. Nasıl Ceza Kanununda "kanunsuz ceza olmaz,, prensibi carî ise malî hukukta da "kanunla tesbit edilen muayyen hal ve şartların dışında herhangi bir vergi ödemek mükellefiyeti yoktur,, düsturu hakimdir.

Doktrin, bilhassa Fransız müellifleri bu fikri tamamen benimsemiştir. P. ESMEİN bir münasebetle şöyle der: "malî hukuk, ceza hukuku gibi dar tefsire tâbi bir hukuk koludur. Bu hukuk sahasında men edilmemiş olan bir şey yapıldığı zaman, hangi saikle yapılmış olursa olsun itiraz götürmez bir kanunilik çerçevesi bir meşruiyet hududu içinde kalır. Malî mevzuatta kanuna karşı hile nazariyesi için yer yoktur [3].

Filhakika bu vatanî mükellefiyet, sınırları keskin ve kesin hatlarla belirtilmesi gereken bir borçtur. Yurttaşın mülkiyet hakkı esas olarak kabul edildiğinden, neticede, onu bu hakkının bir kısmından devlet lehine fedakârlığa mecbur etmek

[3] P. ESMEİN - L'impôt sur le revenu et les distributions des réserves dans les sociétés par actions (Revue pratique de Législation et de Jurisprudence du Tribunal de Commerce de la Seine 1923 p. 3) H. DESBOIS'dan naklen: a.g.e. Sh: 111)
PILON - Principes et technique des droits d'Enregistrement; I. n: 40

demek olan verginin, yurttaşın bu esas hakkını ve buna dayanan iktisadî hürriyetini sarsmaması, tesadüfî tahditlere maruz bırakmaması lâzımdır. Hülâsa hakim görüşe nazaran vergi münasebetinde “devlet alacaktır, yurttaşlar ise borçlu. Eğer vergiyi ihdas eden kanun, ödenmesi gereken vergileri sarahatle izah etmemekte ise bu kusur devlete aittir., [4]. Muayyen bir iktisadî münasebetin vergiye, resme tâbi olup olmadığı hususunda tereddüt halinde bu münasebetin hukukî tefsirini daima borçlu lehine yani yurttaş lehine yapmak, umumî tefsir prensipleri icabıdır. Böylece malî hukukta à *contrario* muhakeme tarzı caizdir. Men edilmeyen şey mübahdır ve bir yurttaşın durumunu veya yaptığı muayyen bir muameleyi başka bir yurttaş veya başka bir muameleye kıyas ederek vergiye tâbi tutmak caiz değildir. Fakat bütün bu mülâhazalar hüsnüniyet sahibi bir vatandaşın yaptığı bir muamele veya sahip olduğu bir matrah hakkında varid olmuştur. Eğer mükellef, malî hukukta dar tefsirin hâkim olduğunu düşünerek, normal bir şekilde kendisine tatbiki gereken bir maddeden, hukukî vaziyetini biraz tadil ederek kurtulma yolunu bulmuşsa gene aynı dar tefsir esasına sadık kalmak icap eder mi? Meselâ mükellef, bir satış muamelesinin harcını fazla bulup bu muameleyi kira şekline kalbederek daha az harç ödemek isterse bu arzusu mübah görülmeli midir? Kendisine, bir takım hususî şartlar sayesinde tıpkı bir satış aktinin avantajlarını temin eden böyle bir kira akti, sırf harçtan kaçma gayesile yapıldığı halde malî hukuk bakımından yine kira olarak mı telâkki edilmelidir?

Görülüyor ki mesele hile ile yani vergiden kaçma niyetile tahakkuk ettirilen hukukî durumlar bahis konusu olunca oldukça nazik bir hal almaktadır. Bazı hukukçular böyle hallerde dahi hile ve kaçma niyetinin esas tefsir prensibine müessir olmayacağı ve mükellefin kendi muamelesine verdiği şekle itibar olunmak gerektiği fikrindedirler. Bu şekil, bu yol haddi zatında meşru ise bunların hangi maksatla yapıldıklarına bakılmaksızın bütün bu yol ve şekillerin tabi oldukları hükümlere tâbi tutulmaları ile iktifa olunmalıdır. Meselâ RİPERT “malî hile malî bir kanunun âmîr bir hükmünün ihlaline denmelidir, yoksa ihtiyarî bir şekilde ve usulüne uygun bir vasıtayla bir malî kanunun tatbikinden kurtulmaya değil. Herkes kendi servetini vergi yükünden en az müteessir olacak bir hale tahvilde serbesttir. Ve yaptığı muameleler sırf daha az vergi ödemek arzusunun saiki ile yapılmış olsalar bile tamamen muteberdirler., der. [5]

Keza PLANİOL da aynı tezi müdafaa eder “Hazinenin refahına imkân olduğu kadar fazla yardım etmek gibi bir malî vazife yoktur. Hususile resim ve harçlar meselesinde hukukî bakımdan muayyen bir neticeye erişmek için mevcut muhtelif

[4] NAQUET - Traité de l'Enregistrement Cilt: I Sh: 41 (CHAMPIONNIERE ve RIGAUT'ya atfen)

WAHL - Traité de Droit Fiscal Cilt: I, n: 72

DUBLINEAU - Traité théorique de l'enregistrement; 1923 Sh: 100 (tafsilen izah)

[5] RİPERT - La Règle Morale dans les Obligations Civiles. 3 üncü-bası: 1935, Sh: 354

usullerden en az resim ödenmesini icap edeni aramak ve seçmek meşru bir şeydir... Ancak seçilen usulün hiçbir muvazaayı ihtiva etmemiş olması lâzımdır. Yani taraflar muamelede beyan ettikleri şeyi fiilen tahakkuk ettirmiş olmalıdırlar, ve beyanları hiçbir hususta niyetlerle tezat teşkil etmemelidir. Muvazaayı isbat etmek ve mahiyetleri meşkûk muamelelere hakiki hüvviyetlerini iade etmek hazineye düşer., [6] der.

Görülüyor ki doktrin ancak muvazaa hallerinin takibine cevaz vermektedir. Kanuna karşı hile ise bundan farklı bir mefhumdur. Ve nazariyenin esası kabul edilmedikçe bu halleri takip etmek imkânsızdır.

Fransız doktrinindeki bu durumun ve içtihatlardaki bu müsamahakârlığın sebebini mazide aramak lâzımdır. Eski Fransız hukukunda ve daha evvel Feodalite hukukunda teb'aların, senyörlerin malî haklarına karşı yaptıkları hileler, bu hakların daha doğrusu tekliflerin ne kadar keyfî bir şekilde ihdas edildiği malûm olduğu için mahkemelerce oldukça müsamaha ile karşılanmıştır. Bu hal ihtilâlden evvelki keyfî vergiler zamanında da devam etti. Fertlerin bu vergilerden kurtulmak için icat ettikleri kitabına uygun hileler meşru sayıldı. Aynı itiyat ihtilâlden sonraki Fransız hukukunda da devam etmiştir. Muhtelif mahkeme içtihatları muvazaa mahiyetinde olmayan kanunî truc'lere daima cevaz vermişlerdir. Hatta bu yollara müracaatın sırf daha az vergi vermek kastile vâki olduğu aşikâr olsa bile [7] meselâ hazinenin sırf az vergi vermek için yapılmış bir mirastan feragat hâdisesi aleyhine açtığı davada savcı DUPIN şöyle demişti: "Tarafların kanunun kendilerine bıraktığı bir selâhiyeti istimalleri halinde, hazine bir zarara maruz kalmış olsa dahi ortada hile yok demektir... [8] ferdiyetçi hukuk telâkkisinin dikkate değer bir ifadesi .

İhtilâlden evvelki Fransız içtihatları hakkında H. DESBOIS mufassal izah vermektedir, ve içtihatların zamanla ancak tabirleri değiştirdiklerini ve senyörün hakları yerine hazinenin haklarını ikame ettiklerini fakat zihniyetin olduğu gibi kaldığını belirtmektedir [9]. Biz gerek Fransız hukukuna inhisar etmeyecek olan etüdümüzün hacminin müsaadesizliği yüzünden gerek diğer hukuk sistemlerinde daha farklı görüşlere rastladığımızdan bu eski içtihatlar üzerinde duracak değiliz. Yalnız dikkate değer bir husus vardır ki o da Fransız hukuk doktrininin mazinin bıraktığı bu itiyada ilâveten 19 uncu yüzyılın müfrit ferdiyetçi hukuk görüşünden de hâlâ fazlasile müteessir olmuş bulunmasıdır. Vergi meselesini tamamen ferdiyetçi bir görüşle ele alan Fransız müellifleri bazan insanı hayret-

[6] PLANIOL et RIPERT - Traité; VI. Sh: 479

[7] Caen İstinaf Mahkemesi 17 - 6 - 1847 D. 47. 3. 208

[8] Répertoire DALLOZ; Enrégistrement. n: 108

[9] Henri DESBOIS - a. g. e. Sh: 119 - 123

lere düşüren mübalağalara sapmaktadırlar. Bu cümleden olarak RIPERT'in dört beş sene evvel yazdığı bir önsözdeki fikirleri cidden hayretle tetkike değer [10].

Müellif halâ malî kanunları hukukî hilelere karşı müdafaaşız bırakmak temayülündedir, ve bütün malî hilelerden daima kanun koyanı mesul tutmakta, onu hile ile ihlâl ihtiyacını doğuracak mahiyette isabetsiz, adaletsiz kanunlar koymuş olmakla ittiham etmektedir. Sosyal hukuk fikrinin bu kadar inkişaf ettiği bir devirde bu derece ferdiyetçi bir zihniyete sahip olmak cidden hayretle karşılanacak bir şeydir. Malî mevzuat bahis konusu olunca hususî şahsın bundan kurtulmak için sarfettiği her gayret adeta bir nevi meşru müdafaa gibi telâkki edilmektedir. Adı geçen müellif malî kanunların âmmenin nazarında hürmete lâyık bir hukuk kaidesi olmaktan ziyade hâlâ hükümdarın keyfi bir emri gibi telâkki edildiğini ve esasen kanunun her zaman için ve herkese tatbik edilmek gibi genellik vasıflarının malî kanunlarda bulunmadığını bu sebeple fertlerin bunları ihlâlde beis görmediklerini belirtmekte ve umumî efkârdan bu yolda süratli bir değişmenin de beklenemeyeceğini iddia etmektedir. Böylece yine klâsik ferdiyetçi görüşe tâbi kalarak, yapılması gereken şeyin malî hileleri ahlâka ve hukuka aykırı muameleler sıfatile takipten ziyade, belki malî kanunları kendilerinden kaçınma ihtiyacını hissettirmeyecek şekilde ıslah ve tanzim etmek olduğunu söylemektedir.

Ancak biz şunu da kaydetmek isteriz ki ferde malî bir mükellefiyet yükleyen her kanun, adilâne yapılmış olsun olmasın, fertte bundan kaçma arzusunu

[10] RIPERT - (Gaston LEROUGE'un "La Théorie de la Fraude en Droit Fiscal., adlı eserine yazılan önsözde:)

"Kanunun değeri, sırf sadir olduğu hükümrana olan hürmet hissinden doğmaktan hâli kalınca, onun genelliğinden ve sürekliliğinden gelir. Nizam, herkese ve prensip itibarile her zaman tatbiki gereken bir takım mücerret kaideler vasıtasile yaratılır. Cemiyeti keyfilikten koruyan ve vaz ettiği eşitlik ile adaleti temin etmiş gibi görünen şey, iste kanundaki bu genellik vasfıdır. Yerleşmiş nizamı bozan kimse kötlü vatan-
daş sayılır. Bir kaide gayet herkese seyyanen tatbik edilmezse, her fert kendisinin haksız yere mahkûm edildiğini iddia edebilir. Sayet ancak muayyen bir müddet içinde tatbik edilmekle kalırsa herkes onu saymayarak istikbalî bekeleyebilir. Hususî ve muvakkat bir kanun artık kanun sayılmaz. Bu, kanunî bir kaide olmaktan ziyade hükümdarın bir emri demektir.

Malî kanunlar, kanun evsafını arz ediyorlar mı? Zahirten: evet. Fakat tahlil edildikleri zaman bunların hukuk kaidesinin icap ettirdiği genellik ve süreklilik gibi çift vasfı haiz olmadıkları çabuk farkedilir. Bu kanunlar mükellefi çeşitli mülâhazalarla takip ederler. Mükellefleri herhangi bir adalet idealini tatmin edecek evsafıta olmayan bir kıstasia bir takım sınıflara kategorilere ayırırlar. Malî kanunlar bir muameleyi veya bir mal intikalini hemen her sene değişen usullerle vergiye bağlarlar, ve mükellef için kendisine mütemadiyen daha sert davranıldığını anlamaya vakit ve fırsat bulamaz.

Diğer taraftan malî kanunun tatbikatı kanun koyan durumunda olan Devlete, kendi davasını kendi gören yargıç devlet tarafından yapılır. Kanunları bizzat devletin kendisi tefsir eder ve tesadüfen mahkemeler onun tefsirine uymazlarsa kendi aleyhine tefsir edilen bu metni tadilde asla tereddüt etmez. Böylece malî kanun onu hem, vaz eden hem de ondan müstefit olan bir devlet tarafından emredilen bir şeydir. Nihayet bu kanun, diğer kanunlar gibi birbirine benzeyen bir takım hakların aynı zamanda istimalini telif arzusile vaz edilmiş bir hukuk kaidesi değildir. Bu kanun ferdi hakları âmme menfaati uğruna feda etmek zaruretinden mülbemdir. Bu feda-kâriye umumiyetle vergiden en iyi randımanı temin edecek şekilde hesaplanmıştır. Malîye artık ferdi haklara hürmet mülâhazasıyla meşgul değildir. O, mükellefler arasında en ağır vergiye en kolay bir şekilde tâbi tutulabilecek olanları arar mükellefin buna mukavemeti ise malî hile şeklinde tecelli eder, onunla mükellef arasındaki durum en kurnazın en kuvvetliye karşı oynadığı oyun durumudur. Mükellef, Devleti vazif kanun olarak tanımaz onu kendi kanununu yürütecek kadar iktidar sahibi bir alakalı olarak görür ve kendisini onun kanunundan kurtarmaya, hakkı olduğunu zanneder.,,

uyandırır. Ve bilhassa bütün fertler aynı yükün altında ezilince bu kaçma arzusu artık kollektif bir arzu kisvesine bürünür ve kendisine umumî efkârı temsile yarayacak fikrî bir temel bulmakta da gecikmez. Bu fikrî temel verginin nisbetsizliğinden başlayıp kanunun lüzumsuzluğuna kadar giden çeşitli mülâhazalardan ibarettir ki bu mülâhazalar pek kolaylıkla tarafsız ve ilmi görüşler şeklini alabilir.

Fakat verginin asli ve iptidai hikmeti vücudünü unutarak vergi münasebetini devletle fert arasında lâlettayin bir borç münasebeti olarak tavsif edip devleti ve ferdi birbirile taarruz eden zıt menfaatlerin müessilleri olarak ele almaya devam ettiğimiz takdirde sosyolojik bakımdan bize doğru hal suretini gösterecek olan bir hakemi bulabilir miyiz? Her hakem ya devletin tarafını iltizam edecektir ya ferdin. Ya totaliter düşünecektir ya ferdiyeci: Kanaatimizce malî hukukta hile meselesini başka bir zaviyeden ele almak gerekir. Malî kanunun fertten talep ettiği vergi o ferdin de dahil bulunduğu bir kitlenin umumî menfaati için kullanılacak bir para değil midir? Ferdî menfaatle âme menfaatinin birbirlerine tamamen zıt ve birbirlerinden ilgisiz ayrı ayrı menfaatler olduğu fikri artık tamamen tarihe karışmıştır. Diğer taraftan kanun, malî bir kanun olmakla neden daha az hürmete lâyık olsun? Malî kanunların mütemadiyen değişmesi, fertlerdeki vergiden kaçma temayülü neticesinde icat edilen yeni yeni truc'leri önlemek, onları da içine alacak şekilde yeni düsturlar vaz etmek ihtiyacından doğmaktadır [11]. Hiç değilse bu ihtiyaç, bu değişimin husulünde diğer âmiller kadar müessirdir. Kanunen takip edilemeyecek bir hile icadına muvaffak olan fert, bu tarzda hareket etmeyen dürüst mükelleflere nisbetle kendisine bir imtiyaz yaratmış olmaktadır ki bu imtiyazın meşruiyetini kabul biraz güçtür. Ferdin vergi kanununa olan isyanı, onun adaletsiz veya nisbetsiz oluşundan ziyade bizzat vergi talep etmiş olmasındandır. Ferte bu ruh haleti malî kanunların ideal bir şekilde ıslahı ile değil, helki hakikî bir vergi terbiyesi ile değiştirilebilir ki bu da passif bir şekilde kalarak umumî efkârın kendiliğinden değişmesine intizarla temin edilmez. Sosyal hukuk fikrinin benimsenmesi ve vergi ahlâkiyetinin teessüsü için malî hilelere müsamaha edilmemesi gerekir. Gaston LEROUGE'un bu hususta hukuktan beklediği yardım tamamen yerindedir. Hukuk, kendi müeyyide unsurunu kullanarak kaçamaklı muameleleri iptalle bir vergi ahlâkiyetinin teessüsüne çalışmalıdır [12].

2 — Hile ihtimallerini derpiş eden malî kanunların vücudü :

Kanuna karşı hile nazariyesinin malî hukukta tatbik sahası bulamamasının diğer sebebi de birçok malî kanunların pratik hayatta görülen hile hallerini baştan derpiş ederek cezalandırmış olmalarıdır. Vakıa bu da dar tefsir prensibinin

[11] Fadîl Hakkı SUR - Maliye dersleri Cilt I S.

[12] Gaston LEROUGE - a. g. e. Sh: 249

bir neticesidir. Mali kanunlar ruh ve maksatlarına göre geniş bir tefsire tâbi tutulamayınca müşahhas ve muayyen tipte hile ihtimallerini ayrıca ve saharatle derpiş eden kanunlar çıkarmaktan başka çare kalmıyor demektir. Böylece hile halleri bu kanunların doğrudan doğruya lâfzi tefsirleri içine girerek müeyyide ile karşılanır. ve artık ancak sarîh müeyyidenin yokluğu hallerine maksur olan kanuna hile nazariyesine gitmeğe lüzum kalmaz. Bizde ve Fransa'daki malî kanunlar böyle münferit ve müşahhas hile ihtimallerini önceden inceye derpiş eden teferruatlı metinler mahiyetindedir. Ancak bu kanunlar kanun vazii tarafından kendilerinin isdar edildikleri ana kadar müşahade edilmiş bulunan belirli hileleri karşılamak için konduklarından, kendi isdarlarından sonra ferdi zekâların keşfettikleri yeni tip hileler karşısında tesirsiz kalırlar. Bu yeni tip hileler de muayyen bir müddet yapıldıktan ve cezasız kaldıktan sonra kanun koyucu bunları da önlemek zaruretini hisseder ve yeni mali kanun çıkarır. Böylece malî kanunlarda mütevali değişmeler vâki olur [13] ve umumiyetle fazla teferruata kadar inen maddelere rastlanır.

Diğer taraftan bu kanunlar muayyen bir tip muamele için objektif bir hile kıstası kabul ederler. Meselâ falan şartlar dahilinde yapılan filân muamelenin yahut filân çeşit muamelelerin vergiye matrah olan nakdî iyazın saklanması için yapıldığı kanunî bir karine olarak kabul edilir, ve bir müeyyideye tâbi tutulur. Yâni bu muameleleri yapan fertlerin muameledeki sübjektif niyetlerini, hile kastile hareket edip etmediklerini aramaya lüzum kalmaz. Vaziyet böyle olunca samimi ve hile kastinden mücerret olarak yapılan bazı muameleler de aynı kanunun tatbik sahasına girmiş olur. Mali kanunların bu tarzda vaz edilmeleri daha ziyade mükellefin hile niyetini isbat zorunda olan hazinenin bu külfetten kurtarılması arzusunun tesirile olur. Kanunların kabul ettikleri bu hile karinelerinin zikrettiğimiz mahzurları olmakla beraber bir kısım hilelerin önlenmesine yardım ettikleri de muhakkaktır. Ancak tahdidî tarifleri ve dar tefsirlerle bu sefer de yeni tip hilelerin ihdasına amil oldukları da söz götürmez bir hakikattir. Meşhur Alman hukuk vecizesi: "yeni kanun, yeni hile,.."

Bu bakımdan en enteresan ve genel hüküm, Alman kanun koyanının eseridir. Umumi Alman vergi kanununun 9 uncu maddesinde geniş tefsir metodu malî kanunlarda saharatle kabul edilmiştir: "Vergi kanunlarının tefsirinde onların maksadı, iktisadî ehemmiyeti ve münasebetlerin inkişafı nazara alınır., Bundan başka Mitropa adındaki Vagonli şirketinin kanuna karşı hile suretille 225 bin mark mikdarında bir resim tasarruf etmesi üzerine eski Alman vergi kanununun 5 inci maddesi değiştirilerek bugünkü 10 uncu madde meydana getirilmiş ve buraya umumî bir kanuna hile memmuyeti konmuştur. Madde konumuz bakımından enteresan olduğu için aynen naklediyoruz: "Reichsabgabenordnung § 10 - [*]

[13] Bak. Not. 11

[*] Şimdiki vergi intibak kanununun § 6 da ifadesini bulmuştur.

Medenî hukukun şekil ve muamele ihtası imkânlarının suiistimali ile vergi mükellefiyetinden kaçınılamaz veya bu mükellefiyet azaltılamaz. Aşağıdaki hallerde birinci fıkradaki suiistimal keyfiyeti mevcut sayılır:

1 — Kanun muayyen iktisadî olgu olay ve münasebetleri, kendilerine mahsus ve mutad olan hukukî şekillerde yapılması halinde bir vergiye tâbi tutmuşsa; vergiden kaçmak için bunlara has olmayan gayri mutad şekillerin seçilmesi veya hukukî muamelelerin yapılması hali.

2 — Halin icabına ve seçilmiş veya seçilecek hareket tarzına göre alâkadar için esas itibarile iktisadî olgu olay ve münasebetlere mahsus ve mutad olan hukukî şekil seçilmiş olsaydı hangi netice elde edilecek idi ise o neticenin aynıının elde edilmiş olması hali.

3 — Seçilen yolun icap ettirdiği hukukî mahrumiyetlerin (désavantage) hiçbir ehemmiyeti olmaması veya pek az ehemmiyeti olması hali...

Maddenin 2 ve 3 üncü bentleri kanuna karşı hilenin esaslı unsurlarını belirtmek bakımından bilhassa dikkate değer. Biz bu hususların münakaşasını ileride sistematik kısımda yapacağız. Ancak maddedeki "gayri mutad," kelimesinin istatistikî manada değil tarihî manada olduğuna işaret etmeliyiz. Bu kelime mezkûr vergi kanununun isdarından sonra kanundan kaçma maksadile icat edilecek olan muamele şekillerini istihdaf edebilir [14]. Bu maddeden vergi meselelerinde birkaç esaslı prensibi istihraç kabildir ki bu prensipler hazine menfaatleriyle ferdî mükellefiyetleri telife matuftur:

a) Hiç kimse servetinin idaresinde veya gelir kaynaklarının işletilmesinde devlete mümkün olduğu kadar yüksek vergi teminile mükellef değildir: ekonomi serbestisi = Wirtschaftsfreiheit.

b) İktisadî gayelere varmak zımında hukukî şekillerin seçilmesinde hiçbir tahdit yoktur: Hukukî muameleyi tanzim serbestisi = Rechtsgestaltungsfreiheit.

c) Fakat iktisadî muameleler için mutad olan hukukî şekiller kullanılına bu muamelelerin gerektirdiği vergilerin de devlete verilmesi lâzımdır: vergiye sadakat prensibi = Steuertrue.

d) Bundan dolayı kanun koyan vergilerin matrahında mutad olmayan hukukî şekiller vasıtasile temin edilen vergi tasarruflarını kabul etmez. Ancak bunun için bir suiistimal yapılmış olmalı. Yâni sırf vergiden tasarruf etmek maksadile mutad hukukî şeklin yerine bir başka şekil seçilmiş olmalıdır. Ve bu

[14] Handwörterbuch der Rechtswissenschaft: Gesetzumgehung.

diğer şeklin kullanılmasile aşağı yukarı gene matlup iktisadî neticeye erişilmiş olmalıdır. İşte bu hal vergiye karşı bir hile teşkil eder: Steuerumgehung.

e) Vergiden kaçma keyfiyetinin mevcut olup olmadığını isbat etmek tamamen maliyeye aittir. İsbat edilebilirse vergi borçlusu, sanki muamelesini o iktisadî iş için mutad olan hukukî şekil dairesinde yapmış gibi vergi ödemekle mükellef olur [15].

Bu şekilde bir kanunî müeyyide hem istihdaf edilen hile nevelerini tahdit etmemekte hem de tarafların sübjektif iradelerine, niyetlerine kıymet vermektedir. Bilhassa mükellefin bu mutad olmayan hukukî şekli tercihinde az vergi imkânından faydalanmaktan başka hiçbir menfaati görülemezse hileye muhakkak nazariye bakılmalıdır.

Yalnız Alman vergi kanunundaki bu hile karinesi ancak hukukî muamele şeklindeki hilelere maksurdur. Halbuki ileride de göreceğimiz gibi kanuna karşı hile yalnız böyle muamele şeklinde olmaz. Hukukî fiil şeklinde hileler de vardır. Mamafih şumul itibarile en mütenevvi hile hallerini derpiş eden malî kanun gene budur.

Fransız kanun koyanı ise yukarıda açıkladığımız gibi ancak münferit ve müşahhas halleri derpiş edebilmiştir. Meselâ 13 Temmuz 1925 tarihli malî kanunun 47 nci maddesi "bir mukavele veya anlaşmanın hakikî mahiyetinin daha az resim ödenmesini mucip olacak bir takım mukavele şartları altında gizlendiği nizasızca kabul edilir yahut mahkemece tesbit edilirse âkit taraflar müteselsilen iki misli resim ödemekle mükellef tutulurlar.,, der. Fakat bu madde PLANIOL'un da işaret ettiği gibi asıl manadaki gizlemeleri istihdaf eder [16] ki teknik manadaki kanuna hile bu maddeye girmez. Keza aynı kanunun kira mukavelesinden doğan hakların devrine ait 34 üncü ve mirastan feragate dair 51 inci ve intifa hakkı sahibinin mülkiyet karinesine dair 45 inci maddeleri bazı hukukî münasabetlerin, faillerinin niyetini aramaya hacet kalmadan hileli olduğunu kabul eden muayyen kanunî karineler vaz eder. Keza 16 Nisan 1930 tarihli bir kanun ölümüne karip evlât edinmeleri intikal vergisi bakımından hükümsüz sayar.

* Bizim 2644 sayılı Tapu kanununun 29 uncu maddesi tipik vergi kaçakçılığını derpiş eden bazı hileleri malî ceza ile karşılar. "gayri menkullerin alım ve satımında noksan harç vermek maksadile satış bedelinin kısmen saklanıldığı hükmen anlaşılırsa alan ve satandan noksan harç üç kat olarak yarı yarıya alınır.,, keza Veraset ve İntikal Vergisi kanunumuzun 45 inci maddesinde (muristen kalan servetten tenzili gereken borçlar meyanında) mevcut olmayan bir borcu mevcut gösteren yahut hakikî miktarından ziyade borç gösteren alacaklıların ketmettik-

[15] Handwörterbuch: IV. 778 Reichsabgabenordnung.

[16] PLANIOL - et RIPERT a. g. e. aynı yer.

leri miktara tekabül eden vergiyi beş misli ödeyecekleri yazılıdır. Keza 11. inci maddesinde mevcudiyeti muteber bir vesika ile sabit olan borçların muvazaa eseri olduğu bilhüküm sabit olursa vergi idaresince bunların nazara alınmayacağı yani vergiye tâbi tutulacağı hâldirilir.

Fakat bütün bu maddelerde istihdaf edilen şey bazen bir muvazaa bazen bir gizlemedir. Halbuki kanuna karşı hile ne muvazaa demektir ne de gizli bir hususu ihtiva eder. Mamafih bunların münakaşasını ileride yapacağız.

Dar tefsir prensibini tathikte yukarıda arzettiğimiz sebeplerden dolayı pek ileri giden Fransız mahkemeleri hile hallerinin pek çoğunu mübah saymışlarsa da bazı hallerde artık bu prensipte fazla ileri gitmenin adalete aykırı olacağını görmüşler ve adeta bu dar tefsir prensibine karşı bir hile yapmaya teşebbüs etmişlerdi: zahiren bu prensibe riayet ediyormuş gibi görünerek hakikatta onun hudutlarını aşan tefsirlerde bulunmaya başlamışlardır. Bunun için de en iyi yolun muvazaa veya yanlış tavsif kavramlarına başvurmak olduğunu zannetmişlerdir. Biz uzun zaman malî hukukumuzun Fransız malî hukukunun tesiri altında kaldığını düşünerek Fransız içtihatlarından bazı örnekler vermeği muvafık buluyoruz. Mamafih kendi hukukumuzda bunlara muvazi hile hallerine mevsuk bir şekilde rastlamadık. Ancak kaza makamlarının ıttılama vasıl olmamış olmakla beraber pratik hayatta her gün yapılagelen hile örneklerini mevsuk bir şekilde tesbit ve nakledeceğimizden konumuzun dışında bıraktığımızı da hatırlatmamız lâzımdır.

Nakledeceğimiz hile hallerinden bir kısmı dar tefsir prensibi yüzünden her türlü müeyyideden kurtulan hile hallerini teşkil eder. Diğer birkaç misal de tipik kanuna hile hallerinden ibaret oldukları halde mahkemelerin muvazaa telâkki ederek müeyyideye maruz bıraktıkları hukukî muamelelere taallük eder. Evvelâ dar tefsir prensibinin mahzurlarını belirtmek emelile müeyyidesiz kalan kanuna karşı hile hallerini tetkik ettikten sonra muvazaa sıfatile müeyyidelenen diğer halleri ve nihayet sarahatle “kanuna hile.. addedilen bir iki münferit misali inceleyelim:

27 — Verasetle intikal vergisi hükümlerine karşı hileler: Mirastan feragat suretile

Fransız hukukunda birbiri ardı sıra ölen iki muristen kendisine miras intikal eden kimse bizde olduğu gibi her iki intikal için de vergi ödemekle mükelleftir. Hatta sonradan ölen muris ilk ölenin varisi olup da kendisine intikal muamelesini

yaptırmadan ölmüşse sağ kalan varisi evvelâ onun namına olan intikal muamelesini de yaptırıp vergisini vermek sonra da ondan kendisine olan ikinci intikali yaptırarak vergi ödemek mecburiyetindedir. Meselâ evvelâ babası olan B'yi sonra da kardeşi olan K'yi kaybeden A; kardeşinin baba mirasını red veya kabulde bulunmadan ölmüş olması halinde müşterek babalarının mirasını evvelâ kendisine ve keza ölen K'ya sonra da K'nın mirasını (ki babasından aldığı kısım da dahil olarak) kendisine intikal ettirmek ve böylece B'den K'ya sonra B'den kendisine ve sonra K'dan kendisine intikal için üç defa intikal vergisi vermek mecburiyetinde kalacaktır. Halbuki Fransız medenî kanununun 781 inci maddesine göre kendisine düşen miras sarahatle veya zimnen kabul veya red etmeksizin ölen kimsenin varisleri o kimse namına kabulde veya feragatte bulunabilirler. O halde hâdisemizde sağ kalan çocuk yâni A, baba mirasını red veya kabul etmeksizin ölen kardeşinin varisidir. Binaenaleyh bu kardeşe babalarından intikal etmiş olan mirastan onun namına feragat edebilir. Halbuki aynı kanunun 785 inci maddesine göre feragat eden bir mirasçı hiçbir zaman varis olmamış gibi telâkki edilir. O halde babanın ölümü ile bütün miras bugün sağ olan çocuğa intikal etmiş gibi olur. Böylece sağ kalan bu çocuk ölü kardeş namına yaptığı feragat sayesinde bir tek intikal vergisiyle kurtulur. Bu feragatin sırf fazla intikal vergisini bertaraf etmek için yapıldığı sabit olsa dahi Fransız yargıtayı bunda kanuna aykırı bir hal görmemiştir [17].

Buna benzer bir başka feragat hadisesinde de mahkeme gene aynı şekilde muhakeme yürütmüş ve kanunî bir selâhiyetin istimali bu istimalin hedefi ve neticesi intikal vergilerinden kurtulmak dahi olsa kanuna karşı bir hile telâkki edilemez demiştir [18].

Mamafih bu gibi kaçamak yollarının taammümü hem hazineyi hem de malî kanunlara olan hürmeti sarsmıştı. Nihayet yine teşriî bir çareye başvuruldu. Yeni çıkarılan bir kanuna göre böyle başka bir varisin feragati sebebiyle mirası kendilerine kalan kimseler bu mirasın intikalinde en aşağı feragatta bulunmuş olan mirasçının kabulü halinde ödeyeceği vergi kadar vergi ödemekle mükellef tutuldular [19]. Fakat bu kanunî karine samimi bir maksada matuf olan feragat hallerini de aynı vergiye tâbi tutmuş oldu. Halbuki kanuna hile nazariyesi tathik edilmekle iktifa edilseydi bu vergi ancak hile hallerinin sübutuna münhasır kalırdı. Mamafih bu yeni kanun çıkmadan evvel dahi feragatin muvazaalı veya ivazlı olması halinde hazinenin intikal vergisi tahsili iddiaları muhik görülüyordu [20].

[17] Caen. 17. Juin. 1847. D. 47. 3. 208 - Req. 2 Mai. 1849. D. 49. 1. 132

[18] Ch. Civ. 24 - avril - 1854 D. 54. 1. 137

[19] 13 - juillet - 1925 kanunu madde: 51

[20] Req. 27 mars 1855. D. 55. 1. 67

28 — Evlât edinme suretile intikal vergisinden kaçma:

Malûmdur ki intikal resmî varisin murisle olan akrabalık derecesile müte-nasıptir. Bu akrabalık ne kadar uzaksa ödenen vergi o kadar yüksektir [21]. Mansup mirascısına yahut uzak bir akrabasına düşecek olan miras intikal vergi-sini hafifletmek için muris ölümünden az evvel onu evlât edinir. Evlâtlık ise intikal vergisi bakımından hakiki evlât gibi kabul edilir [22]. Ve mensup miras-cıya yahut uzak bir akrabaya nazaran daha az vergi öder. Mahkemeler bu maksat-la vâki evlât edinmeleri tamamen muteber saymışlardır [23].

Bizim hukukumuzda intikal vergilerinden kaçmaya matuf olan bu iki tip hilenin yapılıp yapılamayacağına gelince: Bizim Medenî Kanunumuza göre miras varisler tarafından kabul ihtiyacı olmadan ölümle intikal eder. Ancak muayyen bir müddet zarfında varis bunu reddedebilir: Md. 546. Keza 548 inci maddede mirası reddetmeden ölen mirascının red hakkının kendi varisine intikal edeceğini kabul etmiştir, ancak bu da muayyen bir müddetle mukayyettir. Ve yine 551 inci maddede red eden mirascının hiçbir zaman varis olmamış gibi telâkki edileceği ve mirasının geri kalan diğer mirasçılara intikal edeceği yazılıdır. Bu bakımdan müddet takyitleri dahilinde böyle bir kaçamak yolu bizde de tasavvur edilebilir zira Veraset ve İntikal Vergisi Nizamnamesinin 9 uncu maddesinin 4 üncü ben-dinde “henüz kendi namına vergi tarh edilmeden ölen mükellef mirası kabul etmiş mirasçuları tarafından temsil ve ölene ait mükellefiyetler bunlar tarafından ifa olunur., denmektedir. Demek ki henüz kendi murisinden olan intikal dolayısıyla namına vergi tarh edilmeden ölen bir kimsenin varisi, dediğimiz zaman şartları içinde onun namına mirası reddederse, onun ödeyeceği vergi mükellefiyetinden kurtulur. Bu red neticesinde ölenin mirası doğrudan doğruya müşterek usulden kalan ve redde bulunan kimseye intikal eder.

Diğer tip hileye gelince bizim Medenî Kanunumuzun 447 nci maddesi evlât-lığın evlât edinenin mirası üzerindeki hakkı bakımından aynen nesebi sahih bir çocuğun durumunda olduğunu bildirmiştir. Keza bizim Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun 18 inci maddesine merbut ekte varisin murisle olan karahet derecesinin yakınlığı nisbetinde ödenecek verginin azalacağı kabul edildiğinden aynı tarzda bir kaçamak yolu bizde de düşünülebilir.

[21] 3 - août - 1926 kanunu madde: 19

[22] Ch. Civ. 26 - juin - 1924 D. H. 1924 Sh: 530

PERREAU - Les atténuations juridiques aux lois impératives., Revue Trim. du Dr.

Civ. 1923 Sh: 322

LALOU - Droit fiscal contre le Code civil (D.H. 3 février 1927)

[23] Indre 22 novembre 1927 Répertoire périodique 15. 901

Mamafih Fransa'da bu gibi hilelerin tekerrürü ve kanuna hile nazariyesinin mali mevzuata tatbik edilemeyişi kanun koyarı yine tedbir almaya yani yeni hükümler vazına mecbur etmiştir. 16 Nisan 1930 tarihli Mali Kanununun 22 nci maddesinde kanunen derpiş edilen muayyen istisnalar haricinde bu gibi evlât edinme münasebetlerinden doğan hısmılığın veraset ve intikal vergilerinin tahsilinde nazara alınmayacağı bildirilmiştir.

29 — İvazsız intikallerde hileler:

Yaşayanlar arasında vâki ivazsız intikallerden ivazlı intikallere nazaran daha fazla resim alınmaktadır. Fakat bundan kurtulmak için bir hibeye bir satış manzarası vermek kabildir. Noter huzurunda veya tapu memuru huzurunda gayri menkul satışı yapılır. Müşteri satış bedelini verir, muamele bitip dışarı çıkarıldıktan sonra müşteri bedeli satıcıdan geriye alır. Bu husustaki anlaşma şifahen kararlaştırılmışsa muvazaa iddiasını isbat imkânsız olur. Böylece lehine hibe yapılan kimse az vergi ile kurtulmuş olur [24]. Bizim kanunlarımızda gayri menkul hibesinden hem intikal vergisi hem kaydiye alınır ve bu intikal vergisi tapu harcına nazaran fazladır. Bu itibarla aynı şekil bizim mevzuatımız bakımından da düşünülebilir. Ancak isbat müşkülâtı meselesi böyle bir muamelenin muvazaa olmak vasfına halel getirmez. H. DESBOIS'nın gösterdiği bu misal kanaatımızca kanuna hile mahiyetinde değildir. Bu olsa olsa tarafların hazineye karşı yaptıkları bir muvazaadır [25].

30 — İvazlı intikallerde hileler: Orman satışlarında.

İvazlı intikallerde fazla vergiden kurtulma yolları müteaddittir. Bu husus bilhassa mütemmim cüz'üleri kendilerinden ayrılmakla menkul vasfını ihraz edebilen gayri menkullerde görülür. Meselâ Fransa'da orman satışlarında mutad olan bir kaçamak yolu vardır: Ormanın arzı ve ağaçları birlikte satıldığı takdirde bütününün kıymeti üzerinden gayri menkuller hakkındaki nisbet dairesinde intikal harcı alınır. Halbuki kesilip çıkartılmak üzere yalnız ağaçlar satılırsa bu intikal harcı menkul şeyler hakkındaki nisbete göre tâyin edilir ki bu nisbet gayri menkullerdeki nisbete nazaran daha küçüktür. Bunun için taraflar iki ayrı mukavele yaparlar. Mukavelelerden birinde ormandan çıkarılmak üzere yalnız ağaçların

[24] H. DESBOIS a.g.e. N: 28

[25] İlhan POSTACIOĞLU Gayri menkullerin ferağına müteallik akidlerde sekile riayet mecburiyeti. 1945 n: 85 v. d.

satılacağı kararlaştırılır diğesinde ise sadece arzun. Böylelikle ağaçların kıymeti menkuller hakkındaki intikal harcına tâbi tutulmuş olur. Bu gibi satışlar karşısında doktrin haklı bir asabiyet gösterir. Meselâ NAQUET: "Mukavelede bir hile olmamasına dikkat etmelidir. Meselâ aynı şahıs birbirini ardı sıra yaptığı iki mukavele ile evvelâ mahsulleri sonra da araziyi satın almışsa mahsulle arazinin ayrı ayrı satılmasının sırf maliyeyi aldatmak gayesiyle yapıldığı kabul edilmeli ve satış bedellerinin mecmuu gayri menkul intikal vergisine tâbi tutulmalıdır.,, der [26].

Keza DEMANTE aynı fikri müdafaa eder: "Hususî şartların vücudü hali istisna edilmek üzere şu kaide kabul edilmelidir ki arzla satının farklı bedellerle aynı zamanda satılması hileli bir muvazaadır. Yapılan muamele neticede bir gayri menkulün tamamının intikaline müncer olacağından gayri menkul satışlarındaki tarife, muamelenin heyeti umumiyesi hakkında tatbik edilmelidir. Böylece doğrudan doğruya yapılması gayri meşru telâkki edilen bir şeyin dolambaçlı bir şekilde yapılmasına cevaz verilmemelidir. Şu halde arzun satışını kısa bir zaman sonra ağaçların satışı takip ederse veya ağaçların satılması akabinde arz satılırsa bu iki muamele birbirini tamamlayıcı mahiyete telâkki edilebilir. Yani her ikisinin hakikatte bir tek muameleyi teşkil ettikleri kabul edilebilir.,, [27]. Fakat içtihatlar doktrindeki sertliği tatbik edememişlerdir. Zira bu gibi satışların gayri meşru muvazaaya addedilebilmesi için tarafların ayrı bir anlaşma ile daha evvelden heyeti umumiyenin intikalini kararlaştırılmış olduklarını isbat etmek lâzımgelirdi [28]. Taraflar zımnî ve şifahî bir anlaşma ile ayrı ayrı mukavelelerle haddi zatında bir tek akit yapmak niyetinde olduklarını kararlaştırmış olsalar bile bunu isbat son derece güç olur, hususile her iki akit arasındaki fasıla biraz uzun olduğu zaman. Böylece mahkemeler bu iki satış aktinin birbirini ardı sıra yapılmış olması keyfiyetini muvazaaya delâlet eden diğer karinelere bulunmaması halinde malî kanunlara karşı bir hile olarak telâkki edememişlerdir. Bu husustaki içtihatlar müstakardır [29]. Mamafih açıktan açığa kanuna hile mefhumuna temas edememekle beraber mahkemeler muvazaaya delâlet eden karineleri kabulde müşkülpeşentlik göstermemiş, oldukça geniş davranmışlardır. Meselâ ağaçların satışına taallük eden mukavelede "ağaçların kesilip toplanması şartı.,, nın bulunmaması [30], yahut bu kesip çıkarma işinin ne zaman yapılaca-

[26] NAQUET - Traité de l'Enregistrement. Cilt. 1 No. 246 (DUBLINEAU'dan naklen a.g.e. 533)

[27] DEMANTE - Cilt. 1 Sh: 276 (DUBLINEAU'dan naklen Sh: 533)

[28] Ch. Civ. 12. nov. 1855 S. 56. 1. 55

Req. 28 Déc. 1903 S. 1903 1. 465

[29] Req. 7. Sept. 1813. Rép. DALLOZ Biens No 41

Req. 21. Mars. 1820 No. 42

Ch. Civ. 21 Avril 1823 No. 2911

Peronne 18 août 1876 D. 78. 3. 31

[30] Pontalier 19 - mai - 1841 Journal d'Enregistrement 12775

Auxerre 21 - déc - 1842 13171

ğına dair "bir mehil tayin edilmemiş olması,, , yahut bunun için pek uzun bir mehil bırakılmış olması [31], yahut arzın babaya, ağaçların oğula satılması [32] gibi karineleri muvazaanın sübutu için kâfi görmüştür. Fakat müelliflerin fikirlerine göre bu karinelerin isbat kuvvetleri hayli münakaşa götürür mahiyettedir. Mamafih bütün bu gayretler içtihatların malî hukukta dar tefsir prensibine sadık kalmakla beraber gene kaçamak yollarını kapatmak hususundaki arzu ve gayretlerine delâlet etmek bakımından dikkate değer mahiyettedir.

Bu tip bir hilenin **Kendi mevzuatımız bakımından** yapıp yapılamıyacağı meselesine gelince: Borçlar Kanununun 184 üncü maddesinin 2 nci fıkrası mahsul veya enkaz gibi bir gayri menkulden ayrıldıktan sonra menkul olarak mülkiyeti nakledilecek olan mütemmim cüzülerin satışının menkul bey'i hükümlerine tâbi olduğunu kabul eder. Bu bakımdan kesilmek üzere bir hususî ormanın ağaçları satılırsa bu muamele menkul satışlarının tabi oldukları vergi sistemine tâbi olacaktır. Bilâhare yalnız arzının satılması kararlaştırılırsa bu da gayri menkul intikal harcına tâbi olur. Fakat ormanlar hakkında bu gibi ihtimallerin bizde tahakkuk edebileceği tahmin edilemez. Zira bir kere 3116 sayılı Orman Kanunu ormanların kısmı azamını devletleştirdiği gibi hususî ormanların satış yolile intikalini de hiç olmazsa vüsat bakımından muayyen kayıtlara tâbi tutmuştur. Mezkûr kanunun 71 inci maddesi baltalık ormanların 200 hektardan küçük parçalarının satılamayacağını bildirir. Hususî ormanlardan yapılacak kat'iyatın da Orman İdaresinin vereceği plânlara göre yapılması mecburi tutulduğu nazara alınırsa bu şartlar dahilinde Fransız hukukundaki gibi aynı ormanın iki ayrı mukavele ile satılabilmesi imkânı biraz uzak bir ihtimal teşkil eder. Çünkü böyle bir mukavele ikiye parçalandığı takdirde bunlardan birinin konusu bir ormanın bütün ağaçlarının kesilip çıkartılması olacaktır. Halbuki bu, Orman Kanununa göre imkânsızdır. Çünkü Orman Kanunu hususî ormanlardaki kat'iyatı dahi Orman İdaresinin tesbit edeceği resmî plâna tâbi tutmuştur. Bu plânın gayesi ise hususî şahısların yapacağı kat'iyatın ormanın ormanlık vasfını izale edemeyecek mahiyette ve tarzda olmasını temindir. Bir ormanın bütün ağaçlarının kesilmesine kanun asla cevaz vermez. O halde hile yolile bir ormanın iki ayrı mukavele ile satılması halinde mukavelelerden birinin konusu Orman Kanununun icaplarına muhalif bir hususun taahhüdü olacaktır ki bu mukavele Borçlar Kanununun 19 uncu maddesi gereğince batıldır. Bu itibarla bu gibi hileler bizde bir faide temin etmez.

Fakat böyle bir hal yıkılmak üzere alınacak bir bina hakkında bahis konusu olabilir. Evvelâ sökülüp çıkarılmak üzere binanın enkaz kıymeti üzerinden bir

[31] Meaux 5 - août - 1871 D. 73. 5. 228
Cass. 12. nov. 1855
Limoges 18 - mars - 1874 Journal d'Enregistrement 19454
[32] Ch. Civ: 12 - nov - 1855 S. 56. 1. 55

menkul satışı yapılabilir bilâhare binanın kâin bulunduğu arsa yalnız arsa fiatı üzerinden bir gayri menkul satışına mevzu olabilir.

31 — Gayri menkul satışı yerine trampa aktinin yapılması:

Fransa'da gayri menkullerin trampasında alınan intikal harcı satışa nazaran daha azdır. Bunun için muhtelif gayri menkullere sahip âkitler aralarında anlaşılırlar, ve muayyen bir gayri menkulü para mukabilinde satacakları yerde birbirlerinin diğeri bir yerdeki gayri menkulü ile değışirler. Ancak her zaman muadil değerde gayri menkuller bulunamayacağından ve her zaman iki taraflı bir gayri menkul ihtiyacı hissedilemeyeceğinden muamele yüksek kıymetli bir gayri menkule mukabil az değerli bir gayri menkul ile bir mikdar "ilâve para - soulté,, verilmesi şeklinde cereyan eder. Bunu müteakip müşteriden ihtiyacı olmadığı halde küçük bir gayri menkulü satın almış olan satıcı onu bir üçüncü şahsa satarak parasının üstünü tamamlamakta muhayyer kalır. Böylece ilk muamele trampa hükümlerine tâbi olarak daha az bir resim ödemeğı intaç eder. Fakat acaba birbirleriyle değışilen gayri menkullerin kıymetleri arasında bir eşitlik temini için verilen bu para kendisine eklendiğı gayri menkulün kıymetine nazaran pek yüksek ise mukavelenin mahiyeti yine trampa olarak mı kabul edilmelidir? Meselâ 20 bin liralık bir arazi 2 bin lira değeriindeki küçük bir arazi ile 18 bin liralık nakdi bir meblâğ ilâvesiyle değıştirilmişse ortada yine bir trampa akti mi vardır? Bu gibi hallerde nasıl davranılmak gerektiğı hususunda çeşitli sistemler ortaya atılmıştır. Bazıları bir akitte değeri az olan gayri menkulün kıymeti kadar bir trampa ve eklenen para kadar da bir satış akti olduğunu iddia etmişlerdir. Bu ölçüye göre misalimizde 2.000 liralık bir trampa akti ile 18.000 liralık bir satış akti var demektir. Şu halde tek bir akit olarak görünen bu muhtelit akti tefrik etmeli 2.000 lirası için trampa resmi 18.000 lirası için satış resmi [33] almalı.

Bazıları ise tarafların niyetlerinin bir tek akit yapmak olduğunu ve bu tek akit hakkında hadisenin bütün hususî şartlarını nazara alarak bir tek tavsif yapmak icap ettiğini ileri sürerler. Fakat bunların kabul ettikleri kıstaslar pek oynaktır. Meselâ az kıymetli gayri menkulü alanın kısa bir zaman sonra bunu satması, yahut akitte umumiyetle satış akitlerine mahsus olan bazı kayıtların bulunması: Gabin sebebiyle fesih şartı, masrafın ilâve parayı ödeyecek tarafa yüklenmesi gibi [34].

[33] Cour de Bruxelles 17 - nov. 1879 (Savcı Boesch'un iddiası)
(H. DESBOIS'dan naklen Sh: 116)

[34] MARCADE - Droit Civil VI article: 1702 n: 2
GARNIER - Rép. Général - 8 ed. V. Echange: nos: 123 - 125

Bir kısmı da yegâne kıstasın ek para miktarının kendisine eklendiği gayri menkul değerinden fazlalığı veya azlığı olduğunu kabul etmişlerdir. Eğer para ilâve olduğu gayri menkulün değerinden fazla ise ortada bir satış akti, azsa trampa vardır [35]. Fakat içtihatlar daha ziyade eklenen para kıymetinin, karşı tarafın akitle istihdaf ettiği esas ivazı teşkil edecek kadar fazla olması kıstasını kabul etmişlerdir [36].

Bu gibi hileleri önlemek için 30 Haziran 1923 tarihli bir kanun bu gibi trampalarda eklenen paradan da gayri menkul intikal harcı alınacağını bildirmişti. Bilâhare 4 Nisan 1926 tarihli kanun da gerek satış gerek trampa'daki ilâve paranın resmini % 15'e çıkarmıştır. Fakat hal böyle dahi olsa yine aktin hakikî tavsifini yapmak lâzımdır. Zira böyle trampalı satışlarda hiç değilse trampa edilen küçük gayri menkulün kıymeti satış harcından kurtulmaktadır. Halbuki böyle bir aktin bir tek vasfı ve bir tek gayesi vardır. Eğer bu vasıf satış mahiyetinde ise heyeti umumiyesinin satış resmine tâbi tutulması gerekir ve içtihatlar bu yoldadır.

Böylece içtihatlar kanuna karşı hileyi bir tavsif neticesine bağlı tutmaktadır.

Bizim Tapu Harçları Kanunumuzun birinci maddesi trampa ile satış arasındaki harç nisbetini ayırt etmez. Fark ancak harç ödemekle mükellef tutulanlar bakımındandır. Trampada mal değıştirenler yarı yarıya, satışta ise harcın hepsini müşteri ödemekle mükelleftir. Fakat bu hususlar pazarlıkta tarafların anlaşmasile değışebilecek bir hüküm teşkil ettiğinden hile mevzuu olmasına ihtiyaç görülmez.

32 — Bitişik gayri menkullerin trampasındaki hususiyetlerden istifade yolları:

Bu, Fransız hukukuna has bir haldir. 1824 tarihinde çıkan bir kanun küçük arazi parsellerinin tek elde toplanıp büyük çapta ziraat yapılmasını teşvik için arazi sahiplerinin dağılık yerlerde bulunan topraklarını kendilerine bitişik olan komşu topraklarla trampa etmek suretile büyük çapta ziraat yapmalarını kolaylaştırmak istiyordu. Bunun için bu gibi trampalardan hemen hemen hiç intikal vergisi almıyordu. Daha doğrusu bunları pek cüz'î ve maktu bir harca tâbi tutuyordu ki değışilen toprakların vüsatlerinin bunda bir rolü olmuyordu. Böylece eğer trampa edilen gayri menkullerden biri, kendisini alanın başka bir gayri menkulüne bitişik bulunuyorsa ödenecek vergi pek azdı. Bu kaideden istifade

[35] LAURENT - XXIX. n: 919 HUC. n: 919

[36] AUBRY et RAU - IV S 360 Sh: 459
Poitiers 30. Oct. 1922 Abbeville 15 - mai - 1923

için derhal bir hile icat edildi: Muayyen bir araziyi herhangi bir yerdeki arazi ile trampa etmek isteyen kimse yahut doğrudan doğruya bu araziyi satın almak isteyen kimse normal bir satış muamelesi yaparsa bunun icap ettirdiği intikal vergisini ödemekle mükellefi. Halbuki almak istediği arazide evvelâ çok küçük bir kısmı satın alarak asıl talibi olacağı arazi ile komşu olsa ve bilâhare bu elindeki küçük kıvrımla asıl almak istediği araziyi trampa etmeğe kalksa matup hasıl olmuş olacak ve kendisi satış intikal vergisi ödemekten kurtulacaktı.

Hazine bu gibi hallerin sırf harçtan kurtulmak için yapıldığını müteaddit defalar iddia etti ve her defasında mahkemece bu iddialar red edildi [37]. Fakat zamanla bu tip hileler o kadar çoğaldı ki nihayet kanun koyan harekete geçti ve bu gibi trampalarda tarafların en az iki senedenberi birbirile hemhudut arazilere sahip bulunmuş olmalarını şart koştu [38]. Mamafih bu da tarafları küçük kısmın satın alınmasından sonra iki sene bekletmek külfetine sokmaktan başka bir netice vermedi. Zira iki sene geçer geçmez kanunen matlup olan şerait kazanılmış oluyordu. Hülâsa daima olduğu gibi münferit hilelerin kanunla önlenmesi yeni hilelerin icadını intaç ediyordu: Yeni kanun demek yeni hile demektir.

33 — Gayri menkul intikal harcından kurtulmak için şirket tesisi, veya mevcut bir şirkete gayri menkul kuruluş hissesi yatırma:

Elindeki gayri menkulü satmak isteyen bir şirket yahut herhangi bir hususî şahıs intikal muamelesinin harç ve resimlerinden kaçınmak istediği takdirde bu gayri menkulü başka bir şirkete apport olarak yatırır. Ve mukabilinde hisse senedi alır. Bu hisse senetlerini de üçüncü şahıslara satarak paraya çevirebilir. Böylece elindeki gayri menkulü intikal harçlarını ödemeksizin satmış olur. Bazen aynı mülâhaza ile satılacak gayri menkul sermaye olmak üzere bir şirket tesis edilir ve bu şirketin hisselerinin hepsi satılır. Hazine bu gibi muamelelere itiraz etmişse de mahkemeler dinlememiştir. Ve bu husustaki içtihatlar müstakardır [39]. Aynı neviden muamelelere İsviçre hukukunda da rastlanır ve bu nevi satışlar gayri menkul satışı hükmüne tâbi tutulmaz [40].

[37] Req. - 18 - déc - 1828 D. 29. 1. 68
Ch. Civ. : 18 - août - 1829 D. 29. 1. 333

[38] 3 - nov. - 1884 Kanunu madde: 1

[39] Tribunal de la Seine 21 - mai. 1886 S. 72. 2. 226

[40] E. B. G. 45 II 34.

34 — Menkul kıymetlerin temettü vergisinden kaçmaya matuf hileler :

Şirketlerde kuruluş hisselerinin icabı halinde üyelere iadesi hiçbir vergiye tâbi değildir. Halbuki kârın üyelere tevzii halinde bu tevzi edilen miktar üzerinden bizde olmayan menkul kıymetler vergisi alınacaktır. İşte üyelerini bu vergiden kurtarmak için şirket her üyeye isabet edecek kâr miktarını tesbit edince bu miktara müsavi bir meblâğı üyelerin şirketteki apport'larından alır ve kendilerine dağıtır. Bu muamele apport'un kısmi iadesi olduğundan vergiye tâbi değildir. Diğer taraftan şirket husule gelen kârı da ihtiyat sermayeye ilâve eder. Böylece üyeler hem kâra muadil bir parayı elde etmiş, hem de vergi ödemekten kurtulmuş olurlar. Mahkemeler bu halleri meşru saymaya mecbur olmuşlardır. Fakat bu dolambaçlı yollara bir kaç kere daha müracaat edilince şirketler apportların tükenmesi tehlikesiyle karşılaşmışlardır. Bu sefer ihtiyat sermayeye ekledikleri kârı "yeni hisse senetleri," suretinde tekrar üyelere tevzie teşebbüs etmişlerdir. Böyle olunca üyeler hakikatte asıl hisse senetlerinin kârını temsil eden bu yeni hisse senetlerini borsalarda satabiliyorlar ve hakikî kârın doğrudan doğruya kendilerine tevzii halinde nail olacakları menfaate vasıtalı bir surette ve menkul kıymetler vergisini ödemeksizin kavuşmuş oluyorlardı. Fakat mahkemeler artık bu gibi hallerde vergiden muafiyeti tanımadılar ve verginin menkul kıymetlerin temettüü üzerinden alındığını ve bu (temettü=produit) mefhumu içine kâr dolayısıyla ihdas edilen "yeni hisse senetleri," nin de girdiğini kabul ettiler ve bunları menkul kıymetler vergisine tâbi tuttular [41].

Mamafih bu içtihatlar doktrinin tenkidine uğramış ve yeni aksiyonların sadece aksiyonerin ihtiyat sermayedeki hissesini tesbit eden bir vesika olduğu ve kâr addile vergiye tâbi tutulamıyacağı iddia edilmiştir [42].

Mâli hukukta müeyyidesiz kalan hilelerin çeşitleri ve miktarları her memlekette pek çoktur. Misalleri uzatmamıza hem etüdümüzün hacmi müsait değildir hem de nazariyenin sistematik kısmının inşası için daha fazla misal vermemize hacet yoktur. Diğer enteresan misaller için bilhassa halka hitap eden ve mevzuk malûmatı ihtiva eden muhtelif eserlere müracaat olunmalıdır [43]. Bu eserlerde biraz mübalâğa edilmekle beraber Hazinesinin bu hileler yüzünden ne muazzam kayıplara ve mahrumiyetlere maruz kaldığı açıkça gösterilmiş ve mükelleflere dürüst hareketleri için gerekli telkinlerde bulunulmuştur. Bu eserler bir vergi terbiyesi yaratmak bakımından halk için bilhassa kıymetlidir.

[41] Req - 7 - Juin - 1880 S. 473 - 476
Req - 3 - Avril - 1911 S. 1914. I. 396
Ch. Civ - 6 - Mars - 1923 D. 1923. 54

[42] P. ESMEIN - a. g. e. Sh: 3

[43] Bu bölümün (1) numaralı notunda zikredilen eserler ve emsalleri.

Aşağıdaki bir iki misalde malîyenin yalnız tavsif veya muvazaa addile müeyyidelendirmeye muvaffak olduğu bazı halleri zikredeceğiz.

35 — Satış harcından kurtulmağa matuf kira - satış akitleri:

Bu mukaveleler malî hukuk bakımından olduğu kadar ve belki daha fazla hususî hukuk bakımından ehemmiyet arzeder ki bunu ilerideki bölümlerde ayrıca inceleyeceğiz. Malî hukuk bakımından bir kıredi ile satış akti yerine bir kira - satış akti yapmanın faidesi aynı muamele dolayısıyla on kere daha az harç ödenmesidir. (kirada % 20 santim satışla % 2 frank) taraflar bu fazla harçtan kurtulmak için kendilerine aynen bir satış mukavelesinin temin edeceği iktisadî neticeleri temin eden bazı kira mukaveleleri yaparlar. Bu kira mukavelelerinde garip görünen şartlar, keyfiyet bir satış akti olarak tetkik edildiği zaman tam bir vuzuh kesbeder ve hakikî manasını kazanır. Bunlar kira bedellerinin mutaddan pek fazla, kira müddetinin normalden pek uzun olması ve bilhassa bir müddet sonra ve cüz'î bir semen mukabilinde hatta bazen sırf son kira karşılığında mecurun müstecire satılmış olacağının kabulü gibi şartlardır. Bu son şart bazen tek taraflı bir satma vadi şeklindedir bazen de bu satma vadi bir satın alma vadile müterafık bulunur.

Maliye bu gibi mukavelelerin sırf daha az vergi ödemek gayesile yapıldığını daima iddia etmiş fakat mahkemeler bu iddiaları bazen dinlemiş bazen red etmiştir. Daha doğrusu hadisenin hususiyetine göre kararlarını değiştirmişler ve bazı şartlara diğerlerinden daha fazla ehemmiyet atfetmişlerdir. Meselâ bir hadisede mucir muayyen bir gayri menkulü kiraya vermiştir kira mukavelesinde 7 sene sonunda mukarrer bir semen mukabilinde mecurun müstecire satılacağı vadedilmiş ve müstecirin bu satış vadinden istifade etmek istememesi halinde mucire, müzayede ile mecuru sattırmak selâhiyeti tanınmış ve müstecire de müzayede neticesinde taayyün edecek semen, mukavelede mukarrer semenden aşağı olduğu takdirde aradaki farkı ödemek mükellefiyeti yüklenmiştir. Hazine bu mukavelenin haddi zatında bir satış olduğunu ve satış harcına tâbi tutulması gerektiğini iddia etmiş mahkeme de bu iddiayı kabul etmiştir: "Tarafların yaptıkları anlaşmada bir satış mukavelesinin bütün unsurları mevcuttur. Binaenaleyh bir satış addedilmelidir. Bu akte verilen satış vadi veya kira gibi sıfatlar hakikatte bir mülkiyet intikalinin gerektireceği harçlardan kurtulmak için icat edilmiştir. Filhakika tarafların mebi ve semen üzerinde anlaşmaları aşikârdır ve binnetice ortada semenin yedi senede ödenmesi ve ödenmediği takdirde aktin infisahı şartına bağlı bir mülkiyet intikali vardır. Bütün diğer şartlar mülkiyetin intikalinin ve verilen mehlin neticeleridir.

Mucirin mehilin hitamında evi müzayede ile sattırma selâhiyeti ve farkı fiatı müstecirin ödeme mükellefiyeti, hakikatte ademi tediye halindeki feshin kanunî neticeleridir. Kira mukavelesinin örtmek istediği örtüye rağmen satış akti bütün evsafı ile zahir olmaktadır...., [44]. Böylece hazinenin iddiaları yerinde görülmüştür.

Diğer bir hadisede bir buhar makinesi 20 sene müddetle kiraya verilmiş ve bu müddetin hitamında hiçbir bedel verilmeden mecurun müstecirin mülkiyetine geçeceği kararlaştırılmıştır. Mahkeme bunu da bir satış akti telâkki etmiş ve satış harcına tâbi tutmuştur [45]. Yine diğer bir hadisede Paris Belediyesine ait arsalar üzerinde resmî mektepler inşası için belediye ile müteahhit arasında bir inşaat kirası aktedilmiştir. Fakat belediyeye kira müddeti zarfında işleyecek kira bedellerini toptan vererek ikmal edilen kısımları satın almak hakkı tanınmıştır. Mahkeme; ödenen senelik kira bedellerini ve toptan ödenebilecek yekûnu mukayese etmiş ve bu senelik kira bedellerinin bu yekûna müsavi olduğunu görmüştür. Diğer taraftan bu binaların belediyenin malı olmak üzere inşa edildiğini ve belediyenin hizmetine tahsis edileceğini de nazara almış ve âkitlerin hakiki niyetlerinin bu binaları belediyenin mülkiyetine geçirmekten ibaret olduğunda karar kılmıştır. Böylece anlaşmaya ister satış vadi ister kira densin bunun hakikatte "actuel," bir satış ifade ettiğini bildirmiş ve satış harcına tâbi tutmuştur. [46].

Bu içtihatların hepsinde müşterek olan husus yapılan mukaveleyi tarafların uygunsuz bir tarzda tavsif ettikleri daha doğrusu haddizatında satış murad edip kasten buna kira şekli verdikleridir. Yani yanlış tavsif ve muvazaa fikirleridir. Mahkemeler bu kira mukavelelerini tekemmül etmiş bir satış, bir kredi ile satış gibi telakki etmişler ve aktin yapılması amında intikal harcının da muacceliyet kesbettiğini kabul etmişlerdir. Halbuki bu mukaveleler dar hukuk tefsirine göre incelenecek olursa ciddi bir kira akti ile bir satış vadinden tereküp ettikleri görülür. Taraflar bu akitten gayrı başka gizli bir satış akti yapmış olmadıkları gibi yaptıkları bu akti de icra etmeyecek değildirler. Yani muvazaadaki gibi muamele iki kısımdan mürekkep değildir. Hakikate tekabül etmeyen bir zahiri muamele, gizli kalan bir hakiki muamele yahut asla ifa edilmeyecek olan tek bir zahiri muamele. Halbuki bu gibi mukavelelerde ortada bir tek ciddi mukavele vardır o da içinde satış vadini de ihtiva eden bir kira mukavelesi. Bu kira mukavelesi bütün şartlarla ciddiyetle ifa edilecektir ve zaten ifa edilmek maksadile yapılmıştır. Kira bedellerinin yüksekliği bunların taksitlere benzemesini intaç edebilir fakat yine dar hukuk tefsirine göre bu hal kira mukavelesinin mahiyetine hâlel getirmez. Hususile kira mikdarının bir tahdide tâbi olmadığı bir mevzuda

[44] Trib. Cambrai. 14 Mars 1855. D. 55. III. 55

[45] .. Abbeville. 11 Août. 1848 R. 30. 75

[46] Ch. Req. 28 Janvier 1843. D. 73. I. 37

her yüksek kirayı bir taksit olarak kabul etmek mümkün değildir. Umumiyetle mahkemeler satış ve kira akitlerinin hususiyetleri üzerinde durarak yapılan bu (kira - satış) akitlerinin bunlardan hangisine sokulması gerektiğini tayine çalışırlar. Bir hadisede 48 ay müddetle kiralanan bir buhar makinesi bahis konusu idi. Bu kira mukavelesinde şöyle bir şart vardı: Kiracı, kira müddetinin devamı esnasında henüz tahakkuk etmemiş kira bedellerinin mecmuunu toptan ödemek suretile mecura malik olabilecekti. Yani bütün kira müddetine tekabül eden kira bedellerinin mecmuundan, o zamana kadar ödenmiş olan kiraları düşmek suretile mütebaki meblâğı kiralayana vererek mecuru satın alabilecekti. Bourges mahkemesi bu hadisede satış aktinin üç unsurunu, yani tarafların mülkiyetin naklini istihdaf eden ciddi iradelerini, mukarrer semeni ve mebiî tamamlanmış olarak bulmuş ve kira bedellerinin yüksekliğini ve mecmununun satış bedeline tekabül edecek miktara muadil oluşunu da nazara alarak bu akti satış akitleri hakkındaki harca tâbi tutmuştu [47].

Halbuki Fransız yargıtayı hadiseyi böyle tefsir etmedi. Tarafların iradesinin tefsire muhtaç olmayacak kadar sarih olduğunu ve tam bir sarahatle kira olarak adlandırılan bu mukavelelerdeki bazı hususî şartların her ne kadar satışa benzediği zahir ise de asla bir kira akti ile gayri kabili telif mahiyette olmadığını ileri sürdü, ve akti kira olarak kabul etti [48]. Vakıa bu kararın umumiyetle bir emsal kararı olmadığı, bu hadiseye maksur olduğu kabul edilir [49]. Bazen de tarafların ciddi bir kira akti ve samimi bir satış vadi yapmış olmaları yüzünden böyle karar verildiği ileri sürülür [50]. Fakat kanaatimizce Fransız Yargıtayı bu kararda bu gibi mukaveleler hakkındaki muvazaa veya yanlış tavsif telâkkinin isabetsiz olduğunu hissetmiş, kanuna hile mefhumunu tatbika de cesaret edememiş ve akti olduğu gibi kabulden başka çare bulamamıştır.

Zira bu hadise esas itibarile diğer misallerden pek farklı değildir. Alelâde bir kira mukavelesinde kiracıya tanınan herhangi bir satın alma hakkı bahis konusu olsaydı alınan kira bedellerinin o müddet zarfındaki intifaa tekabül edecek derecede olması ve kiracının satın alma hakkını kullanacağı zaman ödeyeceği bedelden bunların mahsup edilmemesi gerekirdi. Filhakika mutad kira mukavelelerinde böyle bir satış vadi veya iştirâ hakkı konabilir fakat kira miktarı ile tekkârür edecek semen arasında hiçbir münasebet bulunmaz. Halbuki hadisede durum böyle değildir.

Hakikatte mahkemelerin bu gibi mukaveleler karşısında gösterdikleri asabiyet bunların yapılmasına âmîl olan saikler yüzündendir. Yoksa bunlara muvazaa veya yanlış bir tavsif eseri demek caiz değildir. Bu mukaveleler tarafların muka-

[47] Tribunal de BOURGES. 5. Juin. 1884 D. 1887. 1 500

[48] Ch. Civ. 22 Février 1887 D. 1887. I. 500

[49] Aynı yerde. Not: 1.

[50] COLIN et CAPITANT. Traité. Location - Vente. Sh:

vele serbestisi hudutları dahilinde ve kanunî çerçeveler içinde yaptıkları isimsiz akitlerden ibarettir. Kira bedelinin yüksekliği mukaveleyi (kira) olmaktan çıkaramayacağı gibi, mülkiyeti ancak içindeki bir şartın tahakkuku halinde nakledecek olan bir mukaveleye de tekemmül etmiş bir satış akti denemez. Bu olsa olsa taliki şarta muallak bir satışdır ki bu takdirde intikal harçlarının ancak şartın tahakkuku anında muacceliyet kesbetmeleri gerekir [51]. Halbuki mahkemeler aktin yapılması anında harcin muaccel olduğuna hükmetmişler çünkü bu akit kira değil tam bir satışdır demişlerdir.

İşte bütün bu gayretlerden istihraç ediyoruz ki mahkemeler bu gibi akitlerin satış harcından kurtulmak için bu tarzda tanzim edildiğini hissedince bu kaçamak yolunu kapamak istemişler ve kanuna karşı hileyle en yakın mefhum olan muvazaaya başvurmuşlardır. Mesele bundan ibarettir.

Bu tip mukavelelere ileride hususi hukuk bakımından (Alacaklıları himayeye matuf hükümler aleyhine hileler) bölümünde tekrar temas edeceğiz.

36 — Satılmak üzere alınan mallar için çift intikal vergisinden kurtulma yolu: *Bayiden satışa vekâlet istihsali.*

Satmak üzere mal alan bir kimse normal olarak hem alırken hem satarken vergi ödeyecektir. Bundan kurtulmak için bayiden bir (satışa vekâlet) alır. Müşteriyi bulunca bu vekâleti kullanarak bayiin mallarını ona satar, kendisi de bu işten dolayı muayyen bir ücret alır. Fakat bu vekâletin şartları o şekilde tanzim edilir ki, mutavassıt tüccar sanki malı bayiden bizzat satın almış ve bilâhare müşteriye satmış gibi kâr eder. Vakıa bu gibi vekâletlerin birçoğu hakikaten muvazaalıdır [52], fakat bir kısmı da şekli hukuk bakımından muvazaa addine imkân olmayacak mahiyettedir. İşte bu gibi hilelere mahal bırakmamak için Fransız kanun koyarı böyle satılmak üzere alınan mallarda ilk satış mukavelesinde bu keyfiyet bildirildiği takdirde ikinci satışta yarı yarıya vergi tenzilâtı yapmıştır [53].

37 — İthalât vergisinden kaçmağa matuf hileler:

Bir Fransız kanunu [54] Fransız tersanelerinin himayesi için Fransız gemilerinin millî limanlarda tamir edilmelerini teşvik etmek istemiştir. Halbuki yabancı limanlarda daha ucuz tamirat yapıldığından donatanlar daha ziyade

[51] DUBLINEAU - a. g. e. Sh: 544 Rép Dalloz. Enrégistrement No: 1050

[52] Cour de Paris 16 - déc - 1875 D. 76. 2. 223

Diğer misaller için Bak: Ligeropoulos a. g. e. Sh: 321

[53] Loi E. Jullier - 1925 Art: 39

[54] Loi. 27. vendémiaire. an II. (7 Avril 1902 kanunu ile muaddele)

dışarıda tamire mütemayildir. Bunun için bu kanun yabancı limanlarda Fransız gemilerinin gayri safi tomilâto başına 15 frangı aşan bir tamire tabî tutuldukları takdirde Fransız tabiiyetini kaybedecekleri âmirdi. Bu da, evvelce askerlikten kaçma bölümünde gördüğümüz gibi cezai mahiyette bir iskattı. Fakat bu fazla tamir sebebiyle otomatikman tabiiyet kaybetme kaidesini kendi lehlerine kullanan firmalar görüldü.

Filhakika bir hâdisede bir gemi işletme kumpanyası Marsa adındaki geminin eskiyen kazanlarını değiştirmek için İngiltere'den dört yeni kazan getirtmek istedi ve gümrük idaresine müracaatla muayyen gümrük resmini ödemek şartile bunların getirilmesine müsaade talep etti.

Halbuki diğer bir Fransız kanunu [55] da yerli sanayiî himaye için hariçten getirilecek buhar makineleri kazanlarından sıkletlerle mütenasip ithalât vergisi alıyordu. Gemicilik kumpanyası ise satmak için değil, bizzat gemisine koymak için istediği bu kazanların sadece gümrük resmine tâbi tutulmasını istiyordu. Gümrük idaresi bu talebi red etti ve behemahal ithalât vergisi alınacağını bildirdi. Bu vaziyet karşısında gemi kumpanyası tipik bir kanuna karşı hile yoluna müracaat etti: Gemisini İngiltere'ye Glasgow limanına gönderdi orada eskiyen kazanlarını değiştirerek adamakıllı tamir ettirdi ve Marsilya limanına döndü, az sonra tekrar Fransız tabiiyetine geçti. Hazine kazanlar için ithalât vergisi istedi. Gemi şirketi, yabancı limanda yaptırdığı yüksek miktarda tamirat yüzünden Fransız tabiiyetini kaybettiğini ve yabancı bir gemi sıfatile ana vatana döndüğünü ve kazanları üzerinden hiçbir resim vermeyeceğini iddia etti. Fakat mahkeme bu iddiaları mesmu görmedi ve sırf Fransız tabiiyetinden çıkma ve bu suretle dört kazanın ithalât vergisinden kurtulma için başvuru bu yolu tecviz etmedi. Kararda sarahatle kanuna karşı hileden bahsedilmektedir.

“Bidayet mahkemesi haklı olarak, şirketin kasten ve sırf hazineye ödemesi gereken resimlerden kurtulmuş olmak için kendisini Fransız tabiiyetinden kurtarma vasıtasını aramış olmasının kanuna karşı hile teşkil eden bir manevra olduğunu ve şirketin bundan istifade edemeyeceğini kabul etmiştir. Hariçten getirilecek kazanlardan ithalât resmi alınacağı yolundaki madde mutlaklıdır. Aksi takdirde bu kazanların tahsis suretlerine göre bir ayırt kabul etmek hileye yol açardı ve yerli sanayi mamullerinin himayesine matuf olan ithalât vergilerine mütedair tarife sistemini alt üst ederdi,, [56].

Malî hükümler aleyhine yapılan pek çeşitli hilelerden ancak bir kaçını zikretmekle iktifa ediyoruz. Maksadımız esasen tasnif ve tahdidi pek müşkül

[55] Loi. 11. Janvier. 1892 Art: 1

[56] Chambre des Requetes 6. Avril. 1911 Clunet 1911 Sh: 1206.

olan bu binbir çeşit hile karşısında yabancı kanun koyanların ve mahkemelerin durumunu mukayeseli bir şekilde inceleyerek kendi hukukumuzda bu nevi hile hallerinin zuhuru halinde takınılması gereken durum hakkında cüz'î bir fikir vermekten ibarettir.

C. Devletin Malî itibarını himayeye matuf hükümler aleyhine hileler

38 — Devletin para siyaseti ve kâğıt paranın kanunî ve mecburî tedavülü:

İktisatta ve malî hukukta "altın şartı", diye maruf olan mesele, ilk defa Fransada 1873 ve 1914 senelerinde ısdar edilen kâğıt paranın kanunî ve mecburî tedavülü hakkındaki kanun hükümleri aleyhine alacaklılar tarafından itihaz edilen bazı tedbirler üzerine bahis konusu olmuştur [1]. Burada meşhur "altın şartı", davasının kısaca izahı zarureti, maalesef, bizim için tâli olan bazı noktaların tafsilinden fedakârlığı icap ettirecektir. Biz sadece bu şartların mecburî tedavül kanunu hükümlerine bir hile teşkil etmelerile ilgilenmekteyiz: Kanunların sarahatle beyan etmedikleri ve fakat ruh ve maksatları itibarile şumulleri içine giren bazı hususların mahkemelerce müşahhas hadiselere ne suretle ve hangi gerekçe ile tatbik edilebilmekte olduğunu araştırmak arzusundayız. Altın şartının veya buna muadil şartların siyasi ve iktisadi bakımdan tetkiki konumuzun

[1] Konu ile ilgili bazı not ve etüdler:

PLANIOL et RIPERT - *Traité VII*, Sh: 497

SAVATIER - note, D. P. 1926. 2.89

NOGARO - La clause "payable en or.", (*Revue trimestrielle du Droit Civil*, 1923)

H. CAPITANT - Les succédanés de la clause "payable en or.", sur la clause de "payement en marchandise.", *chronique D. H.* 1926. 1

H. CAPITANT - Sur la clause "d'échelle mobile.", *chronique D.H.* 1926. Sh: 17

H. CAPITANT - Sur la validité de la clause de "payement en denré.", D. 1926. 2. 5

LYON - CAEN - note, S. 1920. I. 93

AUBRY et RAU - *Traité IV.* § 318

GENY - Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier - monnai (*Revue trim. de. Dr. Civ.* 1928. 1)

A. BOISTEL - note, D. 1873. I. 177

DUPUICH - note, D. 1920. 137

H. LALOU - note D. 1924. 2. 97

H. LALOU - note D. 1924. 2. 17

H. LALOU - note D. 1926. 2. 69

MESTRE - note S. 1923. 2. 12

AFİF TEKTAŞ - Altın kaydı (clause - or) ve mahkeme içtihatları; İstanbul 1928

E. JAMES - La clause payable en or et le cours forcé. 1924

LALOU - Etude critique des moyens de se prémunir contre les répercussions de l'instabilité monétaire dans les contrat à long terme. Liège. 1925

dışında kalır. Bu hususta zikrettiğimiz etüdlere müracaat lâzımdır. Biz altın şartının iktisadî ve siyasî tesirlerini sırf hukukî bir mefhum olan "amme intizamının" tahlili dolayısıyla nazara alacağız. Zira ileride sistematik kısımda izah edeceğimiz gibi muayyen bir kanundan kaçmadan ibaret olan bu şartlar içtihatlar tarafından amme intizamına, âmir hükümlere aykırılık mülâhazasile takip edilmiştir.

Ancak şartların tahliline geçmeden evvel kâğıt paranın kanunî ve mecburî tedavülü safhalarını kısaca izah ve tefrik etmeyi uygun buluyoruz:

I — Kanunî tedavül :

Kâğıt paranın kanunî tedavülü, para ile tesbit edilmiş her hangi bir borcun kendilerine kâğıt para ile ödenmesine karşı alacaklıların itiraz edememelerini icabettirir. Kâğıt para devletin bazı buhranlı devrelerde iktisadî mülâhazalarla ihdasına lüzum gördüğü bir usuldür. Daha doğrusu dirije ekonominin mali sahadaki bir tatbikatıdır [2]. Devlet kâğıt para ile o zamana kadar - ve o zaman dahi - tedavülde bulunan altın para arasında mecburî ve farazi bir muadelet yaratmıştır. Kâğıt para amme itibarını haiz bir vesikadır, ve devletin istediği şey fertlerin bu itimadı sarsmamaları bunu aynen altın para gibi bir tediye vasıtası olarak tanımaları daha doğrusu bu mefruz muadeleti inkâr etmemeleridir. Aksi takdirde devletin kâğıt para ihdasına tevessül suretile aldığı tedbir müessir olamayacaktır. Dolayısıyla bu tedbire lüzum gösteren iktisadî bozukluk da önlenemeyecektir. Bu bozukluktan müteessir olan varlık ise şu veya bu müşahhas ferd değil bizzat millet, yani ammedir. Demek ki ammenin menfaati için devletin başvurduğu bu kâğıt para sisteminin mevcudiyet sebebi inkâr edilmedikçe kâğıt parayı tedavül vasıtası olarak tanımamaya imkân yoktur. Filhakika kanunî tedavül ancak şunu icabettirir: Evvelce paranın nevi hakkında bir kaydı ihtiva etmeyerek alehlîlak para borcu olarak tesbit edilen bir borcun (o zaman bununla tedavülde olan altın para kastedilmiş olsa dahi) kâğıt para usulünün ihdasından sonra kâğıtla ödenmesine alacaklıların zarurî muvafakatı. Fakat acaba alacaklı ile borçlu anlaşarak borçların altınla ödenmesini kararlaştırırlarsa bu hususî şart mahkemece tanımayacak mıdır? Henüz yalnız kanunî tedavül safhasındayız yani kâğıt paralar devlet bankalarına ibraz edildikleri takdirde başabaş olarak altınla değiştirilebilirler. Kâğıt para "kaime,, durumundadır. Altın paranın yerine kaim olmuştur. Demek ki alacaklı borçlusundan aldığı kâğıtları dilerse altına tebdil ettirilebilir. Devlet, bankaları bununla mükellef tutmaktadır. Çünkü henüz "mecburî tedavül,, prensibi konmamıştır. İşte bu safhada mukavelelerdeki altınla

ödeme şartının muteber olup olmayacağı meselesi pratik bir ehemmiyet arz etmediği gibi, mahkemeleri işgal edecek bir ihtilafa da sebebiyet vermemiştir. Fakat nazari bakımdan yalnız kanuni tedavül safhasında dahi altın şartının muteber olamayacağını iddia eden müelliflere rastlanmıştır. Bunlar Fransız Ceza Kanununun itibarı - ammeyi haiz bir devlet parasının tediye vasıtası olarak kabul etmeyenlerin cezalandırılacağı yolundaki 475 inci maddesile Fransız Medeni Kanununun karz aktinde borçlu tarafından ödenecek paranın ancak ve daima mukavelede yazılı para miktarına muadil olacağı yolundaki 1895 inci maddesini kendi tezlerine mesned olarak ileri sürmüşlerdir [3]. "Para miktarı,, kaydının; o zaman geçmekte olan madeni paranın devlet tarafından yapılan tağşışleri dolayısıyla alacaklıların borcun kıymeti hususunda muayyen miktarda maden sıklitini esas tutmalarını önlemek için konduğunu, beherinin içindeki altın nisbeti ne olursa olsun borcun akitte tesbit edilen para adedinden ibaret olacağını tesbit için zükredildiğini iddia etmişlerdir. Yani içindeki kıymetli maden nisbeti ne olursa olsun devletin bir frank dediğine alacaklının "bir franktan daha az değerde bir para,, demesine mani olmak kaygusile dercedildiğini söylemişlerdir [4]. Bunlar hattâ frank içindeki altın nisbetinin azalmasını alacaklının kale almamaya mecbur tutulması kaidesi nihayet frangın hiç altını ihtiva etmeyen bir kâğıt haline inkilâbettirilmesi halinde dahi câri olmalıdır, yani sadece kanuni tedavül zamanında dahi alacaklı bu kâğıt paraya itimad etmeyerek altın talebetmemelidir, zira bu, parada tecessüm etmiş olan devlet itibarını inkârdır, demişlerdir. Mamafih pratikte bu mesele bahis konusu olmamıştır.

2 — Kanuni ve mecburi tedavül:

Bu safhada durum değişmiştir. Alacaklı, aldığı kâğıt paraları bankalarda artık altına tahvil ettiremeyecektir. Devlet bu safhada bankaları bu mükellefiyetten varestetir. Çişelerini kapatırır. Buhanlı zamanlarda harplerde devletlerin muvakkaten başvurdukları bu tedbirlerde müteakip iş'ara kadar bankaların müşterilerine altın vermemeleri bildirilir. Fakat bu gibi muvakkat tedbirler bir zaman gelipte kanuniyet kesbedince milli menfaatler kaygusile itihaz edildiği muhakkak olan bu durumdan, şahsi menfaatleri bakımından müteessir olan kimseleler zuhur etmiştir: Alacaklılar.

Hususele uzun vadeli mukavelelerde alacaklının taksit veya kira beklediği hallerde kâğıt paranın muhtelif sebeplerle günbegün düşüşü onları gittikçe daha müşkül bir duruma sokmaya başlamıştır. Bilhassa arazi veya bina kirala-

[3] Aynı cezai müleyyede T. C. Kanunu Md: 532 de de vardır.

[4] NOGARO - La clause payable en or (Rev. Trim. 1925 Sh: 11)
PLANIOL et RIPERT - Traité VII. Sh: 501

rında bu hal mütebarizdir. Meselâ, alacaklı münbitlik hassası zamanla pek tahavvül etmeyen bir toprağın hasulatını icara vermiştir. Zamanla kâğıt para düştükçe mahsulün fiatı yükseleceğinden kiracı gittikçe daha fazla müstefit olacak buna mukabil kiralayan vakıa mikdar itibarile akit zamanındakinin aynı ve fakat işira kabiliyeti itibarile akit zamanındakinden çok daha dün değerinde bir kira bedelile iktifaya mecbur olacaktır. Ve bütün bu mahrumiyete sırf devletin fertleri farazî bir altın = kâğıt muadeletini kabule mecbur kılmış olmasından dolayı katlanacaktır. Bu durum bina kiralarında da aynıdır. Zamanla işçilik ve malzeme fiatlarının fevkalâde yükselmesine ve kiracının kendisine bir gayri menkul temini imkânlarının müşkülleşmesine mukabil mülkünü uzun vadeli bir akitle kiraya vermiş olan ev sahibi yine mikdar itibarile akit zamanındakine müsavi fakat işira değeri itibarile ondan çok daha az kıymette bir icar bedelini almakla iktifa edecektir. Hülâsa bu mecburî tedavül kanunu uzun vadeli taahhütlere giren alacaklıları kâğıt para ile vâki bütün tediyeleri kabule mecbur tutmakla âmme menfaatile bazı hususî menfaatler arasında bir uçurum yaratmış oluyordu. Yukarıda paragraf 2 de anlattığımız gibi bu ihtilâfî halletmek kanunen imkânsızdı. Zira ya altın şartının müteberliğini kabul edip bunun âmme için mühlik olan akibetlerine katlanmak lâzımdı ki bu takdirde kâğıt paranın kıymeti halkın nazarında büsbütün düşecek ve altın tedarik eden sınıfla edemeyen sınıf arasında bir husumet başgösterecek ve neticede devletin bu tedbirle önlemeyi istihdaf ettiği ekonomik kriz büsbütün hızlanmış olacaktı. Yahut da altın şartını batıl sayarak alacaklıların bu hazin durumunu hoş görmek lâzımdı ki bu da onları uzun vadeli muamelelere girişmemek, ellerindeki parayı imkân nisbetinde mala tahvil ederek kâğıt paranın düşmesinden korunmak ve dolayısıyla borç taleplerine karşı menfî ve müstağni davranmak yoluna sevk etmek olacaktı ki bu da iktisadî hayata matlup olmayan bir durgunluk arız edecekti.

Vaziyetin menfaatler ihtilâfına uygun bir şekilde halli gene içtihadâ düşüyordu.

39 — Alacaklıların kâğıt paranın düşüşüne karşı korunma tedbirleri ve içtihadlar:

Alacaklıların bu durum karşısında kendilerini korumak için icat ettikleri şartlar basitten mürekkebe doğru giden bir takım kaçamak yollarını teşkil eder. Fransa'da 12. Ağustos 1870 ve 5. Ağustos 1914 tarihli kanunî ve mecburî tedavül kanunlarından sonra bu tip kaçamak yollarının türlüşü icat edilmiştir. Evvelâ

mukavelelere "borcun behemahal altınla tediye edileceği,, şartı konmuş fakat içtihatlar bu şartları doğrudan doğruya mecburî tedavül prensibine muhalif sayarak batıl addedmişlerdir. İlk karar 11. Şubat. 1873 tarihli yargıtay kararıdır. Bu kararda ve bunu takip edenlerde böyle bir şartın âmme intizamından olan bir kanunu ihlâl ettiği gerekçesine dayanılmıştır [4 a].

Halbuki mezkûr kanunlarda mukavelelerdeki altınla tediyeinin memnu olacağına dair hiçbir kayıt yoktur. Mahkemeler altınla kâğıt para arasında Devlet tarafından tesis edilen bu mefruz muadeletin hususî şahıslar tarafından inkârı demek olan bu gibi şartları âmme intizamını ilgilendiren bir kanunun ruhuna aykırı görmüşler ve bu şartları adeta bu kanunun doğrudan doğruya bir ihlâlî gibi saymışlardır [5]. Fakat mahkemelerin fikirleri doktrin tarafından kolayca benimsenmemiş ve bu mevzu sürekli ve asabî münakaşalara sebebiyet vermiştir. Fakat bütün bunlara rağmen mahkemeler kanaatlerinde ısrar etmişler hatta yalnız altınla tediye şartını değil "altın kıymeti üzerinden tediye,, [6], "Ecnebî parası üzerinden tediye,, [7] yahut "hayat pahalılığını gösteren resmî indekslere göre veya muayyen bir mahn fiat tahavvüllerine göre tediye,, [8], yahut "doğrudan doğruya muayyen bir malla tediye,, [9] şartlarını dahi kâğıt paranın mecburî ve kanunî tedavülünü emreden kanunların maksatlarına aykırı göyerek batıl saymışlardır.

40 — Tediye suretine müteallik şartların mahiyeti ve içtihatlara muhalif doktrin iddiaları :

PLANİOL meseleyi açıkça vaz eder: "Bu şartların müsterek hususiyeti lâ-fizları ve doğrudan doğruya tevhit ettikleri neticeler bakımından nazara alındık-

[4 a] Ch. Civ. 11 Janvier 1873 D. P. 1873. 1. 177 ve BOISTEL'in notu.

Req. 7. Juin. 1920. D.P. 1920. 1. 137: "Bu kararda altın şartı esas itibarıyla batıl olmakla beraber, yabancı bir borcunun Fransız alacaklıya taahhüt ettiği altınla ödeme şartının muteber olduğu zira memlekete altın sokmayı istihdaf ettiğinden mecburî tedavül kanununun gayesine uygun olduğu çünkü böylelikle memlekete altın girmiş olacağı kabul edilmiştir. Tenkit için bak: DUPUCHE'in aynı yerdeki notu.

Cour de Paris. 22 Fevrier 1924 D. P. 1924. 2. 21 LALOU'nun notu.

Meioun : 15. Juin 1924 D. P. 2. 97. 1

Trib. Seine 17. Mars 1917 D. P. 1924. 2. 17

Cour de Paris : 21 Fevrier 1925 D. 1926. 2. 64

Trib. Seine 9. Fevrier 1926. D. 1926. 2. 69

Cour de Paris. 16. Avril. 1926. D. 1926. 2. 105

Nimes. 9. Janvier. 1928 D. 1928. 2. 28

Trib. Seine 13. Avril. 1929 D. H. 1929 307

[5] Bilhassa daha eski kararlarda durum böyledir.

[6] Civ. 17. Mai. 1927 D. 1928. 1. 25

[6] Civ. 31. Déc. 1928 D. H. 1929. 33

Paris 22. Fevrier. 1924. D. P. 1924. 2. 21

[7] 6 nci nottaki ilk iki karar da dahil olmak üzere aşağıdaki kararlar:

Req. 27. Mars. 1929 D. H. 1929, 217

Trib. Belfort, 10. Mars. 1926 D. 1926. 2. 95

Trib. Seine 6. Fevrier. 1926. D. 1926. 2. 69

Trib. Pau. 20. Juillet. 1926. D. 1926. 2. 153

[8] 6 nci nottaki ilk iki karar ve 7 nci notun iki, 4 ve 5 inci kararları.

[9] Rouen. 18. Nov. 1922 D. 1926. 2. 57 (Emtea şartının butlanı)

Rouen. 28. Mars. 1927 D. H. 1927. 330 " " "

ları zaman tamamen kanunî ve meşru gözüktükleri halde, taşıdıkları ruh ve istihdaf ettikleri gayenin kendi muteberlikleri aleyhine ciddi itirazlar uyandırmasıdır. İfadelerinde ne kanunî tedavüle ne de mecburî tedavüle bir aykırılık yoktur. Alacaklı muayyen bir para ile tediyei artık reddetmemektedir. Bu paranın kanunî muadeletine itiraz etmemektedir. O sadece millî paradan gayri bir ölçüyü esas tutmak arzusunda. Burada gayri meşru olan hiçbir şey yoktur. Bir borç paradan gayri bir vasıta ile de tâyin edilebilir. Meselâ emtea veya zahire gibi bir vasıta kullanılabilir. O halde alacaklı herhangi bir meta yerine niçin bir ecnebî parasını esas almasın? Fakat bunu alırken takip ettiği gaye, tıpkı altın şartının temin edeceği gayenin aynıdır. Altın şartının butlanı bu şartı istihlâf eden bütünü diğer şartların da butlanını îtaç etmez, mi?., [10]

Bu meselenin uyandırdığı münakaşalar pek çetin olmuştur. Bilhassa ekonomistler gerçekliği istihfaf demek olan böyle mefruz bir altın = kâğıt muadeletinden zarar gören alacaklıların kendilerini kurtarmak için baş vurdukları her türlü çareyi mübah görmek temayülünü ızhâr etmişlerdir. MATER, altın şartı veya buna muadil şartlarla ihlâl edildiğinden bahsolunan âmme intizamının, asıl bu şartları batıl sayan zihniyet yüzünden ihlâl edileceğini çünkü kâğıt para tahavvüllerinden zarar gören alacaklılarla bundan faydalanan borçlular arasında izalesi müşkül bir kin hissi yaratacağını bu gibi zümrevî husumetlerin ise memleket dahilinde ihtilâle kadar varan iktisadî teşevvüşleri tevhit edeceğini hatırlatarak bu şartların muteber addedilmesini telkin etmek istemiştir [11].

Ferdiyetçi bir görüşün ifadesi olan bu iddialarda altında tediyei taahhüt eden borçlunun nasılsa bu madenî parayı bulabilmek kudretini haiz olduğu, bunun neticesinde de memlekette altın miktarının ve tedavülünün çoğalacağı bunun da millî menfaatlara zararı değil belki faydası dokunacağı ve esasen âmme intizamından olan hükümlerin dar tefsiri gerektiği ve nihayet sarahatle menedilmeyen hususların fertlere yasak edilemeyeceği ileri sürülmüştür [12]. Hatta SAVATIER bu gibi sert telâkki ettiği içtihatları pek müstehzi bir üslupla tenkit etmiştir: “Öyle görünüyor ki bütün bu sertlikler doğru olmayan bir noktâ nazardan ileri gelmektedir. Bu kararlarda ve bunları ittihaz edenlerin fikirlerinde, frank kıymetinin günlük hâdiseler yüzünden düşebileceğini bir an için dahi tasavvur etmek âmme intizamına ve vatanperverlik icaplarına muhalefet etmek ve bir nevi suç işlemek gibi telâkki ediliyor. Onlara göre alacaklıların vatanperverlik hissi, bir bedâhati inkâr edecek kadar, frankın düşmesi yüzünden alacağının mahvolduğunu görmek istemeyecek kadar, hatta borçlusunun kendi zararına zenginleşmesine ses çıkartmayacak kadar ileri gitmelidir. Frankın düşüşü günbegün vahamet kesbettikçe

[10] PLANIOL et RIPERT - Traité VII. Sh: 506. 507

[11] MATER - A. TEKTAŞ'dan naklen: Altın kaydı Sh: 61 - 63 MATER'in yazısı için bak: Rev. de. Dr. Financier. Mai. 1924.

[12] DUPUICH: Req. 7. Juin. 1920 tarihli kararın tenkidî. D. 1920. 1. 137

büsbütün müdafaa edilemeyecek bir hal alan bu durum doğrusunu söylemek lâzımgelirse bize sırf hissi ve hatta müraice hissi gelmektedir. Sırf hissi diyoruz çünkü hiçbir metin doğrudan doğruya veya dolayısıyla olsun frangın iştirâ kuvvetinin müstakar kalacağını kararlaştırmamıştır. Müraice hissi diyoruz çünkü yabancı dövizlere nisbetle frankın düşüşü söz dinlemez bir vakıadır. Şüphesiz ki meş'um bir vakıa; fakat saklanmasında hiçbir faide melhuz olmayan bir vakıa. Bundan başka bu gidişle muazzam adaletsizlikler çaresiz bırakılacak ve alış veriş münasebetlerinde bütün emniyet izale edilecektir...., [13]. Hatta bazıları [14] içtihatların kanunî prensiplerden ziyade bazı selâhiyet sahibi makamların telkinlerinden mülhem olarak bu şartları batıl saydıklarını iddia ile Fransız Adalet Bakanlığının savcı yardımcılarını bu şartlar dolayısıyla vazife başına davet eden meşhur tamimini hatırlatmışlardır [15]. Filhakıka bu tamimde altın şartını istihlâf eden muhtelif şartlar zikrolunduktan sonra şöyle denmektedir: "Yukarıda gösterilen şartlardan herhangi birinin kanunî paranın istimalini bertaraf etmekten başka herhangi bir hedefi olmadığı ve kâğıt paranın tediye kabiliyetinin inkârını istihdaf ettiği zahir olduğu takdirde, savcı yardımcılarımız ortada kanuna karşı hile olduğundan bahisle enerjik bir surette derhal iptal davası açmakta tereddüt etmemelidirler. Esasen böyle bir şartın butlanının mukavelenin iptalini mucip olup olmayacağını takdir yargıçlara terettüp eder., Bu tamim hükümetin kâğıt paranın tedavülünü temin ve tediye kabiliyetini muhafaza hususunda gösterdiği titizliğin dikkate değer bir ifadesidir. Netekim Amerikan kongresi de altın şartını âmme intizamına mugayır olarak ilân etmiş ve gerek âmme hukuku ve gerek hususî hukuk mukavelelerindeki bu gibi şartların batıl ve keen-lemyekün telâkki edileceğini bildirmiştir [16].

41 — İchtihatlarda itidale avdet ve "malla tediye,, şartının muteberliği :

Doktrin münakaşalarına kısaca temasımıza ve muhalif doktrinin iddialarına cüz'î bir yer ayırışımıza sebep, sırf içtihatların bu kadar kuvvetli tenkitlere karşı gösterdikleri mukavemeti belirtmek arzusudur. Bir kanunun istihdaf ettiği gaye ve taşıdığı ruh bakımından şumulü içine giren muameleleri içtihatlar her türlü tenkide rağmen batıl saymakla kanuna karşı hile nazariyesinin en kesin tatbikatını yapmış bulunuyorlar. Mamafih muhalif doktrinin makûl olan bazı itirazlarını daha doğrusu kâğıt paranın düşüşüne karşı alacaklıyı himaye etmekle beraber

[13] SAVATIER Not: D. 1926. 2. 91

[14] DESBOIS - a.g.e. Sh: 201

[15] Fransız Adalet Bakanlığı sirküleri: 18. Juillet. 1926

[16] P. REBOUD - Précis d'Economie Politique VIII incl bası 1939 cilt. 1.

mecburi ve kanunî tedavül hakkındaki kanunun ruh ve maksadına karşı bir aykırılık teşkil etmeyen şartların muteber sayılması gerektiği yolundaki tavsiyelerini içtihatlar kale almamazlık etmemişlerdir. Kanaatlerini makûl hudutlar dairesinde ıslah etmeyi bilmişlerdir. Bu husus bilhassa hayat pahalılığını gösteren resmî endekslere göre tediye veya muayyen bir malla tediye şeklindeki şartların mahkemelerce muteber addedilmesinde görülür. Bilhassa "hayat pahalılığını gösteren resmî endekslere göre tediye,, şartı müteaddit mahsullerin rayiç tahavvüllerini esas tuttuğundan daha objektif bir ölçü olarak telâkki edilmiştir [17]. Bu şartlara bilhassa iş mukavelelerinde rastlanır.

Muayyen bir malla tediye şartı ise evvelâ batıl addedilmiştir. Rouen istinaf mahkemesinin yargıtayca tasdik edilen 16. Kasım. 1922 tarihli meşhur kararında [18] bir hasılat icarı mukavelesinde icar bedellerinin arpa ve buğdayla tediyesi yolundaki şartın aşıkâr hedefinin kâğıt para gibi itibarî bir paranın mecburi tedavülünün ihdası halinde bütün alacaklılara terettüp edecek olan kanunî mükellefiyetlerden muciri kurtarmak olduğu ve bu sebeple bir âmme intizamı kanununu tesirsiz bırakmayı istihdaf ettiğinden hukuken gayri meşru olduğu kabul edilmiştir. Keza bir hasılat icarını zahire veya mahsul ile ödeme taahhüdünün haddi zatında ve ahlâka ne de kanuna aykırı olmadığı ancak bu şartın ittihaza âmil olan gayenin yani muciri mecburi tedavül kanununun icaplarından kurtarma gayesinin bu şarta ahlâka ve kanuna aykırılık kisvesi giydirdiği, şartın mucire dolambaçlı yollardan istihsal edilmiş gayri meşru istifadeler temin ettiği ilâve edilmiştir.

Bu kararın enteresan olan diğer bir hususiyeti de yalnız zahire şartını iptal edip mukaveleyi muteber sayması, yani muciri kâğıt para ile tediye kabulüne mecbur tutmasıdır ki, bu hususta ayrıca münakaşa konusu olmuştur. Biz bu meselelere sistematik kısımda temas edeceğiz.

Kararın esaslı tenkidini yapan ve içtihatların aksi istikamete yönelmesini temin eden H. CAPİTANT olmuştur [19]. CAPİTANT mahkemenin kanunî ve mecburi tedavül kanunlarının ruhuna dayanan gerekçesinin zayıf noktasını bulmuştur: Bu gerekçe adı geçen kanunun, alacaklıların frankın düşüşüne karşı kendilerini mücehhez bulundurmamak gayesile ileri sürdükleri bütün şartları hiçbir tefrik yapılmaksızın batıl saymayı icap ettirdiği esasına dayanır. Halbuki bu kanun, mukavele hürriyetini tahdit edici bir kanun, bir yasak kanunudur. Ve ancak istihdaf ettiği gayeye doğrudan doğruya aykırı olan şartlar hakkında tatbik edilebilir. Bunun tatbik sahasını genişletmek mukavele serbestisine tecavüz olur.

[17] Bu şartların ekonomik değerleri hakkında bak: REBOUID a.g.e.

[18] D. 1926. 2. 57

[19] D. 1926. 2. 57. CAPİTANT'ın notu.

Bu kanun nakdî sahada bir rol oynar. Meselâ Fransız parasından gayrı bir para ile - umumiyetle kıymeti düşmemiş bir para - veya bunun muadili olan miktarda frankla tediye şartlarının batıl olmasını icap ettirebilir. Fakat tediye vasıtası olarak bir mal intihab edilirse durum değişir. Zira bu malın rayici münhasıran paranın rayiç tahavvüllerini takip etmez. O mal miktarının mebzullük derecesine veya kıtlık nisbetine ve nihayet arz ve talep kanunlarına göre değişir. Vakıa zahire ile tediye şartının alacaklılar tarafından kendilerini kâğıt paranın düşüşüne karşı korumak maksadile icat edildikleri muhakkaktır. Fakat bu, haddi zatında kanunun menetmediği bir şeydir. Kanun alacaklıya "kendini koruma,, demiyor. Eğer bu korunmadan devletin itibarı âmmeyi haiz parası bir zarar görmeyecekse bu şartı batıl saymanın hikmeti kalmayacaktır. Diğer taraftan bu şartın iptali bütün mukavelenin iptalini intaç edebilir: Eğer bu şart mukavelenin yapılmasına fazla müessir olmuş ve bu şart olmasaydı mukavelenin yapılmayacağı meczum bulunmuş ise. Mahkemenin şartı batıl fakat mukaveleyi muteber sayması kendi iradesini âkitlerin iradesinin yerine ikame etmesi demektir ki doğru değildir [20]. Doktrinin makul tenkitlerinden faydalanmayı bilen içtihatların güzel bir örneğini 18 Şubat 1929 tarihli yargıtay kararında buluruz [21]. CAPİTANT'ın tenkidindeki gerekçenin hemen hemen aynı ihtiva eden bu kararda gene bir hasılat icarı bahis konusudur ve icar bedelinin buğdayla tediyesi kararlaştırılmıştır. Yargıtay kararında aynen şöyle denmektedir: "Mecburî tedavül hakkındaki kanun dahildeki para tedavülünde, Fransa'da oturan borçluyu, memleketimizde mecburî tedavülde bulunandan gayrı bir para ile tediyeye icbar eden her şartın batıl olmasını intaç eder. Fakat münhasıran nakdî olan bu hüküm borçlunun, rayici yalnız kâğıt paranın hakiki değerine tâbi olmayan bir buğday tediyesi ile borcundan kurtulacağı hallere teşmil edilemez. Hatta mukavelede buğdayın mutlaka aynen teslimi gerekmeyp, tediyesi matlup olan şeyin, buğdayın tediye zamanındaki fiyatına göre tesbit edilecek bir meblâğ olduğu kabul edilse bile, bundan, borcun kâğıt paradan başka bir para ile ödenmesinin mukarrer olduğu ve bunun da mecburî tedavül kanununu ihlâl ettiği neticesine varılamaz.,,

42 — Frank kıymetinin istikrarına mütedair kanun ve altın şartı:

İçtihatların, altın şartını istihlâf eden bazı şartları farazî kâğıt = altın muadeletini açıkça inkâr mahiyetinde olmamaları sebebiyle muteber telâkki etmelerini müteakip yeni bir kanun bu farazî muadeleti terk ederek Frankın düşüşünü bir vakıa olarak kabul etmiş ve eski altın frankların yerine aşağı yukarı bunların beştebiri ağırlığında yeni altın franklar ihdas etmiş ve mecburî tedavül esasını kaldır-

[20] PLANIOL aynı fikirdedir. Bak: Traité VII Sh: 511

[21] Req: 18. Fevrier. 1929 D. H. 1929. Sh: 113

mıştır. 25. Haziran, 1928 tarihli olan bu kanundan sonra kâğıt frankların altın franka tahvili de mümkün kılınmıştır. Zira altın frankın altın miktarı azaltılarak kâğıt frankın işira kuvvetine yakın bir miktara indirilmiştir. 322 miligram ağırlığındaki eski altın frank yerine 65 miligram sikletindeki yeni altın franklar ihdas edilmiştir. Yani alacaklılar evvelce altın frank olarak tesbit ettikleri alacaklarını yine altın olarak tahsil edebilseler dahi kıymet itibarile eski alacaklarının tekabül ettiği miktarın ancak beştebirini elde etmiş oluyorlardı. Böylece altın şartı muteber telakki edilse bile fazla bir faidesi yoktu. Zira alacağın beşte dördü bu frank tahavvülü ile iptal edilmiş gibi oluyordu. Ancak bir noktayı hatırlatmak lâzımdır: Yeni kanunun 3 üncü maddesi bankanın banknot hamillerine, bunların altına tahvil edilebilme kabiliyetini garanti etmekle mükellef olduğunu kabul etmişti. Banka kendisine ibraz edilecek banknotlara ya doğrudan doğruya altın meskukat yahut bir franklık kâğıda karşı 65,5 miligram ağırlığında altın külçe verebilecek ve bu tediye keyfiyetini yalnız banka merkezinin bulunduğu yerde ve Maliye Bakanlığı ile müştereken tesbit edeceği bir asgarî miktarı dolduran kâğıt para karşılığında yapabilmek selâhiyetini haiz olacaktı. İşte bu son fıkra mecburî tedavülün bir nevi filî devamını intaç ediyordu. Zira tesbit edilecek bu asgarî kâğıt para miktarı umumiyetle pek yüksek bir meblâğ oluyordu. Ve bununla kanun koyan daha ziyade ecnebî memleketlere tediye bulunacak kimselere altın temin etmek maksadını istihdaf ediyordu. Mamafih ne banka ne de kâğıt mukabilinde altın isteyen evrakı nakdiye sahibi bu hususu tevsikle mükellef değildiler [22]. Görülüyor ki banka kendisine herhangi bir miktarda kâğıt para ibraz eden herkese altın verecek değildir. Böylece pratikte mecburî tedavül fiilen berdevam demektir. [23]. Ancak altın şartı alacaklı için eski ehemmiyetini gene kaybetmişti [24]. Zira altın frank artık eski altın frank değildir. Ancak onun beştebiridir. Sonra kâğıt para ile vâkı bir tediye büyük mikyasta ise derhal altına kabili tahvildir.

Bu şartlar altında bir altın şartı ancak mecburî tedavül esasının tekrar ihdası ihtimaline karşı bir mana ifade edebilir. Fakat evvelce gördüğümüz gibi âmme intizamına taallük eden böyle bir kanun makabline teşmil edilecek ve böyle bir şart yine batıl sayılacaktır. Netekim 1873 denberi bu kanunlar daima isdarlarından evvelki akitlere de teşmil edilmişlerdir. Buna mukabil (ecnebî parasile tediye) şartı alacaklıyı yine himâye edebilir. Çünkü yeni altın frankın eskisine muadil olduğu daha doğrusu yeni kanuna göre ancak bir tek frank mevcut olup onun da yeni franktan ibaret olduğu yolundaki iddia yalnız dahilî münasebetlerdeki tediyeler hakkında muteberdir. Yani devlet yeni altın frangi ihdas etmekle

[22] Bertrant NOGARO - La Monnaie et les Phénomènes Monétaires Contemporains Paris Sh: 159, 168.

[23] İbrahim Fâdil PELİN - Finans İlimi. 1942 Sh: 117.

[24] PLANIOL - et RIPERT - Traité Cilt. VII. Sh: 515

alacak haklarının beşte dördünü iptal etmiş oluyordu ki ecnebî parasile tediye şartı mukavelelere derc edildiği takdirde alacaklı böyle bir tenzilâtan müteessir olmayacaktı. Ecnebî parasile ödeme şartları milletlerarası tediye münasebetlerinde içtihatlarca da muteber sayılmıştı. Tarafların bundan istifade için sun'î olarak borç münasebetlerine bir yabancılik unsuru karışırarak yabancı para ile tediyei muteber kılmaya çalıştıkları vakidir ki, bu hallerde tipik kanuna hileleri teşkil eder. Yalnız bu kadar mahirane kombinezonların mahkemelere aksetmeleri halleri nadirataandır.

Hasılat icarının aynen tediyesi şartı ise istikrar kanunundan sonra taraflara fazla bir menfaat sağlayamayacaktır. Zira frankın kıymetinde istikrar temin edildiğinden artık mahsulün kıymeti kendi bolluk veya kıtlığına göre değişecektir. Ve CAPİTANT'ın işaret ettiği gibi [25] ne alacaklıyı ne de borçluyu tatmin eden garip bir netice ortaya çıkacaktır: Mahsul bol olunca tabiatile fiat düşecek ve borçlu muayyen miktarda mahsulü alacaklıya ödeyince alacaklı fiatı düşük bir malla iktifa zorunda kalacaktır. Mahsul kıt olunca fiat artacak kiracı hem az mahsul alıp hem bedeli fazla tutan bu mahsul miktarını alacaklıya verecektir. Mikdar aynıdır fakat tekabül ettikleri kıymetler farklıdır. Yani bu takdirde borcun frankla tesbiti malla tesbitine nazaran daha fazla kıymet istikrarını temin edecektir.

Bu istikrar kanunundan sonra altın şartları muteber sayılmış fakat ecnebî parasile tediye şartları dahili münasebetlerde yine batıl addedilmiştir.

43 — Kendi hukukumuz bakımından altın şartı meselesi:

Mecburî tedavül kanunlarının âme intizamından olduğu ve muayyen şartların bu kanunların ruh ve maksatlarını ihlâl edip etmediği meselesi NOGARO'nun işaret ettiği gibi zaman ve mekân hudutlarından mücerret olarak tetkiki gereken klâsik bir mevzudur. Hangi devlet kanunî ve mecburî tedavül usulüne başvurmuşsa bu çeşit mulâhazalar onun hakkında da varit olabilir. Ancak o devletin âme intizamı mefhumuna verdiği mana ve hangi halleri bu mefhumun bir ihlâli gibi kabul edeceği hususu kendi hukuk anlayışına göre değişebilir. Hatta aynı devlette birbirini takip eden muhtelif hukuk sistemlerinde birbirinden farklı manzaralar gösterebilir. Kendi hukukumuzda bu meselenin farklı bir hal sureti kabul ettiğini görüyoruz. Biz burada meselenin teferruatı üzerinde duracak değiliz. Zira

[25] H. CAPİTANT - De l'Effet de suppression du cours forcé sur les clauses de paiements en or ou en monnaie étrangères. D. H. 1928, 53

bu mesele zaten müstakil tetkiklere konu olmuş bulunmaktadır [26]. Diğer taraftan bizde Fransız içtihatlarına muhalif bir zihniyet hakimdir. Bu itibarla mevzu ancak meselenin ana hatlarını hatırlatmak maksadile temas edeceğiz.

Kâğıt paramın kanunî tedavülü bizde 4. Şubat. 1863 tarihli Osmanlı Bankası imtiyazname ve nizamnamesi ile tesis edilmiştir. Mecburî tedavül ise 21. Temmuz. 1914 (1330) tarihli kanunla Osmanlı Bankası tarafından çıkarılan banknotlar hakkında konmuştur. Bu kanunun birinci maddesinde: "Bankı Osmanî tarafından tedavüle çıkarılan banknotların memaliki Osmaniye'nin her tarafında gerek devletle efrat arasında ve gerek beynel efrat vuku bulacak bil'umum tediyat ve sarfiyat ve ahzu atada aynı nakit gibi tedavül ve kabulü mecburidir., denmekte, ikinci maddesinde bu banknotları reddedenlere ceza tertip edilmekte ve üçüncü maddesinde ise kanunun meriyette kalması müddetince "Bankı Osmaninin banknot bedelâtını nakden tesviye mecburiyetinden varestede olduğu., bildirilmektedir. Yani mecburi tedavül usulü konmaktadır. Bu durum mevzuat bakımından aynen Fransa'da 1873 ve 1914 kanunlarından sonraki durum gibidir. Daha sonra 30. Mart. 1914 (1330) ve 18. Teşrinievvel. 1915 (1331) tarihli kanunlarla devletin ihraç ettiği banknotlar hakkında aynı tedavül mecburiyeti konmuş ve evrakı nakdiye ihracına mütedair sonraki bütün kanunlarda bu mecburî tedavül şartı tekrar teyid edilmiştir.

Türkiye Cümhuriyeti Merkez Bankası teşekkül ettikten sonra evvelce devlet tarafından çıkarılmış ve bu kere Merkez Bankasının taahhüdü altına girmiş olan bilcümle evrakı nakdiyenin, hangi şartlar dahilinde altın para ile tediye olunabileceğini tesbit edecek olan müstakbel istikrar kanununun meriyete vaz'ı tarihine kadar tediyyatta mecburî olarak kabul edileceği, bankanın kuruluşuna mütedair 1715 numaralı kanunun 5 inci maddesinde tesbit edilmiştir. Kanunun müteakip tadillerinde de bu mecburi tedavül kaydı tekid edilmiştir.

Görülüyor ki kanunlarımızın durumu mecburî tedavül esası bakımından Fransa'nın tetkik ettiğimiz senelerdeki durumundan -aşağı yukarı- farklı değildir. Merkez Bankasının kuruluş kanununun 5 inci maddesinde geçen istikrar kanunu ise henüz çıkarılamamıştır. Bu kanunların âmme intizamından olup olmadığı ve altın şartlarının muteberliği meselesine gelince burada evvelâ eski hukuk rejimimizi sonra da yeni hukuk sistemimizin görüşünü incelememiz gerekir. Filhakika mecburî tedavül hakkındaki kanunların evvelâ her iki rejimde de âmme intizamından addedilip edilmediği sonra da altın şartlarının bu âmme intizamını ihlâl edecek mahiyette telakki edilip edilmediğini araştırmamız lâzımdır.

[26] Ahmet Esat - Hukuk muvacehesinde kambiyo. İstanbul. 1927

Ahmet Ragıp - Altın duyumat meselesi. İstanbul. 1338

Afif TEKTAS - Altın kaydı. İstanbul. 1939

Dr. E. HIRCH - "Altın kaydı., eserinin ön sözü 1939

Aziz KÖKLÜ - Türkiye'de para meseleleri. Ankara. 1947

Namık Zeki ARAL - Döviz hukuku (Hukuk kurumu Konferanslarından)

Ali Haydar - Deynin sureti - edası ve icarenin ahad - i Akıdeyin vefatı halinde ademî - infisalı hakkındaki ahkâm. İstanbul. 1335 Necmi - İstikbal Matbaası.

Mecelle hükümlerine göre “Düyün emsali ile kaza olunur., Yani borçlanılan para hangi neviden kararlaştırılmış ise o neviden ödenir. İrade muhtariyetine hürmet asıldır ve âmme intizamı telakkisi burada rol oynamaz. Mecellenin 242 nci maddesinde “semenin vasfı beyan olunarak pazarlık olduğu surette akit herhangi nevi nakit üzerinden vâki olmuş ise andan verilmek lâzımgelir. Meselâ mecidiye altını yahut İngiliz veya Fransız altını veyahut 20 lik mecidiye veya direkli reyâl verilmek üzere pazarlık olduğu suretle her ne türlü mekûkât denilmiş ise andan verilir., deniyor. Bu maddeye mütedair şerhte akitte tayin edilen paranın tediye anına kadar geçen zamanda kıymeti düşerse alacaklının bu kıymet farkının tazminini talep edemeyeceği, neville tayin edilen parayı tediye anındaki kıymetile kabule mecbur olduğu, keza akitte tayin edilmiş olan paranın tediye zamanında “kâsit., olması veya “Eyadîinastan münkatî olması., halinde bey’in sıhhatine halel gelmeyip imamı Yusüfe göre o semenin akit zamanındaki kıymeti, imamı Muhammede göre ise inkita zamanındaki kıymeti üzerinden bayie verileceği yazılıdır, ve bedeli icarda dahi hüküm böyfedir., [27].

Bu hükümler Fransız Medenî Kanununun karz aktinde, alacaklının gümüş paranın tediye zamanındaki kıymeti ile alâkadar olmayıp ancak mukavelede yazılı adette gümüş parayı kabulle iktifa etmesini emreden 1895 inci maddesini hatırlatır. Keza altın kaydının muteberliği de sadece kanunî tedavülün kabul edildiği safhaya benzer. Yine Mecellenin 1626 ncı maddesinde: “Müddeabih deyn ise müddei anır cins nevi ve vafını ve mikdarını beyan eylemesi lâzımdır. Meselâ altın veya gümüş deye cinsini ve Osmanlı sikkesi yahut İngiliz sikkesi deye nev’ini ve sikkei halise veya sikkei mağşuşa deye vafını ve ne mikdar olduğunu beyan eylemesi lâzımdır. Fakat alelittlak şu kadar kuruş diye iddia etse davası sahih ve örfü beldece maruf olan kuruşa masruf olur ve iki türlü kuruş mütearef olduğu halde birinin revaç ve itibarı diğerinden ziyade olsa ednasma masruf olur. Netekim şu kadar adet beşlik diye iddia etse fi zamanüna meskûkatr mağşuşeden olan kara beşliğe masruf olur., deniyor. Görülüyor ki mecburî tedavül meselesi âmme intizamından telakki edilmemekde ve bütün bu teferruatlı hükümlerde tarafların hangi nevi parayı şart koşmuş oldukları araştırılarak bu şartın tahakkukuna çalışılmaktadır yani altın şartı meselesinde irade muhtariyetine hürmet edilmektedir [28].

Muasır hukuk telakkisinin memleketimizde yerleşmesinden ve yeni kanunlarımızın kabulünden sonra kâğıt paranın mecburî tedavülü hakkındaki kanun hükümlerinin âmme intizamından olduğunu kabul etmemiz gerekirdi [29]. Hatta bundan daha evvel 30. Mart. 1331 tarihli mecburî tedavül kanunumuzun ikinci maddesinin Devlet Şurasınca tefrisi lüzumu üzerine Devlet Şurası heyeti umumî-

[27] Mecelle gerhi. Cilt. 1. madde 242.

[28] Mecelle gerhi. Cilt. 4. Madde. 1626.

[29] Ahmet Esat. Hukuk muvacehesinde kambiyo. Şh: 35.

yesinin tanzim ettiği 1922 tarih ve 178 numaralı tefsir mazbatasında Şurayı Devlet'in bu kanunu tefsire selâhiyetli olup olmadığını tayin zımmında bu kanunun adli mi yoksa idarî mi olduğu meselesi halledilmek istenmiş ve neticede aynen şöyle denmişti: "... **Nakit yerine kaim ve tedavülü mecburî evrak ihracı muamelesi menafii aliyei devlet icabatından olarak ittihaz olunmuş bir tedbiri malî olduğu cihetle** haddi zatında umuru adliyeden olmadığından mevzu bahis olan kanunun ikinci maddesinin tedavülü cebri usulünü vaz eden birinci fıkrası mahiyeti idariyeyi haiz olup maddenin ruh ve esasını bu fıkra teşkil eylemekte.... dir., Görülüyor ki kanunun devlet'in yüksek menfaatlerini himaye kastile konduğu 1922 yılında dahi kabul edilmiştir. Filhakika bu Devlet Şurası tefsir kararının çıkmasına vesile olan müşahhas hadisede Devlet Şurası altınla tediye talebini reddederek kâğıtla tediye emretmiştir. Hadise Eytam İdaresinden harpten evvel altın olarak alınmış bir borcun harpten sonraki yıllarda kâğıt para üzerinden ödenip ödenemeyeceği meselesine taallük etmekteydi. Devlet Şurası aynen şöyle demiştir: "Evrakı nakdiye kanunlarının neşrinden evvel dain ile medyun beyninde altın olarak tediyesi kararlaştırılmış bulunan deynin evrakı nakdiye ile tediye edilip edilemeyeceği noktası... evrakı nakdiyenin mevcut olmadığı bir zamanda vaz olunan altın şartı, gümüş veya sair meskûkatı madeniyeden ihtirazen vaz edilmiş olmasına ve evrakı nakdiye altın mukabilinde ve o suretle tedavül etmek üzere ihraç edilmiş bulunmasına mebni bu kabil düyunun aynı miktarda evrakı nakdiye ile tesviye olunabileceği ekseriyetle kararlaştırılmıştır., [30]. Görülüyor ki idarî mahkeme altınla tediye talebini doğrudan doğruya mecburî tedavül kanununa muhalif saymıştır. Yargıtayın da baştan Fransız içtihatlarına benzer kararlar verdiği fakat bilâhare kanaatlerinden döndüğü anlaşılıyor [31]. Bu mesele hakkında müteaddit yargıtay içtihatları Danıştayın bu tefsir kararına muhalif olarak son zamanlara kadar daima altın şartının muteberliğini kabul etmişlerdir. 4 - Aralık - 1929 tarih ve 16/27 sayılı içtihat birleştirme kararına mevzu olan hadise Üsküdar ve Kadıköy Su Şirketi tarafından harpten evvel çıkartılıp bedelinin altın frank üzerinden tediyesi taahhüt edilen istikraz tahvillerine taallük eder. Şirket kendisine ibraz olunan tahvilleri kâğıt para ile satın almaya kalkınca tahvil sahipleri mahkemeye müracaat etmişlerdir. Mahkemeler altınla tediye gerektiğine hükmetmiş ve bu hükümleri Temyiz Ticaret dairesinden tasdik ve fakat 3 üncü Hukuk Dairesinden nakzedilince içtihatları birleştirme lüzumu hasıl olmuş ve yukarıda bahsettiğimiz birleştirme kararında şöyle denmiştir: "Şirket tarafından istikraz edilen para altın frank olmakla hadise evrakı nakdiye ve tevhibi meskûkat kanunlarının dairei şümulünden hariç olup istikraz mukavelesinde vadesi hulul etmiş kuponların veya satın alınmasına karar verilen tahvilât bedellerinin altın frank olarak İstanbul'da tediyesinin meşrut

[30] A. TEKTAS - a.g.e. Sh: 85 den naklen (takvimi vekayi 4 Nisan 1388 sayı 4492)

[31] Ahmet Esat - Hukuk muvacehesinde kamblyo. Sh: 32.

bulunmasına ve akit, tediye mahallinde kanunî rayici olmayan bir para üzerinden varit olduğu ve harfiyen icrası şart kılındığı takdirde borcun aynen ifası da ahkâmî kanuniye iktizasından bulunmasına mebni satın alınmak istenilen tahvilâta karşı mukavele ve taahhüt veçhile altın Fransız frangı verilmek lâzımgelceği ve binaenaleyh Ticaret Dairesinin kararı muvafık olduğu ittifakla tekarrür etmiştir..

Görülüyor ki hem altın hem de yabancı altın ile tediye şartlarını mahkeme "evrakı nakdiye kanunlarının dairei şümulünden hariç,, addetmektedir. Fransız içtihatlarından ne kadar farklı olduğunu izaha lüzum yoktur. Bundan başka diğer bir iki hadisede hayat sigortasında sigorta ettiren tarafından altın olarak ödenmiş olan primler bir emanet mahiyetinde telâkki edilmiş ve şirket tarafından altın olarak iadesi gerektiğine hükmolunmuştur. Bu mahiyette birkaç karar daha vardır: Yargıtay hukuk heyeti umumiyesi: 9. Temmuz. 1930 tarih ve 62 - 1/58 sayılı karar. İstanbul İkinci Ticaret Dairesi: 28. Şubat. 1938 tarih ve 934/915 sayılı karar.

Keza muteber olmayan bir gayri menkul satışında semen olarak verilen altın paranın emanet mahiyetinde olup gene altın olarak iade edileceğine müte-dair Yargıtay kararları da bu arada gösterilebilir: Yargıtay Hukuk Umumî Heyeti 6. Temmuz. 1932 tarih ve 1 - 50/46 sayılı keza aynı dairenin 8. Ocak 1930 tarih ve 4 sayılı kararları.

Mamafih bu kararların hepsinde müşterek olan bir husus dikkati çekmektedir ki o da altın olarak ödenmesine hükmolunan borcun, hemen bütün hadiselerde daha evvelden alacaklı tarafından borçluya gene altın olarak verilmiş olması halidir. Yani bunlarda altın olarak tediye borcu adeta vaktile altın olarak ikraz edilmiş veya tevdi edilmiş olmanın bir neticesi gibi telâkki edilmektedir. Daha sonraki kararlarda ise böyle bir "evvelce altın olarak verilmiş olmak,, halinde mücerret olarak sırf mukavelede "Altınla ödemek,, şart olduğu için tediyeinin altınla yapılması lâzımgeldiği kabul edilmiştir.

Merkez Bankası kurulduktan ve kâğıt paranın altın karşılığının tesbiti istikrar kanununun çıkmasına tâlik edildikten sonra bizim içtihatlarımızın bu mesele karşısında takındıkları durum hayli realist bir görüşten ilham almışa benzer. Netekim içtihatları birleştirme genel kurulunun 4. Haziran. 1941 tarih ve Esas 45/karar 1 sayılı kararında [32] Tevhidi Meskûkât Kanununun, altının mikyası kıymet olduğu ve rayicinin de yüz kuruştan ibaret bulunduğu hakkındaki hükmünün ortadan kalkmış olduğu belirtildikten sonra Fransız hukukunda incelediğimiz altın para ile kâğıt para arasındaki kanunî ve mecburî muadelet yani mefruz

değer eşitliği prensibi sarahatle ve tamamen reddedilmektedir: “Tevhidi Meskû-kât Kanununun kastettiği 100 kuruşluk bir altın bugün 100 nikel kuruş veya gümüş bir lira kıymetindedir yahut bir altın liralık varakai nakdiyeye muadildir demeye maddeten ve kanunen imkân yoktur. Netekim bu aşikâr olan hakikat Büyük Millet Meclisi huzurunda en büyük ve en selâhiyetli devlet recülü tara-fından millî paramızın kıymetini yükseltmek için ittihaz olunan tedbirler arasında izah edilmiştir. Hülâsa bu sarîh kanunî hükümlerle bugün bir altın liranın kıymeti henüz istikrar kanunu meriyete vaz olunmadığından Merkez Bankasınca zaman zaman tesbit edilmektedir ki maddî ve kanunî hakikat te budur. Bundan sonra kararda mahkemelerin vazifelerini tayin ve icra yargıçlarının selâhiyetle-rini tesbit için altınla tediyei mutazammın senetlerdeki muayyen altın para kıy-metinin evvelâ mahkemece kâğıt para ile tesbiti gerektiği ve bu kıymet kâğıt paraya çevrildikten sonra vazife ve selâhiyetin tayini icabedeceği kabul edilmiştir.

Mefruz muadelet iddiası gerek Merkez Bankası kanunile ve gerek Yargıtay içtihatlarile kalkmıştır. Şu halde mecburî tedavül esasî - kâğıt lira mukabilinde altın lira verilmediğine göre - bâki olduğu halde altınla tediye şartlarını muteber addetmemiz nasıl izah edilebilir? Acaba bu şartlar bizde âmme intizamına aykırılık mülâhazasını davet etmez mi?

Bu hususu açıklamadan evvel altınla tediye şartlarını Yargıtayın adeta her hangi bir malla tediye şartı gibi kabul ettiğini ve bu gibi tediye borçlarını bir para borcu olarak değil - memleket dahilinde meskûk veya külçe altın ticareti serbest olduğundan - belki bir mal borcu olarak kabul ettiğini yani altın paraya artık bir meta gözü ile baktığını hatırlatalım [33]. Böylece “Mevzuu altın olan borçların edasında - mislinin temin ve tedariki mevcut bulundukça mislen öden-mesi ve aksi takdirde Borçlar Kanununun 83 ve Ticaret Kanununun 566 ve 643 üncü maddeleri gereğince - vadenin hululü ve vade bulunmayanlarda borcun muacceliyet kesbettiği tarihlerdeki rayicin esas tutulması,, kabul edilmiştir. Bu karar münasebetile profesör Dr. E. HİRŞ, haklı olarak her altınla tediye şartının bir malla tediye şartı olmadığı ve bunun her hususî hale göre ayrıca takdiri gerektiğine işaret etmektedir [34]. Hülâsa yüksek mahkemeye göre “İstikrar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar altını, kanunî rayici olmayan misli bir mal hükmünde saymak malî ve kanunî icaplara uygun olur ve mislinin piyasada temin ve tedariki mümkün oldukça da mevzuu altın olan borçların mislen öden-mesi icap eder...

Bu meselenin teferruatı hizi konumuz bakımından fazla ilgilendirmez. Bizim meselemiz kâğıt paranın mecburî tedavülü carî olduğu halde altın şartının bizde muteber addedilmesinin nasıl telakki edilmesi gerekeceği hususudur.

[33] İçtihatları birleştirmek kararı: 19. Şubat, 1947, esas 15/Karar 1

[34] Dr. E. HİRŞ - Ticaret hukuku 3 üncü bası 1943 Sh: 621

Profesör ARSEBÜK Fransız içtihatlarına muvazi olarak, kanaat itibarile, bu gibi şartların muteber addine muhaliftir [35]. Ve bu şartların memleketteki itibari âmme-yi haiz olan kâğıt paraya karşı bir itimatsızlığı tazammün ettiği fikrinde-dir. Profesör HIRŞ ise bu gibi altın şartlarını muteber saymayı Devletin mukavele hürriyetine hürmetkâr olmasile izah etmekte ve aksinin Devletin otoriter bir zihniyetle hareket ettiğine delâlet edeceğini belirtmektedir. Bu bakımdan bizim içtihatlarımız ferdi haklara ve mukavele serbestisine tamamen riayetkâr demektir. Çünkü alacaklıların Devlet tarafından bilâhare çıkartılacak ve paranın düşmesini intaç edecek olan müstakbel malî kanunlardan mutazarrır olmamak için aldıkları tedbirlere hürmet göstermektedir. Fakat bu mesele bizi yeniden Fransız huku-kunu tetkik ederken karşılaştığımız birbirine muhalif doktrinlerin tez ve antitez-lerine götürür: Ya hususî şahsın menfaati, ya âmmenin menfaati.

Kanaatimizce bizde mesele başka bir zaviyeden de tetkik edilebilir ve bu takdirde biraz daha vuzuh kesbeder: Fransa'da altın şartının âmme intizamına muhalif addedilmesinin sebebi içtihatlarda defaatle tekrarlandığı veğhile bu şartların "altın para ile kâğıt para arasında devletçe vaz edilen mecburî ve kanu-nî muadeleti inkâr demek olduğu ve bu yüzden kâğıt paraya olan itimadı sarstığı,, mülâhazasıdır. Hatta yine "malla tediye şartlarının,, muteber telakki edilmesine sebep de bu mecburî ve mefruz muadeletin bu gibi şartlarla altın şartına naza-ran daha az ihlâl edildiği, halkın kâğıt para hakkındaki itimadını daha az sarstığı mülâhazalarıdır. Bizdeki durum ise bu bakımdan farklıdır. Bir kere altın para = kâğıt para muadeleti iddiası Merkez Bankası kanunundanberi varit değildir. Bil'akis, kâğıt liranın ne mikdar altına tekabül edeceği ileride istikrar kanunu ile tayin edilecektir. O halde halkta böyle bir mefruz muadeletin asılsız olduğu yolunda bir his uyandırmak ve kâğıda altından daha az itimat telkin etmek gibi bir mahzur bizdeki altın şartları hakkında, bu bakımdan, iddia edilemez.

Diğer taraftan altın paranın alınıp satılabilen bir meta olduğunu kabul eden içtihatların altın şartlarının muteberliğini de kabul etmeleri tabiidir. Netekim Fransa'da dahi metala ödeme şartları muteber sayılmıştır. Demek ki bizim içtihat-larımız evvelâ altın paranın ticarî bir mal olduğunu sonra da altınla tediye-yin bir malla tediye demek olduğunu kabul edince mantıken altınla tediye şartının da muteber olduğu hükmüne varmaktadırlar. Şu halde içtihatların tahlilini bu üç bakımdan yapmamız gerekir:

1 — Evvelâ altın paranın sadece ticarî bir mal mı olduğunu, meskûk bir halde oluşunun ve bir zamanlar devletin resmî tedavül vasıtallığını yapmış oluşu-nun buna bir hususiyet bahşedip etmediğini araştıralım. Meskûk altın para belki

bugün memlekette kanunî tedavülü olmayan bir memleket parası vaziyetindedir. Fakat sadece külçe halindeki altın gibi yalnız bir ticarî metadan ibaret de değildir. Halkın kanaatlerinde bu meskûk altının bir mübadele vasıtası yâni bir para olduğu ve bir çok sebeplerle kâğıt paradan daha sağlam ve daha değerli olduğu fikri yerleşmiştir. Kâğıt paranın kıymeti, itibarî bir para olmak hasebile devlet tarafından itihaz edilecek muhtelif mali tedbirlerin tesirlerine maruzdur. Devlet herhangi bir kanunla para kıymetini düşürebilir; altınsa halkın nazarında bu nevi müdahalelere karşı daha mukavim bir mübadele vasıtası evsafını arzeder. Kanunun onu artık para olarak tanımaması halktaki bu köklü itibarî silemez. O, halkın nazarında tercihe şayan bir mübadele vasıtasıdır. Halkın altın paraya müracaatı işte bu hissin tesiri altında vaki olmaktadır. Tabii sırf meta olarak kullanacağı birkaç altın sikkeyi temin için yaptığı akitlerde bu mahiyet yoktur.

2 — Altınla tediye gerçeklikte lâlettayin bir malla meselâ arpa ile veya buğdayla tediye gibi telâkki edilemez. Bu, kâğıt paraya rakip olan, onun itibarını kıran fiili bir mübadele vasıtasile tediye demektir. Bu mübadele vasıtasının resmen para olarak tanınmamasının fazla bir önemi yoktur.

3 — Bu itibarla mecburî tedavül esasının carî olduğu bir memlekette altın para ile tediye şartlarının kâğıt paraya olan itimatsızlığın bir tezahürü olduğu, açıkçası onun itibarını kırdığı inkâr edilemez.

Fakat bu itimatsızlık alacaklının bu korunma tedbirleri acaba bizde âmme intizamını muhil telâkki edilebilir mi? Unutmamalıyız ki bizzat bu “âmme intizamı”, mefhumu zamandan zamana ve devletten devlete değişir. Profesör HİRŞ'in belirttikleri gibi memleketimiz geçirdiği çeşitli iktisadî buhranlara rağmen muhtelif sebeplerden kendi âmme intizamını bu gibi şartlardan müteessir olmayacak kadar kuvvetli hissetmiş ve ne olursa olsun tarafların irade muhtariyetine dokunmamak lüzumunu duymuş olabilir. Bu belki mecelle zamanından kalma bir düşünce itiyadıdır. Belki de altın paranın mecburî tedavül vasıtası olduğu zamanlar çok geride kaldığından ve kâğıt paranın altınla olan irtibat ve muadeleninin unutulmuş ve hakikî nisbetinin de zaten henüz tesbit edilmemiş olduğu için bu gibi altınla tediye şartlarının kâğıt paranın itibarını fazla sarsmayacağı mülâhazasından mülhemeldir. Yahut da şark vilâyetlerinde ve memleketimize sonradan iltihak eden yurt parçalarında altınla alış veriş itiyadının kökleşmiş olmasının tesirile meydana gelmiş bir içtihattır. Her ne hal ise yüksek mahkememiz kendi sosyal şartlarımız bakımından bu gibi altınla tediye anlaşmalarını tehlikeli görmemiştir. İstikrar kanununun çıkmasından sonra ise vaziyetin nasıl bir veçhe arzedeceğini şimdiden tayin doğru olmaz. Bu itibarla bu mesele bizde halen bir kanundan kaçma halî olarak tetkik edilemez.

D. Devletlerin iç siyasetlerine müteallik bazı hükümler aleyhine hileler:

Bu tip hilelerin neveleri müteaddit olmakla beraber biz ancak tesbit edilmiş olan ve mutad olarak kanuna karşı hileye misal telakki edilen bir iki hâdiseyi nakille ıktifa edeceğiz:

44 — Cenevre kantonunda dinî tarikatların ilgasına mütedair kanun aleyhine hileler :

Cenevre kantonunda dinî tarikatların hükmi şahsiyeti bir kanunla kaldırılmıştı. Bundan sonra bu tarikatlar müstakil hükmi şahıs sıfatı ile hak ve borçlara ehil olamayacaklardı. Tarikatın sahipleri bu memnuiyetten tarikatlarının müteessir olmasını arzu etmediklerinden hakikatte yine tarikatın hizmetine tahsis edilecek olan bina vesaireyi kendi şahısları namına satın almaya başladılar. Federal mahkeme bu muameleleri muvazaa olarak hükümsüz addetti [1]. Halbuki aynı hadiseler bugün cereyan etseydi MADAY'ın fikrine göre bu muamelelerin tarikatlardan hükmi şahsiyeti kaldırın kanuna karşı bir hile olduğu kabul edilirdi. Zira bu satış muameleleri muvazaalı değildi. Satan, gayri menkulü muayyen bir şahsa (bir tarikat salikine) satıyordu ve o da kendi parası ile bedeli fiilen ödemekle mükellefti. Taraflar bu satışı ciddi olarak yani bütün hukukî neticeleri tahakkuk etsin diye yapmışlardı. Muamele muvazaada olduğu gibi calî değildi, ve bunun altında ikinci ve gizli bir muamele de yoktu. Mülkü aldıktan sonra tarikat salikinin bunu tarikatın hizmetine tahsisi ayrı bir keyfiyetti ve işte bu tahsis kanuna karşı hile idi. Çünkü tarikatlar kanunen bir teberrü kabulüne ehil sayılmıyorlardı. Şu halde dar hukuk bakımından tamamen kanuna uygun olan bu satış muameleleri, yapılmalarına âmîl olan maksat yüzünden batıl sayılmalıydı. Keza PRUSYA mahkemesi de vaktile aynı mealde bir karar vermişti [2].

Bizde tekke ve zaviyelerin seddine mütedair 677 sayılı kanun, mevcutları kapattıktan maada bu gibi müesseselerin yalnız bir müessese olarak yeniden ihdasını değil "ayını tarikat icrasına mahsus olarak velev muvakkaten olsa bile yer verener,, i dahi cezai müeyyidelerle karşılamıştır. Bu itibarla tarikatların memnuiyeti bizde herhangi bir hukukî şekille bertaraf edilebilecek durumda değildir, ve tarikat faaliyeti vukuu sabit olduğu takdirde cezai takibatı istilzam eden bir harektir. İsviçre'deki vaziyet bizden farklıdır.

[1] Denis MADAY - Die Sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Bern. 1941 Sh: 69 not: 1, 2. F.M.K. 8, 888

[2] VETSCH - Die Umgehung des Gesetzes: Sh: 42

45 — Fransa'da Cemiyetler Kanunu aleyhine hileler:

Fransa'da 1. Temmuz. 1901 tarihli Cemiyetler Kanununun 13 ilâ 18 inci maddeleri ruhban cemiyetlerine (Congrégation) müteaddit taahhütler vazetmiştir. [3]. Bunların arasında İsviçre'de cereyan ettiğinden bahsettiğimiz hileleri deriş edecek bir madde de vardır. Filhakika 17 nci madde kukla şahıslar marifetile gayri meşru ruhban cemiyetlerine yapılacak teberru ve intikalleri batıl sayar ve kimlerin kukla şahıs sayılabileceğini tadat eder ki bu maddedeki karineler kat'idir. Keza aynı kanunun 18 inci maddesi bu kanunun neğrinden evvel müsaade almadan teşekkül etmiş olan bütün ruhban cemiyetlerini fesheder. Ayrıca bu gibi gayri meşru ruhban cemiyetlerinin mallarının müsadere edileceğine ve hükümetçe bir tasfiye memuru tayin edileceğine işaret eder. Fakat bu kanunun teklifi ile isdari arasında geçen devrede hangi dinî cemiyetlerin tasfiyesi cihetine gidileceği tabiatile şayi olur bunun üzerine şeraitleri itibarile müsadere ve tasfiye tedbirlerine maruz kalacaklarını tahmin eden bu gibi cemiyetler derhal mallarınr elden çıkarmaya ve kendi kendilerini tasfiyeye kalkarlar. Mameleklerini dağıtmak için müstacelen müteaddit intikal muameleleri yaparlar. Bu vaziyet karşısında içtihatlar yapılan muameleleri müstakbel kanuna karşı hile addederek iptal etmişlerdir [4]. Bu kararları RIPERT şöyle tahlil eder: "Böyle bir cemiyet hukuken henüz kendisine ait bulunmakta olan fakat ahlâki bakımdan artık adaletin pençesine düşmüş bulunan bir aktifi dağıtmaktadır. Kaideten matlup objektif şartları haiz olan bu muameleleri yalnız töhmetli niyet, yani kötü niyet batıl kılmaktadır. Hadiseye bakan yargıç için yapılan muamele ahlâk vazifesine muhaliftir. İşte butlanı mucip bir hile vardır. Vakia kanun koyan tarafından töhmetli sayılan bu mamelek dağıtılışının muteberliğini müdafaa zımında, kanunların makabline şamil olamayacağı prensibi ileri sürülmüştü. Fakat objektif muteberlik şartlarını cem etmiş olan bu muameleyi batıl kılan husus suiniyettir., [5].

Kanunların hazırlanması ile yürürlüğe girmesi arasında demokratik memleketlerde bizzarure bir müddet geçmektedir. Bu müddet zarfında çıkacak kanunun kendilerini izrar edeceğini bilen ve ondan kaçmak maksadile durumlarını değiştirmeye çalışan fertlerin bu gibi kaçamak yollarına müracaatlarını Fransız mahkemeleri birçok defalar hoş görmemişlerdir. Aynı mesele bu bölümdeki konumuza taallük etmeyen daha başka hususlarda da bahis konusu olmuştur. "Müstakbel kanunlar aleyhine hile., denebilen bu hal ilk defa tevarüs usulünü değiştiren bir kanun aleyhine yapılmıştır. Turin mahkemesinin bir kararında kanuna hile mefhumu tatbik sahası bulmuştur [6]. Fakat buna mukabil bu konuda diğer

[3] D.P. 1901. 4. 119 (1 - Juillet - 1901 tarihli Cemiyetler Kanunu III Md: 13 - 18)

[4] Req - 26 mars 1902 Sirey 1902 sup. 17

[5] RIPERT - La Règle morale - 3 üncü bası 1935. n: 175 Sh: 351

[6] Turin 27 Juillet 1810 S. 1811. 1. 228

Birçok kararlar da vardır ki müstakbel kanunlar aleyhine hileyi kabul etmezler [7]. Her halde hâdiselerin hususî şartlarına göre değişen çeşitli hal suretleri kabulü yerinde olur. LİGEROPOULO kanunların makalede şamil olamayacağı prensibinin ehemmiyetine işaretle, bu prensip lehine kanuna hile nazariyesinden fedakârlık yapmayı tavsiye etmektedir. Fakat bazı haddini aşan durumları istisna etmeyi yani bu hallerde hazırlanmakta olan kanunlara karşı hileyi müeyyide ile karşılamayı o da kabul eder [8]. Filhakika bu hal bütün demokratik memleketlerde vâki olmaktadır. Kanunlar artık ancak meriyete girmeleri anında öğrenilecek nagehuzur fermanlar değillerdir. Bu hal bilhassa fevkalâde hallerde ihdas edilen kanun mahiyetindeki kararnameler hakkında düşünülebilir. Bilhassa iktisadî sahada ehemmiyetli olan bazı hususları ihtiva eden el koyma kararnameleri aleyhine bu tip hukukî hileler pratikte yapılmaktadır. Meselâ pirince yahut demire el konacağını şu veya bu vasıta ile öğrenen tacirlerin kararnamenin şeklen tekemmülünden evvel bu malları süratle ellerinden çıkarmaya matuf intikal muameleleri yapmalarında aynı hal görülebilir. Bundan başka mevzuumuzla ilgili olmamakla beraber memleketimizdeki yeni avukatlık kanununun bir maddesi aleyhine yapılabilecek bir hile ihtimalini hatırlatalım: Mezkûr kanun bir muvakkat maddesile, neşri anında yargıçlık sıtacı yapmakta bulunan yargıç namzetlerine maksur olarak bir hüküm vaz etmektedir. Bu hükme göre bu namzetlerin mahkemelerde geçirdikleri staj müddetinin bir kısmı avukatlık stajına mahsup edilebilecektir. Bu durum karşısında evvelce hâkimlik stajını bitirmiş ve tayin edilmeden meslekten çekilmiş olan veya başka mesleğe intisap etmiş bulunan bir namzet kanunun mezkûr muvakkat maddesinden istifade kastile derhal yani kanunun neşrinden evvel tekrar yargıç namzetliği için müracaatta bulunur ve tayinini tekemmül ettirirse kanunun neşri anında kendisi yargıçlık stajını bitirmiş ve tayin bekleyen bir aday durumunda olacağından bu maddenin tanıdığı imtiyazdan istifade edecektir. Bunu müteakip namzetlikten istifa ile avukatlık stajına başladığı takdirde muayyen bir müddeti bu suretle kazanmış bulunacaktır. Nazarî olarak verdiğimiz böyle bir muameleyi dürüst telekki etmemek ve ancak samimi şekilde yargıçlık mesleğine intisab niyetile müracaat edenlere mahsus olan bir tayin muamelesini kurnaz bir ferдин kendi şahsî maksadına aiet etmesini hoş görmemek her halde hukuk fikrine uygun düşer. Zira bu da idarî bir kanuna karşı hileden başka bir şey değildir, ve bunun müeyyedesi bu hile ile elde edilmek istenen neticeye mani olunmaktan ibarettir. Yani adayın yargıç namzetliğinde geçirdiği müddeti avukatlık stajına mahsup etmemek icap eder. Ancak kanunun, meriyete girişi anında staj yapmakta olanlarla bu stajı evvelce yapmış olan veya daha sonra yapacak olan yargıç adayları arasında yaptığı bu ayırdın hukuk duygusuna, adalet hissine uygun olup olmadığı meselesi

[7] Bak: DESBOIS - a.g.e. Sh: 133 - 136 daki misaller

[8] LİGEROPOULO - a.g.e. Sh: 273 not: 1

herhalde konumuzun dışındadır ve kanunun adalet kıstasına aykırı olduğunu kabul eden bir ferdin yapacağı iş kendi hesabına onu bertaraf etmek için hile yollarına müracaat etmek değil, demokratik nizamın açtığı tenkit hürriyetinden istifade ederek değişmesine çalışmaktan ibarettir. Adalete aykırı olan kanunların hukuka aykırı vasıtalarla hükümden düşürülmesi tavsiiye edilecek bir tarik değildir.

E. Meslek ve Sanat İcrasına müteallik tahditler aleyhine hileler:

46 — Ehliyeti haiz olmayanların avukatlık memnuiyetleri aleyhine hileler:

Kanuna karşı hilenin daha ziyade ferdi menfaatlerin teminini güçleştirir kanunlar aleyhine vâki olduğuna evvelce işaret etmiştik. Muayyen mesleklerin icrasını muayyen evsafi haiz fertlere inhisar ettiren kanunlar her memlekette vardır ve hepsi âmme intizamındandır. Eczacılık, avukatlık, hastahane sahipliği gibi işler âmmenin itimadını himaye maksadile ancak ve ancak kanunen muayyen şartları haiz olan fertlere tahsis edilmiştir. Diğer taraftan yine başka neviden mülâhazalarla bazı meslek sahiplerine muayyen işleri yapma hususunda bir ehliyetsizlik tanınmıştır. Her memlekette bu gibi tahditler mevcut olduğu için yine her memlekette bunlardan kurtulmaya çabalayan ve işi kitabına uydurmağa çalışan kurnaz insanlar bulunur. Meselâ avukatlık ehliyetini haiz olmayan kimselerin başvurdukları tipik bir hile şekli vardır. Müvekkilinin avukatı sıfatile takip edemeyeceği bir alacağını doğrudan doğruya kendisine devri temlik ettirerek bizzat alacaklı sıfatile takip etmek. Bu, itimada müstenit muamele şeklinde yapılmış bir hiledir. İsviçre hukukunda bu gibi muameleler daima iptaf edilmiştir [1]

47 — Memurların ticaret memnuiyetleri aleyhine hileler:

İşletilmeleri için muayyen bir ruhsatnamenin alınması şart olan mesleklerde bu ruhsatname ancak muayyen şartları haiz olan kimselere verilebilir. Şimdi bu şeraiti haiz olmayan bir fert tasavvur edelim. Bu fert böyle bir sanat icra etmek istemektedir. Fakat kendisi ruhsatname alamayacaktır. Bunun için ruhsatname

[1] F. M. K. 9.232, 56. 11. 197 ve Türk Avukatlık Kanunu Md: 50, Keza: aşağıda Sh: 94

alabilecek şeraiti haiz olan bir fertle anlaşarak kendi hesabına işleteceği bu işletmeyi bu ferde hasılat icarı şeklinde kiralasa, kiralayan fert ruhsatnameyi haiz olmadığı halde bütün iktisadi menfaatleri kendisine temin etmiş olacaktır. Bu hadisenin en tipik misali Almanya'da memur lokantaları adile anılan işletmelerde görülmüştür. İsviçrede de memurların meyhane işletmeleri men edilmiştir. Bu memnuiyet üzerine vaktile meyhane işletmekte olan memur meyhane veya lokantasını yakın akrabalarına kiraya vermiştir. Vakıa kanun kukla şahıs marifetile işletmeyi men etmiştir amma kira hukuken başka bir akittir ve dar hukuk anlayışına göre caizdir. Buna rağmen Federal Mahkeme bu gibi halleri kanuna karşı caiz olmayan bir hile addedmiştir.

Keza müflislerin muamele memnuiyeti aleyhine de buna benzer hileler yapılmıştır. Meselâ bir otel birbirinin aynı mealde olan iki mukavele ile evvelâ müflis babaya sonra da otelcilikten hiçbir şey anlamayan oğula satılmıştır. Müflis baba tabiatile otelcilik ruhsatnamesini alamayacaktı, oğula satılması hakikatte ruhsatnameyi temin içindir ve oteli fiilen otelcilik işlerinden anlayan baba işletecektir. Federal mahkeme oğula olan satış mukavelesini muvazaalı sayarak iptal etmiştir [2]. Bundan başka İsviçre hukukunda balık avlama müsaadesine müteallik hükümler aleyhine, tasfiye satışına mütedair hükümler aleyhine keza taze ekmek satmak memnuiyetine mütedair hükümler aleyhine bu yolda çeşitli hilelere rastlanmaktadır [3].

Memleketimizde de muhtelif meslek ve sanatların icrası çeşitli tahditlere tâbi tutulduğundan bunlardan kurtulmak isteyen kurnaz kimselerin münasip yollar icat edebilecekleri düşünülebilir. Meselâ 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 23 üncü maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 61 inci maddeleri dava takibinin ancak ruhsatname sahibi avukatlara ve muayyen yerlerde dava vekillerine inhisar ettirdikleri halde acaba İsviçre'de yapılan hileler tipinde bir alacak devri temlikile bu sıfatı haiz olmayan bir kimse temellük ettiği alacağı kendi namına ve fakat hakikatte müekkili hesabına bizde de takip edebilir mi?

Bu tip hileler Türk kanun koyarı tarafından aynı kanunun 50 nci maddesinde derpiş edilmiştir. Mezkûr maddenin 1 inci ve 2 nci fıkrasında avukatlık selâhiyetini haiz olmayanların avukatlara tahsis edilen işleri görmeleri cezaî müeyyedelerle karşılandıktan sonra 3 üncü fıkrasında kanuna karşı hile ihtimalleri derpiş edilmiştir: Avukatlık yapmak selâhiyetini haiz olmadıkları halde muvazaalı surette matlup temellük veya kanunların bahsettiği sair hakları suiistimal eylemek suretile avukatlara ait selâhiyetleri kullananlar 3 aydan 1 seneye kadar hapis ve 500 liraya kadar ağır para cezasile cezalandırılırlar, Bu itibarla bu gibi hareketler için bizde kanuna hile nazariyesine gitmeğe hacet yoktur. Bunlar bazı

[2] F. M. K. 41.11.75 yıl 1915, 65.11.111

[3] Diğer misaller için bak: Denis MADAY a.g.e. Sh: 69 - 76

hususî kanunlara karşı irtikâb edilen suçlar olarak kabul edilmiştir. Bundan başka yalnız Türk vatandaşlarına hasredilen bir sanatı icra edebilmek için tabiiyet ihrazı kastile yapılan bir câli evlenme ile faili matlup gayeye eriştirecek bir kanuna hile yapılabilir. Netekim memleketimizde 1940 tarihlerinde Alman teb'asından bir kadın polis takibatından azade olarak bar artistliği yapabilmek için 500 lira mukabilinde bir vatandaşımızla evlenmiş ve kocasına izafeten Türk vatandaşlığını iktisab ettiğini bildiren nüfus cüzdanını elde eder etmez derhal boşanmıştır. Bu hile hem garsonluk, bar artistliği vesaire gibi bazı küçük sanatları Türk vatandaşlarına tahsis eden kanun hükümleri aleyhine, hem de ilerideki bölümde tetkik edeceğimiz muhtemel bir tart ve teb'it kararı aleyhine teveccüh eder [4].

F. Bazı hükümet tasarruflarını tesirsiz bırakmaya matuf hileler :

48 — Tart ve teb'it kararlarından kurtulma maksadile vâki calî evlenmeler:

Yukarıda paragraf 10 da izah ettiğimiz gibi kanuna karşı hile mutlaka bir kanun metnine karşı olmaz. Kanun kuvvetinde olan kararlara, kanunun tatbikini teşkil eden tasarruflara karşı da olur. Netekim bir devletin gördüğü idarî veya siyasi lüzum üzerine memleket dahilinde bulunan yabancıları icabında memleketten kovma hakkını haiz olduğu umumen kabul edilmiştir. Yabancı hakkında haiz olduğu bu hakkı devlet kendi teb'ası hakkında kullanamaz. Teb'asını icabederse dilediği gibi tecziye eder fakat teb'a sıfatını muhafaza ettiği müddetçe memleketten tart edemez. İşte bu gibi kararları tesirsiz bırakmaya matuf tipik hile şekli calî evlenmelerdir. "Calî evlenmeler, evlilik bağının doğurduğu kanunî neticelerden birçoklarına tarafların riayet etmek istemeyerek yani bu neticeleri ne arzu ne de kabul ederek aktetdikleri evlenmelerdir. Eşler beraberce yaşamak niyetinde değildir. Evlenmekten maksatları bu müessesese istimal edilmeksizin elde edilmesi imkânsız olan bazı menfaatleri temindir. Böyle bir evlenme tamamilen şekli olup ekseri ahvalde hayalîdir de., [1]

İsviçre federal mahkemesinin rüyet ettiği meşhur Haenygsen davasında ahlâk zabıtası kanunlarına mugayir hareketinden dolayı İsviçre hudutları dışına tardı emredilen bu kadın derhal kendisinden onbeş yaş küçük Züriç'li bir otel kapıcısı ile evlenir. Böylelikle kanunen İsviçre tabiiyetini ihraz etmiş olduğundan

[4] Nüfus Genel Müdürlüğü Tabiiyet Şubesi Müdüriyeti arşivleri (Alman teb'asındanH.)
[1] Albert RICHARD - Calî evlenmeler (çeviren: F. Hakkı SAYMEN İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1938 yıl IV. Sayı 13 Sh: 481 - 502)

hakkında verilen tart ve teb'it emri infaz edilemez. Calı koca ile hiçbir beraberlik vâki olmaz ve kendi kısa bir müddet sonra boşanma davası açar, boşanır. Tabiatile kadın bir müktesep hak olan İsviçre teb'alığını muhafaza eder [2]. Bu gibi evlenmeler İsviçre'de pek çoğalmıştı ve bu calı kocalar bu iş için 200-300 franklık bir ücretle iktifa ediyorlardı. Bu gibi evlenmelerin bir kısmı ahlâk zabıtasına muhalif hareketleri yüzünden memleketten kovulmaları kararlaştırılan kadınlar tarafından, bir kısmı ise İsviçre'de ticaret yapmakta olan ve bu ticaret müsaadesinin geri alınacağını öğrenen kadınlar tarafından yapılıyordu. Bu gibi evlenmeler karşısında nasıl bir durum takınılması gerektiği profesör A. RICHARD'ın zikrettiğimiz makalesinde toplu bir şekilde izah edilmiş ve neticede bunların kanuna karşı hile sıfatile iptalleri gerektiği kanaati izhar edilmiştir. İçtihatları, medenî kanun evlenme aktinin butlan sebeplerini tahdidî olarak zikrettiğinden ve bu sebepler meyanında sırf tabiiyet ihrazı kastile evlenme hali zikredilmediğinden bu gibi evlenmeleri iptale cesaret edememişlerdir. Zira evlenme bir kere bütün şartları ve merasimile aktedildikten sonra bu akit yapılmasına âmil olan hileli niyet yüzünden iptal edilince tesadüfen hakiki bir birleşmeye müncer olmuş olan bu evlilikten doğacak çocukların durumlarını da düşünmek icap ediyordu. Adı geçen makalede RICHARD mahkemelerin bu hususta bir hayli tereddüt geçirdiklerini tahmin etmektedir. Yalnız Zürich kantonundaki bir mahkemenin 12 Mart 1937 tarihli bir kararını zikrederek hakkın suiistimali sıfatile calı bir evlenmenin iptal edildiğini belirtmekte ve bunun ilerisi için güzel bir başlangıç teşkil edeceğini kaydetmektedir. Hâdise şudur: Aslen İsviçreli olan bir kadın bir Almanla evlenmiştir. Bilâhare tekrar İsviçre tebası olmak istemiş ve fakat vâki müracaatları kendisinin siyasî faaliyeti ve sui göhreti sebebiyle reddedilmiştir. Bunun üzerine kadın Avusturya'da bir İsviçreli ile evlenir ve evlendiği gün, aleyhine İsviçre'de verilmiş bir tart emri bulunmasına rağmen İsviçre'ye girer ve herhangi bir vesile ile bu ikinci kocasını da terk eder. Koca dava açar mahkeme hata ve hileye dayanarak evlenmenin butlanına hükmeder, mahkeme dava olunan kadının sui niyet sahibi olduğundan bahsile evlenmenin butlanına hükmetmiş ve kadın İsviçre tabiiyetinden mahrum edilmiştir. Kararın enteresan tarafı bir evlenmenin medenî kanunun ikinci maddesinin ikinci fıkrasına göre iptali kabil olduğuna taallük eden gerekçesidir. Mahkemeye göre böyle bir evlenme, hakkın suiistimalini teşkil ediyordu.

Kendi hukukumuz bakımından bu gibi calı evlenmelerin yapılıp yapılmayacağına gelince: Medenî Kanunun 126 ncı maddesi "hüsnüniyetle evlenen kadın feshine hükmedilmiş olsa bile evlenme ile iktisab ettiği vaziyeti muhafaza eder., demektedir. Keza 24. Mayıs. 1928 tarih ve 1312 numaralı Türk Vatandaşlığı Kanununun 12 ncı maddesinde "Türklerle evlenen ecnebi kadınlar Türk vatandaş

[2] Festgabe für F. FLEINER 1937; Über Scheinehen Sh: 85 ve müteakip

olurlar., denmektedir. Yani İsviçre'deki durum bizde de aynıdır. Yalnız 1938 senesinde neşredilen 29 Haziran 1938 tarih ve 3529 sayılı ecnebilerin Türkiye'de ikamet ve seyyahatleri hakkındaki kanunun 25 inci maddesinde bu gibi tart kararlarını bertaraf etmek için mübaşeret edilen evlenmelerin tart kararlarından sonra tekemmülleri halinde kadına Türk tabiiyetini bahşetmeyeceği prensibi kabul edilmiştir: "Bu kanun mucibince sınır dışı edilmiş olan veya umumî hükümlere göre Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan ecnebi kadınlar, sınır dışı edilmesine veya vatandaşlıktan iskatına evlenme muamelesinin tekemmülünden evvel karar verilen ecnebi kadınlar 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 13 üncü maddesile ecnebi kadınlara bahşedilen haktan istifade edemezler., Böylece kötü durumu dolayısıyla sınır dışı edileceğini hisseden kadın bir el çabukluğu ile sınır dışı edilme kararının tekemmülünden evvel evlenebilirse yine kurtulur, fakat evlenme akti karardan evvel tekemmül edemezse karardan sonra yapılan bir evlenme tabiiyet bahşetmiyeceğinden kadın yine kapı dışarı edilebilir. Görülüyor ki İsviçre'deki duruma nazaran nisbî bir tedbir ittihaz edilmiş demektir. Fakat asıl mesele bu gibi cali evlenmeleri kanuna hile olarak batıl addedebilmektedir ki bu da içtihatlarla düşen bir iştir. İsviçre federal mahkemesi yeni kararlarında bu gibi evlenmeleri hakkın suiistimali olarak batıl saymıştır. Bu iki mefhum arasındaki münasebetlere sistematik kısımda temas edeceğiz. Ancak şu kadarını söyleyelim ki bizim Medenî Kanunumuzun hakkın suiistimaline taallük eden metni bu suiistimali "bir başkasını izrar eden., kaydile tahdit ettiğinden bizde bu madde ancak kocanın dava etmesi halinde kabili tatbiktir. Halbuki İsviçre metni daha objektiftir ve suiistimalin aşıkâr olmasile iktifa eder.

Cali evlenmelerin daha yeni örneklerinin de Kıbrıs'taki mülteci artistler tarafında müşlüman teb'a ile yapılan evlenmelerinde görüyoruz. Filhakikâ İslâm hukukuna göre evlenme ve ayrılma pek az formaliteye ihtiyaç hissettiren ve pek kolaylıkla yapıp çözülebilen bir akit olduğundan böylece enterne edilmesi veya kovulması muhtemel olan yabancı mülteci artistler kolaylıkla İngiliz tabiiyetini ihraz etmiş olmaktadırlar.

G. Evlenme ve neseb münasebetlerini tanzim eden hükümler aleyhine hileler :

49 — Aile münasebetlerini tanzim ihtiyacı :

Her cemiyet kendi hususî şartlarına göre içinde yaşayan fertlerin medenî hallerini bir nizam altına alır. Evlenme ve neseb münasebetlerine karşı hiçbir cemiyet lâkayit kalamamış, bunları münhasıran fertlerin ihtiyarına terke cesaret edememiştir. Şu veya bu esas umdeye, hâkim zihniyete veya şu veya bu tarzda

tevarüs edilen geleneğe göre her cemiyet evlenme ve akrabalık münasebetlerini muayyen bir nizama bağlamıştır. Aile fertle cemiyetin menfaat ve maksatlarının karşılaştığı bir müessesedir, ve MONTESQUIEU'nun dediği gibi hiçbir akit evlenme akti kadar cemiyeti ilgilendirmez. İki cins arasındaki münasebetin cemiyetin ilgisini çekmemesi gereken tamamen şahsî ve ferdi bir mesele olduğu fikri ne eski ne yeni, ne liberal ne totaliter hiçbir cemiyette revaç bulmamış ve tatbik edilmemiştir. Her cemiyet bu münasebeti hem ferdin hem topluluğun gayesine yarar bir şekilde tanzim etmek istemiştir. Demek oluyorki aile münasebetlerini tanzime matuf hükümler daima âme intizamile ilgili hükümlerdir. Eski bir tarife göre (evlenme, bütün akitlelerin fevkinde bir akittir. Evlenme devleti idame eden ailenin menbaı olup din tarafından mukaddes yemin mertebesine yükseltikmiştir. O, muhabbeti ve alâkaları tanzim ve tezyid eder. Kadının durumunu yükseltir çocuklara bir haba verir ve bir aile devleti yaratır, erkeği devlete bağlar.) [1] Hristiyan âkidelerinden mülhem olan bu tarif evlenmenin sosyal önemini belirtmek bakımından enteresandır.

Bâzı cemiyetler evlenme ile aile teşkili arasındaki geleneksel münasebeti inkâr etmek ve çocuğu aile kanalıle değil de müstakil bir yurttaş sıfatile doğrudan doğruya devlete bağlamak idealini gütmüşlerse de evlenmenin tabii neticesi olan çocuk ve nafaka meseleleri gibi maddî zaruretler ve hiçbir devletin bu maddî zaruretlerin hepsini karşılamaya yetecek kadar ekonomik imkânlarla sahip olamaması bu cemiyetleri de çocuğu bir anaya ve bir babaya bağlamaya ve dolayısıyla evlenme ile aile kurma arasındaki normal münasebeti kısmen olsun kabule sevkemiştir [2]. Bu gibi cemiyetler dahi evlenmeyi ve neseb münasebetlerini tamamen başı boş bırakamamış kendi ideallerine göre kendi sosyal menfaatleri bakımından nizamlamak lüzumunu hissetmişlerdir.

Görülüyor ki dinin veya herhangi bir sosyal akidenin tesirile bu münasebetlerin tanzim şekilleri birbirlerinden pek farklı olmakla beraber bunları bir nizama tâbi tutma hali hepsinde müşterektir ve bu nizam o cemiyetin âme intizamı telâkkisine göre seçilmiş bir nizamdır [3].

Şu halde “evlenme aktinin ilânı,, “eşler arasında yurttaşlık benzerliği şartı,, “yabancı dinden olanlarla evlenme yasağı,, “muayyen derecedeki yakın hısımlarla evlenme memnuiyeti,, “boşanmanın kabul edilmemesi,, “bir veya birden fazla kadımla evlenme imkânı,, “evlilik dışı münasebetlerden doğan çocukların ayrı bir nizama tâbi tutuluşu,, “tabii neseb rabitasının tanınmaması,, gibi esaslar kanun koyanın mensup olduğu cemiyetin moral veya ekonomik hususiyetlerine göre ve fakat daima sosyal menfaatler bakımından tanzime

[1] Rép. DALLOZ. 1862 Mariage. No. 2

[2] E. BOURBOUSSON - Du mariage, des régimes matrimoniaux, des successions dans les cinq parties du monde (Russie Soviétique. Sh: 485 (1930)

[3] F. GENY et ses collègues - Le maintien et la défense de la famille par le Droit. 1930
A. COSTE - FLORET - La nature juridique du mariage. Paris. 1936

çalıştığı aile münasebetleri hakkındadır ve âmir mahiyette olan bu esaslara o cemiyete mensup olan bütün fertlerin itaat etmesi şarttır. Zira bu prensipler aleyhine yapılan hileler sadece hile yapan ferdi ilgilendiren bir husus olmaktan uzaktır. Cemiyetlerin bu prensiplere verdiği ehemmiyet o kadar büyüktür ki bu esasların hususî şahısların kurnazlıklarile ihlâli bütün bir hukukî nizama karşı olan prestiji derhal bozabildiği gibi cemiyetin bâzan mukaddesat derecesinde sayılmasını istediği ahlâki esasları da bir komedi mevzuu haline getirebilir.

Bu bölümde kanun koyanın evlilik ve neseb münasebetleri hakkında vaz ettiği âmir hükümlere karşı yapılan hileleri tetkik ederken biz yine eski metodumuza sadık olarak kendilerinden kaçınılan normlara göre bir tasnif yapacağız. Yoksa kullanılan vasıtalara göre değil. Klâsik tasnife göre tertip edilmiş olan eserlerde bilhassa devletler hususî hukuku alanında "tabiiyet değiştirme vasıtaları ile yapılan kanuna hileler", grupuna giren bu halleri biz kendisinden kaçınılmak istenen hukukî normlar bakımından tasnif edeceğiz. Böylece evlenmenin ilânı mecburiyetine karşı yapılan hilelerden başlayıp evlenmenin bir çözümlüğü demek olan boşanma memnuiyeti aleyhine yapılan hilelere kadar çeşitli kaçamak yollarına kuş bakışı bir göz gezdireceğiz. Zira bu husus ta başlı başına bir tetkik konusu olup daha evvelden müstakil ve esaslı etüdlerde yer almıştır. Hususile kanuna karşı hilenin daha kolaylıkla kabul ve tatbik edildiği bir saha olan devletler hususî hukukunda ve bilhassa kanuna karşı hilenin seçim bölgesi denen boşanma meselelerinde pek teferruatlı tetkiklere rastlanır [4].

50 — Evlenme aktinin ilânı mecburiyeti aleyhine hileler:

Hukuk sistemlerinin hemen hepsinde evlenme aktinin muayyen bir müddet ilân edildikten sonra yapılması esasî caridir. Kanun koyan bununla muhtelif maksatlar takibetmiştir. Evvelâ bizzat evliliğin meşruiyetini umumun ahtılana arz etmek onu serbest münasebetlerden ayırt ettirir halkın nazarında lâıyk olduğu hürmeti kazandırır. Diğer taraftan evlenecek kimselerin ilgililerce bilinen bir evlenme manileri varsa bunların evlenmenin aktinden evvel meydana çıkmasını temin eder ki böylelikle bozulmaya namzet evlenmelerin önüne geçilmiş olur. Ve nihayet bu evlenmenin yapılmasından şahsen müteessir olacak olan meşru hak sahiplerinin dikkatini çeker ve biran evvel haklarını aramaya davet eder. Bütün bunlar devletin evlenme aktine olan ilgisini ve onu fertlerin keyfi arzularına ter-

[4] Julien VERPLAETSE - La fraude à la loi en Droit International Privé, 1936
NİBOYET - La Fraude à la loi en Droit International Privé (Revue de Droit international et de Législation comparée, 1926)
PERROUD - La Fraude à la loi en Droit International Privé, Clunet 1926
TRAVERS - La Fraude à la loi national en matière de mariage (Revue de Droit International Privé 1930) Sh: 24 ve Sh: 362)
A. RICHARD - Call-evlenmeler (Çeviren: E. H. SAYMEN İst. Huk. Fak. Dergisi, 1938).

ketmediğini gösteren ve âme intizamından olan hükümlerdir. Bazı memleketlerde uzun bir yaş haddine kadar evlenecek olanlar ana babalarının müsaadesine tâbi tutulurlar. Bu gibi hallerde böyle bir müsaadenin kolaylıkla istihsal edilemeyeceğini tahmin eden eşler ana babalarından gizli evlenmenin yollarını ararlar. Bazen de eşler daha başka neviden ve tamamen hususî mahiyette bazı sebepler yüzünden evleneceklerinin şüyu bulmamasını gizli yapılmasını isterler. Bazen bu gizleme arzusu evlenmeyi bir emri vâki haline getirinceye kadardır. Bazen de vukuundan sonra dahi gizleme arzusu devam eder. İşte bütün bu ferdî arzular ilân prensibini karşılarında bir engel olarak bulurlar ve bu prensipten kurtulmanın yolunu ararlar.

Vaktile İngiltere'de Greetna - Green evlenmeleri diye meşhur olan izdivaçlar bu ihtiyacın tesirile yapıldı [5]. İskoçya'da evlenme akti dinî mahiyette idi, ve hiçbir şekle tâbi değildi. Hatta Trente Konsilinen kabul ettiği prensiplere dahi bağlı değildi. Burada evlenmeler daha eski dinî usullere göre yapıldı. Yani tarafların bir şahit huzurunda birbirlerine evlenmeyi vadetmelerile nişanlanma münasebeti meydana gelir ve bunu fiilen birlikte yaşama hali takibederse, bu nişan kendiliğinden evlenme aktine inkilâb etmiş olurdu. İngiltere'de formaliteden kurtulmak isteyen eşler derhal İskoçya hududunu aşılıyorlar ve ilk rastladıkları köyde (ki bu köyün adı Greetna - Green'dir) hududa en yakın dükkân olan bir demirci dükkânının sahibini şahit göstererek evleniyorlar bilâhara İngiltere'ye dönüyorlardı. Bu tip izdivaçlar o kadar çoğalmıştı ki nihayet 1856 da Lord Brougheim'in emirnamesile en az 21 gün İskoçya'da ikamet etmemiş olanların bu gibi evlenmeler aktedemeyecekleri ilân edildi. Bundan sonra bu gibi evlenmelerin adedi nisbeten azaldı.

Fransız Medenî Kanununun 63. üncü madesi evlenme aktinden evvel keyfiyetin 10 gün ilân edilmesi gerektiğini bildirir. 170. inci maddesi yabancı memleketlerde evlenecek Fransızların dahi, aktin şekli o memleket kanunlarına bırakılmakla beraber, yine Fransa'da bu evlenme keyfiyetini ilân ettirmelerini ister. Aynı kanunun 191. inci maddesinde ise alenî olarak in'ikad etmemiş olan evlenmeler aleyhine ilgililer ve savcı iptal davası açabilirler. İlänsiz evlenmelerin subutu halinde ise nikâh memurundan ve taraflardan muayyen bir para cezası alınmakla iktifa olunur (Madde 192).

Durum böyle olunca Fransa'da ilân merasimini usulen yaptırmadan evlenmek müşkülleşir. Fakat taraflar bu arzularında ısrar ettikleri takdirde ölerinde iki kaçamak yolu vardır: Ya yabancı te'ahhüdüne geçip orada evlenmek ve sonra eski tabiiyeti ihrazın yolunu bulmak, yahut da sadece ilânsız nikâh yapan yabancı bir memlekete geçip muvakkat muhacirler sıfatile evlenmek ve sonra Fransa'ya

dönmek. Akitlerin şekilleri mahallî kanunlara tâbi olduğundan (Locus regit actum kaidesi) ilânat yapılmaksızın nikâh kıyacak olan yabancı memur müra-
caatta bulunanların Fransız oluşlarını ve Fransız kanununa göre de evvelâ key-
fiyeti ilân ettirmekle mükellef bulduklarını araştırmayacaktır.

Filhakika pratikte pek eski zamanlardanberi bu gibi çarelere başvurulduğu
görülür. İctihatlar baştan pek sert davranmışlar ve ilânın yapılmadığı bütün
hallerde bu evlenmeleri batıl addetmişlerdir [6]. Sonraları iki hali birbirinden
tefrik etmeyi itiyad edinmişlerdi:

1 — Sırf ilân yapılmamış olması kaideten evlenmenin butlanını intaç etmez.
Zaten bunun müeyyedesı bir para cezasından ibarettir. İlân keyfiyeti sadece yapılmadığı
takdirde evlenmenin in'ikadına engel olan bir sebep teşkil eder ki bu
sebebe rağmen herhangi bir suretle evlenme vâki olmuşsa batıl sayılmaz. Fakat
bu hal ilân yapılmaması keyfiyetinin herhangi bir maksada mukarin olmaması
halinde düşünülür. Meselâ taraflar Fransa'dan çıkmışlar ikametgâhlarını yabancı
bir memlekete nakletmişler ve bir daha Fransa'ya dönmek niyetinde değildiler.
sırf o memlekette meselâ bir müstemlekedede ilân formalitesine lüzum gösteril-
mediği için Fransa'da ayrıca bir ilân muamelesine tevessül etmeyi akıl etmeden
evlenmişlerdir. Yani kısacası bu hal alelade bir ihmalin neticesidir. Böyle bir
halde evlenmenin iptali cihetine gitmeye ne lüzum ne de imkân vardır [7].

2 — Fakat ilân yapılmadan evlenme meselâ ana babanın rızasını istihsal
imkânsızlığından yahut şuyu bulduğu takdirde evlenmeyi imkânsız kılacak herhan-
gi bir sebebin meydana çıkmasından korkulması yüzünden vâki olmuşsa yani
netice itibarile ilânı mecburî kılan Fransız kanunundan kaçınmak niyetile yapılmış
durum değişir. İşte mahkemelerin yabancı memlekette, Fransa'da ilân
ettirilmeksizin yapılan evlenme akitleri karşısındaki durumu ancak bu hallerde
konumuzu ilgilendirir. Meselâ anasının rıza göstermeyeceğini hisseden ve onun
rızasını almaya da kanunen mecbur olan bir delikanlı sırf bu durumdan
kurtulmak için İngiltere'ye giderek orada ilâna ve ebeveyn rızasına ihtiyaç
göstermeyen bir nikâh muamelesi yaptırdığı zaman mahkemeler bunu Fransız
kanunlarının emrettiği mecburiyetlerden kurtulmaya matuf bir hile olarak kabul
etmişler ve bu sıfatla batıl saymışlardır. Bu yoldaki icthadlar müstakardır [8].
Fakat bu kararların gerekçeleri kâfi derecede kuvvetli olmadığından çeşitli iti-
razları davet etmiştir. Kasten Fransa'da ilân yaptırmadan evlenmenin sadece Me-

[6] Bak: TRAVERS a.g.e. Revue de Droit International Privé, DARRAS; 1910, 377

[7] Req - 9. novembre, 1846 D. 1846.1. 337 ayrıca: TRAVERS a.g.e. not: 2

[8] Req: 28. mars. 1854 S. 54. 1. 295

Cass: 5. Juillet. 1905 D. 1905. 1. 471 Mütemmin izahat için bak:

DALLOZ Supplément au Répertoire 1392, Mariage, n: 197

DESBOIS - a.g.e. Sh: 267 - 277

VERPLAETSE - a.g.e. Sh: 45 (bilhassa icthadların tam bir listesi için)

Codé Civil annoté 1938, art: 170, 191, Rép. de Dr. Int privé: Fr. à la loi n: 122 - 123

deni kanununun 170 inci maddesine muhalefet teşkil etmesi bakımından hangi müeyyideye müstahak olması gerekir? Bu madde “yabancı memlekette Fransızlar arasında, yahut bir Fransızla bir yabancı arasında aktedilmiş olan evlenme, şayet o memlekette mutad olan şekiller dairesinde vâki olmuşsa muteberdir. Şu şartla ki akitten evvel 63 üncü madde gereğince bir ahvali şahsiye muamelesi olmak sıfatile ilân edilmiş ve Fransız olan âkit, bu babın hükümlerini hiçbir veçhile ihlâl etmemiş olsun,, der. Bu maddede, hilâfına hareketin nasıl bir müeyyede tabî tutulacağı gösterilmemiştir. Evvelden ilân yapılmadan aktedilen evlenmeler için (gerek Fransa’da gerek hariçte olsun) hangi müeyyideye gidilebilir? Fransa’da yapılan bu gibi ilânsız evlenmeler halinde 192 nci madde tatbik edilecektir: “Eğer evlenme aktinden evvel matlup olan ilânât yapılmamışsa yahut kanunen cevaz verilen müsaade istihsal edilmemişse ve şayet ilânla akit arasındaki müddete riayet edilmemişse savcı, devlet memuru aleyhine 300 frang aşmayacak kadar ve âkit taraflara da servetleriyle mütenasip miktarda bir para cezasına hükmettirebilir,, der. Keza 193 üncü madde: “Evvelki maddelerde gösterilen kimselerin uğrayacakları cezalara, 165 inci maddede yazılı kaidelerin bütün ihlâllerinde, hatta bu ihlâllerin evlenmenin butlanı için kâfi bir sebep olmadığı hallerde dahi hükmedilir,, demektir. Evlenmenin butlanının iddia edilebileceği haller arasında ilânsız evlenme şıkkı sarahaten zikredilmemiştir fakat 191 inci maddenin tahrir şekli de şöyledir: “Alenen aktedilmemiş olan ve selâhiyetli devlet memuru önünde aktedilmemiş olan bütün evlenmelere bizzat eşler, ana habalar, usul ve diğer ilgililerle savcı tarafından itiraz edilebilir,, Mahkemeler ilânsız evlenmeleri de bu madde içine sokarak bunları da bir gizli evlenme addedmeğe başlamışlar ve yabancı memleketteki ilânsız evlenmeleri hem Fransız kanunundan kaçma hem de gizli evlenme sıfatile batıl saymışlardır. Bu gerekçeleri doktrin tarafından bir hayli tenkit edilmiştir [9]. Daha yeni mahkeme içtihatları bu gibi hariçte aktedilen ilânsız evlenmelerin kaideten batıl olmadığını ve batıl addedilebilmeleri için müteaddit şartların aynı zamanda içtimaları gerektiğini kabul etmiştir:

1 — İlânın ihmali Fransız kanunundan kaçma maksadile vâki olmalı.

[9] Bu kararlara evvelâ BAUDRY - LACANTINERIE, HUC, FOURCADE itiraz ettiler ve bu 191 inci maddenin aleni olarak aktedilmeyen evlenmelere münhasır olduğunu yani aktin in’ikadı sırasındaki aleniyeti istihdaf edip akte tekaddüm eden ilân keyfiyetine sâmil olmadığını söylediler. Bunlara mukabil 1910 senesinde nesrettiği ettüünde TRAVERS bu itirazları mahalsiz bulur ve “akit yapma = contractor,, tabirinin “Celebration = in’ikad,, tabirinden daha geniş olduğunu ve evlenme merasımı hakkında müstamel olan bu “celebration,, un aktin fiilen in’ikadı safhasını ifade edip “contracter,, kelimesinin evlenmeye tekaddüm eden safhaları da içine alan daha geniş bir mefhumu ifade ettiğini ve dolayisile “alener aktedilme,, tabirinin “alenen evlenme merasımının icrası,, manasına gelmeyeip bu merasımın evveliyatına da sâmil olduğunu iddia eder. Kendisi bu 191 inci maddenin ilânsız evlenmelere de sâmil olduğu kanaatinindedir. Keza bu maddedeki butlanın mutlak olduğunu söyleyerek içtihatların bu gibi evlenmelere bu maddeyi tatbiklerini isabetsiz bulur. Yani Fransa’da ilân yapılmadan yabancı memlekette yapılan bilcümle evlenmelerin muteber sayılmasını tavsiye eder. Mamafih TRAVERS in kanuna hile nazariyesinin muarızlarından olduğunu unutmamak lazımdır (TRAVERS a.g.c. Sh: 31, 370)

2 — Taraflar ana habalarının veya onların yerine kaim olanların rızalarını istihsale mecbur vaziyette bulunmalı [10].

Keza yeni içtihatlar ilânsız evlenmedeki butlanın tamamen nisbî olduğunu ve alâkadarların hadiseye irtuladan itibaren bir sene sükût etmelerile evlenmenin sıhhat kesbettiğini [11] ve eşlerin Fransaya geldikten sonra karı koca hayatı yaşamaları ile de muamelenin nekahat kazandığını [12] kabul ederler. Bundan başka böyle yabancı memlekette vâki ilânsız evlenmenin butlanı intaç edebilmesi için hem tarafların Fransa'da bir ikametgâh sahibi olmalarını hem de bu ilâmı sırf kanundan kaçma maksadile yaptırtmamış olmalarını şart koşarlar [13]. Görülüyor ki yeni içtihatlar yabancı memleketlerdeki ilânsız evlenmeleri sadece ilâmı emreden maddeye muhalefet olarak değil aynı zamanda bir gizli evlenme olarak kabul etmekte ve böylece kararlarını çift gerekçe ile takviye lüzumunu hissetmektedirler. Halbuki kanaatımızca böyle bir evlenme yani tabiiyet değiştirilmeksizin sırf yer değiştirmek suretile yapılan ilânsız bir evlenme 170 inci maddenin doğrudan doğruya bir ihlâlini teşkil eder. Bu ihlâlin müeyyedesine ise 192 nci maddedeki para cezasından ibarettir. Halbuki bu hareketi kanuna hile olarak tavsif eden içtihatlar bütün kanuna hile hallerinin butlan müeyyedesini intaç edeceği kanaatine sapanarak bu evlenmeleri de -muayyen şartlar dahi- linde -kabili iptal addetmişlerdir. İleride sistematik kısımda izah edeceğimiz gibi kanuna karşı hilenin mutlaka butlanla karşılaşılması için bir sebep yoktur. Bütün mesele faili bu hileden istifade ettirmemektir ki bu da kaçtığı hukuk normunu kaçışına rağmen kendisine tatbik etmekle temin edilebilir. Daha fazla bir müeyyide tatbikine sebep yoktur. Çünkü bu müeyyide hiçbir zaman bir medenî ceza mahiyetinde değildir. Buna mukabil böyle bir evlenme bir tabiiyet tebdili vasıtasile tahakkuk ettirilir ve bilâhara tekrar Fransız teb'alığına geçilirse o zaman tam bir kanuna hile hali meydana çıkar. Çünkü 170 inci madde ancak Fransız teb'alarına hitap eder ve bu eşlerin yabancılık sıfatları ise sırf bu maddede, kaçmak için sun'î olarak ihraz edilmiştir. Tam tipik kanuna hile. Fakat tekrar edelim ki bu evlenmeyi 170 inci maddenin doğrudan doğruya bir ihlâli değil de (yalnız mekân değiştirmekle yapıldığı zamanlarda olduğu gibi) böyle tabiiyet değiştirme suretile dolambaçlı bir ihlâli dahi gene bu maddede yazılı müeyyedeye tâbi tutulmalıdır. Doğrudan doğruya ihlâl ile, dolayısıyla ihlâl demek olan kanuna hile suretile vâki ihlâller arasında müeyyide bakımından bir ayırt yapmaya lüzum yoktur. Mamafih bunların münakaşasını ileride yapacağız.

[10] Cass. 5 Juillet 1905 D. 1905. 1. 471

[11] Cass. 11 Mai 1876 D. 75. 1. 407
Lyon 18. Janvier. 1894 D. 94. 2. 222

[12] Cass. 8. Nov. 1863 D. 54. 1. 420

[13] Alger 3. Fev. 1930
Rennes 12. Jan. 1933

51 — Yakın hısımlar arasında evlenme memnuiyeti aleyhine hileler:

En eski hukuk sistemlerinden en yenilerine kadar muayyen dereceli hısımlar arasında evlenme men edilmiştir. Değişen husus memnuiyet esası değil belki derecelerdir. Meselâ Fransızlarda kardeş çocukları arasında, teyze amca ve dayı ile yeğen arasında, gelin ile kain birader, enişte ile baldız arasında evlenme manileri vardır. Almanlarda ve İsviçre hukukunda yeğen ile dayı, hala veya teyze evlenebilir. Sovyetlerde memnuiyet ancak usul furuğ ve kardeşler arasındadır. Ancak bazı hallerde yani ciddi sebeplerin mevcudiyeti halinde Fransız hukukuna göre Cümhurreisi böyle bir evlenmeye müsaade edebilir. Sebeplerin ciddiyet ve ağırlık derecesini bizzat takdir eder. Meselâ Fransız hukukundaki bu çeşitli memnuiyetten kurtulmak isteyen kimseler, birbirleriyle evlenmek isteyen bir yeğen ile hala devlet reisinin müsaade istihsal edemedikleri takdirde muvakkaten bu memnuiyeti tanımayan yabancı bir devlet teb'alığına geçip orada evlendikten sonra Fransız teb'alığına dönseler vaziyet ne olur? Bu mesele mahkemeleri uzun uzadıya işgal etmiştir.

Yakın hısımlar arasındaki evlenme memnuiyetinin bir kısmı mutlak butlanı intaç eder. Bir kısmı ise devlet reisinin müsaadesi istihsal edilirse muteber olur. Bu nevi evlenmeler bu müsaade istihsal edilmeden yapılırsa 192 nci madde gereğince, kanunen cevaz verilen müsaadeler istihsal edilmemiş ise para cezasına hükmolunur, Fakat acaba böyle bir evlenme bu müsaadelerin istihsal edilemeyişi halinde sırf akti yapabilmek için, hususî müsaadeye lüzum göstermeyen ve böyle bir memnuiyet tanımayan bir devlet ülkesine giderek orada aktedilse yine para cezasına mı hükmolunmalıdır, yoksa butlan ile mi karşılanmaktadır? Meselemiz bir evvelki problemi hatırlatmaktadır. Mahkemeler ve doktrin eskiden Fransa'da vâki müsaadesiz evlenmeleri para cezasile karşıladığı halde kasten yabancı memlekette yapılanları yani hile suretile olanları batıl addetmiştir. [1] Fakat bugün bu görüşe taraftar olan yoktur. Diğer görüş ise bu evlenmelerin ancak Fransız kanununa hile suretile yapılmış olması halinde kabili iptal olduğunu kabul eder ve hâkim olan görüş budur. Yani aynen ana baba tızası istihsal edilmediğinden veya istihsal edilemeyeceğinden korkarak yabancı memlekette yapılan evlenmeler gibi telâkki edilir ve alâkadarların müracaatı halinde iptal edilebilir.

Demek ki memleket içinde vâki olan ilânsız veya müsaadesiz evlenmeler para cezasile karşılandığı halde, yabancı memlekette olursa ve kanuna hile olarak yapılmış ise bu sıfatla iptal edilebilmektedir. (nisbî butlan). Fakat her halde para cezasile iktifa edildiği yoktur.

[1] Code Civil annoté, I. 1900 - 1905 Art. 191, n: 18 Sh: 427

51 — Mükerrer — Diğer bir evlenme memnuiyeti de üvey çocuklarla üvey ana babalar arasında mevcuttur, ve bu husus tabii çocuklara da şamil-dir. Bir hadisede böyle bir memnuiyetten kurtulmak için Fransız hukukundaki "nesebi tesbit davasının çocuk tarafından açılabileceği,, kaidesi vasıta edilmek istenmiştir. Malûmdur ki Fransız hukukunda ana ile çocuk arasındaki tabii münasebetin tanınması hukukî bir muamele ile (resmî senet) vâki olur. Tıpkı babalık davası gibi bu da bir analık davasına mevzu teşkil eder, ve müstakar içtihatların kabul ettikleri bir kaideye göre Fransız Medenî Kanununun 341 inci maddesindeki analık davası münhasıran çocuk tarafından açılabilir. Çocuk aleyhine olarak başkaları onun anasını tesbit ettirmek cihetine gidemezler [2].

Bir hâdisede ölen karısının tabii kızile evlenmek isteyen bir kimsenin evlenme aktini Belediye yapmaktan imtina eder. Zira kızın nüfus cüzdanında erkeğin ölen karısının adı ana olarak gösterilmiştir. Fakat ölen kadın bu tabii kızını resmen ve hukuken tanımış değildir. Evlenmek isteyen erkek evleneceği kızın ölen karısı tarafından hukuken hiçbir zaman tanınmış olmadığını binaenaleyh belediyenin nikâh aktini yapmaktan imtinaya hakkı bulunmadığını iddia ederek aleyhine dava açmıştır. Fransız hukukuna göre âmme intizamına ve şahsî hallere müteallik hususlarda müdahale hakkını haiz olan [3] savcı davaya iştirakle kızın nesebini bizzat isbat edeceğini ve belediye aleyhine olan davanın mesmu olmadığını iddia eder. Bidayet mahkemesi bir taraftan kızın nüfus cüzdanında ölen kadının adının yazılı olmasına diğer taraftan bu kızın hayatı müddetince ölen kadının çocuğu durumunda yaşamış olmasına istinadla tabii analığın sübutunu kabul eder ve belediye aleyhine açılan davayı reddeder. Böylece davacı üvey kızı ile evlenmeye muvaffak olamaz. Fakat bidayet mahkemesi kararını istinafa teşebbüs eder. İşte bu teşebbüsünde yukarıda zikrettiğimiz (nesebin ancak çocuk tarafından araştırılabileceği) prensibini kendi lehine istismar etmek ister. Yani burada evlenme memnuiyeti hükmüne karşı bu hukukî prensibe istinat suretile bir hile yapılmaya teşebbüs edilmiş olur. Davacı savcının kızının nesebini isbata asla yetkili olmadığını ve bu sebeple bidayet mahkemesi kararının bozulmasını ister. Neticede vakıa Grenoble istinaf mahkemesi mevzu bahis kararı başka sebeplerle red eder [4]. Fakat davacının nesebin savcı tarafından araştırılmayacağı yolundaki iddiasını asla kabul etmez. Ancak mahkemenin, davacının mezkûr prensibe sırf bir memnuiyetten kurtulmak maksadile istinad karşısında gösterdiği asabiyet ne kadar yerinde ise bu neticeye varmak için ileri sürdüğü gerekçe o kadar hatalıdır. Kanuna karşı hile hallerinde yargıçların gösterdikleri bu hemen hemen insiyakî tepkiler her zaman kendileriyle mütenasip gerekçelerde ifadelerini bulamışlardır. Evvelce de işaret ettiğimiz gibi kararların birçoğunda sonuçlar

[2] Cass. 23 - Juillet - 1878 D. 79. 1. 415

[3] Code de Procédure Civil Art. 83, fıkrâ 1, 2

[4] Cour de Grenoble: 14. Janvier. 1889 D. 90. 2. 19:

doğru, gerekçeler isabetsizdir. Meşelâ bu hadisede mahkeme “nesebin başkaları tarafından araştırılmayacağı,, kaidesinin ancak şahsî menfaatleri için ve çocuğun aleyhine olarak böyle bir araştırmaya teşebbüs eden kimseleri istihdaf ettiğini halbuki savcının üstün ve kanunî bir menfaat için ve bütün hakların himayesi gayesile hareket ettiğini ve nasılsa sonradan ipteli istenecek rezilâne bir evlenmeye mani olmakla haddizatında kızın lehine müdahale ettiğini kabul etmiştir. Mahkemenin bidayet mahkemesi kararının hilâfına bir neticeye varması savcının ileri sürdüğü nüfus hüviyet cüzdanı ile fiilî çocukluk durumunun 341 inci maddeye göre anahğin hukuken sübutu için kâfi telâkki edilmemesi yüzündendir. Bu itibarla istinaf mahkemesi ölen kadınla evlenecek kız arasındaki neseb münasebetini hukuken sabit görmez ve dolayısıyla bu evlenmenin memnu evlenmelerden olmadığını beyanla davayı islâh eder. Kararın gerekçesi cidden zayıftır. Burada savcının âmme menfaati namına hareket ettiği ileri sürülüyor. Halbuki sıkı bir surette şahsa bağlı olan ve böyle olduğu ayrıca kanun metnile tasrih edilmiş bulunan bir hakkı savcının kullanılabilmesi için onun ânime menfaatinin temsilcisi olması kâfi bir sebep teşkil etmez. Netekim bu gerekçe doktrinde tenkid edilmiştir: “Zira bu kabul edildiği takdirde şahsa bağlı bütün hakların icabı halinde üstün ve kanunî bir menfaat için hareket eden savcı tarafından istimal edilebileceği neticesine varılır. Meselâ savcının aynı yüksek ve meşru menfaat mülâhazasıle evli bir adamın nam ve hesabına karısının doğurduğu çocuğun nesebini red etmeğe yahut bir vahibin yerine geçerek lehine hibe yapılan kimsenin nankörlüğü hasebile hibe aktini feshetmeğe selâhiyetli olduğu kabul edilebilir mi? Eğer kanun ve içtihatlar bu dava hakkını bizzat çocuğa hasretmişlerse bununla kendi menfaatlerini takdirde yalnız onu selâhiyetli addetmişler demektir. Binaenaleyh üstün ve meşru bir menfaat namına hareket edeceği ve esasen bu hareketin de çocuğun lehine olacağı gibi mülâhazalarla bu dava hakkının savcıya tanınması tecvîz edilemez. . . mahkeme meseleyi halletmekten ziyade bir kenara bırakmış gibidir [5]. Bu tenkit kanuna hile nazariyesinden başka bir neticeye varmak niyetile yapılmış olmakla beraber esas bakımından doğrudur. Fakat acaba mahkemenin savcıya böyle bir selâhiyeti tanıması tamamen isabetsiz bir muhakemenin neticesi midir? Hakikatte bu evvelce de kaydettiğimiz gibi herhangi bir hukukî kaideden bizzat o kaidenin istihdaf ettiği gayeden farklı gayeler için istifadeye kalkışılmasını ve evlenme memnuiyeti gibi bir âmir hükümden herne vasıta ile olursa olsun hatta herhangi bir hukuk prensibine istinatla dahi olsun kaçınılmasını önlemek gayesile yapılmıştır. Yani âmir hükümler aleyhine hileye mani olmak için. Filhakika nesebin çocuktan başka birisi tarafından araştırılmayacağı kaidesi çocuğun muayyen meşru menfaatlerinin himayesi için konmuş bir hükümdür yoksa çocuğun kendi üvey habasile evlenmek gibi kanunun men ettiği bir maksadını tahakkuk ettirmek için değil. Mahkeme üvey kızile evlenmek

[5] D. 90. 2. 193 FLURER'in notu.

isteyen erkeğin bu kaideden istifade ile nesebin saveı tarafından araştırılmaya-
cağı yolundaki iddiasını hakikatte sırf bu sebeple red etmiştir. Ancak mahke-
menin hemen hemen hukuk duygusunun bir reaksiyonu çekindeki bu tepkisi
kendisine muvafık bir formülü bulamamıştır. Halbuki bu formül yani savcının
neseb araştırma iddiasını kabul eden kararın hakikî gerekçesi, davacının mezkûr
prensibe istinadının bir kanuna hile teşkil etmesinden ibarettir. Görülüyor ki
bazen kanuna hile bir defi veya bir iddia gibi bir usul hadisesi olarak da
tahakkuk edebilmektedir.

52 — Tabiiyet, din farkları dolayısıyla ve meslekî takyütlerden mü-
tevellit evlenme imkânsızlıkları aleyhine hileler:

1 — Tabiiyet farkı:

Bu bilhassa harp zamanlarında düşman devlet teb'aları arasında kabul edi-
len bir memnuiyettir. Bu hususta enteresan bir misali profesör Albert RICHARD
vermektedir. Umumî harpte harp halinde bulunan iki devletin teb'aları olan
bir kadınla bir erkek birbirleriyle evlenmek isterler fakat fevkalâde ahval dola-
yısıyla ve kendilerinin hasım devlet teb'ası bulunmalarından dolayı evlenmeleri
için gerekli olan ehliyet vesikalarını temin edemezler. Bunun üzerine içlerinden
biri derhal İsviçre tabiiyetine geçmek ister ve bunu otomatikman temin edebil-
mek için İsviçre teb'asından bir erkekle calî bir evlenme akti yapmak hususunda
aulaşır: Bu evlenmeyi yapar yapmaz derhal bir boşanma davası açar ve böylece
calî kocasından ayrıldıktan sonra kendisi tarafsız bir devlet teb'ası olarak kala-
cağından asıl nişanlısile evlenmesi kabil olur [6].

2 — Din farkı:

Dinî prensiplerden mülhem bazı hukuk sistemlerinde ayrı dinlerden olan-
ların evlenmeleri caiz değildir. Meselâ eski Avusturya kanunu Hristiyanlarla
Musevilerin evlenmelerine müsaade etmezdi. Bu vaziyet karşısında her ikisi de
Avusturya teb'asından olan bir Musevi ile bir Hristiyan birbirleriyle evlenmek
istedikleri takdirde komşu memleketlerden birine giderek oranın teb'alığını
ihraz eder ve evlenirlerdi. Bilâhare tekrar Avusturya teb'alığını iktisab etmenin
yolunu bulur kendi memleketlerine dönerler ve böylece mezkûr memnuiyetten
tamamen kurtulmuş olurlardı [7]. Mamafih mahkemeler bu vaziyetleri kâfi bir

[6] Albert RICHARD - a.g. makale

[7] LIGEROPOULO, a.g.c. Sh: 157, VETSCH, a.g.c. Sh: 184

asabiyetle önlemeye muvaffak olamamışlardır. Nihayet 1870 de çıkan bir kanun dinî bakımdan, evlenme için bir mani teşkil edip de medenî bakımdan mani sayılmayan sebepler yüzünden evlenmenin dinî makamlarca aktinden imtina edilmesi halinde taraflara medenî makamlarda nikâh kıydırmak hakkını tanıyordu ki buna “zarurî medenî evlenme, deniyordu (Nothzivilehe). Keza taraflar hiçbir kiliseye veya resmî dine mensup olmadıklarını bildirdikleri takdirde medenî nikâh yaptırabilirlerdi: (Confessionslosigkeitsehe). Bu son şekil Hristiyan olanlarla olmayanlar arasındaki evlenme memnuiyetine dair olan medenî kanun hükümlerinin bertaraf edilmesine yarıyordu [8]. Fakat bu memnuiyetin bertaraf edilmesi için ya Hristiyan olanın evlenme aktinden evvel dinden çıkması yahut da diğer tarafın Hristiyanlığı kabul etmesi yahut her ikisinin birden dinsizliğe dönmüş olmaları lâzımdı [9]. Böyle bir manevî fedakârlıkta bulunmak istemeyen kimselerse yine tabiiyet değiştirmekten başka çare bulamıyorlardı.

Keza yine Avusturya kanunlarına göre papasların evlenmesi memnu idi. Bunlar da evvelâ Alman teb’alığını ihraz ediyor sonra evleniyor daha sonra da bir yolunu bulup eski tabiiyetlerine dönüyorlardı.

53 — Boşanma memnuiyeti aleyhine hileler:

Hristiyanlık akidelerinden mülhem bazı kanunlar evlenmenin Allah huzurunda verilmiş bir söz, mukaddes bir yemin olduğu iddiasile bunun ebediliğini kabul ederler. Ancak pratik hayatın icaplarını büsbütün inkâr edemediklerinden geçinmenin imkânsız olması halinde karı kocanın rızai olarak yahut mahkeme kararile birbirlerinden ayrı ikametgâhlarda yaşayabileceklerini de kabul ederler. Bu rejim Fransa’da 1884 den evvel, İsyanya’da 1932 den evvel İtalya da ise bugün dahi cari olduğundan bu memnuiyete karşı yapılan tipik bâzı hilelerin tetkiki günümüz için de enteresan olabilir.

Diğer taraftan boşanma meseleleri konumuzu teşkil eden nazariye için en müsait sahadır. Hatta birçokları boşanma meselelerini kanuna karşı hilenin seçim bölgesi diye tavsif ederler. Filhakika kanuna hile nazariyesinin ilk şöhreti Devletler Hususî Hukukunda boşanma meseleleriyle başlamıştır. Hatta yalnız boşanma memnuiyetinden kurtulmak için değil, kendi memleketlerinin hukuku bakımından bir boşanma sebebi teşkil etmediği halde yabancı bir devlet hukuku

[8] Supplement au Répertoire DALLOZ. 1892 Mariage n: 1
[9] E. BOURBOUSSON - a.g.e. Sh: 58

hakımından boşanma sebebi addedilen bir hususa istinatla boşanma isteyen eşler dahi, bu yabancı devletin teb'ahgını ihraz suretile kendilerine kolaylıkla boşanma imkânını temin etmeye çalışmışlardır. Eşlerin her ikisinin birden anlaşarak ve sırf boşanma niyetile tabiiyet değiştirmeleri ve bilâhare herhangi bir yoldan tekrar eski tabiiyetlerine avdet etmeleri bu tip hilelerin mutad ve beylik şeklidir.

Bazen eşlerden yalnız birisi tabiiyet değiştirerek boşanma davası açar ki böyle hallerde şayet diğer eşle anlaşmış bulunmuyorsa bu eş mükteseb hakka dayanarak boşanma hükmü aleyhine itiraz edebilir. Böyle bir halde tabiiyet değiştiren eşin boşanma hükmü istihsali keyfiyetinin kanuna karşı hile mi yoksa kocanın müktesep haklarını ihlâl mi olduğu hususu bir hayli münakaşa edilmiştir. Bu tip hadiselerin en meşhuru pek çok tetkiklere konu olmuş ve gerek Fransa gerek Belçika mahkemelerini senelerce uğraştırmış olan prenses Bauffromont'un boşanmasıdır. Aslen Belçikalı olup evlenme dolayısıyla Fransız olmuş olan bu prenses kocasından ayrı yaşama hususunda bir mahkeme kararı istihsal eder. Sonradan da bunu boşanmaya çevirmek ister. Halbuki Fransız hukukunda o zamanlar boşanma caiz değildi. Bunun üzerine prenses komşu bir Alman devleti olan Saxe - Altenburg devletinin tabiiyetine geçer. Bu Alman devletinin hukuku boşanma müessesesini caiz gördüğü gibi birbirlerinden mahkeme kararile ayrılık halinde bulunan Katolik eşlerin durumlarını da hukuken boşanmış gibi kabul eder. Yani prenses bu devlet teb'ahgına geçmekle ayrıca bir boşanma davasına hacet kalmadan kocasından boşanmış telâkki edilir. Prensese bu vaziyetten istifade ederek orada Romen teb'asından Prens Bibesco ile evlenir ve evlenmekle kocasının tabiiyetini alır yani Romen olur. Böylece hayatında dört defa tabiiyet değiştiren prensesin başından geçen tabir caizse hukukî macerâlar gerek mahkemeleri gerek birçok hukukçuları senelerce işgal eder.

Hâdisse evvelâ prensesin ilk kocası tarafından karısının kendisinden izin almadan vâki tabiiyet değiştirmesinin ve buna dayanan ikinci evlenmesinden bütlanı iddiasile mahkemeye müracaatı üzerine tetkik konusu olur [1]. Seine mahkemesi hâdisse hakkında şu kararı verir: "Tabiiyet değiştirme hususunda kocanın mezuniyet vermesi zarureti evlenmeden mütevellittir ve karıyı evlenme bozulmadığı müddetçe bağlar. Karı birlikte yaşama vazifesi hitam bulduğu için kendisine sadece ayrı bir ikametgâh seçebilir ve bu hakkını ancak kendi tabiiyet durumunu haleldar etmeyecek şekilde kullanabilir. Bu sebepten karının tabiiyet tebdili kocaya karşı dermeyan edilemez.

Diğer taraftan dava olunan, bu yeni tabiiyeti, tevhit edeceği vazifeleri ifa ve bahşedeceği hakları istimal için değil, sırf ikinci bir evlenme akte-derken Fransız kanununun memnuiyetinden kurtulmak için istihsal

[1] Trib. de la Seine 10. Mars. 1876 Clunet 1876 Sh: 35)

etmiştir ve sırası gelince terkedecektir. Halbuki bir tabiiyet ihrazı şahsî hallere taallük eder ve binnetice intizamı âmmeye temas eder. Böyle bir şerait içinde tabiiyet ihrazı ise hatta kocanın mezuniyet ile yapılmış olsa dahi, artık kanunun bahsettiği bir selâhiyetin meşru bir istimalini teşkil edemez. Olsa olsa bu selâhiyetin bir suistimalini teşkil eder ve bu sıfatla 184 üncü madde gereğince ikinci bir izdivaç aleyhine açılacak olan bir iptal davasına mani olamaz. Aynı zamanda them adaba hem kanuna aykırı olan bütün bu gibi teşebbüsleri tenkit etmek daima adalete terettüp eder...

Görülüyor ki mahkeme iki sebebe dayanmıştır: iç hukuk bakımından kocadan mezuniyet almadan yapılan tabiiyet tebdili mahkemenin fikrince batıldır. O halde kadın ikinci izdivaçı yaparken dahi Fransızlığını muhafaza etmekte idi ve tabiatile bu evlenme ilk evlenmenin zaten devam etmekte olması yüzünden batıldı. Devletler Hususî Hukuku bakımından ise kadın kendisine tabiiyet tebdili hususunda Fransız kanunlarının tanıdığı selâhiyeti suistimal etmiş demektir. Çünkü bu selâhiyet, ancak samîmi olarak ecnebi teb'ahlığını benimsemek, onun nimet ve külfetlerine muhatap olmak, mukadderatını o memlekete bağlamak niyetiyle kullanılması haline masruf olurdu. Yoksa Fransız kanunlarının boşanma memnuiyeti prensibinden kaçmak için kullanıldığı zaman değil. O halde kadın boşanma memnuiyetini vaz eden kanundan kurtulmak için kendisine tabiiyet tebdili imkânını veren Fransız kanunlarını vasıta olarak kullanmış ve böylece kanuna karşı hile yapmış demektir. Bu gerekçe ile Seine bidayet mahkemesi hem Almanya'daki tabiiyete kabul muamelesini hem de ikinci evlenmeyi batıl saymıştır. Hâdiseyi istinaf suretile tetkik eden Paris mahkemesi esas itibarile Seine bidayet mahkemesinin kararını ve gerekçesini tasvip etmiştir [2]. Hatta evlenmenin aelâde bir mukaveleden ibaret olmadığını akitlerin en mühimi ve en resmisi olduğunu her iki tarafa da karşılıklı mükellefiyetler yüklediğini tarafların onu kanunun emrettiği gibi kabul ettiklerini ve her iki taraf istese dahi ondan kurtulmayacaklarını belirterek bu tek taraflı boşanmayı asla caiz görmemiştir. Ancak bidayet mahkemesinin, Alman devletinin yaptığı tabiiyete alma tasarrufunu tetkike selâhiyettar olmadığını zira muhtelif hükümler devletlerin birbirlerinin tasarruflarına karşı göstermeleri gereken müteakıl hürmet borcunun buna mani olduğunu kabul etmiştir. Fakât bununla bu tabiiyet ihrazının herkese karşı kabili dermeyañ olduğunu söylemek istememiştir. Bu muamele aslında muteber olsun veya olmasın kocaya karşı dermeyañ edilemez. Çünkü ebedî bir bağla eşine bağlanmış olan kocanın bu akitten doğan müktesep haklarını sonradan onun arzusu lâhik olmadan yapılan bir tabiiyet tebdili keyfiyeti ihlâl edemez demıştır.

Yargıtay hukuk dairesi hadiseyi tetkik ettiği zaman gerek kocanın müktesep haklarına karşı hileyi gerek kanuna karşı hileyi açıkça bir ayırt yapmadan olduğu

gibi kabul etmiştir. İstinaf mahkemesinin gerekçesine aynen iştirak etmiş ve koca tarafından tabiiyet tebdiline izin verilseydi dahi boşanma memnuiyetine müte-dair Fransız kanunundan kurtulmak maksadile yapılan böyle bir tabiiyet tebdilinin prensesi Fransız kanunlarından kurtarılamayacağını zira Fransız kanunlarına göre akte edilmiş olan bu evlilik münasebetinin yine münhasıran Fransız kanunları tarafından tanzim edileceğini ve bu kanunlara göre ise evlenmenin çözümlenme kabul etmediğini keza bidayet mahkemesinin kabul ettiği bu gibi tabiiyet tebdilinin samimi olmayıp sırf Fransız kanununun vaz ettiği memnuiyetten kaçmaya matuf olduğunu ve netekim gayeyi elde eder etmez prensesin bir Romen teba'asile evlenerek yeni tabiiyetini derhal bırakmış olduğunu kaydettikten sonra yüksek mahkeme "bu şerait içinde böylece kanuna karşı hile suretile ve daha evvel Fransa'da akte edilmiş olan taahhütleri ihlâl ederek yapılmış olan bu muamelelerin prens *Buffremont*'a karşı dermeyeran edilemeyeceğini bildiren karar, Fransız kanununun evlenmenin çözümlenmezliği prensiplerine uygun olarak ithaz edilmiştir, ve temyiz talebinde istinad edilen hükümlerden hiçbirini ihlâl etmemiştir., demektedir [3].

Pek çok münakaşalara sebebiyet vermiş olan ve artık devletler hususî hukukunda klâsik bir misal haline gelmiş olan bu konu üzerinde fazla duracak değiliz. Mevzuu ilk defa ilmi bakımdan tetkik eden, profesör *Labbé* olmuştur [4].

Evlenme aktini tanzim eden hükümlerin âmme intizamından olduğunu ve her iki eş hakkında da aynı kanunun tatbiki gerektiğini bir tarafın tabiiyet değiştirmekle diğer eşe kendi yeni milliyetinin kanunlarını tatbik ettiremeyeceğini iddia eden profesör vâki tabiiyet tebdili muamelesinin dahi Fransız mahkemele-rince tetkik edilebileceği ve icabında butlanına hükmolunabileceği tezini müdafaa etmiştir. *Labbé*'nin çözümlenme kabul etmez bir evlenme ile tarafların bir müktesep hak kazandıkları ve tek taraflı bir tabiiyet tebeddülünün bu hakkı ihlâl edemeyeceği yolundaki tezi ekseriyet tarafından kabul edilmiştir [5]. Hatta aynı fikir 12 Haziran 1902 tarihli *La Heye* anlaşmasının 8 inci maddesinde de ifadesini bulmuştur: "Eğer eşler aynı tabiiyette değillerse yukarıdaki hükümlerin tatbikile onların son müşterek kanunları millî kanunları gibi telâkki edilir., Kanuna karşı hile nazariyesinin bu hadiseye tatbiki hakkında çeşitli mülâhazalar ortaya atılmıştır. Müelliflerin bir kısmı burada sadece evlenme aktinden doğan bir

[3] Ch. Civ: 18 - mars - 1878 D. 1878. 1. 201

[4] LABBE-De la Naturalisation et du Divorce du point de vue des rapports internationaux. Clunet 1877 Sh: 5, 1875 Sh: 409

[5] FERROUD - Des consequences d'un changement de la loi personnelle. Clunet, 1905 Sh: 292 - 306

VALERY - Du divorce des italiens qui se sont fait naturaliser dans un pays étranger. Clunet 1918 Sh: 39

DESPAGNET - Cour élémentaire de Droit International Privé Sh: 214, 367

WEISS - Traité théorique et pratique de Droit International Privé. 1907, I Sh: 524 (Bu müellif, müktesep hakkın ihlâl tezini kabul fakat kanuna hile nazariyesini bu hadisede reddeder. a.g.e. Sh: 220)

müktesep hakkı ihlâl hali bulunduğunu ve sırf bu müeyyidenin boşanma memnuiyetinden kaçmayı önlemeye kâfi geldiğini iddia ederler.

Fakat eşlerin birbirleriyle anlaşarak her ikisinin birden yabancı tabiiyete geçmesi, boşanmayı istihsal ettikten sonra da tekrar eski tabiiyetlerine dönmeleri halinde kanuna karşı hile nazariyesinden başka başvurulacak yol kalmaz. Zira her iki taraf müştereken tabiiyet değiştirdiği için artık herhangi bir hakkı müktesebin ihlâli iddiası bahis konusu olamayacaktır.

Bu tip hilelerin en meşhuru *VIDAL* davasıdır. Aslen Hollandalı olup evlenme dolayısıyla Fransız olan Madam *VIDAL*'le kocası *M. VIDAL* Mahkeme kararile ayrı yaşamaya başladıktan altı sene sonra yani 1874 şubatında İsviçre te'aliğini ihraz ederler ve aynı senenin Eylülünde boşanırlar. Madam *VIDAL* Paris'e döner ve orada bir Fransızla ikinci evlenmesini yapar. Bu hâdisenin üzerine eski kocası *VIDAL* mahkemeye müracaatla karısıyla vâki boşanmalarının kanuna hile yolile elde edilmiş olduğundan hükümsüz olduğunu iddia eder ve halen kendisiyle evli olarak kabul edilmesi lâzımgelen karısının bu ikinci izdivacına itiraz eder. Davaya âme intizamını ilgilendirmesi hasebile savcı da müdahale eder. Hâdiseyi tetkik eden Seine mahkemesi 31 Ocak 1877 de kanuna karşı hilenin tipik bir tatbikatını yapar ve bu karar Paris istinaf mahkemesince olduğu gibi kabul edilir [6].

“... davanın cereyan ettiği şeraitten anlaşıldığına göre *VIDAL* eşler İsviçre tabiiyetini almışlar ve bunu müteakip aralarında izdivaç bağının çözümlüzlüğünü kabul eden Fransız kanununun temel prensibine karşı hile yapmak maksadile anlaşarak, açtıkları bir dava neticesinde boşanmışlardır. -Bu eşlerden ne biri ne de diğeri İsviçre tabiiyetini, badema onun bahşedeceği bütün hakları istimal ve yükleyeceği bütün mükellefiyetleri ifa maksadile ihraz etmiş degillerdir. -*M. VIDAL* zaten Fransadan hiç ayrılmamış Paris'te yaşamaya devam etmiştir. -ayni veçhile Madam *VIDAL* de sırf ilk izdivaç zincirinden kurtulmak ve akabinde ikinci bir izdivaç yapmak niyetile yabancı bir kanunun hakimiyetine geçmiştir -ve bu ikinci izdivacının tesirile tekrar Fransız tabiiyetine dönmüştür. -Hukuken, ilk izdivacın bozulmasından evvel yapılan ikinci izdivaç Fransız kanunlarına göre mutlak bir hutlanla malûldür -dava olunanlar beyhude yere gerek davacı *VIDAL*'e gerek savcıya karşı eşleri İsviçre kanununa tâbi kılan telsikten ve bu kanuna göre istihsal edilen boşanma hükmünün muteberliğinden bahsetmektedirler. -*M. VIDAL*'in kendi ihtiyarile İsviçre tabiiyetine geçmiş olduğunu ve kocalık hakkını usulen kaybettiğini ve bu davayı açmakta hiçbir hak ve menfaati bulunmadığını ileri sürmekte haklı degildirler- keza gerek davacı *VIDAL*'e gerek savcıya karşı yabancı ve müstakil bir devletten sadir olan telsik muamelesile bu boşanma hükmünün Fransız mahkemeleri tarafından sakatlanamayacağını iddiada da haklı degildirler -bir Fransızın ecnebî te'aliğine geçmesinin neticesi,

sadece ona bir yabancı tabiiyet kazandırmâ değildir belki aynı zamanda Fransız tabiiyetini de kaybettirmedi. bu bakımdan bu tabiiyet tebdili bir üçüncü şahsın Fransız kanununun himayesi altında daha evvelden iktisab etmiş olduğu bir hakkı ihlâl edemez. -Diğer taraftan bu tabiiyet tebdili bunu yapan Fransız teba bakımından meşrû bir hakkın istimali olmalıdır yoksa bir selâhiyetin suistimalini teşkil etmemelidir zira böyle olur olmaz kanunî himayeden mahrum kalır. Şayet bu yeni tabiiyet münhasıran Fransız kanununa hile yapmak ve onun bazı esaslı memnuiyetlerini bertaraf etmek kasdile elde edilmiş olursa, artık bu, bizzat bu kanunun himaye etmek istediği umumî ve hususî neviden menfaatlere karşı dermeyeran edilemez. -Fransız mahkemelerinin bu zaviyeden bahis konusu olan tetkik hakları devletlerin mütakabil istiklâllerine hürmet prensibine hiçbir hâle iras etmez. Fransız mahkemelerinin kararları, bizzat yabancı bir hakimiyetten sadir oluşları hasebile kendi kontrollerinden kurtulan muameleleri (tamamen) sakatlayamaz. -Bu kararlar sadece bu muamelelerin muayyen şahıslara dermeyeran edilemeyeceğini, onlar için keenklemeyekün olduğunu ve onları ilzam edemeyeceğini ve nihayet mahkemelerin, otoritesini muhafazaya çalıştıkları millî kanun aleyhine olarak ileri sürülemeyeceğini kabul ederler. *VIDAL*'in bu muamelelere ihtiyarile iştirak etmiş olmasının ve bir hile kastile hareket etmiş bulunmasının ehemmiyeti yoktur. -Esasen bunlar sanki kendisi kanuna uygun şekilde hareket etmiş gibi, bizzat hileye ortak olan bir kimse tarafından ileri sürülemez. Her hal ve şartta bu itiraz *VIDAL*'e karşı dermeyeran edilebilse bile, hakkı daima olduğu gibi bâki kalan savcıya karşı dermeyeran edilemez. -binnetice Madam *VIDAL*'in ikinci izdivacı aktedildiği anda birinci izdivacı Fransız kanunlarının indinde bozulmamış olarak duruyordu. Bu sebeple ikinci izdivaç esaslı bir butlanla (mutlak) malûdür. . . .

1884 de boşanma prensibinin Fransız hukukuna tekrar ithalile sırf boşanma memnuiyetinden kurtulmaya matuf olan bu hilelerin Fransa hakkında önü alınmış oldu.

Fakat başka bir devletin boşanma memnuiyeti prensibinden kurtulmak için bu sefer de Fransız tabiiyetini ihraz edip Fransa'da boşanma hükmü istihsaline teşebbüs edenler görüldü. Fakat Fransız içtihatları böyle yabancı bir kanuna karşı kendi hukuklarına iltica suretile yapılan hileler hakkında başka türlü davrandılar. Vaktile Fransız kanunundan kaçmak için boşanmaya cevaz veren bir memleket teba'lığına geçip orada boşananların durumu ile bu kere İtalyan kanunundan kaçmak için Fransız teba'lığını ihraz ve Fransa'da boşanma hükmü istihsal edenlerin durumu arasında objektif bakımdan hiçbir fark yoktu. Mecvut yegâne fark evvelki hâdiselerde aleyhiné hile yapılan kanunun Fransız kanunu yâni "Millî kanun" oluşu yeni hâdiselerde ise İtalyan kanunu yâni yabancı kanun oluşu idi. Yabancı kanunlara karşı yapılan hileleri Fransız mahkemeleri müsamaha ile karşıladılar.

Bu hâdiselerin en meşhuru Ferrari davasıdır [7]. Bu, Bauffremont davasının hemen aynidir: *Markiz Ferrari* aslen Fransız olup *Marki Ferrari* ile evlenince İtalyan olmuştur. Bilâhare kocasıyla rızai bir ayrılma halinde iken Fransız tabiiyetini ihraz etmiş ve bu ayrılığın boşanmaya inkılâbını istemiştir. Fransız mahkemesi kadını böyle bir talepte bulunmaya yetkili görmüştür, ancak ayrılık halinin kazai bir karara müstenit olmayıp rızai olması sebebiyle bunun boşanma sebebi teşkil edemeyeceğinden bahisle davayı red etmiştir. Eğer bu ayrılık mahkeme kararile olsaydı mahkeme boşanmaya hükmedecek ve evlenme memnuiyetine mütedair olan İtalyan kanununa karşı vâki hileyi nazara almayacaktı.

Daha eski bir kararda bu sefer İtalyan koca *Avvocato* tabiiyet değiştirir ve Fransa'da boşanma davası açar. Fransız mahkemesi İtalyan kanununa karşı vâki hile ile ilgilenmeyeceğini açıkça bildirir: "*Avvocato*'nun, boşanmayı meneden İtalyan kanununa hile kastile mi tabiiyet değiştirdiğini araştırmak mahkemeye düşmez -bu mesele boşanma istihsal edildikten sonra *Avvocato*'nun İtalya'ya gidip orada tekrar evlenmeye kalkması halinde ve İtalyan mahkemelerinde mevzuu bahs olabilir, bu hususun halli bir Fransız mahkemesinden istenemez [8].., Yabancı kanunlara karşı hilenin niçin millî kanunlara karşı hile ile aynı ehemmiyette telâkki edilmediği ve tabiiyet ihrazını müteâkip boşanma istihsalı keyfiyetinin hangi andan itibaren kanuna hile addedileceği hususlarını ileride sistematik kısımda münakaşa edeceğiz [9].

53 — (Mükerrer) İtalyan içtihatlarında boşanma memnuiyetine karşı hileler:

İtalyan medeni kanunu *Canonique* hukuktan mülhem olmakla 149 uncu maddesinde evlenmeyi gözülmez bir bağ olarak tanıır. Bu durumdan müşteki olan eşler ayrılmaya karar verince bir yabancı devlet tabiiyetine geçerler. Yalnız 13 Haziran 1912 tarihli İtalyan kanunu İtalyan tabiiyetinin kaybedilmesi için yalnız yabancı bir devlet tabiiyetinin iktisap edilmiş olmasını kâfi görmüyordu. Ayrıca o yabancı devlette fiili bir ikâmetgâhın da tesis edilmiş olmasını istiyordu. Mamafih bu takyit de tabiiyet tebdiline mani olmak bakımından kâfi derecede mukavim bir set teşkil etmiyordu [10].

Umumî harpten evvel İsviçre, Macaristan yahut Fransız teb'alıklarına geçmek suretile yapılan bu boşanmalar harpten sonra serbest *Fiume* şehrinin kurulmasını müteakip oranın teb'alığını kabulle daha kolayca yapılıyordu. Bunlar

[7] Ch. Civ. 6. Juillet. 1922 D. 1922. 1. 137

[8] Toulouse hukuk mahkemesi 21.Mart.1892 tarihli karar Clunet 1892 Sh: 923

[9] Aynı mahiyette diğer kararlar için bak: VERPLAESTE a.g.e. Sh: 20

[10] René DESJARDIN - Le Mariage en Italie depuis les Accords de Latran, 1933 Sh: 143

hukuk edebiyatında "Fiume boşanmaları", veya "zengin boşanmaları", diye meşhurdur. Çünkü tabiiyet tehdili ve yabancı bir memlekette yeni bir ikametgâh tesisi gibi imkânlar ancak servet sahibi olan sınıfa nasip oluyordu. Filhakika kendisine teb'a bulmak isteyen ve imkân nisbetinde yabancı teb'aların kendisine geçmesine kolaylık gösteren bu serbest şehirde o zamanlar Macaristan kanunları cari idi ve boşanma caizdi. Boşanmak hevesinde ve İtalyan teb'asından olan eşlerin bu şehre fazla tehcümü Fiume'de bu işleri süratle intaç edecek ve müşterilerine hiçbir formalite-zahmeti çekirtmeyecek olan husûsî teşekküllerin kurulmasına sebep oldu. İtalyan mahkemeleri ise bu gibi boşanmaların muteber olup olmadığı hususunda mütenakız kararlar verdiler [11]. Nihayet İtalya ile Yugoslavya arasında imzalanan 27 Ocak 1924 tarihli müahede ile *Fiume* İtalya ya ilhalk edilince bu çeşit hileler önlendi. Mamafih *VALERY*'nin işaret ettiği gibi artık boşanma hevesindeki İtalyan teb'alarının *Fiume*'den başka bir yabancı memleket tabiiyetine geçmeleri lâzımgelcekti [12].

54 — Neseb münasebetlerini tanzim eden hükümler aleyhine hileler:

Muhtelif kanun koyanlar sahih nesebin yanında sahih olmayan neseb münasebetlerini de tanzimi sosyal nizam bakımından faydeli görmüşlerdir, ve umumiyetle bu münasebetten doğan çocuğa mevcudiyetine sebep olan erkekten babalık davası açmak hakkını tanımışlardır. Muayyen şartların tahakkuku halinde çocuk tabii babadan maddî yardım isteyebilir veya mahkemeden babalığın bütün hal ve şartlarile hükmolunmasını talebedebilir.

Fransız teb'asından *Martin* adında bir erkekle Romen teb'asından *Michaesco* adındaki bir kadının serbest münasebetlerinden doğan çocuk namına (ki anası tarafından resmen tanınmış olan bu çocuk Romen tabiiyetindedir) anası, Fransız baba aleyhine babalık davası açar. Hadiseye bakan *Toulouse* bidayet mahkemesi 3 Aralık 1917 de davacı çocuğun Romen teb'asından olması ve Romen mevzuatının ise kendisine babalık davası açmak hakkını tanımaması sebebiyle davayı reddeder. Bunun üzerine çocuğun anası Fransız medenî kanununun Fransa'da doğan yabancı çocukların Fransız teb'alığına geçmelerine imkân veren 9 uncu maddesinin 10 uncu bëndine istinadla çocuğunu Fransız teb'alığına geçirir ve hükmü istinaf eder. *Toulouse* istinaf mahkemesi 18 Temmuz 1918 tarihli kararı ile davacıyı haklı çıkarır: "Madam *Michaesco* küçük çocuğuna kat'i olarak Fransız tabiiyetini kazandıran ve kanunen muteber bir şekilde yapılmış olan tabiiyet tehdili talebi ile kendisine kanunun bahşettiği bir hakkı asla suistimal etmiş ad-

[11] DESBOIS - a.g.e. Sh: 234

[12] J. VALERY - La fin des divorces flumains. Clunet. 1924 Sh: 802

dolunamaz, der. Yani dava esnasındaki tabiiyet değiştirme muamelesini muteber olarak kabul eder. Bunun üzerine Martin yani dava olunan Fransız baba, bîdayet mahkemesinin ilâmından sonra yapılan bu tabiiyet tebdilinin davacıya herhangi bir hak bahşedemeyeceğini iddia ederek kararı temyiz eder. Fakat yargıtay bîdayet mahkemesinde açılan dava ile istinaf mahkemesinde açılan dava arasında tarafların, hukukî sebebin ve talep mevzuunun aynı olduğunu arada vuku bulan tabiiyet tebdilinin ancak bir dinlenmezlik def'ini karşılamak için (la fin de non recevoir) başvuru olan bir vasıta olduğunu kabul ederek temyiz talebini red eder [1]. Burada bu tabiiyet tebdilinin Romen kanunlarından kaçma niyetile yapıldığı yâni bir kanuna hile olduğu kabul edilmemiştir. Hâdise üzerine bir seri makale yazan Louis RIGAUD Romen kanunlarının babalık davasını tammadığını hatta Romen içtihatlarının yabancı memleketlerde dahi Romen teba'alarının babalık davası açmalarını kabul etmediğini belirttiğinden sonra Fransız mahkemelerinin vâki tabiiyet tebdilini ve buna dayanan davayı kabul etmekle yûksek tabii hukuk prensiplerinin güzel bir tatbikatını yaptıklarını iddia eder [2]. Babalık davasının çocuğun millî kanununa göre açılması gerektiği içtihatlarca kabul edilmiştir [3]. Hatta hem tabii ana hem tabii baba Romen teba'ası olduğu halde Fransa'da doğan çocuğun yine muhakemenin devamı sırasında Fransız teba'lığını ihraz edişi muteber sayılarak davası mesmu görülmüştür [4]. Keza Faslı bir musevi kadının bir Fransız teba'ası aleyhine çocuğu namına açtığı babalık davasında yine muhakemenin devamı sırasında çocuk Fransız tabiiyetini ihraz etmiş ve davası kabul olunmuştur [5].

Bütün bu hâdiselerde iki mesele bahis konusu olmuştur: Çocuğun tabiiyet tebdili keñdi eski millî kanunundan kaçmak için midir? Bu takdirde hâdise kanuna hile olarak telâkki edilebilir. Fakat meselâ Romen çocuğun işinde bunu ancak bir Romen mahkemesi böyle telâkki edebilir. Halbuki Fransız mahkemesi yabancı kanunlara karşı hilâyî takiple kendisini mükellef görmez. İkinci mesele şudur: bu tabiiyet tebdili babanın, ananın daha evvel başka bir tabiiyette olduğunu ve mensup olduğu millî mevzuatın kendi aleyhine bir babalık davası açmasına cevaz vermediğini esas tutarak kadınıla münasibete girişmiş olması ihtimali karşısında, acaba çocuğun bu tabiiyet tebdili ile dava hakkını ihrazı, baba olan erkeğin müktesep haklarına bir tecavüz teşkil etmez mi? Bu mesele doktrinde ekseriyetle red edilir. Baba böyle bir müktesep hak iddia edemez. Etse bile böyle bir

[1] Cour. de Cassation: 17 - Juillet - 1919 Clunet 1921 Sh: 146

[2] Louis RIGAUD - De l'action en déclaration de paternité intentée contre un français par une mère étrangère pendant la minorité de son enfant né en France. Clunet 1918 Sh: 1048

Louis RIGAUD - L'action en recherche de paternité et l'influence exercée par le changement du statut personnel de l'enfant en cours d'instance. Clunet 1918. Sh: 50

[3] Ch. Civ. 20-Janvier-1925 D.P. 1925. 1. 179

[4] Cours de Paris 16-mai-1923 Clunet. 1924 Sh: 113

[5] Cour de Rabat: 3-fevrier-1925 Clunet. 1926 Sh: 432

hakkın şümulü çocuğun tabiiyet değiştirme hakkına mani olacak kadar ileri gidemez. Esasen böyle bir müktesep hak iddiası, olsa olsa kadınla erkek arasında olabilir yoksa bu münasebetten doğacak çocukla baba arasında zımnî bir mukavele tasavvuru kabil değildir ki çocuğun bilâhare tabiiyet değiştirerek babanın bu anlaşmadan doğan müktesep haklarını ihlâl ettiği kabul edilebilsin [6]. Diğer taraftan kanaatimizce bir serbest münasebet hâdisesinin taraflardan biri lehine bir müktesep hak yaratıp yaratmayacağı hususu da ayrıca münakaşaya değer bir keyfiyettir.

54 — (Mükerrer) - **Tabii çocukların tanınması kaidesinin gayesinden inhiraf ettirilmesi suretile vâki hileler:**

Neseb münasebetlerini tanzim eden hükümlere karşı yapılan ve dahili hukuk çevresinde kalan diğer bir hile de zahiren tanıma müessesesine istinad ederek hakikatte bu müessesenin ruhuna karşı gelmek suretile vâki olur. İleride sistematik bölümde izah edeceğimiz gibi bu nevi hilelerin hususiyeti hem kaçılan hem de sığınılan maddenin aynı oluşudur. Yani hem hile normu hem de hileye vasıta olan norm aynı maddedir. Maddenin lâfzına istinatla ruhuna karşı hile yapılır. Vereceğimiz misalde tabii baba çocuğunu tanıma hakkını öyle bir zamanda kullanır ki bundan ne çocuk ne onun fûruu hatta ne de manevî bakımdan onu doğuran kadın değil; bizzat tanıyan babanın kendisi istifade eder. Yani kendi tabii çocuğu öldükten sonra sırf onun mirasına konmak için tabii baba bir tanıma muamelesine kalkar. Acaba böyle bir tanıma muteber telâkki edilmeli ve baba mirasa konmalı mıdır? Tabii çocuğun tanınması için ne bizim kanunumuzda ne de Fransız kanununda tanıma hakkının istimali bir müddete tâbi değildir. Fransız kanununda ayrıca çocuğun öldükten sonra da nesebinin tashih edilebileceği ve bunun fûrularının bundan faydalanabileceği 332 nci maddede tasrih edilmiştir. Fakat bu, tamma hakkında değil neseb tashihi hakkındadır ve ancak fûru bırakan tabii çocuklara mahsustur. Mamafih bu madde kıyasen tanımaya da tatbik edilmektedir. Fakat ölen tabii çocuğun gerek tanınması gerek nesebinin tashihli için her halde fûru bırakmış olması şarttır. Buna mukabil ölen tabii çocuğun (fûru bırakmadan) asla tanınmayacağı hakkında da bir madde yoktur. Şu halde çocuk bırakmadan ölen bir tabii çocuğun tanınması muteber addedilmelidir. Fakat ölmüş bir tabii çocuk gerçeklikte acaba niçin tanınmak istenir? Bundan faydalanacak olan kimdir? Çocuğun fûru bırakmış olması halinde bunların faydalanacağı tabiidir. Fakat fûru da bırakmamışsa bu muamele kimin lehine netice

verecektir? Bu, çocuğun muayyen bir miras bırakması halinde tabiatile tanıyan kimse lehine bir sonuç doğuracaktır. Şu halde bütün mesele hayatı müddetince tanımamış olduğu bir çocuğu öldükten sonra tanıyan ana veya babanın bu tanımayı hangi saikle yaptığının araştırılmasına müncer olmaktadır. Zira bu bazen mirasa konmak gibi bir tamah hırsından farklı manevî bir tatmin gayesile de yapılabilir. Bilhassa ana berhayat ise.

Fakat böyle bir tanumanın hangi saikle yapıldığını tesbit her zaman kolay olmaz. Onun için umumiyetle bu gibi tanınmalarda objektif bir ölçü kabul etmek gerekir. Eski müelliflerin bir kısmı bu gibi tanumanın sırf mirastan istifade için yapıldığını, samimi dahi olsa, yâni hakikaten tanıyanın tabii ana ve baba olduğu muhakkak dahi olsa böyle bir tanumanın ve miras hakkının asla kabul edilmemesi gerektiğini müdafaa ederler. *Delvincourt* bu fikirdedir [7], ve bu fikrin tatbikatını Paris istinaf mahkemesinin 26 Nisan 1852 tarihli kararında buluruz. Hâdis e evvelâ Seine mahkemesinin 1 Haziran 1851 tarihli kararına mevzu teşkil etmiştir. Vak'a şudur: Bir genç kızın gayri meşru bir çocuğu olmuştur. Çocuk anasının adını alarak onun yanında yetişmiş ve sonra ölmüştür. Çocuk lehine bir üçüncü şahıs 2000 franklık bir vasiyette bulunmuştur. Fakat çocuk, anası tarafından hiçbir zaman resmen tanınmamıştır. Çocuğa varis olabilmek için ise onu tanımış olmak lâzımdır. O halde miras açıldığı zaman çocuğun varisi yoktur ve mirası hazineye kalmıştır.

Bunun üzerine çocuğun nüfus cüzdanında mukayyet bulunan çocuğun tabii anası ölen çocuğunu tanıır ve hazine aleyhine dava açar. Seine mahkemesi; tabii ananın, çocuğa evlâdı gibi baktığını ve ana ile çocuk arasındaki tabii ana evlât münasebetinin dahi bir takım karşılıklı hak ve vazifeleri tevhit ettiğini ve cahil ve fakir halk tabakasında nüfus cüzdanından ve fiili durumdân başka bir şeye kıymet verilmediğini ve kanunun sükûtu karşısında meşru olmayan neseb alâkalarına daha fazla şiddet göstermenin hem manasız hem de sosyal bakımdan mahzurlu olduğunu kaydederek anayı haklı çıkarır ve gerek tanımayı gerek varislik hakkını kabul eder. Cerekenin sosyolojik cephesi kuvvetlidir [8]. Ancak, hazinenin istinafı üzerine Paris İstinaf mahkemesi meseleyi daha ziyade hukukî cepheden tetkik etmiş ve medenî kanunun 765 inci maddesinin, tabii ananın ancak tanımış olduğu çocuğunun varisi olabileceğini, halbuki davacı kadının, çocuğun hayatı müddetince böyle bir tanımada bulunmadığını ancak onun ölümünde sonra ve mirasına konmak maksadile tanımış bulunduğunu, böyle bir tanınmanın ise, gecikmiş bir tanıma olup kanunen kabul edilemeyeceğini bildirmiştir. Esasen çocuğun bizzat iştirak etmediği bir nüfus cüzdanı, böyle bir resmî tanınmanın yerini tutamaz. Diğer taraftan, ölen çocuğa, kendi çocuğu gibi muamele etmiş, bak-

[7] Rép. DALLOZ. 1855. Paternité et Filiation No. : 509 Sh. : 327

[8] Trib. Seine. 1. Juin. 1851 D. 1855, II. 181

mış olması (*possession d'état*) keyfiyeti ana lehine kanuni bir mesnet teşkil etmez. Bu hal, olsa olsa ananın yaptığı masraflar dolayısıyla çocuğa onun mirasından bir tazminat almasını mucip olur, ve alacaklı sıfatile kendisine 2.000 frank verilmesi gerekir [9].

Bu karar; çocuğun menfaatlerini korumağa matuf olan tanıma müessesesinin, ana ve babanın sırf onun mirasından istifade etmeleri için bir vasıta haline getirilmesini menetmek bakımından kanuna hilenin tipik bir tatbikatını teşkil eder. Ancak pek fazla münakaşayı mucip olan bu mevzu üzerinde müstakar bir neticeye varıncaya kadar yine muhtelif safhalardan geçilmiştir. Fikirlerini kısaca naklettiğimiz *Delvincourt* hem tanımayı hem varislik hakkını red ettiği halde; *Duranton* "kanun, tanıma için bir müddet kabul etmemiştir. Fakat mantık şunu icabettirir ki, bu tanımanın ana ve baba için bir istifade sebebi teşkil edebilmesi için hiç olmazsa, çocuğu da müstefid etmiş olması lâzımdır, yâni menfaat için yapılan bir spekülasyon mevzuu olmamalıdır., diyor yâni bu müellifin fikrince tanıma muteberdir fakat varislik hakkı vermez. *Pau* istinaf mahkemesinin 9 Temmuz 1844 tarihli kararı aynı fikrin tatbikatını yapar [10]. "765 inci madde fûrusuz ölen tabii çocuğun mirasının onu tanımış olan ana ve babaya isabet edeceğini bildirir. Tabii bir çocuğun tanınması yalnız neseb münasebetinin tesbitinden evvelki bir vakıanın, çocuğun doğumundan itibaren hüküm ifade etmek üzere bildirici mahiyette bir delili hükmünde değildir. Belki bundan fazla olarak tanıma muamelesi tabii çocuğun halini (durumunu) adamakıllı değiştirici bir keyfiyettir. Bu keyfiyet ana ve oğul arasında kanun nazarında evvelce mevcut olmayan bir takım münasebetler ihdas eder ki bu münasebetlerin tanımanın vukuundan daha evvel dahi mevcut olduğunu kabul etmek kanunun red ettiği bir nevi makale şümul kaidesi ile neticenin sebepten evvel doğmasını istemek olur. Bu itibarla çocuğun ölümden sonra tanınması, tanıyana mirasçılık sıfatını kazandırmaz. Çünkü bu tanımanın hükümleri henüz ölüm anında mevcut değildi. Halbuki varislik sıfatı ancak mirasın açılması anındaki duruma göre taayyin eder. Bu durumda ise ana henüz oğlunu hukuken tanımış değildir. Yani hukuken onun anası değildi ki varisi olabilsin.

Diğer taraftan tanıma müessesesi ancak tabii çocukların lehine olarak konmuştur, ve buna müsaade eden kanun bununla asla tabii ana ve babanın menfaatlerini tatmin etmeyi istihdaf etmiş değildir. Kanun, tanımadan sonradır ki onlara mütekebil olarak bazı haklar tanıy, ve bunu onları tabii borçlarını öde-meğe teşvik için yapar.

[9] Cour de Paris 26. Avril. 1852 D. 1855. 2. 182

[10] Pau 9. Juillet. 1844 D. P. 1845. 2. 37

Binnetice ananın oğlunu sırf onun mirasına konmak için tanımamasına asîa müsaade edemez. Böylece ister kanunun metnine bağlı kalınsın ister ruhuna müracaat edilerek istihdaf ettiği ahlâkî gayeye dânişilsın tabii çocuğun mirasının ancak ölümü anında onu zaten daha evvelden tanımış bulunan anaya düşebileceğini kabul etmek icap eder. Bu itibarla çocuğunu öldükten iki ay sonra tanımış olan Madam Séchas oğlunun mirasına tevarüs edemez ve davası kabul edilmez...

Buna mukabil diğer birçok müellifler bilhassa *Demolombe* hem tanımamanın hem de varisliğin kabul edilmesini tecvize kadar ileri gitmişlerdir. Bunlar tanımamanın muteberliğinin hiçbir kanunî tahdide tâbi olmadığını, böyle tahditler vazının bir keyfilik teşkil edeceğini iddia ederler. Sonra tanımamanın mirasın açılması anında varis bulunup da mirası almış olan üçüncü şahısların müktesep haklarına zarar vereceği yolundaki itirazların da hakşız olduğunu çünkü mirascılık hakkını tanıma muamelesinin değil, belki tanımaya tekaddüm eden tabii hısmınlığın tevhit ettiğini ve bu tanıma keyfiyetinin sadece bildirici bir mahiyette olduğunu ileri sürerler. Bunlar yalnız bir noktaya işaretle iktifa ederler. Böyle bir tanımamanın yapılma zamanı tanımamanın samimiyeti hakkında şüpheyi davet edebilir. Yâni hakikatte tabii baba olmayan birisi kârlı bir spekülâsyon için böyle bir tanımda bulunabilir. Binaenaleyh mahkemeler bu vaziyeti incelemeli yâni kâzip babaların davalarını red etmelidir [11]. Fransız mahkemeleri bilâhare aynı fikri terviç etmişler ve yalnız babanın samimi olmaması, yâni hakîki tabii baba olması ihtimalinden şüphe edilmesi hallerinde bu tanımları kabul etmemişlerdir. Bu husus esasen medenî kanunun 339 uncu maddesi ile sağlanmaktadır. Mezkûr maddede; tanıma keyfiyetine bütün alâkâlıların itiraz edebileceği bildirilmektedir. Görülüyor ki bu içtihatlarda mahkemelerin korktukları hile ihtimali kanuna karşı değil belki alâkâdarlara karşı sahte bir babanın yaptığı hiledir [12].

Bu hususta *Rouen* mahkemesinin bir kararı tipik bir misaldir ve tanıma; çocuğun ölümünden sonra mirasa konmak maksadile yapılması yüzünden değil; belki tanıyan kimsenin hakîki babalığından şüphe edilmesi yüzünden kabul edilmemiştir [13].

Bu karar, tanımamanın kabul edilmemesini veya hiç değilse varislik hakkının verilmemesini teklif eden nazariyeye cevap teşkil edebilecek bir gerekçeyi ihtiva etmek bakımından enteresandır. Vakıa netice itibarile tanımayı red eder. Fakat gerekçesinde hazinenin bahsettiği eski nazariyeye dayanan temyiz sebeplerini

[11] Rép DALLOZ. 1855. Paternité et Filiation Sh. : 327

[12] Cass. 7. Janvier. 1852 D. 1852. 1. 75 not. : 6
Poitiers 27. Déc. 1852 D. 1853. 2. 120 not. : 1

[13] Rouen 20. Déc. 1859 D. 1901. II. 71

red eder ve sırf tabii baba olduğunu iddia eden şahsın hakiki tabii baba olduğuna kanaat getirdiği için tanımayı kabul etmez [14].

Tanımaya talebinde bulunan babanın hakiki tabii baba olup olmadığının tâmini mahkemelerce bir vakta meselesi olarak ele alınır. Ve tanıma zamanının uygunsuzluğu bu hususta oldukça kuvvetli bir karine teşkil eder.

Eski ve yeni içtihatlar arasında bir mukayese yapmak gerekirse eski içtihatların hakkaniyet prensiplerine daha uygun olduğu görülür. Ancak yeni içtihatlar daha objektiftir, ve saiklerin üzerinde durmadıkları için hâdise hakkında hüküm verecek olan yargıçları esaslı bir müşkülâtan kurtarmaktadır. Bu içtihatları izah zımında PLANIOL şöyle bir gerekçe vermektedir: "Tanımaya ile nesep tashihi arasında bir kıyas caiz değildir. Nesep tashihi kanunun verdiği bir imtiyazdır ve bunun gayesi çocuğa yeni bir hak bahşetmektir. Şu halde bu çocuk furu bırakmadan öldüğü takdirde bunun hikmeti vücudü kalmaz. Fakat aynı zamanda hem bir delil hem de tek taraflı bir irade beyanı olan tanıma böyle değildir. Delil olmak bakımından mevzuu bir vakıayı tesbittir ki her hal ve şartta

[14] Rouen mahkemesinin zikrettiğimiz kararına mevzu olan hadise şudur: Matmazel Gu-not gayri meşru bir çocuktur. Bekâr yaşamış ve 50 yaşında iken ufak bir miras bırakarak ölmüştür. Bunun amesi kendisinin doğumundan 4 sene sonra Feroq adında bir erkekle evlenmiş bundan birkaç çocuğu daha olmuştur. Ölen gayri meşru kız hayatta iken anasının sonradan evlendiği Feroq'la hiçbir münasebette bulunmamıştır. Nihayet kendisi varis bırakmadan 50 yaşında ölmüş hazine kalan mirası almıştır. Bunun üzerine Feroq derhal ölen kızın kendisinin ölen karısından evlenmeden evvelki münasebetlerinden doğan tabii çocuğu olduğunu bildirenek Noter huzurunda bir tanıma senedi tanzim ettirmiştir. Bunun üzerine hazine aleyhine dava açmıştır. Davayı rüyet eden Rouen mahkemesinin 17 Janvier 1899 (D. 1901. 2. 72) tarihli kararında şöyle denmiştir: "... tanıma keyfiyetinin doğum gibi maddî ve hukukî kabul olmayan bir vakıaya istinat eden bir kadın tarafından değil de, izdivac dışında hiçbir kanunî katiyet karakteri arz etmeyen babalık vakasına istinat eden bir erkek tarafından ileri sürülmesi halinde, bu tanımaya mesnet teşkil edecek karinelerin kuvvet ve mahiyetlerini takdir ederken zâhâ titiz davranmak icap eder. ... bu davanın hal ve şartları mevzu bahis tanımaya bir samimiyet karakteri bahşetmemektedir. Bilâkis bu tanıma Feroq tarafından sırf kâr düşüncesiyle kendi kendine bir sıfat temin etmek maksadıyla icat edilmiş bir teşebbüs gibi görülmektedir. ... denmektedir. Hadiseyi istinafen tetkik eden Rouen istinaf mahkemesi ise 20 Aralık 1899 tarihli kararında şöyle demiştir: "Feroq tarafından hazine aleyhine açılmış olan irs sebebiyle istihkak davası üzerine hazine davanın mesnedini teşkil eden tanıma keyfiyetinin batıl ve kecnlemeykûn addi gerektiğini iddia etmektedir. Zira evvelâ bu tanıma çocuğun ölümünden sonra vâkî olmuştur sanıyen herhalde davanın hal ve şartları bunun samimî olmadığını isbat etmektedir. Bunu müteakip bidayet yargıçları meclî kanununun 165 ve 334 üncü maddelerinin hukukî tefsirlerini yapmışlardır. Şöyle ki: "bu kanunî hükümlerden de biri ne ileri tabii çocukların tanınmasının mutaberiğini bir zaman şartile takyid etmişlerdir. Fazla olarak tanınanın çocuğun ölümünden evvel olması gerektiğini mutazammın da değildirler. Filvaki bir taraftan sırf babalığı bildiren ve hükümleri çocuğun doğum gününe kadar geriye giden bir tanınanın makabîle sumul bassası, tanıyan kimseye, hatta çocuğun mirasının açıldığı andan itibaren mirasçılık sıfatını bahşeder diğer taraftan da tanıma muamelesi tek taraflı bir muamele olduğundan mutaberiğini katiyen bir kabul mütevakkîf değildir. Esasen öldükten sonra yapılan bir tanınanın pek asilâne saiklerle yapılması ihtimal de akla gelebilir. Hatta bu tanıma pek amir bir zaruret neticesi de olabilir. Meselâ yaşama kabiliyetini haiz olarak doğmuş ve fakat nüfus kâğıdının çıkartılmasından evvel ölmüş olan bir çocuğun tanınması böyledir. Şu halde hazinenin birinci iddiası yerinde değildir reddi gerekir.

Fakat ikinci itiraza gelince mahkeme tanınanın samimî olmadığı neticesine varırken davanın hal ve şartlarını doğru olarak takdir etmiştir. Filhakika Feroq çocuğun annesile 18 Ocak 1862 tarihinde evlenmesi sırasında bu çocuğu ne tanımış ne de nesebini tashih ettirmişti. Çocuk hayatta iken ona hiçbir muhabbet veya sevkât hissi göstermediği gibi ihtiyaçları ve terbiyesi ile alakadar olmamıştır. Onu ancak hazinenin talebi üzerine terckenin tesbiti tarihinin ferdasına tanımıştır. Başlı başına çirkin ve inceden inceden mürettep olan bu hal ve şartlar Feroq'un yaptığı tanıma muamelesinin hakikatini bir ifadesi olmadığına ve kendisini bu harekete sevk eden gayin hüsnüniyet olmayıp tamah hırsı olduğuna delil teşkil etmektedir. ... binaenaleyh Feroq'un irs sebebiyle istihkak talebinin kanunî temelden mahrumiyeti sebebiyle reddi gerekir...

ileri sürülebilir. Buna karşı tanımının kendisini faydalandıracağı bir kimseden sadir olan alelâde bir beyandan ibaret olması bakımından kıymetsizliği iddia edilebilir. Fakat bu, onun gene tek taraflı irade beyanı olmasına manî değildir: Bu muamele muteberdir, hatta münhasıran kendisinden sadir olduğu kimseyi faydalandırırsa dahi [15]..

Kanaatımızca bu izah meseleyi halletmeden ziyade kapatmaya müneer olmaktadır. Esasen hakkın suistimali nazariyesine karşı sempati göstermeyen ve kanuna hile meselelerini pek mahdut bir iki hale maksur olarak kabul eden *PLANIOL* kanun boşluklarının içtihatlar marifetile bu tarzda doldurulmasına tabiatile taraftar olamaz. Halbuki kanuna karşı hile teşkil eden muamelelerin hepsi kanun metinlerinin ve muayyen medenî hukuk prensiplerinin icaplarına daima tamamen uygun görülür. Hadisede tek taraflı bir irade beyanının muhatabın kabulüne muhtaç olmaksızın tekemmül edebilmesi bu beyanın hakikatte kanuna karşı hile saikile yapılmış olmasına manî teşkil etmez. Kendi tabii çocuğunu ancak onun ölümünden sonra ve sırf mirasına tamah ederek tanıyan baba çocuk lehine mevzu olan tanıma müessesesini gayesinden inhiraf ettirmiş ve tanıma muamelesi hakkındaki zaman takyidinin yokluğundan sırf kendi kârı için istifadeye kalkışmıştır. Bu hareketin hukuka uygun telâkki edilmesi kanaatimizce doğru değildir, ve eski kararlar hakkaniyete ve umumî hukuk prensiplerine daha uygundur.

H. Zayıf durumda bulunanları himayeye matuf hükümler aleyhine hileler:

55 — Genel olarak:

Bu umumî başlık altında dogmatik hukuk bakımından birbirinden pek farklı koltara dâhil olan mevzuları tetkik edeceğimizi evvelce işaret etmiştik. Filhalka yalnız ruhi irade zaaflarını korumaktan ziyade hakikatte iradelerini diledikleri gibi kullanmak bakımından ruhi, maddî ve iktisadi einsten muhtelif sebeplerle zayıf durumda bulunanları korumayı istihdaf eden çeşitli hükümlere karşı vâki hileler fertler arasındaki hayat mücadelesinin ve hangi bakımdan olursa olsun daha kuvvetli olanın daha zayıfı istismara yeltenmesinin bir tezahürüdür. Kanun koyan bu tabii temayülleri nizami müeyyidelerle önlemek için muhtelif maddeler koymuştur. Bu maddelerin doğrudan doğruya ihlallerinin müeyyideleri sarihtir, ve bu maddeler ilk bakışta ancak bu açıktır açığa ve doğrudan doğruya

vâki olan ihlâlleri derpiş eder gibi görünürler, fakat maddelerin vaz'ına âmîl olan gaye muhakkak ki bunların her ne şekilde ve her ne vasıta ile olursa olsun ihlâf edilmemeleridir. Kanun koyan çeşitli sebeplerle iradesini dilediği gibi yahut makul ve menfaatlerini müdrîk reşit bir insan gibi kullanamayan kimseleri, kendi yakınlerinin iğfallerine maruz olan ferdleri türlü müeyyidelerle korumaktadır: Aldatılan âkidi, aldatılan üçüncü şahsı, hiffetinden veya muzayaka halinden istifade edilen borçluyu, mümeyyiz olmayan veya reşit olmayan şahsı sarîh müeyyidelerle korumuştur. Bunlardan başka hususî bazı halleri de derpiş etmiş ve ayrıca bir aldanma veya tazyik halinin isbatına hacet bırakmadan bu gibi aldanma veya zorlama ihtimallerini baştan tahmin ederek böyle hallerde bulunanların yaptıkları muameleler hakkında onları ikaz eden ve ihtiyata davet eden kayıt ve şartlar koymuştur.

Fert ne zaman zayıf durumdadır, hangi sebeplerden dolayı ve hangi hallerde iradesini makul ve menfaatlerini müdrîk bir insan gibi kullanamaz? Kısacası fert hangi hal ve şartlarda istemeyerek kendi aleyhine hareket eder? Bu sebepler, bu hal ve şartlar muhtelifdir. Bir kısmı bizzat şahsın fizikî bünyesine veya yaşına مربوط sebeplerdir: Küçüklük, hastalık, eblehlik, matuhluk gibi yahut sun'î bi şekilde meydana getirilmiş arızî bir gayri mümeyyizlik teşkil eden sarhoşluk gibi. Bu hallerde fert kendi ruhî ve uzvî varlığında mündemiç olan bazı sebeplerden dolayı iradesini dilediği gibi kullanamaz. Yani bu zikrettiğimiz sebeplerin yokluğu halinden farklı hareket eder. Diğer bir kısım sebeplerse sosyal tesirlerle kazanılmış itiyadî zaaflardır: İsrâf zaafı, kumar iptilâsı gibi. Bu nevi zaafılar ve maniler kötü niyetli muhatapların istismarı için en müsait durumları yaratırlar. Fert tahrik karşısında kalmasa belki makul hareket imkânını bulacaktır. Fakat en ufak teşvik onun derhal kendi zararına olan bir takım hareketlere kalkışmasına sebep olabilir. Tövtekâr olmaya samimiyetle azmetmiş bir kumarbaz en ufak bir tahrik karşısında iradesine hakim olmayabilir ve bu yüzden malî iktidarın aşan borçlara girebilir. Keza müsrif kendisine kasten arz edilen bir israf imkânı karşısında mukavemet edemez.

Üçüncü bir grup irade zaafıları ise ferdin içinde bulunduğu hukukî durumdan mütevellittir ve bu hukukî durumun arkasında bazen hakikî iktisadî zaruretlere bazen sosyal mecburiyetler ve bazen de hakikî psikolojik zaafılar bulunabilir. Fakat fert eğer içinde bulunduğu bu hukukî durumda olmasaydı iradesini kullanmak bakımından bu neviden bir tahdide maruz bulunmayacaktı. Ancak şunu da kaydedelim ki bu tahdit veya tesirler hukukî neviden olmayıp filî mahiyettedirler. Bir misal verelim: Evli kadının kocasının nüfuzu altında bulunduğu umumiyetle kabul edilmiştir. Vaktâ hukuk devletten devlete değişmekle beraber kadını hemen bütün hukukî muamelelerde bir iki istisna hariç serbest bırakmıştır. Bunları hukukî icra etmesinde bir mani yoktur, Netekim *JOSSERAND* zayıf durumda bu-

İnan kimseleri eski ve yeni zamanlara göre bir tasnife tâbi tutarken kadınların ancak eski devirde "zayıf, telâkki edildiklerini ve bugün hemen hütün haklara sahip olduklarını söylemektedir. Fakat bir şahsın muhtelif haklara malikiyetile, ruhi ve içtimai şartlar bakımından bu hakları istimal kabiliyetli olup olmaamsı aynı şey değildir. Kadınların öyle hakları vardır ki teşbih caizse mefluçların mürur haklarına benzer, işte kanun koyan bilhassa evli kadınlarda kocanın maddi faikiyetini ve bu faikiyetin tabii bir neticesi olan nüfuzu kale almazlık etmemiştir. Şu halde evli kadın evlilik birliğini bozmayı murad etmedikçe hareketlerinden kocasının memnun veya müteessir olacağını düşünmek zorundadır. Şu halde kadın pratik hayatın bir zarureti olarak ve bazen tamamen psikolojik bir zaaf eseri olarak imkân nisbetinde kocanın temayüllerini gözetmek zorundadır. Kadının bu durumunun onun yapacağı hukukî muamelelere de tesir edeceğini kanun koyan baştan deriş etmiştir, ve bilhassa kocanın bu nüfuzunu karısının mamelekî haklarını istismar uğrunda kullanmasını önlemek istemiştir. İsviçre medenî kanununun 177 ve Türk medenî kanununun 169 ve Fransız medenî kanununun 243 üncü maddeleri bu istismarı önlemeve matuf takyitleri ihtiva ederler. (Aynı mealdeki diğer maddeleri zikretmiyoruz zira biz ancak hile yolile ihlâl edilenleri hatırlatmakla iktifa ediyoruz.)

Gene içinde bulunduğu hukukî münasebet yüzünden zayıf durumda bulunan fertlerin bir nevi de işçilerdir. Hukuken iş aktini dilediği anda bozmakta hür olan işçinin içinde bulunduğu iktisadî mahrumiyetler onun bu hukukî hürriyetinin manasını kaybettirebilir. İşçinin iradesini iş verenin iradesine rağmen bu iktisadî mahrumiyet hukukî bakımdan nazara alınmazsa pratik hayatın icapları ve hakkarîyet prensipleri unutulmuş olur. Kanun koyan işçinin bu iktisadî zaafını hukukî yollarla korumak hususunda devletten devlete değişen birçok gayret eserleri göstermiştir. Fakat bütün bu tedbirlere rağmen her devletin mevzuatında bulunması tabii olan boşluklardan kurnaz patronlar faydalanmaktan hâli kalmamışlardır. Ve böylece kanuna karşı hileye ve daha ziyade hakkın suiistimaline misal teşkil edecek çeşitli muamele neveleri icat etmişlerdir.

Böylece bu bölümde biz şimdiye kadar muhtelif milletlerin içtihatlarında rastladığımız bazı misalleri kısaca incelemek arzusundayız. Bu incelemede zayıf durumda olanların hukuken korunması gayesine matuf olan hükümlerin herne yoldan olursa olsun bertaraf edilmelerinin hoş görülmediğine şahit olacağız. Burada evvelâ israf zaafına müptelâ olanlar hakkındaki hükümleri ve bunlar aleyhindeki hileleri, sonra hem kazânâni teşvik etmemek hem de kaybedeni himâye etmek niyetile kumar ve bahis borçlarına icra kabiliyeti tanıtmayarak kumar zaafılarını korumaya matuf olan kaideleri ve bunlar aleyhine yapılan hileleri ve daha sonra bazı hukuk sistemlerinde nazara alınan hastalıktan mütevellit ve doktora müteveccih zaafıları korumaya matuf hükümleri ve aleyhine yapılan hileleri ve

nihayet kadının koca nufuzundan, işçinin patronu istismarından korunmasına matuf hükümleri ve aleyhlerine tertip edilen hileleri inceleyeceğiz. Muhakkak ki bu tasnifimiz indidir ve asla tadadı değildir. Zayıflık durumunu ihdas eden sebepler pek çoktur ve bunlar aleyhine yapılan hileler de hiç şüphesiz bizim kaydettiklerimizden ibaret değildir. Ancak bizim maksadımız defaatle söylediğimiz gibi bir emsal arşivi yapmak değil belki hukuk alemine aksedebilmiş olan bir iki tipik örnek vermektir.

56 — İsraf zaafını korumaya matuf hükümler aleyhine hileler: (genel olarak)

İsraf zaafının korunmasını isteyen kanun koyan müsrifin irade zaafından başkalarının faydalanmaya çalışacağını baştan derpiş etmiş demektir, ve bu himaye maddelerine hâkim olan ruh müsrifin iradesinin herne vasita ile olursa olsun istismar edilmesine mâni olmaktır. Fakat müsriflik itiyadı bir anda vücutte getmez ve ertadan kalkmaz. Müsrifin bu zaafı etrafındakilerce hemen daima malûmdur. Kendisi hakkında bizim kanunumuza göre "hacir,, Fransız kanunlarına göre "müşavir tayini,, muameleleri yapılmadıkça müsrif kendisini istismar etmek isteyenlere karşı tamamen himayesiz durumdadır. Haklarında hacir veya müşavir tayini kararları istihşal edilmemiş olanlarla yapılan muamelelerin iptali cihetine gidilemez, bu, hukuk prensiplerine muhaliftir. Çünkü evvelâ mahkeme hükümleri ancak verildikten sonrası için hüküm ifade eder. Zira bu hüküm mevcut olmadıkça müsrifle muamelede bulunan kişilerin onun durumunu bilmedikleri kabul olunur. Daha doğrusu durumunu bilebile bu kişiler müsrifi istismar etmiş olsalar dahi ahlâka aykırı olan bu harekete hukuk, kendine has şekilsizliği yüzünden daima lâkayt kalır. Yani o ancak müsriflik keyfiyeti kanunî bir hakikat olarak ilân edildikten sonradır ki bunu üçüncü şahıslara karşı dermeyan edebilir. Fakat kanunî hakikatle fiili hakikat, kanunî doğru ile gerçeklikteki doğru arasındaki nazari uçurum hakikatte pek dardır. Hatta arada sırf izafi bir çizgiden başka bir şey yoktur. Çok defa bu iki nevi hakikatin birbirine tetabuk ettiğini görürüz, ve bu tetabuk ne kadar tamsa bunu yaratan hukuk sistemi de o kadar elverişlidir. Müsriflik hadisesinde bu iki hakikatin tearruz halinde bulunduğu bir safha vardır: Müsrif hakkında hacir veya müşavir tayini davasının açılıp da bu husustaki hükmün katiyet kesbetmesinden evvelki safha. Bu safhada müsriflik dava dolayısıyla yalnız yakınların değil âmmenin malûmu olmuştur. Fakat bu husustaki hüküm henüz istihşal edilmemiş olduğundan bu hakikat normatif hukuk dünyasının meçhulüdür. Gerçeklikte müsrifle kârlı bir muamele yapmaya heveslenen onu istismara yeltenen kişilerin müsrifi mameleğini biran evvel keyfince savurmaya teşvik ettiği bir hakikattir. Müsrifin de ehliyeti tahdit edilmeden

evvel hürriyetinin son günlerinden istifade ederek bu işgalara kapılmak için can attığı da bir hakikattir. Arada geçecek zamansa bu gibi muamelelerin icrasına ve ileride alınacak kanunî tedbiri bütün mallar elden çıkmış bulunacağından bütün tesirsiz bırakmaya pek müsaittir. Bütün bunlar birer hakikattir fakat hukuk dünyası hükmün istihsaline kadar bu hakikatleri görmez ve müsrifi tam ehliyet sahibi olarak tanır. Şu halde kanunun bu şekilci görüşünden faydalanılarak niçin bir kaçamak yolu bulunmasın? Filhakika iki tip hile müsrifi emeline kavuşturabilir ve hakkında ittihaz edilecek kanunî himaye tedbirini tesirsiz bırakabilir:

1 — Tabiiyet değiştirme suretile hile:

Müşavir nezareti altına alınmayı müstelzim bir müsriflik halinde bulunan reşit bir kimse ailesinin ittihaz edeceği kanunî tedbirden kurtulmak için kendi sistemi içinde "müşavir tâyin", müessesesini tanımayan bir mevzuatın hâkim olduğu herhangi bir devletin teb'alığını kabul ederse bu kanunî tedbirden kurtulabilir mi? Şahsî hal meselelerinde milli kanunun tatbik edileceği yolundaki ihtilâf kaidesine göre meselâ Fransız tabiiyetinden çıkıp İngiliz tabiiyetini ihraz eden bir müsrife bu yeni kanun tatbik edilerek, Fransız mahkemelerinin müşavir tâyin etme selâhiyeti kaldırılabilir mi?

Böyle bir hadise 1884 yılında vâki olmuştur. Aslen Fransız olup İngiltere'de tahsilde bulunan ve müsriflik derecesi ailenin haklarını tehlikeye koyan *Eugène Abel* adında bir genç aleyhine Fransa'da bulunan kardeşi *Léon Abel* mahkemeye müracaatla müşavir tâyin edilmesini ister. Davalı müsrif mahkemece dinlenmeden evvel hadiseyi öğrenir öğrenmez derhal İngiliz tabiiyetine geçer. Bunu müteakip kendisinin İngiliz olması ve şahsî işlerinde kendi milli kanunu olan İngiliz kanunlarının tatbikî icap etmesi dolayısıyla Fransız mahkemesinin kendisi hakkında müşavir tâyinine selâhiyetli olmadığını iddia eder. Halbuki Fransız mahkemesi İngiliz teb'alığını ihraz keyfiyetinin bizatihi muteber bir muamele teşkil edip etmediğinin tetkikine mahal olmadan bu keyfiyetin aileye karşı dermeyan edilemeyeceğini kabul eder [1]. Fakat mahkeme bu gerekçesinde hem kanuna karşı hile esasına hem de müstesap hakların ihlâli esasına dayanmıştır. Mahkemenin fikrince İngiltere'deki müsrif kardeşi aleyhine Fransada dava açan kardeşin bu davayı açmakla iktisap ettiği bir hak vardır ki davanın açılmasından sonra vâki bir tabiiyet tebdili bu hakkı ihlâl edemez. Müsrifin tabiiyet değiştirme suretile kendilerinden kurtulmak istediği hükümler hem âme intizamına hem de ferdi menfaatlere taallük eden hükümlerdir. Bu bakımdan bu tabiiyet tebdili Fransız kanunlarının hükümlerinden kurtulmak için ve dava açan kardeşin haklarını ihlâl etmek için yapıldığından bu kardeşe karşı dermeyan edilemez.

[1] Trib. Seine 8. Mai 1884, Cour de Paris 26. Juin. 1884. Clunet 1884 Sh: 637
Trib. Seine 31. Dec. 1910 D. P. 1911. 5. 11

2 — Müstacelen yapılan hukukî muamelelerle mameleki dağıtmaya matuf hileler:

Müsrifin, hakkında dava açılmasından sonra hürriyetinin son günlerinden mümkün olduğu kadar süratle istifade edebilmesi için yaptığı birçok muameleleri iptal edebilmek için Fransız mahkemeleri çeşitli hukukî mefhumlara başvurmuşlardır. Bu muamelelerin yapılması anında yukarıda işaret ettiğimiz gibi fiili bir gerçeklik olan israf zaafile malül bulunan müsrifin durumunu her şeye rağmen korumak isteyen içtihatlar teker teker kendilerini bu neticeye götürecektir. En sonunda kanuna hile mefhumunda karar kılmışlardır. Kanuna karşı hile kavramının oynadığı rolü ve doldurduğu yeri belirtmek bakımından Fransız mahkemelerinin bu tereddütlü yoklamaları, araştırmaları tetkike değer bir seyir takip etmiştir. Eski Fransız içtihatları müşavir tâyini için açılan davanın cereyanı esnasında müsrifle muamele yapan şahısların bu davadan haberdar kimseler olmaları halinde bu gibi muamelelerin iptal edilebileceğini kabul ederler [2]. *TOULLIER* böyle bir halde müsrifin durumunu ve kendisine yakında bir müşavir tâyin edileceğini bilen kimselerin müsrifle sakt yapmalarında bir (hile = dol) hali görürdü [3]. Keza *DEMOLOMBE* aynı veçhile bu gibi muamelelerin iptallerinin aynı zamanda hem ahlâk hem de hukuk prensiplerine uyacağını söylerdi [4]. Bunlara mukabil *POTHIER* bu gibi muamelelerin iptali her ne kadar derunî vicdan bakımından doğru ise de hukukî bakımdan caiz olmadığı fikrinde idi. Nihayet en iyi çarenin hacir davasında kabul edilen muvakkat kayyım tâyini usulüne kıyasen, müşavir tâyini davasında da hüküm istihsal edilinceye kadar müsrife bir muvakkat müşavir tâyin etmek olduğunda karar kılınmıştı [5]. Daha sonraki kararlar böyle hallerde asla muvakkat bir müşavir tâyin edilmeyip ancak hacirde olduğu gibi muvakkat bir kayyım tâyin edileceğini zira her ikisi arasında selâhiyet ve vazife bakımından büyük farklar olduğunu bildirmişlerdir [6]. *PLANİOL* bu kararları zikretmekle beraber muhalif fikri müdafaa eder ve bir müşavir tâyinine matuf davada bir muvakkat kayyım değil behemahal bir muvakkat müşavir tâyini gerektiğini müdafaa eder [7]. Münakaşası mevzuumuzun dışında kalan bu noktalar üzerinde fazla duracak değiliz. Ancak bu tedbirin içtihatları pek memnun etmediğini kaydetmekle iktifa edelim. Zira zaten bu, sadece önleyici bir tedbirden ibaretti. Halbuki bizim tetkik ettiğimiz mesele müsrifin herhangi bir muvakkat veya daimî kayyım veya müşavir tâyin edilmeden evvel el çabukluğu ile tekemmül ettirmeğe muvaffak olduğu mua-

[2] ARGENTRE (Gloss. 2. No. 4) Rép. DALLOZ 1854 interdiction No. 309

[3] TULLIER: No. 1383 Rép. DALLOZ 1854 interdiction No. 309

[4] DEMOLOMBE - Mintor. T. 2 No. 772 (Caen istinaf mahkemesi: 28. Juin. 1827
Orléan mahkemesi: 25. Août. 1827 S. 1336 2.66)

[5] Ch. Civ.: 29. Avril - 1885 D.P. 1885 - 1. 375

[6] Paris 6. Juillet. 1899 S. 1898 - 1900 2. 187.

[7] PANİOL et RİPERT - Cilt I. Paragraf 736.

melelerin hukukî vasıfları ve akibetleridir. Bu bakımdan evvelâ şöyle bir fikir ortaya atıldı: Müsrifin başkaları ile anlaşarak alelacele yaptığı bu muameleler ile ride tâyin edilecek olan müşavirin hak ve vazifelerini ihlâl matuf bir uzlaşmanın neticeleri idi. Meselâ bir alacaklı ile anlaşarak müsrif henüz kendisine müşavir tâyin edilmediği bir sırada, bu alacaklı tarafından kendi aleyhine bir dava açtırır ve bir tediye mahkûmiyet kararını istihsal ettirir. Bunu müteakip kendisinin kasdî sükûtu ile bu karar kat'ileşir. Böylece müsrife ileride müşavir tâyin edildikten sonra dahi bu alacaklı kat'i bir mahkeme ilâmına istinad eden alacağını rahatça tahsil edebilir. Şimdi, sonradan tâyin edilen müşavirin bu mahkeme ilâmı karşısındaki vaziyeti nedir? Ne kadar abes görülürse görülsün mahkemeler böyle bir halde bu müşavirin bu hüküm aleyhine "itirazül gayr., talebinde bulunabileceğini kabul ettiler. Oldukça dolambaçlı ve mesnetsiz görünen bu yol Paris istinaf mahkemesinin 7. Mart. 1895 tarihli kararında ifadesini buldu: "... müşavir tarafından yapılan itirazül gayr. talebinin kabul edilip edilmeyeceğine gelince: Hukuk usulü mahkemeleri kanununun 474 üncü maddesi gereğince bir taraf ne kendisinin ne de temsil ettiği kimsenin dahil edilmediği bir mahkeme kararı kendi haklarını ihlâl ettiği takdirde mezkûr karara itirazül gayr. talebinde bulunabilir. Kararın haleldar ettiği hakların bu üçüncü şahsın kendi şahsına ait haklar olması zarurî değildir. Bu üçüncü şahsın harekâtına mesnet teşkil eden sıfatının (müşavirliğin) ona bir takım vazifeler tahmil etmiş olması kâfidir. Bu vazifelere bir takım haklar tekabül eder ve bu sıfatı dolayısıyla üçüncü şahsın bu hakları tanımakta ev ihlallerini müeyyide ile takibetirmekte menfaati vardır. Hacirden farklı olarak müşavir tâyini keyfiyetinin mukaddem muameleler üzerinde makale şamil tesirleri olamayacağı kaidesi, bu mukaddem muamelelerin kanuna hile yapmak ve müşavir tâyini neticelerini daha baştan bertaraf etmek maksatları ile yapılmış olması halinde tatbik edilemez; bu bakımdan aynı gayyeyi istihdaf eden ve müşavir tâyininin evvel vâki olmuş olan **akitlerle mahkeme kararlarını** birbirinden tefrik etmeğe mahal yoktur. Mahkeme kararları ile ilgili hususlarda da, tıpkı akitlerde olduğu gibi müşavirin hak ve vazifeleri aynıdır: Kanunun kendisine temin ettiği vasıtaların yardımı ile müşavir tâyini gibi bir himaye tedbirinin neticelerini baştan bertaraf etmeğe tesirsiz bırakmaya matuf bütün muameleleri bunlar ister aktî ister adlî olsun, hükümsüz kalmak suretile müsrifi bizzat kendi iptilâlarına karşı himaye etmek. İşte bu vazifeleri ifa etmek ve bu hükümleri istimal etmek için, kanun, akitler hususunda müşavire bir iptal davası açmak imkânını verir. Kendisinin taraf olmadığı ve esasen tâyininin evvel olduğu için zaten taraf olamayacağı mahkeme kararlarına gelince; kendi sıfatı dolayısıyla haiz olduğu bir hak sayesinde üçüncü şahıs olarak hareket eden müşavir, karar aleyhine itirazül gayr. gibi fevkalâde bir kanun yoluna müracaat imkânına sahiptir. Onu bu imkândan mahrum etmek kanunun istihdaf ettiği gayeyi tanımamak; kanunun tefrik etmediği şeyleri tefrik etmek, ve

daha emin bir surette maksada eriştirmek için, müsrifin, hileli bir anlaşma ile istihsal edilen rızası sayesinde süratle katileştirilmiş bir adli kararla sık sık bağlanmasını intaç eden bir hileyi teyid ve teşçi etmek olur. Bu bakımlardan vâki itirazül gayr talebi hukûken şayanı kabul görülmüştür,, [8].

Fakat Fransız yargıtayının bu kararı birçok bakımlardan sakattır. Filhakika bir kere itirazül gayr talebinde bulunmak için davaya yabancı olmak lâzımdır. Halbuki müşavir davadaki taraflardan birinin yâni müsrifin mümessili idi. Hatta hakikat aranırsa böyle bile değildi. Zira itiraz edilen mahkeme hükmü istihsal edildiği zaman müşavir henüz bu müşavirlik sıfatını kazanmamıştı. Müsrif aleyhine sadir olan hükmün kendisinin müşavirlik menfaatlerini haleldar etmesi ve bu sıfatla üçüncü şahıs olarak itirazül gayr talebinde bulunması her şeyden evvel hukuk mantığına sığmaz. Zira müşavirin vazifesi bizzat müsrifin menfaatlerini himayedir. Böyle bir hadisede müsrifin menfaatlerinden müstakil olarak kendi şahsına ait menfaatlerin haleldar edildiğinden bahsedilmesi bir abes teşkil eder. Müsrif aleyhine sadir olan hüküm neticede olsa olsa gene müsrifin mameleki menfaatlerini haleldar etmiştir ve müşavirin ilgisi gene müsrif vasıtasile ve müsrif kanalıledir. Müsrif ise davanın taraflarından biridir. O halde müşavir taraflardan birinin menfaatlerini temsil ettiği için itirazül gayr talebinde bulunamaz, bu, bizzat o tarafın itirazül gayr talebinde bulunması demektir ki imkânsızdır. Görülüyor ki karar bir fasit daire manzarasını arz etmektedir. Mamafih kararın bu garip gerekçesi, kanunların boşluğunu doldurmak ve kanundan kaçma yollarını tıkamak için mahkemelerin nasıl uğraştıklarını, ne çeşit müşküller içinde bocaladıklarını göstermek bakımından cidden dikkate değer bir örnek teşkil eder. Esasen isabetli bir yola varıncaya kadar birçok dolambaçlı ve hatalı yollara sapılacağı her yeni sahada tabiidir. Yalnız dikkat edilirse erişilen neticelerde daima isabet vardır. Zaten bu neticeler gözönünde tutularak şu veya bu yola sapılmış fakat bu yollar henüz iyice intihap edilememiştir.

Mamafih bundan daha eski bir kararda mahkeme ilâmları hakkında değilse de müstacelen yapılan hukuki muameleler hakkında dahi sarih ve doğru tavsiflere rastlanır. Fransız yargıtayının 30. Haziran. 1868 tarihli kararında şöyle denmektedir: “Hacirden farklı olarak müşavir tâyini keyfiyetinin mukaddem muameleler üzerinde makable şamil tesirleri olamayacağı malûmdur. Ancak bu kaide, mahkemelerin hileyi meydana çıkarıp menetmek hususundaki haklarına karşı bir mani teşkil etmez. . . . dava olunana müşavir tâyin edilmesinin arifesinde, ıkrızda bulunan davacının gayesi, dava olunan hakkında pek yakında tatbik edilecek olan kanunî ihtiyat tedbirlerine karşı hile yapmaktan ibarettir,, denmekte ve bu muameleler iptal edilmektedir [9]. Bundan başka 15. Temmuz. 1875 tarihli bir kararda: “Müşavir tâyininin tesirlerini bu husustaki mahkeme kararı

[8] Cass. Ch. Civ. 7. Mars. 1895 D. 1895.. 2. 429 Glasson'un notu.

[9] Cass. 30. Juin. 1868 D. 1869. 1. 231

nın verilmesi anına talik eden 502 nci madde, bununla hileden âri olan ve müsrifin hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslarla yaptığı muameleleri istihdaf etmiştir. Fakat kanun müsrifin harabisini tacil ederek ailenin alacağı kanunî ihtiyat tedbirlerini bertaraf etmeğe matuf olan muameleleri himaye edemez [10].., denmiştir.

Bütün bu kararlar müşavir tâyini davasının açılmasından hükmün istihsale kadar geçen müddet zarfında vâki muameleler hakkındadır. Fakat mahkemeler daha ileri giderek müşavir tâyini davasının açılmasından evvel yapılan hileli muamelelerin dahi iptal edilebileceğini kabul etmişlerdir. Ancak bunların muayyen şartlar altında yapılması lâzımdır:

a) Müsriflik âmmenin malûmu olmalı.

b) Müsrifle muamele yapan şahıs müsrifin ailesinin ona bir müşavir tâyini için yakında dava açmak üzere bulunduğunu bilmeli yâni kötü niyet sahibi olmalı.

c) Bu şahsın, ailenin ittihaz edeceği kanunî tedbirlere karşı hile yapmak kastıyla hareket ettiği, hadisenin hal ve şartlarından belli olmalı.

15. Aralık. 1879 tarihli kararda Fransız yargıtayı aynı fikrin bir tatbikini yapmıştır ki aşağı yukarı aynı mealdedir: “Hacirden farklı olarak müşavir tâyini keyfiyetinin hükümden mukaddem muamelelere müessir olamayacağı kaidesi bu muamelelerin kanuna karşı hile yapmak ve müşavir tâyini tedbirinin neticelelerini bertaraf etmek maksadına matuf olmaları halinde tatbik edilemez [11]..,

Bundan başka yalnız mukabil âkitler hakkında değil hatta müsrifin israfli muamelelerini kolaylaştıran yardımcıları, araçları hakkında da aynı şekilde muamele yapılp bunlar muzir teşvik ve tavassutları sebebiyle müsrife iras ettikleri zararları ödemeğe mahkûm edilmişlerdir. Çünkü mukabil âkit hüsnüniyetli ise yâni karşısındakinin müsrif olduğunu ve kendisine yakında bir müşavir tâyin edileceğini vesaireyi bilmiyorsa onun hakkında muamelenin iptaline imkân görülemez. Fakat mukabil âkitle muamele yapmaya müsrifi bile bile teşvik eden bir aracı bu teşvikenden mesul tutulur. Ezcümle 15. Temmuz. 1903 tarihli yargıtay kararı bu fikrin tipik bir nümunesini teşkil eder [12]. Bu karar hakkında *H. CAPITANT*’ın notu kanuna karşı hile kavramının rolünü belirtmek bakımından bilhassa ehemmiyetlidir: “. . . 502 nci madde ehliyetsizliğin akibetlerini ancak müşavir tâyinine hükmolunduğu günden itibaren tanımakla binnetice müsrife gecikmiş ve hayali bir himaye bahşetmektedir. Servetlerini israf eden kişiler ise çok defa ihtiraslarını zaafalarını istismar eden vicdansız insanlar için bir av teşkil ederler. Onun için bu gibi muamelelerin iptali, bizzat müsrifin menfaati icabı olduğu kadar bir ahlâk icabıdır da. Böylece içtihat kanununun boşluğu doldurmağa çalışmış ve müşavir tâyininin evvel kötü niyetle yapılmış olan

[10] Cass. 14. Juillet. 1875 D.P. 1876. 1. 202

[11] Cass. 15. Déc. 1879 D. 1880. 1. 77

[12] Cass. 18. Juillet. 1903 D. 1904. 1. 129

muameleleri 502 nci maddeyi ihlâl etmeksizin takip edebilmek için bunların kanuna hile suretile yapıldığı bütün hallerde iptal edilebileceklerine karar vermiştir. Yani üçüncü şahısların ailenin bir müşavir tayin ettireceğini bildikleri ve müsrifin yakında mahkûm olacağı ehliyetsizlik hükümlerinden kaçınmak için kendileriyle muamele yapmakta isticâl gösterdiği bütün hallerde kanuna karşı hile var demektir. Bu muhakeme tarzının itiraz götürmez bir hukukî değeri vardır. Hususî şahısların kanun koyan tarafından vaz edilmiş olan âmir hükümlerin tatbikini müşkülleştirmelerine müsaade edilemez. Zira bu kaidelerin fertleri riayete icbar edici bir karakterleri vardır ve bunların hükümlerini felce uğratmayı istihdaf eden muameleler tesirsiz kalmaya mahkûm tutulmalıdırlar [13].., Fransız içtihatları artık bu hususta bir istikrar kazanmıştır ve müteaddit kararlar bu fikrin çeşitli tatbikatını teşkil ederler [14] Bu suretle kanuna karşı hile teşkil eden muameleler kanun boşlukları doldurulmak suretile önlenmiştir, ve kanuna karşı hile nazariyesi kendine düşen rolü oynamıştır.

İsviçre ve Türk hukuk sistemleri bir şahsın kendisini veya ailesini zarurete maruz bırakacak derecedeki müsrifliğini müşavir tayini ile değil ancak hacir altına alınıp vasi tayini ile karşılar (T.M.K. madde: 356, İsviçre medenî kanunu: 370) Vasi tayini muamelesi tekemmül edinceye kadar geçecek zamanda hacir altına alınacak kimsenin durumu icap ettiriyorsa vasinin işlerini muvakkaten görecek bir mümessil tayin edilebileceği gibi mahkeme lüzumu halinde hacredilecek olan şahsı medenî haklarını istimalden muvakkaten de menedebilir (T.M.K. 370, İsviçre medenî kanunu 386). Bu itibarla Fransız medenî kanununa nazaran çok yeni olan ve dolayisile pratikteki birçok aksaklıkları daha iyi derpiş eden İsviçre medenî kanununun bu maddesinin hacir muamelesi tekemmül etmeden alelacele mallarını elden çıkarma temayülünü gösteren müsriflere de tatbikine bir mani yoktur. Şimdiye kadar bunun pek küçük çocuklara, delilere ve alehlak akıl zaafına müptelâ olanlara tatbik edileceği kabul edilmiştir [15]. Fakat madde umumdur tadadî ve tahdidî değildir. Netekim mezkûr madde "vasinin tayininden evvel bazı işlerin görülmesi zarurî ise sulh mahkemesi lâzımgelen tedbirleri yapar hususile hacredilecek kimseyi medenî haklarını istimalden muvakkaten men ve ona bir mümessil tayin edebilir., diyor. Buradaki zaruret hali "muvakkat tedbirin ihmalinin hacir altına alınacak kimseye zarar verebileceği veya sadece onun menfaatlerini tehlikeye koyabileceği., bütün halleri ifade eder [16] ki düşüncesizce sarfiyat yapmakta olan bir müsrifin durumu da pek alâ bu madde içine girebilir. Zira kendisine davanın devamı müddetince böyle bir muvakkat mümessil tayin edilmezse bütün mamelekini mahvedebilir. Böylece bu gibi

[13] Note. DALLOZ D. 1904. 1. 129

[14] Diğer kararların listesi için bak: DEMOGUE - Traité. Cilt: 2. Sh: 425

[15] Pierre TUOR - Le Code Civil Suisse (ceviren: DESCHENAUX) Sh: 254
V. ROSSEL et MENTHA - Manuel du Droit Civil Suisse, 2 nci bası Sh: 546

[16] CURTI - FORRER - Commentaire du code Civil Suisse 1912. Art: 386

haller kendi hukukumuz bakımından kanuna karşı hile nazariyesine gitmeğe hacet kalmadan önlenabilir. Ancak mahkeme herne sebepten olursa olsun böyle muvakkat bir mümessil tayin etmemiş ve müsrif de tıpkı Fransa'da olduğu gibi müstacelen yapılan birçok hukukî muamelelerle kendi vaziyetini ağırlaştırmışsa bizim de kanuna hile mefhumuna müracaat etmemizde bir mahzur yoktur.

57 — Kumar ve bahis zaafalarını korumaya matuf hükümler aleyhine hileler:

Birçok kanun koyanlar kumar ve bahisten doğan borçlara icra kabiliyeti tanımazlar. Bunlar kaybedenin ihtiyarile ödenmeleri halinde geri alınmamakla beraber ödenmedikleri takdirde alacaklı tarafından icra yolile takip ve tahsil ettirilemezler. Taraflar kumar borçları hakkındaki bu memnuiyetten kurtulmak yâni bu nevi borçlarına icra kabiliyeti vererek bunları icabında cebren tahsil edebilmek için borsada mukayyet emtea veya menkul kıymetlerin vadeli satış muamelelerinden faydalanmak istemişlerdir. Vadeli satış "*Vente à terme*," satış aktinin hususî bir nevidir. Bayile müşteri, hem mebli hem sermeni tayin ederler. Fakat aktin ifasını muayyen bir güne tehir ederler. Arada geçen zaman zarfında mal fiyatında tahassül edebilen yükselme ve alçalmalara göre bazen müşteri bazen bayi zarar veya kâr eder. Bu gibi muamelelerin muteber olup olmadığı Fransa'da uzun müddet münakaşa konusu olmuştur [1]. İçtihatlar vadeli borsa muamelelerinin bir kısmının ciddî olduğunu bir kısmının ise aktin in'ikad günü ile icra günü arasındaki fiat farkını ödemek niyetile yapıldığını ve bu ikinci nevi vadeli satışlarda borçlunun kumar def'inde bulunabileceğini kabul etmişlerdir. Fakat bu hal hâkime tarafların akti icra ederken ne niyetle hareket ettiklerini aramak külfetini yüklüyor ve ciddî vadeli satışların adedini, âkitlerin bir kumar def'ile karşılaşmaktan korkmaları yüzünden, azaltıyordu. Halbuki vadeli satış muameleleri devlet istikraz tahvillerinin, anonim şirket aksiyonlarının satılması için lüzumlu ve teşvik edici bir vasıta idi. İçtihatların bu durumu, ciddî olarak bir vadeli satış yapacak olan kimselerin cesaretini kırıyordu. Bunun üzerine Fransa 28. Mart. 1885 tarihli kanunu çıkararak bütün vadeli satış muamelelerini muteber ilân etti. Bu kanunun birinci maddesinin 2 nci fıkrasında: "Hiç kimse vadeli satış muamelesinden doğan vecibesinden kurtulmak için medenî kanunun 1965 inci maddesine istinad edemez (yâni bunun bir kumar borcu olduğunu iddia edemez) hatta taraflar sadece bir fark ödemek için bu muameleyi yapmış olsalar dahi..." denmektedir. Böylece daha sonra Fransız içtihatları vadeli satış ve *à livrer* satış şeklinde yapılmış olan muamelelerde zikrettiğimiz kanunların âmir hükümleri

[1] LYON - CAEN et RENAULT - Manuel de Droit Commercial. 1928 No.: 843 Sh: 824

dolayısıyla tarafların kumar def'inde bulunmalarını ve hâkimlerin tarafların niyetlerini araştırmalarını menetmiştir. Yalnız hâkim borçlanan tarafın böyle bir borcu mukabil âkidin hilesi neticesinde yüklenip yüklenmemiş olduğunu serbestçe arayabilir ki bu zaten umumî hükümlerin tabii bir icabıdır [2]. Mamafih bazı mahkemeler bu içtihatlara uymamakta ve muayyen şartların bulunması halinde bu gibi vadeli borsa muamelelerine kumar mahiyetini atfederek borçlunun kumar def'ini mesmu görmekteyler. Meselâ muameleyi yapan kimselerin borsa işleriyle hiçbir alakası ve bu hususta hiçbir bilgisi olmayan lâlettayin şahıslar olmaları yahut girişilen taahhütler ciddi oldukları takdirde bunları bilfiil yerine getirecek imkânlardan tarafların mahrum bulunmaları, yahut taahhüt mevzuu olan şeylerin yabancu borsalara, ait kıymetler olması gibi hallerde borçlunun kumar def'ini mesmu görmekteyler [3]. Bu husus bize eski Alman içtihatlarının durumunu hatırlatır. Almanya'da da bu gibi muamelelerin kanuna karşı hile teşkil ettiği zamanla kabul edilmiştir. Başta daima, muvazaa mefhumuna gidilmiştir. Alman yargıtayı tarafların niyetlerini esas tutmuştur: Hakiki ve filî bir alım satım yapmak, para ödemek ve mal almak mı bahis konusudur yoksa muayyen bir mal veya kıymetin aktin in'ikad günü ile ifa günü arasındaki fiat farkını ödemek mi? Fakat bu niyet araştırması pek müşkül bir iştir. Nihayet 22. Haziran, 1896 tarihli bir kanunla Alman kanun vazii âkit anında bir borsa repertuarında mukayyet bulunmayan kimselere muayyen vadeli satışları menetti. Böylelikle borsa siciline kaydedilmek için gerekli vergiyi ödemek külfetinin halkı bu gibi spekülâsyonlardan koruyacağını ve bu sicilin aleniyetinin bu gibi kimselerin adedini azaltacağını ümit etti. Aynı kanunda meşru olan vadeli borsa muamelelerinin unsurları şu şekilde tesbit edilmiştir:

- 1 — Kat'i bir teslim tarihi
- 2 — Borsa komitesinin tesbit ettiği şartlara riayet
- 3 — Mukavelenin ifa edileceği borsalarda mukavele mevzuu mal hakkında resmen tesbit edilmiş bir fiat.

Bu şartları haiz olan vadeli muameleler muteberdir. Fakat bu şeraitin hepsinin bir arada bulunması zarureti muamelelerin adedini azaltıyor ve bu da bankaları mutazzarır ediyordu. Bunun için derhal bir çare buldular ve muteberlik için mutlaka bu üç şartın içtimaî lâzım gelmediği hususunda bankalar aralarında anlaşılabilirler. Böylece matlup şartlardan herhangi birini ihtiva etmeyen bazı muameleler de, meşru bir hale inkilâb ediyordu. Alman temyiz mahkemesinin bu husustaki meşhur kararı şudur: 28. Ekim, 1899

[2] Cass. 14. déc. 1921, Cour de Lyon: 27. Mars. 1936, Seine 27. Février. 1936

[3] Trib. de Commerce de Havre 26. Février. 1935

Cour de Bordeaux 26. Février. 1935 (Code civil annoté art. 1965)

“Yalnız şunu bilmek lâzımdır: Vadeli borsa mukavelelerinin, borsa reper-tuarında kayıtlı olmayanlar tarafından yapılması halindeki gayri meşruluk ka-rakterleri, yalnız, kanunun 28 inci maddesindeki hükme tekabül eden mukavele-lere mi maksur olmalıdır, yoksa bilâkis bu butlan, **zahiren kanunî tarife gir-meyen ve fakat hakikatte mahiyet ve maksatları bakımından pekâlâ kanun vazunun iptal etmek istediği ve alacakları şekli evvelden derpiş etmiş olsaydı mutlaka batıl addetmiş olacağı mukaveleler kategorisine dahil bulunan diğer muamelelere de teşmil edilmeli midir?** Bu suale ve-rilecek müsbet cevap, kanun vazının muayyen bir mukaveleler kategorisinden esirgemiş olduğu muteberliğin hakikatleri değiştirmeden, zevahirde yapılan bu gibi tadilât ile temin edilemeyeceği prensibine dayanır.

Kanun vazının çok şümüllü veya çok tahdidî tarifler kabul ettiği hallerde, **tarafaların bir dolap çevirerek kanun vazunun gayesini muvaffakiyetsiz-liğe uğratacak tarzda muvazaah bir mukavele icad etmelerinden korku-labilir.,,**

Böylece kanuna karşı hilenin sarih bir tarifi yapılmaktadır. Kıymetli evrak üzerine yapılan ve sarahatle hiçbir teslim ve tediye bulunmayacağı bildirilen diğer vadeli borsa muameleleri de aynı şekilde, kanuna karşı hile esasına dayanı-larak reddedildi.

Bu muamelelerde müşteri, yalnız, kıymetli evrakın iştira günündeki bedel-lerini borçlu oluyor ve vade günündeki satış bedellerini matlubuna kayıt etti-riyordu. Böyle bir hâdise hakkında temyizin 1902 yılında bir kararı vardır:

“Herne kadar fiat farkını istihdaf eden bir muamele karşısında bulunulmuyor-sa da; (zira hiçbir teslim derpiş edilmemiş ve sadece bir hava oyunu “*jeu d'ecri-ture*., mevzuubahis olmuştur.) tarafların ancak bir bahsi istihdaf ettikleri muhak-kaktır. Alâkalılar için para karşılığı olarak kıymetli evrak mübadelesi değil, fa-kat sadece, iştira günü ile satış günü fiatları arasındaki farka müteallik kumarı örten bir kombinezon mevzuubahistir., Keza diğer bir temyiz kararı da aynı mahiyettedir:

“Medenî kanunun 764 üncü maddesi peşin muamelelere (*Kassageschäfte* *affaires de caisse*) değil, fakat yalnız, kararlaştırılan fiat ile, mefruz teslim gü-nünde cari olacak fiat arasındaki farkı istihdaf eden vadeli mukavelelere kabili tatbiktir [4]. Bununla beraber, kanun vazunun niyetine nazaran tarafların aynı

[4] Alman Medenî kanunu: 764 fark-ı-fiat muameleleri: “Emteanın yahut kıymetli evra-kın teslimi hakkında yapılmış olan akit haddizatında mukarrer fiat ile eda zamanın-daki borsa ve pazar fiatı arasındaki farkın kaybeden taraftan kazanana ödenmesi ga-yesile yapılmış ise bu akit kumar addedilir. Eğer taraflardan birisinin niyeti aradaki fiat farkının ödenmesi gayesine matuf ise diğer taraf bu niyeti bildiği veyahut bil-mesi icap ettiği hallerde yine bu hüküm tatbik olunur.,,

şekilde, kıymetli evrakın satın alınmaması hakkında anlaşmış oldukları kasa muameleleri de bu neviden olan mukavelelere temsil edilmelidir. Sözde müşterinin sadece muamelede kararlaştırılan bedelin borçlusu ve sözde yeniden satış günündeki kıymetin alacaklısı olacağı mukarrerdir. Böyle bir anlaşma bir kumar muamelesine temsil edilmeli ve binnetice Medeni kanunun 762 nci maddesi gereğince iptal edilmelidir [5].

Umumiyetle Alman içtihatları aşağıdaki emarelerin, muamelenin kumar mahiyetinde olduğuna delâlet ettiğini kabul ederler:

- 1 — Spekülâtörün veya muakabil âkidin, komisyoncu veya komisyoncunun kullandığı bazı tabirlerin hususiyeti.
- 2 — Spekülâtörün malî durumu ile, kendisinin taahhüt ettiği borcun önemi arasında bariz nisbetsizlik.
- 3 — Yapılan muamelenin mevzuu ile bunları yapan kimseler arasında meslekî bir alâkanın yokluğu.
- 4 — Bir kadın tarafından veya bir kadına karşı taahhüt altına girilmesi.
- 5 — İşin, içinde cereyan ettiği şeraitin hususiyeti (Muamelenin bir yemekte veya bir oyun partisinde yahut borsa kahvesinde yapılmış olması.)
- 6 — Spekülâsyon muamelesini yaptırmak için bazı teşviklerin vukuu.
- 7 — Aynı taraflar arasında evvelce aktedilmiş daha başka fiat farkı mukavelelerinin mevcudiyeti.
- 8 — Taahhüt edilen şeyin fevkalâde bir ehemmiyeti olması.
- 9 — Muamelenin taallök ettiği emtea veya kıymetli evrakın mahiyeti.
- 10 — Taahhüt şeklinin hususiyeti.
- 11 — İşin cereyan tarzı.
- 12 — Muhalif emarelerin yokluğu [6].

Meselenin **kendi hukukumuz** bakımından tetkikine gelince: Borçlar kanununun 405 inci maddesi kumar ve bahse benzeyen farkı fiat muamelelerini dahi kumar hükmüne tâbi tutar: “Kumar ve bahis bir alacak hakkı tevhit etmez. Kumar yahut bahis için bilerek yapılan avanslar ve ödünç verilen akçeler hakkında ve kumar ve bahis vasfını haiz olduğu takdirde borsaya dahil olan emtea ve kıymetli evrakın fiat farkı esasî üzerine yapılan vadeli alış verişlerde dahi hüküm böyledir., Kanunumuzun bu maddesine tekabül eden İsviçre Borçlar kanununun 513 üncü maddesi zımnî bir tefriki ihtiva etmektedir. Yâni farkı fiat mukavelelerinin bir kısmı meşrudur. Bir kısmı ise kumar mahiyetinde olduklarından gayri meşrudur. Şu halde bütün mesele mahkemenin takdirine bağlıdır. Mahkeme hangi

[5] Bu hususların tafsilâtlı izahı için bak: VETSCH, a.g.e. Sh: 115 ve devamı.

[6] SCHNEIDER et FICK - Commentaire. Art. 513 Sh: 949 (Alman İmparatorluk mahkemesi içtihadı)

farkı fiat mukavelesinde kumar mahiyetini görürse o muamele hakkında kumar def'i mesmû olacak demektir. Acaba mahkeme bu takdirinde hangi unsurlara ehemmiyet verecektir? Kumar telâkki edilebilmek için bir fiat farkı muamelesinin ne gibi unsurları cami olması lâzımdır? Kısacası hangi nevi farkı fiat mukaveleleri meşrudur hangileri değildir? Burada esas olan ciddî ve filî bir alım satımın yapıp yapılmayacağıdır. Filî alım satım yapılmayıp da bütün mesele tesadüfe bağlı olan bir fiat yükselmesine veya alçalmasına göre farkı fiat ödemekten ibaret ise ortada bir kumar anlaşması var demektir [7]. Yalnız sonradan ve baştan niyet edilmediği halde vâki olan bir ademi ifa keyfiyeti mukaveleye kumar mahiyetini isnada kâfi değildir. Federal mahkeme borsa işlerindeki mesleki cehaleti, taahhüt edilen hususun ciddî olarak ifa edilebilmesi imkânı ile bu ifayı taahhüt eden âkidin durumu arasındaki nisbetsizliği birçok hallerde farkı fiat mukavelelerine kumar mahiyetini izafe edecek mahiyette telâkki etmiştir [8]. Mafih biz bu kıstaslar üzerinde fazla duracak değiliz. Zira haddi zatında kumar mahiyetinde olan fiat farkı mukavelelerinin (kumar mahiyetinde oldukları şu veya bu kıstasa göre anlaşılın) hakiki kumar gibi muamele göreceği kanunumuzda ve İsviçre kanununda esasen sarîh bir metinle tesbit edilmiş olduğundan böyle bir hal bu metinlerin doğrudan doğruya bir ihlâllerini teşkil eder ve bunu müeyyidelemek için kanuna hile nazariyesine gitmeye lüzum kalmaz. Bu mesele ancak böyle bir hususî maddeyi ihtiva etmeyen Fransız mevzuatı ve Alman Medenî kanunundan evvelki Alman hukuku bakımından bir kanuna hile hali teşkil edebilir. Bizde ve İsviçre'de bu gibi haller sübutları halinde âmir hükümlerin açık ve vassatasız ihlâllerini teşkil ederler.

58 — Hastalıktan mütevellit zaafı korumaya matuf bazı hükümler aleyhine hileler:

Bu hile tipi Fransız hukukuna has bir hal olmakla beraber kanuna hile nazariyesine enteresan bir misal teşkil eder. Malûmdur ki Fransız Medenî kanununun 909 uncu maddesine göre, ölen bir kimseye, ölümü intaç eden hastalığı sırasında bakmış olan tabipler, cerrahlar, sıhhat memurları ve eczacılar, müteveffanın bu hastalığın devamı esnasında kendi lehlerine yapmış olduğu hibe ve vasiyetlerden istifade edemezler. Kanun koyanın böyle bir ehliyetsizlik vaz etmesine sebep hastaya bakan doktorun hasta üzerindeki nüfuzunu kendi lehine olarak suiistimal etmesine yâni hastayı istismar etmesine mâni olmak arzusudur. Diğer taraftan doktorun büyük bir menfaati (vasiyete konmak gibi) eğer hastanın ölmesine muallâk ise doktorun hastaya kâfi bir ihtimam sarfetmeyeceği de hatıra gelebilir. Yani hastanın ölümü doktor için biran evvel vukuu istenen bir hadise

[7] SCHNEIDER et FICK - Commentaire, Art. 515 No. 36 (Müteaddit Federal mahkeme kararları bu merkezdedir)

[8] SCHNEIDER et FICK - Commentaire, Art. 513 No. 40

şeklini alabilir. İşte bütün bu mülâhazalarla kanun doktorun hastayı kendi lehine tasarrufta bulunmaya ikna etmesi halinde dahi bu tasarrufları tanınamış ve doktoru hastasından teberru kabulüne ehliyetsiz saymıştır.

Bu maddeden kaçmak için icat edilen yol şudur: Doktor ölümü intaç edeceği tahmin edilen hastalığın seyri esnasında hastasile evlenir. Zira hastayı tedavi eden doktorun onun kocası olması halinde bu madde tatbik edilmez ve koca ise vasiyet ve hibeleri kabule ehildir: Fransız Medenî kanunu Madde 1091, 1094. Böyle bir hâdise Seine bidayet mahkemesinin 9. Nisan. 1816 tarihli kararına mevzu olmuştur. Mahkeme kararın gerekçesinde “Kanunun doğrudan doğruya yapılmasını menettiği bir şey dolayısıyla de yapılamaz. Bir doktorun ölümü intaç eden hastalık esnasında hastasile evlenmesi, haddi zatında ehliyetsizlikten kurtulmak için oynanan bir oyundan bir vasıttadan başka bir şey olmayıp, hasta üzerinde doktorun nasıl bir nüfuz icra ettiğinin en yeni ve kuvvetli bir delilidir ki, hibe ve vasiyet kabulü memnuiyetinin hakiki sebebi de zaten bu nüfuz icrası keyfiyetidir., demiştir. Bu mahkeme kararında kanuna hilenin güzel bir tarifi mündemiçtir: Kanunun doğrudan doğruya yapılmasını menettiği şeyin dolayısıyla yapılmasının da caiz olmayışı. Ancak kararı tasdik eden Paris istinaf mahkemesi bu düsturu kulanmamış ve “doktorun hastasile hastalığın seyri esnasında evlenmesinin 909 uncu maddede zikredilen ehliyetsizliğe mani olamayacağı., gerekçesile iktifa etmiştir. Yâni ehliyetsizliğin hikmeti vücudü doktorun hasta üzerindeki nüfuzunun suiistimal edilmesi ihtimalidir. Evlenme ise bu nüfuz suiistimalinin en bariz bir delildir. Bu hal ehliyetsizlik sebebini izale şöyle dursun büsbütün meydana vurmaktadır. Böylece Paris istinaf mahkemesi bunu 909 uncu maddenin doğrudan doğruya bir ihlâli gibi saymıştır [1].

Buna mukabil daha eski bir hâdisede kan hısımlarının avukatı müteveffa murisin uzun zamandanberi evli bulunduğu doktor kocasının kanuna hile yaptığından (yâni kendisine teberrularda bulundurduğundan) bahsile dava etmişse de mahkeme bu iddiayı kabul etmemiştir zira bu halde evlenme, kanuna hileyi tahakkuk ettirmek kastile yapılmamıştır, zaten eskidenberi mevcuttur [2].

Diğer bir hadisede Fransız yargıtayı doktorun, tedavi ettiği hastasından hibe kabulüne ehliyetsiz olduğuna mütedair 909 uncu madde ile, kocanın karısından hibe kabul edebileceğine mütedair 1091 ve 1094 üncü maddeleri telif etmek istemiş ve son hastalık sırasında vâki bir evlenme sonra yapılan bilecümle hibeleri başka hiçbir şart aramadan sırf böyle bir evlenmeden sonra yapıldıkları için batıl saymanın doğru olmayacağı neticesine varmıştır. Yâni 909 uncu maddedeki doktor aleyhine olan karineyi hafifletmek istemiştir. Bu tefriki yargıtay hukuk

[1] Trib. Seine 9. Avril. 1816
Cour de Paris 24. Février. 1817. S. chronique: 1815-1818. 2. 241
Rép. DALLOZ. 1856 16. Sh: 173

[2] Turin. 16. Avril. 1806 S. Chr. 1808 (DESBOIS'den naklen Sh: 137)

dairesinin 11. Ocak. 1820 tarihli kararında buluruz. "Bir kimseyi ölümünü mücip olan hastalığı sırasında tedavi etmiş ve bu sırada kendisine evlenmiş olan doktorun hasta tarafından kendisine yapılmış olan hibelerden 1091 ve 1094 üncü maddeler gereğince istifade edebilmesi keyfiyeti bu hibelerin karı koca sevgisinin tesirile ve serbest bir irade ile yapılmış olmaları karinesine dayanır. Halbuki bu hibeler böyle bir sevgiden neşet edecek ve serbest bir iradenin mahsulleri olacak yerde, sadece doktorun hastası üzerindeki nüfuzu ve hastanın son günlerinde kendisine hibede bulunması için bu nüfuzu suiistimal etmesi yüzünden yapılmış bulunursa vaziyet değişir. İşte Paris Kraliyet Mahkemesi kendisince malûm olan bu hususî şartlar yüzünden bu hibeleri iptal etmiştir ki böylelikle kanunu ihlâl şöyle dursun 909 uncu maddenin doğru bir tathikini yapmış demektir. Bu sebeple temyiz talebinin reddi., [3].

Mamafih doktrin nazari bakımdan pek cazip görünen bu hal suretinin tathikatta müşküller çıkaracağını zira hibelerin yapılmasına âmîl olan hissiyatın pek güçlükle tâyin ve tesbit edilebileceğini, bu bakımdan, hastalık sırasında vâki evlenmelerde kaideten hibelerin muteber addi gerektiğini ancak evlenmenin kanunî memnuiyetten kurtulmak maksadile yapılması halinde doktorun hibe kabulüne ehliyetsiz tanınması icap ettiğini müdafaa etmişlerdir [4].

Filhakika bu mesele doktrinde bir hayli münakaşa konusu olmuştur. Mamafih 909 uncu maddedeki doktor aleyhine olan bu karinenin kat'i olduğu ve hilâfına delil ikame edilemeyeceği daha yeni kararlarda başka vesilelerle tesbit edilmiştir [5]. Bu maddedeki memnuiyetin mutlak olup keyfi takdirlerle hafifletilmesine cevaz olmadığı ve hususile esas itibarile doktorla hasta arasındaki hisimlik veya sevgi münasebetlerinin tesirile yapılmış olması gibi keyfi gerekçelerle bu maddedeki sertliğin yumuşatılmayacağı içtihatlarca belirtilmiştir. [6].

Hülâsa bu kararların heyeti umumiyesi 909 uncu maddenin herhangi bir tedbirle bertaraf edilemeyeceğini gösterir. İctihatlar bu maddeden kaçma vasıtasını daima yakalamışlar ve kaçanı bu maddenin memnuiyeti hududu içine sokmuşlardır. Hatta bazen bu kaçma doktorun hasta tarafından küllî mirasçı = (*légal-taire universel*) olarak tayini suretile yapılmıştır. Mahkemelerin gösterdikleri tepki ise daima aynı olmuştur: Ehliyetsizlik hakkındaki hükmün tatbiki. Ancak mahkemeler fiilen kabul ettikleri bu mefhumu yâni kanuna karşı hileyi açıkça ifade etmemişlerdir ve bütün bu tedbirlerin 909 uncu maddedeki ehliyetsizliği bertaraf edemeyeceğini işaretle iktifa etmişlerdir. En açık gerekçeyi yukarıda zikrettiğimiz gibi Seine bidayet mahkemesi vermiştir: Kanunun doğrudan doğruya yapılmasını men ettiği bir şey dolayisile de yapılamaz.

[3] Cass. Civ. 11. Janvier. 1820 Rép. DALLOZ 1856 Sh: 173

[4] AUBRY et RAU T. 7. Paragraf 649. Sh. 34 ve diğer bazı müellifler.
Bak: Rép. DALLOZ 1856. Sh: 178

[5] Cass. Civ. 7. Avril. 1863. D. 63. 1. 231

[6] Cass. Civ. 29. Juillet. 1891 D. 92. 1. 260

59 — Karının mamelekinin koca nüfuzundan korunmasına matuf hükümler aleyhine hileler:

İsviçre ve Türk Medenî kanunları karının, koca nüfuzile ve onun menfaatine olarak yapmak zorunda kalacağı bazı muameleler yüzünden kendi mamelekinin mahvetmesini istememiş ve bu gibi muamelelerin kadın için tehlikeli olmaları halinde bir fren vazifesini görmek üzere vesayet makamlarının tasdikine arzını şart koşturmuş. Kadımların muamele ehliyetlerini bir nevi tahdit demek olan bu hükmün lehinde ve aleyhinde söylenmiş pek çok şeyler vardır. Bilhassa evli kadınlarla muamele yapan üçüncü şahısların emniyetini ve itimatını sarsacağı vesaire gibi hususlar ileri sürülmüş ve modern kanun tedvinleri içinde kadının harekâtını bu derece tahdit eden hiçbir kanun bulunmadığı iddia edilmiştir [1]. İsviçre Medenî kanununun 177 ve Türk Medenî kanununun 169 uncu maddelerinde ifadesini bulmuş olan bu tahdit iki maksada müteveccihdir. İlk iki fıkra hem karıyı hem kocayı himayeye matuf olup, eşler arasında mal ortaklığı veya mal birliği cari olduğu takdirde bir mana ifade eder. Zira tasdike muhtaç addedilen muameleler "karının şahsî mallarına veya ortaklık mallarına,, taallük etmektedir ki her iki nevi mal da mal ayrılığı rejiminde bulunmaz, ve maddenin bu rejimde tatbik mahalli yoktur. Üçüncü fıkra ise aralarında hangi rejim cari olursa olsun bilcümle evlilik münasebetlerinde tatbik sahası bulur [2]. Ancak bu fıkra üçüncü şahsa karşı koca lehine iltizam olunan vecibelerden (taahhüt muamelelerinden) bahsetmekle, koca lehine üçüncü şahsa karşı yapılacak temlik veya terhini muameleler gibi tasarruf muamelelerini şümlü içine almaz. Karı, üçüncü şahsa koca lehine olarak bir malı terhin edebilir veya bir alacağını temlik edebilir. Hatta kocanın borcu için kendisine ait bir malı haczetirebilir. Bütün bu muameleler mezkûr fıkranın dışında kalır ve Sulh mahkemesinin tasdikine ihtiyac göstermez [3]. "Hukuk dilinin umumî istilahlarına göre taahhüt (obligation) mefhumuna ancak vecibevî taahhütler aktetmek halî girer, bu itibarla kanun metnine nazaran vesayet makamlarının rızasını istilzam eden hukukî muameleler ancak, karıyı koca lehine olarak üçüncü şahıslara karşı şahsen muayyen edalarda bulunmaya mecbur eden mukavelelerdir. Bilâkis aynı mahiyette olan tasarruf muameleleri hususile bir rehin tesisi muamelesi taahhüt (obligation) mefhumu içine sokulamaz,, [4].

Mamafih rehin hakkında EGGER muhalif fikirdedir [5]. Mezkûr fıkraya göre karının sarahaten kocası lehine olarak bir üçüncü şahsa karşı borç altına

[1] D. MADAY - a.g.e. §. 19. ayrıca konunun etrafı münakaşası için Bak: EGGER gerhi (çeviren: Volf Cernis Sh: 378)

[2] EGGER. a.g.e. Sh: 382

CURTI - FORRER. a.g.e. Sh: 150. Not. 11

ROSSEL et MENTA - Manuel de Droit Civil Suisse II. Sh: 306

[3] F. M. K. 57 - II. 13, 49 - II - 43

[4] R. Jud. 1923 P. 459 T. F. RO 49 - II - 338 (fiche juridique 107 Mariage)

[5] EGGER: a.g.e. Sh: 382

girmesi meselâ kocasına kefalet etmesi bu tasdik şartına tabidir, ve bu şart olmazsa ilgili üçüncü şahıslar muamelenin butlanını iddia edebilirler. Fakat aynı neticeyi mahkemenin tasdiki merasımına hacet bırakmadan elde etmek isteyen taraflar bunu temin için kasten başka bir şekle müracaat ettikleri takdirde ne yapmak lâzımdır? Karı koca aralarında anlaşarak neticede gene kocanın menfaatını temine matuf olan böyle bir muameleyi o şekilde tanzim edebilirler ki ilk bakışta muamele tasdiğe muhtaç değil gibi gözükür. Çünkü koca bu muamelede "lehine taahhüde girişilen kimse,, olarak görünmez. Bu gibi hallerde ne yapmak lâzımdır? Filhakika bu madde türlü şekillere müracaatla bertaraf edilmek istenmiş olan bir hükmü ihtiva eder. Şüpheli hallerde bizzat o hukuki muamelenin mahiyetine bakmak lâzımgelir. Şekilleri ne olursa olsun **muhtevaları** itibarile koca lehine yapılmış taahhütleri tazammun eden hukuki muamelelerin hepsi sulh mahkemesinin tasdikine bağlıdır. Bu hususta sadece tarafların kullandıkları tabirlere veya muameleye verdikleri şekle bakılması caiz değildir. Yapılan hukuki muamele hakiki muhtevasına göre kıymetlendirilmelidir.

İsviçre mahkemeleri kadının taahhüt ettiği vecibenin koca menfaatleri için yapıp yapılmadığı hususunun, taahhüdün yapıldığı hususî şartların heyeti umumiyesinden istihracı gerektiğini kabul eder [6]. Taahhüdün sebebi ve ihtilâflı muamelenin nihai gayesi gözönünde tutulmalıdır. Meselâ eşlerin bir üçüncü şahsın borcunu müteselsilen tekeffül etmeleri halinde mahkemenin tasdiki olmadığı için kadının taahhüdü batıldır diye aceleci bir hüküm vermemelidir. Fakat böyle bir muamelede hakikatte kadının şahsen hiçbir ilgisi ve menfaati yoksa ve sırf kocasının kefaletini takviye zimmında yani yalnız onun menfaatlerini temin kastile hareket etmişse bu hal 169-3 (İsviçre 177-3) üncü fıkranın şümulü dahiline girer. [7]. Federal mahkeme içtihatları bu noktada müstakardır: "Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı yüklenilen borçlar tabirine yalnız şekil itibarile koca menfaatine olarak yapılan taahhütler değil aynı zamanda karının, kocasını muamele içine sokmaksızın mukabil ivazı kendisine değil kocasına ait olmak üzere aktettiği her türlü taahhütler anlaşılmalıdır. Şu şartla ki üçüncü şahıslar bu hususu bilsin veya bilmeleri lâzımgelsin,, [8]. Demek ki karşı taraf karının hakikatte kocası lehine hareket etmek için, yani şahsî bir ilgi ve menfaati olmadan sırf ona yardım için taahhüt altına girdiğini bilirse veya bilmesi lâzımgelcek bir durumda bulunursa bu gibi muamelelerin muteberliği sulh hakiminin tasdikine bağlıdır. Şu halde karı kendi hesabına üçüncü bir şahısla herhangi bir taahhüt muamelesi yaptığı zaman, bu taahhüt muamelesini sırf kocasını faydalandırmak için yaptığı karşı tarafında malîmu

[6] F.M.K. 43 III. 241

[7] F.M.K. 62 II. 1. S. J. 1936. P: 369

[8] F.M.K. 59 II. 218

ise bu halin şekil itibarile tasdik e tâbi muamelelerden olmadığı yolundaki bütün iddialara rağmen 169-3 tatbik edilmelidir.

Keza karı koca mütêselsilen mesul olarak bir istikraz muamelesi yapsalar, için hakiki mahiyetini tetkik etmek gerekir: Acaba bu alınan para hakikaten her ikisinin de müşterek bir ihtiyacına mı sarfedilecektir yoksa yalnız kocanın ihtiyacını karşılamak için alınmıştır da karı, sırf kocanın mesuliyetini hafifletmek ve kısmen de bizzat yüklenmek için mi akte iştirak etmektedir? Eğer ikinci şık vâki ise ve mukrizin bunu bildiği veya bilmesi gerektiği isbat edilirse kariya taallük eden ödeme taahhüdünün sulh hakiminin tasdikine iktiran etmemiş olması hasebile muteber bulunmadığı iddia edilebilir [9].

Keza karının, doğrudan doğruya kocası lehine değil, fakat kocasının gayrı mahdut mesuliyetli yegâne ortak olarak bulunduğu bir komandit şirket lehine kefalet altına girmesi halinde de durum gene mezkûr fıkranın şümulü içine girer [10]. Hülâsa karının koca lehine yaptığı bütün taahhütler hangi şekle bürünürse bürünsün bu fıkranın tatbik sahasına dahil olur hatta karı bu taahhütten şahsen de herhangi bir istifade temin etmiş olsa dahi [11].

Bütün bu içtihatlar kanunun kariyı korumaya matuf olan bir hükmünü şu veya bu şekilde bertaraf edilmesine mani olmak için mezkûr hükmü ihtiva eden maddenin ruh ve manasına göre yapılan geniş bir tefsirine dayanırlar. Hatta bazıları bu halin geniş ştefsirden de ileri bir şey olduğu yani kanuna hile sebeble kanunî bir boşluğu doldurmak demek olduğu fikrindedir [12].

59 — (Mükerrer) Mal ortaklığı rejiminde karının haklarına hile:

Fransız Medeni kanununun 235 inci maddesine göre boşanma davalarında hâkim ilk celseyi davacıyı dinledikten sonra tayin eder. İşte yargıcın, davacıyı dinleyip de ilk celse için bir gün tayin etmesi anından sonra koca tarafından ortaklık malları karşılık gösterilerek yapılan akitlerin ve ortaklığa dahil gayri menkuller üzerinde yapılan ferağ muamelelerinin karının haklarına hile suretile yapıldıkları sabit olursa batıl olacakları kabul edilmiştir. Bu husus aynı kanunun 243 üncü maddesinde ifadesini bulmuştur. Bu madde alacaklının haklarına hile suretile yapılan muameleler hakkındaki Pauliana davasının hususî bir nev'ini ifade eder [13].

[9] F.M.K. 54 II. 410

[10] F.M.K. 40 II. 319 Journal de Tribunaux 1915 Sh: 197

[11] F.M.K. 58 II. 8 " " " 1933 Sh: 400

[12] MADAY a.g.e. §. 19

[13] COLIN CAPITANT - Cilt 1. 7. bası 1931 Sh: 243

Fakat acaba karısından ayrılmaya karar vermiş olan bir koca yargıcın ilk celseyi tesbit tarihinden daha evvel, gene karısının ortaklık malları üzerindeki haklarına hile teşkil eden aynı neviden bir takım muameleler yapsa bunların da iptali istenebilir mi?

Hakikatte bu hal 243 üncü maddedeki müddet kaydından kötü maksatlar için istifade edilmesine mani olmak demektir ki müstakar Fransız içtihatları bu yoldadır ve mahkemeler tıpkı müşavir tayınından evvel yapılan muameleleri iptal ettikleri gibi, yargıcın ilk celseyi tayininden evvel koca tarafından hileli bir suretle yapılan muameleleri de iptal ederler. Kanun koyanın hakiki iradesi, karının, kocanın selâhiyetini sui istimal etmesine karşı himaye edilmesidir ki bu hal muayyen tarihten evvel yapılan hileli muameleler hakkında da vâkidir, ve müddet kaydından istifade ile kocanın bu maddeden kaçması tecviz edilemez [14]. Bu gibi muamelelerde koca ile muamele yapan mukabil âkidin de hileye iştiraki aranıp aranmayacağı hususunda bir tefrik yapılması mutaddır: İvazlı muamelelerde mukabil âkidin de cürüm ortaklığı şarttır. İvazsızlarda ise kocanın hileli niyeti kâfidir. Yargıtay hukuk dairesinin 23. Ocak. 1928 tarihli kararı bu tip hilenin bir örneğini teşkil eder [15]

60 — İşçinin himayesine matuf bazı hükümler aleyhine hileler:

Modern devletlerin mevzuatında işçinin, iktisadî bakımdan kendisinden daha kuvvetli durumda bulunan iş verene karşı himayesine matuf müteaddit hükümlere rastlanır. Bunların tetkiki konumuzun dışında kalır. Biz ancak iş verenin bu âmir hükümlerin bazılarından kendisini nasıl kurtarmak istediğine dair biriki misal vermekle iktifa edeceğiz. İşçi ve iş veren arasındaki hukukî münasebetlerin

[14] Evvelki içtihatlar bu gibi muameleleri Fransız Medeni kanununun iptal davası hakkındaki 1187 nci maddesinin tatbiki ile iptal ederlerdi. (Rep. DALLOZ. 1912 IV. Divorce No. 460). Yeni kararlarda ise karının müstakbel haklarına hile olarak yapılan muamelelerin 243 üncü maddedeki müddetin başlamasından evvel yapılmaları halinde dahi hile yüzünden iptal edilebilecekleri gerekçesine dayanılmaktadır.

[15] Ch. Civ. 23. Janvier. 1928 D.H. 1928 1. 115: "(Hadise sudur, 17. Temmuz. 1919 da Savy kadın kocası Sagne aleyhine boşanma davası açar, ve bir gün evvel de aile ikamet-gâhını terk eder. Karısının evi terk ettiği gün koca ortaklığa dahil bir gayri menkulü ahara satar. Bir kaç ay sonra bu gayri menkul yeni malik tarafından aynı bedel ve aynı şartlarla eski sahibine geri satılır. Davacı Savy kadın bu satışların kendi haklarına hile suretile yapıldığından iptalini ister. İstinaf mahkemesi gerek kocayı gerek kocadan bu gayri menkulü teferru eden kimseyi suiniyetli telekki eder ve bilhassa satılan şeyin kısa bir müddet sonra tekrar iadesini ve pek cüz'î bir satış bedeli tayinini bu hususlara delil telâkki eder. Bilâhara iş yargıtaya akseder. Yüksek mahkeme şu gerekçe ile temyiz talebini red eder: "Mezkûr mahkeme (istinaf mahkemesi) bu şekilde karar vermekte 243 üncü maddeyi ihlâl etmiş değildir. Fılvaki koca tarafından girişilen ve ortaklığı ilzam edici mahiyetteki tasahhütler veya ortaklığa tâbi gayri menkuller üzerinde . . . karının haklarına karşı hile suretile yaptırılan ihtisaller hakkında, kariya medeni kanunun 245 üncü maddesi gereğince tanınmış olan iptal davası açmak hakkı her ne kadar kaideten ancak 235 inci maddede zikri geçen ordonnance tarihinden sonra yapılan muameleleri istihdaf etmekte ise de, yargıç hileli olduğu iddia edilen muamelelerin, yakında vuku bulacak olan boşanmayı gözönüne alarak ve kadın lehine müracaat haklarını ızrar maksadıyla yapıldığını görürse bu vaziyet yukarıdaki kaldeye bir istisna teşkil eder. Bu sebeple temyiz talebinin reddine karar verilmiştir. . . ."

kısmı azamı kanuna karşı hile mefhumunun en yakın konusu sayılan hattâ kendisinin eşi telâkki edilen "hakkın suiistimali,, mevzuuna girdiği için bizim vereceğimiz misaller burada daha ziyade kanuna karşı hileye yaklaşanlar olacaktır.

Meselâ Fransız Medenî kanununun 1780 inci maddesi muayyen bir zamanla mukayyet olmayarak yapılan hizmet akitlerinde taraflardan her birinin dilediği zaman akti feshedebileceğini fakat bu feshin icabında karşı tarafa tazminat verilmesini de intaç edebileceğini ve nihayet tarafların böyle bir fesih halinde uğramak ihtimalleri olan zararın tazmininden peşin olarak feragatlerinin caiz olamayacağını bildirir. Hakkın suiistimali ihtimalini derpiş eden kanun koyan bu maddede, gayri muayyen müddetli bir hizmet aktini kabul ederken keyfi bir kovma vukuunda patronun hiçbir tazminat istenemeyeceği yolundaki bir taahhüdü işçinin baştan kabule mecbur olmasını istememiştir. Zira herne pahasına olursa olsun iş bulmak mecburiyetinde olan işçi patronun kendisine teklif edeceği bütün şartları kabule amade bir halde bulunabilir ve patron bu vaziyetten istifade ile işçiye hiçbir tazminat ödemediği işten çıkarılma ihtimalini de kabul ettirebilir. Şüphesiz ki bu hüküm patron hakkında da caridir. Yani aklına estiği zaman işi bırakıp giden işçiden patron da tazminat talep edebilir ve bu haktan baştan feragati caiz değildir. Fakat kolaylıkla tahmin edilebilir ki bu himaye tedbiri daha ziyade iktisaden daha zayıf olan taraf hakkındadır.

Bir hakkın suiistimalini yani keyfi kovma ihtimallerini önlemek için mevzu olan bu maddeden acaba nasıl kaçılır? Farzedelim ki patron her türlü şeraite razı yani iktisaden muztar vaziyette bir işçi ile karşılaşmıştır. İşçi keyfi bir kovma halinde tazminat istemeyeceğini taahhüt ediyor fakat kanun bu taahhüdü muteber saymıyor, o halde ne yapılmalıdır? Patron bu vaziyet karşısında zevahiri kurtaracak çareyi yani kanuna hile yolunu bulur: Hizmet mukavelesine sebepsiz nihayet verme halinde bir tazminat ödeneceği kaydedilir fakat bu tazminat miktarı hemen hemen yok denecek kadar cüz'î bir meblâğdır. Meselâ beş frank yahut on frank gibi. Bu mesele Fransız Medenî kanununun 1780 inci maddesinin 27. Aralık. 1890 tarihli kanunla tadili sırasında Fransız parlamentosunda uzun uzadıya münakaşa konusu olmuştur ve bu gibi gülünç mikdarlar üzerinden tesbit edilen şartı cezainin hakikatte kanunî memnuiyeti bertaraf etmek niyetile yapılmış olacağı fikri ileri sürülmüştür. Bu fikir bazen içtihatlarda da ifadesini bulmuş ve işten çıkarılmadan mütevellit hakikî zararı telâfiye medar olamayacak olan ve sırf patronu kanundan kurtarma niyetile dercedilen bu gibi tazminat şartları hükümsüz addedilmiştir. Ezcümle Aix istinaf mahkemesinin 3. Mart. 1897 tarihli kararı bu mahiyettedir; gayri muayyen müddetli bir hizmet aktine müteallik bir davada, patronun memurunu angaje ederken haksız yol verilme halinde kendisine bütün tazminat için ancak on frank borçlu olacağı yolunda bir şart koşması gayri meşru ve hükümsüzdür. Gerekçe şudur:

“Böyle bir anlaşmanın ciddi ve hakkaniyete uygun olarak kararlaştırılması halinde söz götürmez bir surette muteber olacağı malûm ise de; mukavelede dercedilmiş olan günlük rakamın, kârlar hariç üç günlük yevmiyeye bile tekabül etmediği gözönüne alındığı takdirde, bu anlaşmanın münhasıran kanunu bertaraf etmek kastile icat edildiği ve yeni 1780 inci madde ile âkitlere tanınmış olan tazminat talebi hakkından önceden yapılmış dolambaçlı bir feragati tazammun ettiği aşikârdır. Bu sebeple mezkûr anlaşma gayri meşrudur ve hiçbir hüküm ifade etmez,, [1].

Fransız Medenî kanununun mezkûr 1780 inci maddesi bilâhare 1928 de Fransız İş Kanununun 23 üncü maddesine aynen sokulmuş ve bir suiistimal teşkil eden fesihler hakkında müteferiğ fıkralar ilâve edilmiştir.

Mamafih içtihatlarda bu feragat memnuiyetini bertaraf etmeğe matuf olan bu gibi tazminat şartları daima iptal edilmemiş bazen de şartı cezaları yargıcın tadil edemeyeceği esasına dayanılarak muteber sayılmıştır [2].

Bu maddeyi bertaraf etmek için icat edilen diğer bir hile de “gayri muayyen müddetli hizmet akti,, yerine “günlük hizmet akitleri,, yapmaktır. Yani patron iş yerindeki yönetmeliğe bütün işçilerini gündelikçi olarak tuttuğunu yani her gün sonunda aktin nihayete erip ertesi gün yeniden başlayacağını bildiren bir madde koyar. Yahut münferit işçi ile yaptığı akti bir gün için tatbik edeceğini söyler ve lüzumu halinde ertesi gün yeni bir akit yapacağını o günün sonunda haber verir. Halbuki işçiye yaptıracağı işin mahiyeti bir günde bitecek durumda değildir. Fakat böyle bir mukavele patrona şu iyiliği temin eder ki her gün sonunda mukavele münfesih olacağından sebepsiz yere kovmak istediği işçiye (yarın gelme) demekle mesele hallolur ve hiçbir tazminat mükellefiyeti de bahis konusu olmaz. Çünkü patronun işçi ile behemahal yeni yeni iş akitleri yapmak mükellefiyeti yoktur. Maalesef Fransız içtihatları bu gibi mukaveleleri muteber saymışlardır. H. CAPITANT haklı olarak 1780 inci maddenin intizamı ammeden olduğunu ve sırf bu maddeyi bertaraf etmek niyetile aktedilen bu gibi mukavelelerin intizamı âmmeye ve kanunlara mugayir olmaları hasebiyle batul addedilmeleri gerektiğini ileri sürer [3].

[1] Cour d'Aix : 3. Mars. 1897 S. 97. 2. 140

[2] Req : 20. Juillet. 1920 D. 21. 1. 35; Seine 9. Sep. 1892 D. 93. 2. 545

[3] COLIN et CAPITANT - a.g.e. Cilt II. Sh: 605

I. Borçluyu himayeye matuf hükümler aleyhine hileler :

61 — Genel olarak :

Borç münasebetlerinde daha zayıf durumda bulunan borçlunun umumiyetle kendisinden iktisadî bakımdan daha kuvvetli olan alacaklının tazyikine karşı himayesi hukuk sistemlerinde muayyen bir tekâmülün ifadesidir. Muhtelif kanun vazıları çeşitli maddelerle, borçluyu, alacaklının haklarını mahfuz tutmakla beraber, onun tazyikinden kurtarmağa çalışmışlardır.

Borç münasebetlerinde borçlu ne gibi tazyiklere maruz olabilir? Bu tazyiklerin en müessir olanları daha ziyade alacaklıyı borç vermeğe razı etme safhasında yani aktin şartlarını tayin safhasında kendini gösterir: Borçlu muhtaç durumdadır ve âcil bir ihtiyacı karşılamak için ileride ödeme safhasında uğrayacağı zorlukları düşünmeden herne pahasına olursa olsun para bulmak arzusu vardır. Bu ruhî haletin tesirile alacaklı tarafından teklif edilen ve kendisi için pek mühlik olan şartları dahi kabule amadedir. O halde alacaklı borçlunun bu psikolojik zaafından istifade ile pek ağır şartlar ileri sürebilir. İşte kanun koyan evvelâ bu safhadaki ruhî baskıyı önlemek için birçok âmir hükümler vaz etmiştir: Ezcümle gabinli muamelelerin kabili iptal olmaları, fahiş faiz şartının memnuiyeti, aktin yerine getirilmemesi halinde şart koşulan fahiş şartı cezainin hakim tarafından tenkis edilebilmesi, yahut alacaklının borçlunun gösterdiği teminata (merhuna) borcun ödenmemesi halinde doğrudan doğruya malik olması şartının memnuiyeti (*pacte commissoire*) keza mevzu bakımından alacaklıya icraen tahsil imkânı vermeyen bir borç münasebetini örtmek için borçludan illetten mücerret bir borç senedi alınması halinde borçluya bu illeti isbat ve alacaklının icra yolile tahsiline mümanaat imkânının tanınması gibi.

Bütün bu koruyucu hükümler, borçlunun içinde bulunduğu hususî şartların zorlaması ve alacaklının da bu durumu istismara heves etmesiyle daima hilelere konu olmuştur. Borçlu alacaklıyı tatmin için onun gösterdiği ve yalnız onun menfaatini temine matuf olan türlü kaçamak yollarına muvafakat etmiş âcil bir ihtiyaç durumunu karşılayabilmek için, kanunların tanıdığı himayeden kendi kendisini mahrum etmeye razı olmuştur.

Kanuna karşı hile nazariyesi bu gibi hallerde başvurulacak son çaredir. Zira şu veya bu sebeple, iktisadî veya ruhî tesirin baskısı ile olsun, muayyen ehliyet şartlarını haiz olan bir ferdin iradesini dar hukuk "Salim ve himayeye muhtaç olmayan irade,, olarak kabul eder ve kendisinin doğrudan doğruya himaye ettiği hususî hallerin dışındaki irade zaaflarını koruyamaz.

Meselâ, fahiş faizi men eden bir hukuk sistemi alacaklının aynı iktisadî neticeyi başka ve meşru hukukî vasıtalarla temin etmesi halinde ne yapacaktır? Eğer bu meşru vasıtalarla dahi aynı matlup olmayan neticeye erişmeyi men etmeğe kalkarsa artık müsbet bir maddenin tatbikini değil belki kanuna karşı hile müeyyedesinin tatbikini yapmış olur. Çünkü müsbet bir memnuiyet maddesi kaideten ancak açık ihlâlleri istihdaf eder.

Bu bölümde sırasile borçluyu himayeye matuf hükümler aleyhine yapılması mutad ve meşhur olan tipik hileleri işte bu bakımdan inceleyeceğiz:

62 — Fahiş faiz memnuiyeti aleyhine hileler:

Fahiş faiz hatta bazen sadece faiz memnuiyeti Tivrattan İncilden oniki levha kanunundan en modern kanunlara kadar hemen bütün tedvin eserlerinde yer almıştır [1].

İslâm hukuku faizi ancak muayyen kimseler lehine olduğu takdirde haram saymaz [2]. Memnuiyet ve tahdit keyfiyeti muhtelif hukuk sistemlerinde mevcut olmakla beraber bunun şekil ve nisbeti tahavvüller gösterir. Meselâ kanonik hukuk sistemi fahiş olmayan normal faizi dahi reddeder ve faiz alanı afaroz eder. 18 inci asırda liberal ekonominin tesirile her türlü tahdit kaldırılmış ise de bilâhare yine tahdit zarureti hasıl olmuş ve Fransa'da 1807 de mukavelevî faiz nisbetinin azamî haddi kanunî faiz nisbeti ile müsavi olarak adı mukavelelerde yüzde beş ticarî mukavelelerde yüzde altı olarak tesbit edilmiştir. Bu tahdit keyfiyeti birinci umumî harbin sonuna kadar sürmüş fakat harp sonunda gerek devletin gerek fertlerin normalden fazla kredi ihtiyaçları dolayısıyla 18. Nisan. 1918 tarihli kanun ile faize azamî had tayin eden eski kanunun muhasematın sona ermesinden itibaren asgarî beş sene geçinceye kadar tatbikten kaldırıldığı, ne zaman yeniden tatbik başlanacağını da bir *décret - loi* ile tayin edileceği bildirilmişti. Bu *décret - loi* ancak 10. Ağustos. 1935 tarihinde çıkabilmiştir. Bu son vaziyete göre fahiş faizin kıstası şudur: İkrarda bulunan kimsenin istediği faiz miktarı, aynı şekilde ve aynı rizikoları göze almağı gerektiren bir ikraz muamelesini yapan hüsnüniyetli bir mukrizin talep edebileceği miktarın birbuçuk mislini aşığı takdirde fahiştir. Demek ki sabit bir nisbet değil, ancak iktisadî ihtiyaçların tahavvüllerine uygun mütehavvil bir nisbet kabul edilmiştir. Hüsnüniyetli mukrizler mutad olarak meselâ % 8 faiz almakta iseler, hâkim, % 12 yi aşan faizleri fahiş sayacaktır. Bunun müeyyedesi de fazla ödenen faiz miktarının evvelâ muacceliyet kesbetmiş normal faizlere ve bakiyenin de alacağına aslına

[1] İlgili bibliyografya için Bak: Fransız hukuku hakkında COLIN et CAPITANT. a.g.e. Sh: 642 - 649
Türk Hukuku hakkında - Dr. E. HİRŞ - Ticaret Hukuku. III. Bası. Sh: 667
[2] Bilhassa: Ebûlulâ MARDİN Medenî Hukuk dersleri. Cilt. 9. (1939)

mahsup edilmesidir. Bu *décret - loi* aynı zamanda cezai müeyyide de vaz etmiştir [3]. Alman Medenî kanunu bu memnuiyeti (gabin) mefhumu içine sokar.

İsviçre ve Türk kanunlarında da keza (gabin) maddesinin tatbik sahası içine girer. Bizde fahiş faizle ilgili diğer hususî kanunlar vardır. Murabaha Nizamnamesi, Ödünç Para Verme İşleri Kanunu. Bu meselenin doğmatik hukuk bakımından tetkiki konumuzun dışında kalır [4].

Mutad hile şekilleri:

Faiz aleyhine en eski ve en müteamil hile şekli bey'i bilvefa akitleridir. Mukriz müşterî rolündedir. Müstakriz ise bayi. Lâlettayın bir mal da mebi yerine kullanılır. Bu muamelelerde iştirâ bedeli, ilk satış bedelinden yüksek olarak kararlaştırılır ve aradaki fark faize tekabül eder. Yani borç veren borç alandan muayyen bir malı ucuz bir fiatla satın alır ve akitte bayi (ki burada borçludur) lehine bir iştirâ hakkı tanımır. Muayyen müddet geçince borçlu, sattığı malı daha yüksek bedel ile geri alır. Aradaki fark, geçen müddete tekabül eden faizdir. Keza orta çağda yapıldığı söylenen "mohatra,, mukaveleleri de bu nevidendir. Bu da, kredi ile satılan bir şeyi, ilk satışın akabinde bayiin ilk satış bedelinden daha aşağı bir semeni ve peşin para ile satın alması suretile olur. Burada borç veren bayi rolündedir ve bir malı yüksek fiatla (borçluya) veresiye satar. Borçlu müşteri rolündedir ve veresiye aldığı bu malı derhal bayie (yani borç verene) ucuz bir fiatla satar. İlk veresiye satışın zamanı gelince de mukarrer olan yüksek semeni öder ki bayiden (yani borç verenden) aldığı peşin semeni ile, ona bilâhare ödeyeceği yüksek (semeni) arasındaki fark faize tekabül eder.

Fahiş faiz memnuiyetini bertaraf etmek için yapılan bey'i bilvefa mukaveleleri Fransız içtihatlarınca batıl addedilmiştir. Bu hususta misaller pek çoktur ve mesele klâsik olmuştur [5]. Mahkemelerin böyle bir bey'i bilvefa aktinin haddizatında bir fahiş faiz memnuiyetini bertaraf için yapıldığını tesbit hususunda ehemmiyet verdikleri kârineler şunlardır: İlk ve ikinci satış bedelleri arasında büyük fark bulunması, aynı adamın bu gibi bey'i bilvefa akitlerini yapmağı itiyad etmiş olması vesaire.. Esasen keyfiyet her türlü delil ile isbat edilebilir.

[3] H. CAPITANT - La repression de l'Usure D. H. 1935 Chronique Sh: 61

[4] Bak: Ebûlula MARDIN ve HIRŞ a.g.e.

[5] Rép. 4. Juillet. 1904 S. 1904. 1. 520

COLIN et CAPITANT - a.g.e. II. Sh: 497

PLANIOL et RIPERT - a.g.e. X. Sh: 204 ve XI. Sh: 439

AUBRY et RAU - VI. Sh: 118

Yine fahiş faiz memnuiyetine karşı diğer bir hile şekli de cezaî şart usulünden faydalanmak suretile yapılır. Hususile Fransız Medenî Kanununun 1152 nci maddesinde şartı cezainin hâkim tarafından azaltılamayacağı kabul edildiğinden bu madde müsait bir yol teşkil eder. Borcun muayyen zamanda ifa edilmemesi halinde borçlu o miktarda bir tazminat ödemekle mükellef tutulurdu ki hakikatte bu mikdar, alacağın fahiş faiz tutarına tekabül ederdi. Mamafih Fransız mahkemeleri bu cezaî şartların hakikatte fahiş faizi örttüğünü tesbit ederek bunu kanunî hadde irca etmişlerdir.

63 — Mürtehinin merhuna temellükü şartının memnuiyeti aley hine hileler:

Bu memnuiyet de pek eskidir. Gayesi, borçluyu muzayaka halinde iken, alacaklıya rehin vermek suretile kendisine kredi teminine vasıta olarak kullanmak istediği bir malından onu büsbütün mahrum etmemektir. Alacaklı ise rehin aktinde kendisini daha emin bir durumda bulundurmak ve merhunu sattırma gibi formalitelerden kurtulmak hatta borçlunun borcunu ödeyemeyecek duruma düşmesi ihtimali kuvvetli olduğu takdirde de alacak miktarından çok daha kıymetli olan bir mala malik oluvermek gayesile daima bu nevi şartları karz akıtlarına koydurmak ister. Birçok hukuk sistemlerinde bu şart memnudur [1] ve yine birçok hukuk sistemlerinde bu memnuiyeti bertaraf edecek hileler icat edilmiştir.

Umumiyetle bey'i bilvefa mukaveleleri hem faiz memnuiyetini bertaraf etmek hem de bu maksadı temin etmek için kullanılır. Borçlu bey'i bilvefa ile alacaklısına bir mal satar ve bedelini alır. Muayyen bir müddet sonra aldığı parayı fazlasile iade eder ve sattığı malı geri alır.

Filvaki borçlu bir rehin muamelesi yapsa idi yine malı alacaklıya verecek, muayyen bir para alacak ve borcunu ödediği zaman da rehini geri alacaktı. Fakat böyle bir rehin aktinde alacaklı borç ödenmemesi halinde merhunu sattırıp ancak alacağına muadil bir para alacak ve fazlasını borçluya iade edecekti. Halbuki bey'i bilvefa akti borcun ödenmemesi halinde merhunun tamamını alacaklıya temin etmektedir. İşte bu kâr ihtimali alacaklıyı daha kolaylıkla parayı ikrazına razı etmektedir. Fransız hukukunda bu gibi muteber olmayan bey'i hilvefa akıtlarına "*vente pignorative*," denir.

[1] Türk Medenî Kanunu: Md: 863
İsviçre " " " " : " 894
Fransız " " " " : " 2078
Alman " " " " : " 1229

Yalnız bu muamelelerin butlanı ya muvazaa mefhumuna ya yanlış tavsif mefhumuna müracaatla kabul edilmiştir ki tarafların yapılan muamelenin kendisine mahsus hukukî neticeleri doğurmamasını değil bil'akis doğurmasını istedikleri bir muameleye bu vasfın izafesi hatalıdır. Taraflar zahiren bir bey'i bilvefa yapıyor ve fakat onun hükümlerini ifa etmiyor değiller ki. Bil'akis taraflar, bu bey'i bilvefa'nın hükümlerini olduğu gibi yerine getiriyorlar ve zaten yerine getirmek için bunu yapıyorlar. Ancak bu aktin yapılmasına âmil olan maksattır ki onu muteberlikten mahrum ediyor.

64 — İcra kabiliyeti olmayan alacaklar hakkındaki hükümler aleyhine hileler:

Kanun koyan muayyen hallerde borçlanan kimseyi alacaklının icra yolile takibine musaade etmez. Tabii borçlarda olduğu gibi. Bazen de mevzuun adap ve kanuna aykırılığı yüzünden esasen borç mukavelesi batıldır. İşte bu gibi hallerde alacaklılar illetten mücerret muamelelerden faydalanmak isterler. Burada bir tefrik yapmak gerekir.

Mevzuları kanun ve adaba mugayir olmayan ve fakat tabii bir borç teşkil ettiklerinden icra kabiliyetleri bulunmayan borçlar için mücerret borç taahhütlerine müracaatta fayda hasıl olabilir. Zira böylelikle tabii borç medeni bir borç haline inkilâb eder ve icra kabiliyetini kazanır. Bu gibi hallerde borçlu, illetin, icra kabiliyeti olmayan bir borç tevlit edecek mahiyette olduğunu iddia ve isbat ile borcundan kurtulamaz. Meselâ müruru zamana uğramış bir borcu yahut ahlâki bir vazifenin ifasını istihdaf eden bir edayı mücerret bir borç vadine bağlamak mümkündür ve bu gibi hallerde vadin bir def'i ile hükümsüz bırakılmasına cevaz verilmez [1]. Fakat mevzu alifâka veya kanuna mugayir olması sebebiyle bizzat batıl olan bir borç münasebetini teyid için mücerret muamelelere müracaat halinde ne yapılabilir? Burada da iki hali ayırt etmemiz gerekir: İlleti göstermeyen alelâde bir borç senedi istihsali alacaklıya bir şey temin etmez. Çünkü borçlu mahkemede bu illetin mevcut ve fakat ahlâk ve kanuna mugayir bulunduğunu def'i zımnında iddia ve isbat hakkını haizdir. Keza bu senet alacaklı tarafından bir üçüncü şahsa devredilse dahi borçlu bu alacağı temellük eden kimseye aynı def'ileri ileri sürmek hakkını haizdir [2]. Fakat alacak bir kıymetli evraka raptedilmiş ise (emre veya hamile muharrer senet) ve bu kıymetli evrak bir üçüncü şahsa ciro ve teslim edilmişse borçlu büyük bir mani ile

[1] ARSEBÜK - Sh: 360
Keza: Code Civil annoté 1938 II. Art. 1235
[2] B. K: 167

karşılaşacaktır. Kıymetli eyrakta yazılı olan borcun sakat bir illetten tevellüt ettiği yolundaki iddiaları bu üçüncü şahsa karşı hüsnüniyetli olması halinde ileri sürmeyecektir.

Zira Türk Ticaret Kanununun 542 nci maddesi böyle bir def'i imkânını ancak yeni hamil ile ilk hamil arasındaki bir hileli itilâf haline inhisar ettirdiği gibi, 1930 yılı Cenevre poliçe anlaşmasını kabul eden bütün milletler gibi Fransız Ticaret Kanunu da 1935 de tadil edilen 121 inci maddesi ile bu def'i yeni hamilin cirodan borçlunun zarar göreceğini bilerek hareket etmesi haline hasreder. Mamafih yeni Ticaret Kanunu projemizin 599 uncu maddesi bizde de yeni hamilin sadece borçlunun zararına hareket ettiğini bilmesini def'i imkân için kâfi görmektedir [3].

Bu maddeler muteber bir illeti olmayan bir borca icra kabiliyeti vermek isteyen alacaklı ile vaziyeti bilerek anlaşılan suiniyetli hamil arasında yapılan kanuna karşı hileleri derpiş etmektedir ve bu maddelerin vücudü bu halleri kanuna karşı hile olmaktan çıkarır. Zira bu gibi haller artık doğrudan doğruya bu maddelerdeki memnuiyet içine girer. Fakat hamil hüsnüniyetli ise, bu ciroyu yapan alacaklı bu hareketi ile kanun boşluğundan istifadeye kalkmış ve illeti muteber olmayan bir borca icra kabiliyeti tanımayan kanun hükmünden kaçmanın yolunu bulmuş demektir. Bu halde borçlu hüsnüniyetli hamile borcu ödeyecektir. Ödemeze kendisinden icra yolile tahsil edilecektir. Fakat bundan sonra asıl alacaklı aleyhine "ilk hamilden ciro karşılığı aldığı para dolayısıyla, bir haksız iktisab davası açılabilir mi? V. TUHR bu suale müsbet cevap veriyor [4].

Alman içtihatları ise haksız iktisab iddiasını red eder, çünkü poliçeden mütevellit taleplerin ancak poliçe hamiline karşı ileri sürülüp ona ciro edene karşı dermeyan edilemeyeceğini kabul eder. Ancak poliçenin devrinin asıl alacaklı ile borçlu arasındaki mukavelevî duruma karşı bir aykırılık veya bir haksız fiil teşkil etmesi halinde borçlunun ilk alacaklı aleyhine **tazminat davası açabileceğini** kabul ile ikifa eder [5].

[3] Türk Ticaret Kanunu projesi. Md: 599

"Poliçeden dolayı kendisine müracaat olunan kimse keşideci veya önceki hamillerden birile kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def'ileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez; meğer ki hamil, poliçeyi iktisab ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun..."

[4] Von TUHR - Traduit par. Thilo - 1933. I. Sh: 234 Fransızca tercüme

[5] STAUB - STRANZ. Wechselgesetz. 1934 (Sh: 234 Madde 17 Not. 16 a)

J. Alacaklıyı himayeye matuf hükümler aleyhine hileler:

65 — Genel olarak:

Evvelki bölümde borçluyu alacaklının umumiyetle iktisadi üstünlüğüne ve bundan mütevellit nüfuzuna karşı koruyan hükümler aleyhine vâki hileleri incelemiş ve bu tazyiklerin bilhassa alacaklıyı borç vermeğe razı etme safhasında kendini gösterdiğini kaydetmiştik. Halbuki borç münasebeti bir kere teessüs ettikten sonra ve alacak borçlunun eline geçtikten sonra artık zayıf duruma giren borçlu değil belki alacaklıdır. Zira alacağını ancak borçlunun tavassutu ile tahsil imkânına sahiptir. O halde borçlunun harekâtından şu veya bu tarzda müteessir olabilecek bir vaziyettir. İşte bu sebeple muhtelif hukuk sistemlerinde alacaklıyı borçlunun ödemediği imtina veya aczi halinde korumaya matuf geçitli tedbirler alınmıştır. Bunların bir kısmı aynî ve şahsî teminat müesseseleri (kefalet, rehin, ipotek) ihdası şeklinde olmuştur. Bir kısmı alacaklıların hukukunu muayyen hususî hallerde koruyabilmek için borçlunun kendilerine zarar veren muameleleri aleyhine dava açmak selâhiyetinin tanınması şeklinde olmuştur: İptal davası, Hülâsa kanun koyan muhtelif vesilelerle alacaklıyı himaye hususunu, menfaatler durumunu ve hüsnüniyetli üçüncü şahısların himayesi zaruretini de hesaba katmak suretile tanzime çalışmıştır.

Ancak bütün bu kanunî tedbirlere rağmen borçlular alacaklılarının hukukunu zedeleyecek mahiyetteki hareketlerden hâli kalmamaktadırlar. Tabir caizse kanun maddelerinin boşluklarını kendi lehlerine kullanmak itiyadından vaz geçmemektedirler. Bu gibi hallerde dar hukuk anlayışı içinde kalındığı takdirde yapılacak bir şey yoktur. Ancak kanun koyanın alacaklıyı himaye etmek istediği muhtelif alâmetlerden anlaşıldığı takdirde, borçlunun yaptığı bazı muamelelerin alacaklıya karşı dermeyer edilemeyeceğini kabul etmek içtihatlarca uygun bulunmuştur ki bu haller konumuz olan nazariyenin tipik bir tatbikatını teşkil ederler.

Kanun koyanın alacaklıyı himayesi iki safhada kendini gösterir:

1 — Aktin inikadından evvel yani alacaklı sıfatını kabule razı olacağı sırada.

2 — Alacak münasebeti fiilen tahakkuk ettikten sonra.

Vakıa alacaklının henüz bu sıfatı ihraz etmediği bir sıradaki himayesini dogmatik hukuk bakımından bu bölüme ithalimiz doğru görülmeyebilir. Çünkü alacaklı henüz bir üçüncü şahıs durumundadır. Ancak alacaklı olmayı göze

alırken bir şahsın borçlu hakkında nelere istnad edeceği, hangi esaslara itimadla bu işi üzerine alacağını kanun koyan nazardan uzak tutmamış ve alacaklı olmayı niyet eden ferdin, borçlu olacak kimsenin zahiri varlık durumuna olan itimadını muayyen bir nisbette himaye etmiştir. Bu itibarla biz henüz borç münasebetinin doğmadığı bir sıradaki himayeyi de aynı kategori içine sokmakta mahzur görmüyoruz. Hülâsa varlıklı görünen ve tanınan bir kimseye borç verirken alacaklının bu zahiri durumu en ince teferruatına kadar tahkik etmesi ve aldandığı takdirde de avakibine katlanması yolundaki sert bir görüş pratik hayatın ve hele ticarî hayatın icaplarına asla uygun sayılmamıştır. Böylece kanun koyan, menkul mallara taallük eden hususlarda bunları elinde bulunduran kimsenin onların sahibi addedilmesini daha doğrusu bu kimse hakkında böyle bir kanaat beslenmesini makûl görmüş ve muayyen bir nisbette bu zahiri duruma olan itimadı himaye etmiştir: Menkul rehninin behemahal teslim şartına mütevakkıf olması, verisiye alınan ve tesellüm olunan malların henüz bedelleri ödenmediği zamanlarda dahi müşterinin iflâsı halinde masaya sokulması, mülkiyeti muhafaza kaydile yapılan satışların aleni bir sicile derci mecburiyeti gibi hususlar aynı itimadın himayesine delâlet eder. Bu himayenin ifadesi olan diğer hususlara temas edecek değiliz.

Alacaklının alacağın tahakkukundan sonraki himayesi ise borçlunun alacağı veya rehni tehlikeye koyan hareket ve muameleleri aleyhine alacaklının kanunî yollara müracaatta bulunabilmesi şeklinde tecelli eder. Biz bu bölümde sırasile teslimi meşrut şekilde rehin hükümleri aleyhine, taksitle alınmış malların borçlunun iflâsında masaya dahil olması kaidesi aleyhine ve nihayet mülkiyeti muhafaza kaydile vâki satışlardaki tescil mecburiyeti aleyhine ve daha sonra aciz vesikasına ve haciz imkânlarına mütedair hükümler aleyhine yapılan hileleri tetkik edeceğiz.

65 (Mükerrer) — Teslimi meşrut şekilde rehin hükümleri aleyhine hileler:

Bu tip hilelere bilhassa Alman içtihatlarında rastlanır. İlk zamanlar Alman Medenî kanununun, menkul rehnini teslim şartına mütevakkıf tutan 1205 inci maddesinden kurtulmak için, yani merhunun rahinin ihtiyacına mebni onun elinde kalmasını temin için şşöyle bir hileye başvurulmuştur: Rahin, rehnemek istediği şeyi mürtehin bey'i bilvefa ile satıyordu. Satışın akabinde yeni malik (yani hakikatte mürtehin) bu malı ilk bayie (yani rahine) kiralıyordu. Böylece rahin malını yine elinde muhafaza etmeğe imkân bulmuş oluyor ve kira bedeli olarak gösterilen ve hakikatte alacağın faizinden ibaret olan meblâğları munta-

zaman ödüyordu. Müddeti gelince de işira hakkını kullanıyor ve mecuru yeni malikinden satın alıyordu. (Yani hakikatte her ay kira namile faiz ödüyor ve en sonunda da satış bedeli namile borcun resülmalini tediye ediyordu) Alman Temyiz mahkemesi bu gibi muameleleri batıl addedince rahinle mürtehin bir başka hile icat ettiler. Bu hile satış akti ile rehin aktinin şartları arasındaki bir farktan istifade ile yapılmıştır. Şöyle ki: Rehın aktinin muteberliği için mutlaka merhunun mürtehine teslimi şarttır. Rahinin elinde kaldığı müddetçe yapılan rehin akti muteber olmaz. Halbuki satış ve alelîlak mülkiyetin intikalini istihdaf eden akitlerde teslim keyfiyeti bu derece katıyetle şart koşulmamıştır. Daha doğrusu istisna kabul eden bir kaide şeklindedir. Meselâ bir menkulü satmak isteyen kimse onu hususî bir sebeple yedinde alakoyabilir. Yani mülkiyetin teslimsiz iktisabı muayyen hallerde caizdir (T. M. K. 892, Alman M. K. 930) Halbuki bir menkulü rehin vermek isteyen kimse behemahal onu teslimle mükelleftir. O halde yukarıda fahiş faiz ve mürtehinin merhuna malikiyeti memnuiyeti aleyhine yapıldığından bahsettiğimiz bey'i bilvefa akitleri teslimi meşrut rehin hükümleri aleyhine de yapılabilir: Rahin, merhunu rehnedeceği yerde bey'i bilvefa ile mürtehine satar. Satış aktinde ise şeyi hususî bir sebeple yedinde muhafazasına imkân vardır. Müddeti gelince işira hakkını kullanır yani hakikatte alacak tutarını mürtehine öder ve zaten hiçbir zaman elinden çıkarmadığı "şeyin" mülkiyetini geri alır. Eğer borcunu vaktinde ödemezse (yani şeklen işira hakkını kullanmazsa) mürtehin müşteri sıfatile bayideki (yani rahindeki) menkulünün kendisine teslimini her zaman isteyebilir. Alman Temyiz mahkemesi baştan bu mukaveleleri batıl addetti. Fakat doktrin bu hususta ikiye ayrıldı ve içtihatlarla muhalif olanlar bilhassa iktisadî zaruretleri, istihsal eşyasından ve ticaret malından başka teminat gösterecek menkulleri olmayan ve rehın devamı müddetince de bunlardan mahrum kalmayı göze alamayan tabakayı ileri sürerek bu gibi kanunî hilelerin maslahata elverişli olduğunu iddia ediyorlardı. Netekim Alman Temyiz mahkemesi sonradan bunların hepsini muteber addetti. Mahkeme bu gibi hilelerin meşruiyeti hakkında şöyle bir gerekçeye dayanıyordu: Bu hileler hakikatte kanunu ihlâl etmemektedir, zira merhunun fiili teslimini isteyen kanun vazımın bununla ancak doğrudan doğruya yapılan rehınleri kassettiği ve maddî bakımdan aynı neticeyi tevhit eden bilcümle yoları men etmediği tahmin edilmektedir.

Keza 1900 tarihinde tedvin edilmiş olan Alman Medenî kanununun ihzarında bu çeşit muamelelerin memnuiyeti hakkında sarih bir madde konması yolundaki teklifin reddedilişi dahi bu gibi muamelelerin muteberliğinin zımmî bir kabulü gibi telâkki edildi.

Aynı tip muameleler İsviçre'de baştan muvazaalı muameleler olarak kabul edildi ve bu muamelelerin altında teslimsiz bir menkul rehının gizlendiği

ve bu gibi rehin akıtlarının ise muteber olmadığı kabul edildi [1]. Münekkitler bu muvazaa tavsifinin yersiz olduğunu ve ortada kanuna karşı yapılmış bir hile bulunduğunu iddia ettiler, içtihatlar da bilâhare aynı fikre temayül etti [2]. Nihayet Medenî kanun tedvin edilirken 717. nci maddesile (T.M.K. 690) bu gibi hileler baştan derpiş edildi. "Başkasını ızzar veya teminat ahkâmını (teslimi meşrut rehin ahkâmını) ihlâl kastile bir menkulü temlik eden kimse onu hususî bir sebeple yedinde alırsa mülkiyetin intikali şahsî salis hakkında muteber olmaz. Bu kastın takdiri hâkime müfevzadır.."

Böylelikle bu tip hilelerin üçüncü şahısları ızzarı ihtimali önlenmiş olduğu gibi rehin hükümlerinin bu yolla bertaraf edilmesine de mani olunmuştur. Fakat bu maddenin vücudü bu mevzuda artık kanuna karşı hile mefhumuna başvurmayı lüzumsuz kılar, bu gibi haller İsviçre ve Türkiye için 690 (717) nci maddelerin doğrudan doğruya bir ihlâlini teşkil ederler. Önlenmeleri için bu metinlerin tatbiki kâfidir.

66 — Müşterinin alacaklılarını himayeye matuf hükümler aleyhine hileler:

Bir satış aktinde bilhassa müşterinin tacir olması halinde satılan mallar kredi ile alınmış olsa dahi müşterinin iflâsı vukuunda masaya girerler. Ancak müşterinin bu malların zilyetliğini iktisab etmiş olması lâzımdır. Görülüyor ki malını kredi ile satmış ve müşteriye teslim etmiş olan bayiin durumu bir iflâs vukuunda çok tehlikelidir. Çünkü sattığı malın bedelini henüz tahsil edemediği halde bu alacağından dolayı herhangi bir imtiyaza sahip değildir. Bu kaide evvelce işaret ettiğimiz gibi müşterinin alacaklılarını korumak maksadile konmuştur, yani müşterinin tasarrufu altında görülen bilcümle menkul malların onun ödeme kabiliyetinin zahiri unsurlarını teşkil ettiği ve bunların henüz bedellerinin tesviye edilmiş olmamasının ehemmiyetli olmadığı kabul edilmiştir. Bayiin korunması ancak bir tek ihtimalin tahakkukuna muallâktır o da Türk İcra İflâs Kanununun 190 nci ve Fransız Medenî kanununun 576 nci maddelerinde derpiş edilmiş olan haldir. Yani bayi tarafından müşteriye satıldığı veya gönderildiği halde müşterinin iflâsına hükmolunmazdan evvel henüz eline geçmemiş bulunan mallar için masa tarafından bedelleri verilmiş olmadıkça satıcı istirdat iddiasında bulunabilir. Görülüyor ki iflâstan evvel müşterinin eline geç-

[1] 23. Aralık. 1904 tarihli federal mahkeme kararı (A. T. F. 30.650)
8. Aralık. 1893 " " " " (" 19.883)
[2] 10. Mart. 1888 " " " " (" 14.111)
12. Kasım. 1913 " " " " (" 39.691)
6. Mayıs. 1893 " " " " (" 19.347)

miş bulunan mallar hakkında hiçbir himaye imkânı yoktur. Bunları satmış olan bayiin semen alacağı lâlettayin bir olacaktır.

Fransız hukukunda daha ağır bir hüküm vardır. Fransız Ticaret kanununun 550 nci maddesinin son fıkrası “Medeni kanunun 2102 nci maddesinin 4 numaralı bendinde zikredilen ve menkul bayileri lehine tanınan istihkak talebi “*droit de revendication*”, iflâs halinde istimal edilemez”, der. Fransız Medeni kanununun bahsi geçen madde ve fıkrasındaki istihkak talebi Fransız hukukuna has daha doğrusu eski Fransız hukukunun yadigarı olan ve isimle mütenasip olmayan hususî bir taleptir. Bu hal, vadeli veya vadesiz bir satışla bir menkulü satmış olan bayiin, müşterinin semeni ödememesi veya semeni tamamen ödemediği evvel satılan şeyi bir başkasına devre teşebbüs etmesi hallerinde malını geri alma hususunda bir dava hakkına sahip olmasını ifade eder. Ancak bu geri alma, bayiin ona tekrar malik olması demek değildir. Malik gene müşteridir fakat bayi bununla müşteriye semeni biran evvel tediye zorlamak imkânını kazanmış olur. Hatta bayiin akti fesh hakkı da vardır. Semeninin tamamen ödenmesine kadar istimal edilebilen bir nevi hapis hakkına benzeyen bu hak bugünkü Fransız hukuku bakımından manasızdır [1]. Bu hak mülkiyet intikalinin semeninin tediyesine muallak olduğu eski Fransız hukuku çerçevesi içinde tetkik edildiği zaman bir mana ifade eder çünkü o zaman bayi para ödenmediği müddetçe malik durumunu muhafaza etmekte idi. Halbuki modern Fransız hukukunda mülkiyet daha aktin in'ikadı ile müşteriye geçtiğinden bu hak artık maliki olmaktan çıktığı bir mal üzerinde talepte bulunmaya müncer oluyordu. Meseleinin münakaşası konumuzdan hariç kalır.

Bütün bu hükümler yukarıda kaydettiğimiz gibi iflâs eden müşterinin alacaklılarını korumaya matuftur. Fakat müşterinin yedinde bulunan bilcümle menkullerin hepsinin kendisine ait olmayacağını da kabul etmek gerekir. Meselâ müflisin kiraladığı mallar bu meyandadır. O halde bayie nazaran mucirin durumu daha emindir zira kiracının iflâsı halinde mucir henüz mülkiyetinden çıkmamış olan mallarını müstecirden geri alabilir. İşte bu iki hukukî muamelenin bayie temin ettiği farklı durumlardan istifade suretile meşhur kira - satış akitleri icat edilmiştir.

Burada derhal kendi hukukumuzdaki “mülkiyeti muhafaza kaydile satış”, müessesesini hatırlarız [2]. Zira bu müessese bayiin hakkını korumaya kâfidir, fakat evvelâ bu müessese her hukuk sisteminde yoktur, saniyen böyle bir satış, aleniyeti temin maksadile hususî bir tescile tabi olduğuna gibi fesih halinde de

[1] COLIN et CAPITANT 1931 Sh: 820.
PLANIOL et RIPERT Cilt. XII. Sh: 196

[2] T. M. K. madde: 688
ROSSEL et MENTHA - Manuel du Droit Suisse II n: 1337. 1339
CURTI - FORER - Commentaire du Code Civil Suisse Art: 715

alınan taksitlerin müşteriye iadesini gerektirir. O halde mülkiyeti muhafaza kaydile satış usulünün de bayi için iki mahzuru vardır. Evvelâ bir formaliteye müracaat zarureti sonra da kira aktinden farklı olarak muhtemel bir fesih halinde o zamana kadar aldığı taksitleri iade borcu.

Şu halde bu kira - satış mukaveleleri, a) Mülkiyeti muhafaza kaydile satış müessesesini tanımayan memleketlerde bu müessesenin yerini tutmak için, b) Bu müesseseyi kabul eden memleketlerde formaliteden kurtulmak için, c) Taksitleri iade mükellefiyetinden varestede kalmak için, d) Paragraf 35 de izah ettiğimiz gibi daha az intikal harcı ödemek için başvurulan tipik kaçamak yollarını teşkil etmektedirler.

Fransız mahkemeleri bu tip akitleri bazen muvazaa, bazen yanlış tavsif olarak tahlil etmiş ve iflâs bakımından bunları satış hükmünde tutmuştur. Fransız yargıtayının 21 Temmuz. 1897 tarihli kararına mevzu olan hadisede dört dokuma tezgâhı herbiri üçer aylık olan onbir devrelik bir müddet için kiraya verilmiştir. Kira bedeli her üç aylık devre için her tezgâh başına 150 franktır. Fakat son kira bedeli 208 frank olup mukaveledeki bir şart gereğince bu son kira ödendikten sonra mezkûr tezgâhlar kiracının mülkiyetine geçecektir. Kira mukavelesinde hakikaten bir kiracıya terettüp eden birçok mükellefiyetler vardır. Sigorta ettirmek, iyi muhafaza etmek, mucirin temsilcilerinin kontrollerine tezgâhları amade bulundurmak ve bir kiranın ödenmemesi halinde tezgâhların mucir tarafından geri alınabilmeleri vesaire gibi. Yani akitte hakikî bir kira mukavelesinin bütün hususiyetleri mevcuttur. Fakat mahkeme vakıalarının tetkikinden bu aktin hakikatte bir satış niyetiyle yapıldığı kanıtına varmıştır. Mahkemeyi bu kanaate sevkeden husus kira bedelleri mecmununun tezgâhların satış bedelile arada geçen zamanın faizi yekûnuna muadil olması ve taraflar arasında teati edilen bir mektupta mucirin mümessilinin kiracıya hitaben şöyle bir beyanda bulunmuş olmasıdır: "Biz size karşı şunu taahhüt etmekteyiz: Bize taahhüt ettiğiniz icar bedellerini tamamen ödediğiniz takdirde icarın sonunda sizden tezgâhların iadesini istemeyeceğiz. Onlar sizin malınız olacak çünkü Fransız kanunları satış mahiyetini arzeden bir icar mukavelesini butlan tehdidi ile men etmektedirler., Mahkeme bu ifadeye ve diğer bazı emarelere istinadla tarafların, satış evsafını haiz bir kira akti yapmanın, yani mülkiyeti muhafaza kaydile satışın memnuiyeti hasebile bu yola müracaat ettiklerini sabit görmüştür. Hadiseyi tetkik eden Grenoble istinaf mahkemesi 24. Mart. 1896 tarihli kararında şu gerekçeyi vermiştir " . . . Böyle bir mukavele ancak kendi hakları üzerinde dilediği gibi tasarrufta serbest olan taraflar arasındaki münasebetleri tanzimle kaldığı takdirde muteberdir. Fakat Ticaret kanununun, müşterinin iflâsı halinde bayii Medeni kanunun bahşettiği haklardan mahrum eden ve kendisi tarafından satılmış olan eşyalar için istihkak talebinde bulunmasına cevaz vermeyen 550 nci maddesindeki amme inti-

zamı kaidesinden bayii kurtarmayı istihdaf etmek suretile bu mukavele üçüncü şahısların haklarını hâleldar etmekte ise vaziyet değişir... Kiralayan bir icar şekli altında, bedelin tamamen tediyesi şartına muallak bir satış akti yaptığı zaman, kendisinin bunu sırf müşterisinin muhtemel iflâsı halinde Ticaret Kanununun 550 nci maddesinin tatbikinden kurtulmak arzusuile yaptığına hükmolunabilir... Halbuki kanun koyan mezkûr maddé ile bazı iktisadî sebeplerden dolayı alacaklılar masasını, iflâs eden tüccarın zilyetliğinde buldukları için onun ödeme kabiliyeti hakkında alacaklılara yanlış bir zahap telkin etmiş olan bazı menkul malların elden çıkarılmasına karşı himaye etmek istemiştir. Kanunun, yapılmasını menettiği bir şeyin dolambaçlı bir şekilde ve mahirane tertip edilmiş mukavele şartlarından mürekkep kombinezonlarla da olsa yapılması gene caiz değildir.,,

Aynı kararı temyizen tetkik eden Fransız yargıtayı da bu gerekçeyi teyid eder: "... Bahis konusu olan satışın, akabinde bir teslim vâki olmakla beraber, âkitlerin müşterek niyetlerinde bedelin tamamen tediyesi gibi taliki bir şarta tâbî tutulduğu ve temyiz müsted'isinin, muadil kıymetin tahsilinden evvel malların mülkiyetinden vaz geçmek niyetinde olmadığı sabit ise de, müflisin kendi mağazaları içine koyduğu mallar onun aleni zilyetliğinde bulunmaları dolayısıyla zahiri ödeme kabiliyetinin bir unsuru haline geldiklerinden bayii tarafından hunlar üzerinde hiçbir istihkak talebinde bulunulamaz. Bu itibarla bu mukavele iflâs halinde alacaklılara karşı dermeyan edilemez. Bu sebeple temyiz talebinin reddine.,,

Fransız mahkemelerinin bu yoldaki içtihatları müstakardır ve bu gibi mülkiyeti muhafaza şartile yapılan satış akitlerinin ancak taraflar arasında muteber olduğunu ve üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilemeyeceğini kabul ederler [3]. Bu mevzu birçok etüdlere konu olduğundan üzerinde fazla duracak değiliz. Ancak hadisenin muvazaa veya yanlış tavsif şeklindeki tahlillerinden ziyade kanuna karşı hile olarak tavsifinin daha muvafık olacağını kaydedelim. Zira yapılan muamele ciddi olduğu gibi tarafların buna verdikleri ad da yerindedir. Fransız hukukçuları bu gibi kira - satış akitlerinin bilhassa iktisadî zaruretlerin tesirile icat edildiklerini ileri sürerek İsviçre hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da "mülkiyeti muhafaza kaydile satış,, müessesesinin kabulünü istemektedirler. Bu takdirde hem müşteri bedelini toptan veremeyeceği malları taksitle kendisine temin edebilecek hem de bayi müşterinin iflâsı halinde malından mahrum kalmamış olacaktır. Bu bakımdan Fransa'da teşrii bir gelişme beklenmektedir [4].

[3] Code Civil Annoté Cilt. II. 1938 Madde: 1581

[4] Konu ile ilgili etüdlere için bak: THALLER'in notu D. 96. 1. 57

Esad ARSEBÜK - Hususi akid tipleri etrafında incelemeler. A. H. F. dergisi.

Cilt: V sayı - 4 Sh: 95

LİGEROPOULO - a. g. e. Sh: 250 - 270

ACHER - Location - vente (Annales de Droit Commercial 1904 Sh: 429)

66 (Mükerrer) — Lex Commissoria (taksitlerin iade edilmeyeceği şartı) nın memnuiyeti aleyhine yapılan hileler:

İsviçre hukuku Fransa için bu bakımdan bir model teşkil ettiği halde aynı kira - satış akitleri İsviçre Medeni kanununun 716 (T.M.K. 689) uncu maddesi aleyhine hile olarak yapılmaktadır. Bu maddede taksitle mal satan kimsenin mülkiyeti muhafaza mukavelesine istinatla sattığı malın iadesini, ancak, almış olduğu taksitlerden malın kullanılmakla eskimesinden mütevellit tazminatı ve münasip bir ücret miktarını tenzil ederek mütebakiyi müşteriye geri vermek şartile talep edebileceği bildirilmektedir. Şimdi bu şart; mülkiyeti muhafaza şartile satış namı altında yapılacak olan her akitte, bayii, meselâ müşterinin iflâsı hasebile veya herhangi bir sebeple taksiti ödememesi halinde malını geri isteyeceği zaman, o zamana kadar almış olduğu taksitleri iadeye mecbur tutmaktadır. Halbuki bayi bu malını satmayıp da içinde satış vadi münderiç olan bir icar mukavelesile kiraya verseydi icar bedellerini iade ile mükellef olmayacaktı. İşte bayi müşterinin aleyhine olarak kendisine bu imkânı temin için pazarlık sırasında mülkiyeti muhafaza şartile satış yerine kira - satış akti yapmayı teklif eder. Roma hukukunda *Lex Commissoria* denen ve taksitlerin vaktinde ödenmemesi halinde bayiin aldığı taksitleri ödemeğe mecbur olmaksızın akti feshedebilmesini ifade eden bu şartın memnuiyeti tarafları icar - satış mukavelelerini icada sevkettiştir.

Keza bu nevi mukaveleler Medeni kanunun 688 inci maddesinin 2 nci fıkrasındaki memnuiyeti bertaraf etmek için de yapılır. Malûm olduğu üzere bu fıkrada hayvanlar hakkında mülkiyeti muhafaza kaydile satış yapılması men edilmiştir. Zira eskiden İsviçre'de 18 inci yüzyılda yahudilerin icat ettikleri bir hayvan alım satımı şekli vardı ki bilâhara 31. Ocak. 1768 kararile men edilmiştir. Yahudi tacirler köylüye muayyen bir hayvanın yarısını satıyorlar yarısının mülkiyetini de kendilerinde muhafaza ediyorlardı. Mukavelenin hususî şartları şuydu: Köylü bu hayvanı muayyen bir müddet besleyecektir, sonra üçüncü bir şahsa satacak ve aldığı bedelin yarısını yahudi bayie iade edecektir. Bayiin bütün menfaati, hayvanın yarısını satarken semeni hayvanın hakiki değerinden çok fazla olarak tesbitinde idi. Meselâ hakiki değeri 200 lira olan bir atın yarısını köylüye 150 liraya satıyor, köylü bunu bir sene besliyor sonra üçüncü bir şahsa normal değerile yani 200 liraya satıyor. Bu semenin yarısı olan 100 lirayı da yahudi bayie veriyordu. Böylece bayi köylüden bir at mukabilinde evvelâ 150 lira sonra da 100 lira ki bir sene bekleme mukabilinde 200 liralık mala mukabil 250 lira almış oluyordu. Halbuki bu atı bir sene kendisi besleyerek normal bir satış yapsa hem bir senelik yem parası verecek hem de ancak hakiki değeri olan 200 liraya satabilecekti. Yani bayiin kârı, tasarruf edilen yem parasile 50 lira fiat farkından mürekkepti. Köylü ise atın tamamının bedelini temin

edemiyor, kendisine fahiş faizli bir kredi bulan yahudiye müracaata mecbur kalıyordu. Bilâhare bu gibi suistimalleri önlemek için Bâle kantonunda 1785 de bu gibi muameleler men edildi. İşte Medenî kanunda hayvanlar hakkında mülkiyeti muhafaza şartile satış memnuiyetinin menşei budur. Bugün hayvanlar hakkında yapılan kira - satış akitlerinin muteber olup olmayacağı hususunda hâlâ münakaşa vardır [5].

67 — Alacağın icra yolile tahsilini temin eden hükümler aleyhine hileler:

Burada iki misal vermekle iktifa edeceğiz. Bunlardan biri hacze tâbi gelirler hakkında asgarî bir had kabul eden kanun hükümlerinden istifade suretile yapılan hilelerdir ki fazla geliri alacaklının haczinden kaçarmaya yarar. Zaten Almanya'da kanuna karşı hilenin en tipik örneklerini "1500 Mark mukaveleleri, denen akitler teşkil etmiştir. Almanya'da bir zamanlar 1500 marktan az ücret alan işçilerin bu ücretlerinin haczi caiz görülmüyordu. Patron kendisine 1500 marktan daha fazla ücret vermek istediği işçilere bir müzaharete bulunmak için hizmet aktine şöyle bir şart dercediyordu. Her ay işçinin karısına patron muayyen bir meblâğ ödemeyi taahhüt eder. Meselâ işçinin ücreti 1500 marktan ibaret olduğu halde karısına da ayrıca 1000 mark veya 1500 mark ödeyeceği kararlaştırılır. Bu şart hukuken üçüncü şahıs lehine bir taahhüt teşkil eder ve muteber olmaması için bir sebep yoktur. Halbuki bu şart sayesinde haddizatında işçinin 2500 veya 3000 marklık ücretinin tamamı haciz tehlikesinden kurtuluyordu. Bu mukavelelerin mahiyeti bir hayli münakaşa konusu olmuştur. Nihayet 24. Ekim. 1934 tadilatında Alman Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 850 nci madesinin C fıkrası bu tip hileleri önleyecek bir şekil almıştır: "Borçlunun iş ve hizmetlerini kabul eden kimse, halin icabına göre, borçlunun edasının mukabil ivazını teşkil eden edaları üçüncü şahıslara vermeyi taahhüt etmiş ise üçüncü şahsın haiz olduğu alacak hakkı tıpkı borçlunun bir alacak hakkı imiş gibi, borçlu aleyhine sadir olan bir hükme istinadla haczedilebilir. Borçlunun haiz olduğu ücret talebinin haczi, kanunen üçüncü şahsın haiz olduğu talep hakkına da şamildir.,,

Bizde 8. Haziran. 1936 tarih ve 3008 sayılı İş Kanununun 23 üncü maddesinde böyle bir tahdit vardır: "İşçi ücretlerinin ayda 30 liraya kadar olmasının haczi veya başkasına devri temlikî caiz değildir.

Kanunen işe ve nafakası işçinin üzerine düşen aile fertlerine tahsis edilen meblâğlar yukarıdaki fıkra hükmüne tabi tutulmaz.,,

[5] VETSCH a.g.e. Sh: 109 ve devamı.
MADAY a.g.e. §. 21.1

Görülüyor ki ikinci fıkra Alman hukukunda yapıldığından bahsettiğimiz hileleri önleyici mahiyettedir.

Alacaklının icra yolile hakkını araması ihtimaline karşı tertip edilen ikinci bir hile şekli de pek malûm ve müteamel olmakla beraber yakalanması güç olan bir şekildir: Bu hile İsviçre Federal İcra İflâs kanununun 265 inci maddesinin 2 nci fıkrası aleyhine teveccüh eder. Malûmdur ki bu fıkrada müflisin tatmin edilmiş alacaklılarına bir aciz vesikası verileceğinden bahsedildikten sonra "ancak borçlu yeni mal iktisab ettiği takdirde bu vesikaya istinaden yeniden takipte bulunulabilir. Müflis yeni mal iktisab ettiğini inkâr ederse mahkeme seri muhakeme usulile karar verir., denmektedir. Şu halde müflisin yapacağı hile bütün yeni iktisablarını gizlemektir. Fakat bu gizleme dahi kanun koyan tarafından muayyen bir müeyyide ile karşılanmıştır. Şu halde müflis o şekilde hareket etmeli ki kendisi hukuken hiçbir şey iktisab etmiş olmasın ve fakat iktisab etmişçesine faydalansın. Bunun en mutad şekli müflisin bütün yeni iktisabları karısının, bir yakın akrabasının yahut kendisile beraber yaşadığı dostunun namına tahakkuk ettirmesinde görülür. Meseleyi İsviçre hukuku bakımından inceleyen MADAY bu hususta hâlâ doktrin münakaşalarının devam edip gittiğini söyler. Bilhassa müflisin karısının yaptığı ticarî işler, hususile müflisin iflâstan evvel yaptığı ticarî işleri iflâstan sonra karının kendi namı hesabına devam ettirmesi şeklindeki teşebbüsleri mahkemelerin dikkatini çok çekmiştir. "Karı kocasile daima birlikte yaşadığı için kendi parasile öyle bir neticeye varabilir ki koca adeta daha büyük bir gelire sahipmiş gibi yaşar. Eşler birlikte zengin adamların hayatını sürmektedirler fakat bütün iktisablar karının namına yapıldığı gibi bütün para muameleleri de hukuken onun muameleleridir. Aciz vesikası hamillerinin haklarını boşa çıkarmak için iki yol vardır.

I — Müflis, karısına bir ticarî müesseseyi işletir. Kendisi bu müessesede fiilen idareci durumda çalıştığı halde ya hiçbir ücret almaz yahut da gülünç deneyecek kadar cüz'î bir ücret alır. Umumiyetle bu müessese koca tarafından iflâsa kadar işletilmiş olan eski müessesedir. Bazen koca ticarî mümessil olarak ticaret sicilline kaydolunur. Fakat çok defa kocanın hukukî durumu kasten belirlenmez. Bu son halde pek müteaddit ihtimaller nazara alınabilir ki bu da birçok ihtilâflara sebebiyet verir. Eğer her iki eş aynı tarzda fiilen aynı müessesenin içinde çalışmakta ise ortada kocanın da dahil bulunduğu âdi bir şirketin mevcudiyeti kabul edilebilir. Fakat bazen ortada bir muvazaa olduğu da düşünülebilir ki bu takdirde koca müessesenin hakikî sahibi olarak telâkki olunur. Hülâsa bu hallerin hepsi hakkında müşterek bir tavsif umumiyetle reddedilir. Bilhassa EGGER ve SIEGWART bu yoldan gitmektedirler. EGGER İcra ve İflâs kanununun 265 inci maddesine karşı hilenin müeyyidesini red eder. Zira müflisin yeni serveti iktisabetmeye mecbur olmadığını ileri sürer. Bu doğrudur fakat

fikrimce ehemmiyetli değildir. Müflisin sordudan yeni servet iktisabı halindedir ki aciz vesikası hamilleri takibat hakkından istifade edebilirler. İşte hilenin mevzuu olan hüküm budur. Hukuken değilse de fiilen, koca, geçinme aşgarisini aşan gelirlerden istifade etmektedir ve yeni servetin şeklen mevcut olmaması yüzünden takibatı imkânsız kılmak fiili, İcra İflâs kanununun mezkûr maddesinin maksadına aykırıdır. Böyle bir harekete uygun gelen müeyyide aciz vesikası hamillerinin takibat hakkını haiz olmalarını kabul etmektir. Müflis şeklen diğer şahıslara sevk ettiği gelirlerden fiilen istifade ettiği nisbette bu gelirler hukuken de kendi gelirleri imiş gibi telâkki olunur. Takibat için ayrılacak meblâğ hakkında ailenin ihtiyaçları da hakkaniyete uygun bir şekilde nazara alınmalıdır. Bu hususta esas olan kıstas **borçlunun geçinme standardı ile halen yerine getirilmemiş olan eski borçlar arasındaki nisbetsizliktir.** Ailenin himayesi mülâhazasile karıyı müessesenin sahibi olarak telâkki etmek temayülü herne kadar doğru görünebilirse de kocanın da bu müessesede bir pay sahibi olup olmadığı fikri pekâlâ ileri sürülebilir. Hâkim olan kanaat da zaten aynı pratik neticeyi doğurmaktadır: Bu kanaate göre kendi karısının müessesesinde çalışan kocanın eşten halin icabına göre tesbit edilecek bir ücret hakkı vardır ki bunu aciz vesikası sahipleri haczettirebilirler. Fakat benim görüş tarzım fiili duruma daha uygun gelmektedir, çünkü umumî tefsir prensiplerine göre tarafların maksadı nazara alındığı takdirde kocanın hiçbir ücret hakkına sahip olamayacağı da kabul olunabilir. Çünkü faaliyetle kendisi haczi kabul olan bir talep hakkını iktisap etmek niyetinde değildir. Belki kendi aile mensuplarının kârlarını, gelirlerini arttırarak aynı ailenin mensubu sıfatile fiilen ailenin yaşama standardından istifade etmek istemektedir., [1].

MADAY'ın naklettiğimiz fikirlerine İsviçre hukuku hakkında tamamen iştirak etmekte olduğumuzu kaydetmekle beraber meselenin **kendi hukukumuz bakımından** bazı farklar gösterdiğine işaret edelim. Aleyhine hile yoluna müracaat edilen İsviçre İcra İflâs kanununun 265 inci maddesine mukabil bizim İcra İflâs kanunumuzun 251 inci maddesinde: "... Fakat müflis mal iktisab etmedikçe hakkında yeniden takip talebinde bulunulamaz., denmektedir. Bu bakımdan arada bir fark yoktur ancak bizim cezaî hükümler kısmındaki 338 inci maddemiz böyle hayat standardı bakımından borçlarını ödeyebilecek bir durumda olup da ödemediği imtina eden müflisler hakkında çok şümüllü bir karine kabul etmiş ve bu hali cezaî müeyyidelerle karşılamış vaziyettedir: "Elinde aciz vesikası olan alacaklı, yaşayış tarzına göre borçlusunun halile mütenasip ödemediği bulunmadığını, bilinmeyen kazancını ketmederek veya malik olduğu geçim menbaından borcuna karşı mümkün olabilecek bir şey ayırmayarak kendisinin zararını devam ettirdiğini iddia ile tetkik merciine şikâyet edebilir. Mercei borçlunun

[1] MADAY - §. 12, VI. Sh: 79

yaşayış tarzında bu iddianın haklı olduğuna kanaat hasıl ederse hakikate muhalif beyanda bulunmuş addi ile borçluyu birinci fıkraya tevfikân cezalandırır., Bu ceza bir aydan bir seneye kadar hafif hapistir. Görülüyor ki İsviçre'deki gibi karısının namına tahakkuk eden kazançlarla lüks bir hayat sürmek imkânı bizim kanunlarımız bakımından cezaî müeyyidelerle önlenmiştir. Çünkü kıstas "yaşayış tarzı, dir ve bu yaşayış tarzının asgarî maiyeti temin haddinden pek fazla olduğu görülürse bunun menbaı sorulmaksızın borçlu "hakikate muhalif mal beyanında bulunmuş gibi,, kabul edilmektedir. Halbuki İsviçre Federal Ceza kanununun icra ve iflâs meselelerindeki hilelere tahsis edilen 163 ilâ 172 nci maddeleri içinde böyle bir suç karinesine rastlanmamıştır.

Bizim 338 inci maddemiz dolayısıyla bu gibi haller Türk hukukunda kanuna karşı hile nazariyesine gitmeye ihtiyaç kalmadan bu maddenin sarîh bir ihlâli olarak müeyyedenebilir.

68 — Şüf'a hakkı sahibinin hakları aleyhine hileler:

Şüf'a hakkı sahibinin hakkını, muayyen bir şartın tahakkuku halinde doğacak olan bir talep hakkı sıfatile bu bölümde bahis konusu etmeği mahzursuz gördük. İsviçre hukukundaki bu nevi hileler üzerinde bilhassa duran MADAY bu hilelerin iki nevi olduğunu söyler: Bir kısım hileler şüf'a hakkının doğumunu şeklen örter böylece bu hakkın istimaline mani olur. Diğer bir kısım hilelerde ise şüf'a hakkının istimali şeklen önlenmemiştir fakat maddeten imkânsız bırakılmıştır. Filhakıka şüf'a hakkı mülkiyetin her türlü intikalinde değil belki müzayedede veya pazarlık suretile olsun bilcümle ihtiyarî satışlarla, gayrimenkulün ifa yerini tutan bir eda sıfatile yapılan devri temliklerinde tahakkuk eder. Demek ki şüf'a hakkı sahibinin bu hakkını kullanmaması için kitabına uygun şekilde yapılacak hile, mülkiyet intikalinin bir başka suret altında yapılması ile mümkün olur. Burada vaki satışın bir hibe akti altında gizlenmesi hatıra gelebilir. Fakat bu hal, olsa olsa bir muvazaadır. Netekim Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin bu hususta kararları vardır [2]. Bizi ilgilendiren husus ise böyle içinde herhangi bir gizli unsur ihtiva etmeyen usullerdir. Yani vasfî ve muhtevası birbirine uygun ciddi hukukî muamelelerdir. Ancak bunların ciddilikleri kanuna hile teşkil etmelerine mani değildir. Burada şu ihtimaller akla gelebilir. Şüf'a hakkile mukayyet olan bir gayri menkul para mukabilinde satılacak yerde bir altın külçe ile değişilir. Zira trampada şüf'a cereyan etmez. Yahut aynı gayri menkul satılacak yerde bir şirkete kuruluş sermayesi olarak yatırılır ve mukabilinde alınan hisse senetleri bilâhare paraya tahvil edilebilir. Bunda da şüf'a cereyan etmez. Mahkemeler bu gibi hallerde kanuna hile nazariyesine gitmemişlerdir [3]. Fakat

[2] Yargıtay Birinci Hukuk D. 12. 6. 1944, 719/2244

[3] F. M. K. 44. II. 362, 369, 390 MADAY a.g.e. Parag. 21. IV. Sh: 184

MADAY: "Bununla beraber hileli muameleler hakkında bu kaidenin bir istisnasını kabul etmek lazımdır. Hususile zikri geçen muamelelerle himayeye mazhar olan hiçbir menfaat takip edilmeyerek sadece şü'fa hakkının ortadan kaldırılması kastedildiği takdirde vaziyet böyledir.,, diyor MAYDAY'ın teklif ettiği bu son kıstas olsa olsa hakkın suiistimalinin bir kıstası gibi görünürse de kastedilen şey bizatihi intikal muamelesinin yapılmasında değil, sırf böyle bir şeklin tercihinde şü'fa hakkı sahibini hakkından mahrum etmekten başka bir kastın olmasındır. Yoksa gayri menkulünü elinden çıkarmak isteyen kimsenin bu çıkarma işindeki gayesi sırf şefii ızarar değildir. Buraya kadar verdiğimiz misaller şekli önleme mahiyetindedir. Şimdi şü'fa hakkını istimal imkânının maddî önlenmesine gelelim: Burada ya şarta bağlı bir satış akti bahis konusu olur yahut da taraflar satış aktini yaptıktan sonra müştereken akitten cayarlar. Her iki halde de beklenen şart şefii hakkını kullanmaya teşebbüs etmesidir. Birinci halde taraflar yaptıkları satış mukavelesine "bu satış akti şefii hakkını kullanması takdirinde münfeshihür.,, şeklinde bir şart dercederler. Bu şart yüzünden artık şefii hakkını kullanması imkânsız bir hale gelir. İşte bu gibi şartları federal mahkeme hüsnüniyet kaidelerine mugayir görerek muteber saymamıştır. Yani böyle bir halde şefii hakkını beyi aktinin infisahına rağmen kullanabilir [4]. Yahut da evvelce şart koşulmamakla beraber şü'fa hakkı sahibi hakkını kullanmaya kalkınca satış aktinin âkitleri caymaya teşebbüs ederler. Fakat bu halde şü'fa hakkı satışın vukuu ile bir kere doğmuş bulunacağından bu sonraki cayma keyfiyeti şü'fa hakkı üzerine müessir olamaz [5]. Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin aynı mealde bir kararı vardır [6].

Bunlardan başka gayri mahdut şü'fa hakkında şefii hakkını kullanmasına mani olmak için bayile müşterinin birbirleriyle anlaşarak zahiren pek yüksek bir ferağ bedeli kararlaştırmaları da aklı gelir ki bu hal alelâde bir gizlemeyi ihtiva etmekle kanuna hile hallerinin dışında kalır. Esasen bu ihtimali içtihatlar daima nazara almışlar ve şefii hakikatte bu bedelin daha dün olduğunu her türlü beyine ile isbat edebileceğini kabul etmişlerdir [7]. Diğer taraftan mahdut şü'fa hakkında böyle bir tehlike yoktur zira şefii nasılsa evvelden tesbit edilmiş olan bedel üzerinden meşfuu alacaktır. Zaten malını daha fazlaya satmak isteyen maliklerin en ziyade aleyhine hile yolu bulmaya çalıştıkları şü'fa hakları da bu ikinci neviden olanlardır.

Böylece şü'fa hakkının istimaline mani olmak için başvurulmuş hile yolları trampa, apport yatırma yahut kaydı hayatla bakma mukabilinde temlik etme-

[4] F. M. K. 49. II. 205.

[5] F. M. K. 42 II. 35

[6] Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi 26. 3. 929

[7] Yargıtay Hukuk Umumi Heyeti 15. 10. 1941 157/157

dir ki bütün bu hallerin şefiin hakkına mani olmak için yapıldığı anlaşılıyor takdirde kanuna karşı hile nazariyesi tatbik edilebilir. Tabiatile bu şekillere hüsnüniyetle ve samimi ihtiyaçlar sebebiyle müracaat edilmişse hile bahis konusu olmaz.

K. Şirketler hukukuna müteallik amir hükümler aleyhine hileler:

69 — Genel olarak:

Şirketler hukukunu tanzim eden amir hükümlerin çoğu, şirketin müstakbel alacaklıları ile müstakbel üyelerini ve ammenin menfaatlerini korumaya matuftur. Halbuki bilhassa kuruluş şartlarına taallük eden hükümler müessis ortaklar bakımından çok defa can sıkıcı engeller olarak telâkki edilir. Bunlar bu sıkıcı amir hükümlerden kurtulmak için çeşitli çarelere başvururlar ki bu çarelerin bir kısmı kanuna karşı hile teşkil eder. Bir kısmı diyoruz çünkü bulunan bazı çareler gaye itibarile kanunun dolambaçlı bir ihlâlini teşkil etmezler.

Bu gibi kaçamak yollarına umumiyetle anonim şirketlere taallük eden hususlarda rastlanmakla beraber diğer nevi ticaret şirketlerinde de bazı hile hallerine tesadüf edilebilir. Meselâ Türk hukukunda kollektif şirketlerin iflâsı halinde, ortakların şirkete koymuş oldukları sermaye alacağından dolayı masaya iştirak edemeyeceklerini bildiren Ticaret kanununun 179 uncu maddesi, birinci cümlesinde bu tahdidi vaz ettikten sonra ikinci cümlesinde “ortaklar şirketten olan **sair alacaklarını** şirketin dayinleri gibi kayıt ve kabul ettirebilirler., demektedir. Şu halde şirkete koyacağı sermayenin şirketin iflâsı halinde maruz kalacağı tehlikeden, şirkete verilmiş olan **borçlar** masun kalıyor demektir. O halde yapılacak şey basittir: Şirkete imkân olduğu kadar az bir sermaye yatırmak ve şirket faaliyeti için gerekli olan külliyeleli meblâğı da şirkete **borç** olarak vermek. Halbuki böyle bir hal kollektif şirketin başka alacaklılarının durumunu ağırlaştırır. Çünkü bunlar alacakları için evvelâ şirket sermayesine müracaat edeceklerdir. Bunun kifayetsizliği halinde ortakların şahsi mameleklerine de müracaat edebilirlerse de bu ikinci safhadaki takip ve tahsil şekli daha müşkülâttır. İşte bu gibi mahzurları önlemek için yeni Türk Ticaret Kanunu projesinin 183 üncü maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “Ortaklığın iflâsı halinde ortaklar, koymuş oldukları sermayeler ve işlemekte olan faizler için masaya giremezler. Fakat **işlemiş faizlerle ücretler** ve ortaklık lehine yaptıkları **masraflar** için herhangi

Bir alacaklı gibi masaya girebilirler... Bu maddenin mevcut 179 uncu maddeden farkı, alacak neveleri hakkındaki "sair", tabirile ifade edilen umumiliği ve genişliği ortadan kaldırması ve bu masaya girecek alacakları "işlemiş faiz, ücret, ve masraf," lara inhisar ettirmesidir. Demek ki şerikin şirkete verdiği borçlar bu şümulün dışında kalmıştır. Yani bunlar için şerik alacaklı sıfatile masaya giremeyecektir. Fakat dikkat edilirse yeni maddede bir boşluk göze çarpmaktadır. Ve bu boşluk bilhassa bahis konumuz olan borçlar hakkındadır. Çünkü şerikin hangi hallerde masaya giremeyeceğini gösteren birinci fıkra yalnız "koyduğu sermaye ile işlemekte olan faizler"den bahsetmektedir. Yani şerikin şirkete vermiş olduğu borçlar yüzünden masaya giremeyeceği burada zikredilmemiştir. Bu yüzden bu halin ilk fıkranın şümulü dışında kaldığı yani ortağın alacaklı sıfatile masaya girebileceği iddia edilebileceği gibi bilâkis aynı halin ikinci fıkranın da dışında kaldığı yani ortağın masaya girmesine sebep olan alacaklar kategorisinden de olmadiğı iddia edilebilir. Demek ki eski kanun metninde bu gibi borçların masaya gireceği musarrah iken yeni projede bu hususta bir kanun boşluğu yaratılmakla bu gibi kanuna karşı hile hallerini müeyyedelemek bakımından daha müsait bir zemin hazırlanmıştır. Çünkü yalnız kanunî metinlere değil kanunî boşluklara da hile maksadile istinad caiz değildir. Diğer taraftan bugünkü 179 uncu madde aleyhine yapılacak bir hileyi takip edebilmek için bu maddenin gai tefsirini yapmak gerektiği halde, projedeki 183 üncü maddedeki boşluğun suiistimali halinde mezkûr maddenin gerekçesi yargıcı aydınlatmaya kâfi gelecektir, çünkü burada bu maddenin esasen bu gibi suiistimalleri önlemek için konduğu tasrih edilmiştir. Mamafih kanaatımızca projedeki maddenin ya birinci cümlesinin tamamen tay edilmesi yahut da ortağın masaya girmesine imkân veremeyen borçlar meyanında kendisinin şirkete verdiği borçların da zikredilmesi daha muvafık olurdu, zira bu takdirde bu nevi kanuna hilelere karşı sarih bir müeyyide kazanılmış olurdu.

Şirketler hukukunda en fazla yapılan hileler umumiyetle anonim şirketler hakkındaki hükümler aleyhinedir. Bundan başka şirketlerin tâbi olacakları millî kanunu değiştirmek için meşhur câli şirket merkezleri kurma halleri vardır ki bunların muvazaa mı yoksa kanuna hile mi olduğu uzun uzadıya münakaşa konusu olmuştur. Diğer taraftan şirketler hakkındaki hükümlerin, daha başka neviden âmir hükümlerden kaçmak için vasıta olarak kullanıldığı haller de vardır ki bunları yaptığımız gai tasnif bakımından bu paragrafta tetkik etmemiz münasip olmaz. Meselâ kendi nam ve hesabına iki tane eczahane işletemeyecek olan bir eczacı ikinci eczaneyi sözde ortaklardan yani kukla şahıslardan mürekkep dostları vasıtasile kuracağı bir limited şirket halinde işletebilir [1]. Keza kanunî mirasçularını haklarından mahrum etmek için mevcut mallarını apport olarak

[1] Tribunal Correctionnel de la Seine 6 - mars - 1930 (Mufassal bilgi edinmek için bilhassa bak: COPPER - ROYER - Traité des Sociétés 1930, II, 286).

koyduğu bir limited şirket tesis ederek hisse senetlerini metresine vermek. Yahut, karı koca arasındaki bazı taahhüt muamelelerinin sulh hakiminin tasdikine tâbî olması şartından kurtulmak için karı koca arasında tamamen koca menfaatine olmak üzere bir şirket tesis etmek gibi hilelerde şirketler hakkındaki hükümler kendilerine hile yapılan normları değil başka normlar aleyhine hile yapmaya yarayan vasıtaları teşkil ettiklerinden bu bölümümüzde tetkik konusu olmayacaklardır. Biz burada şirketler hukukundaki âmir hükümleri, kendilerinden kaçınılan normlar sıfatıyla incelemekteyiz. Devletler hususî hukuku kaidelerinden istifade ile yapılan hileler hakkında bilhassa evvelce zikrettiğimiz VERPLAETSE'nin eseri ve İsviçre hukukundaki hileler hakkında da MADAY'ın tezi mufassal izahlarla doludur. Biz burada kendi hukukumuz bakımından aktüel kıymeti olan bazı misaller üzerinde durmayı ve bu bakımdan sırası geldikçe yabancı hukuk sistemleriyle bir mukayese yapmayı tercih ediyoruz.

69 (Mükerrer) — Anonim şirketlerde kuruluş hükümleri aleyhine hileler:

Bu hilelerin bir kısmı şirketlerin kuruluşunda kanun koyanın şart koştuğu asgari üye adedi kaydı aleyhine, bir kısmı da muayyen kuruluş formaliteleri ve masraflarını iltiham etmek mecburiyeti aleyhine yapılır.

I — *Asgari müessis adedi kaydı aleyhine hileler:*

Modern hukuk sistemlerinde *Lichtenstein* kanunundan başka hiçbir kanun bir tek şahsın kendi kendine şirket kurmasına müsaade etmez. Ticaret hukukunda esas olan prensip tüccarın giriştiği ticarî münasebetlerinden bütün mamelekile yani hudutsuz mesuliyetidir. Fakat bu kaideyi bertaraf etmek için başvurulmuş yol hemen her zaman kanun koyanın istemediği gayeye ulaştırarak mahiyettedir. Umumiyetle kukla şahıs veya vasıta şahıs denen bu usul, mevzu hakkında hususî bir eser hazırlamış olan *GUTSTEIN*'in kanaatınca “ne modern tekâmülün bir neticesi, hatta ne de bir ihtiyaçtır. Kukla şahıs müessesesi nadiren zararsız, kaidetan tehlikeli olup anonim şirket hissedarı ve alacaklıları menfaatine olarak vaz edilmiş olan kaideler aleyhine kullanılmaya elverişli bir vasıtaadır., [2].

Bir tek sermayedar anlaştığı üç beş dostuna (yani kukla şahıslara) itimada müstenit muamele ile bir miktar para tevzi eder ve bunların adlarını şirket olarak gösterir. Böylece bu kukla şahıslar asıl sermayedardan almış oldukları parayı usulen yatırarak kurucu üye rolünü oynarlar. Burada şirketin harici münasebeti normal şirket hükümleri dairesinde cereyan ettiği halde iç münasebet

[2] GUTSTEIN - Das Strohmannertum im Aktienrecht. Thèse. Neuchâtel. 1928 (MADAY'dan naklen a.g.e. Sh: 205)

bir nevi vekâlete benzer. Kukla şahıslar asıl sermayedarın emrile hareket ederler ve yalnız onun menfaatlarının icaplarını takip ederler.

Kanun koyan tek şahıslı şirketlerin kurulmasını mevzuatla önlemek istemişse de fertlerin kendi aralarında anlaşarak itimada müstenit muamelelerle fiilen tek şahıslı bir şirket kurmalarına mani olacak vasıtayı bulamamıştır. Önleme ancak şeklen tek şahıslı olduğu itiraf edilecek şirketler hakkındadır. “Kanun koyan, bir şirketin tesisi için müteaddit şahısların mevcudiyetini şart koymasına rağmen tek şahıslı şirketlerin doğumunu önleyememiştir. Çünkü kanunun bu yoldaki hükmü sermaye koyan şahsın, şirketle hakikî bir alâkaları olmalarına rağmen arkadaşlarını veya itimad ettiği kimseleri müessis olarak göstermesine ve bunları gayesini gerçekleştirmek için alet olarak kullanmasına mani değildir. Bu şahıslar fiilen birer vasıta olmalarına rağmen hukuken müessislerdir. Çünkü izhar ettikleri rıza bir muvazaaya müstenit değildir: Rızasını ne için vermişse onunla ilzam olunmayı arzu ve kabul etmiştir. Bu bakımdan hakikî bir müessis ile bu kabil şahıslar arasında bir fark yoktur. İleri sürülen kimsenin vasıta mahiyeti beyan edilen rızadan doğan neticelerin, diğer bir şahsın burada sermayedarın menfaatlar muhitinde tesir icra etmesinde aranmalıdır. Vasıta şahısların bir şirketin tesisinde gördüğü hizmetler “*fiducia*”, tabir olunan hukukî muameleler kategorisine tabidir. Bunlar gayri kanunî bir gayenin teminine matuf olmadıkça muteberdir: B.K. 20., [3].

Filhakika kuruluş hükümlerinin asgarî ortak adedine mütedair şartlarından kurtulmak için yapılan bu gibi kaçamaklı muamelelerin kanuna karşı hile addedilip edilmeyeceğini tayin için kanun koyanın bu asgarî ortak adedi takyidile ne murad ettiğini yani böyle bir tahditle hangi gayeyi tahakkuk ettirmek istediğini araştırmak lâzımdır. Eğer kanun bilhassa sermaye şirketlerinin bir tek şahsın menfaatları uğruna işleymesini istemiyorsa bununla ya şirket alacaklılarını yahut âmmeyi korumak yahut da münferit tüccarın ticarî muamelelerinden daima gayri mahdut şekilde mes’ul olması prensibini sağlamak istemektedir. Fakat öyle haller olabilir ki anonim şirketlerin şu veya bu suret altında fakat hakikatte gene bir tek kişi tarafından kurulması yani kukla şahıs istimali bu zikrettiğimiz gayelerin hiçbirine aykırılık teşkil etmez. Netekim bu bir kişinin bizzat devlet olması halinde keyfiyet böyledir. İşte devlet sermayesile ve anonim şirket halinde kurulan bazı teşekküllerin durumu bu hususiyetleri arzeder. Sayın profesörüm Dr. E. HİRŞ bu noktayı lâyıkile belirtmişlerdir: “... Fakat burada hadiselerin tuhaf cilvelerine şahit olunmaktadır. Bir taraftan münferit tacirlerin mesuliyetini tahdit etmenin mahzurlu olacağını düşünen kanuncular diğer taraftan bu imkândan kendileri bol bol istifade etmektedirler. Bugün devlet tarafından kurulan şirketlerin hakikatte bir tek azası vardır: O da devlettir. Devletin bu kabil şirketler vücade getirmesinin sebebi giriştiği büyük

ekonomik işlerin tehlikelerine karşı devlet mallarını zarardan korumak ve elinde bütçe kontrolüne tâbi olmayan bir sermaye varidatı bulundurmaktır. Bu nevi hallerde devleti hakikatte mahdut mesuliyetli tacir olarak ortaya çıkarmaktadır., [4]. Vasıta şahıslarla kurulan bütün şirketlerde gayenin gayri kanunî olduğu iddia edilemez. Bilhassa devletin ve devlet müesseselerinin vücade getirdikleri şirketlerde bu iddia desteksizdir., [5].

Fakat hususî şahısların tek şahıslı şirket tesisine kalkışmaları halinde durum devletin vaziyetine benzemez. Devlet bizzat âmme menfaatlerinin temsilcisi ve bekçisidir. Devletten sadir olmayacağı muhakkak olan zarar ve tehlike ihtimalleri hususî şahıstan sadir olabilir. Esasen kanunkoyanın asgarî bir kurucu üye adedi tesbit ederken dayandığı mucip sebepler daima kurucu olarak lâlettayin bir hususî şahsın durumu hakkında ileri sürülmüştür. Onun için birçok vazı kanunlar bu gibi halleri önlemeye çalışmışlardır. Fakat kukla şahısla esas sermayedar arasındaki dahili münasebetlere mani olunamayacağından bu teşriî denemeler tam manasile muvaffak olmamışlardır. Esas sermayedarla kukla şahıs arasındaki münasebet bazen bir muvazaa olabilir ve ancak böyle bir halde muvazaa maddesile önlenebilir. Bu münasebetin itimada müstenit bir temlik olması halinde bu temlikin gayesinin kuruluş hükümlerine mugayereti dolayısıyla kanuna hileye gidilebilir. Keza bu münasebet bir borç verme şeklinde olursa, gene bu borç verme münasebetinin gaye itibarıyla bir kanuna hile mahiyetinde olduğu iddia edilebilir. Hülâsa iç münasebetin vasfını tayin ve tesbit umumî bir kanun metniyle kabil olmadığından bu saha kanuna hile gibi bir marazın yayılmasına pek elverişli bir zemin teşkil eder.

İsviçre hukuku muaddel borçlar kanununun 753 üncü maddesinde tek şahıslı şirketlerin kurulmasını değilse de kurulmasına alet olan kukla şahısların arkasında bunları oynatan hakikî sermayedarın mesuliyetten kurtulmasını önlemiştir. Filhakika bu maddede şirketin kuruluşuna yalnız hukuken müessis sıfatıyla iştirak etmiş olanları değil, iştirak eden herkesi mesul etmektedir. Yani fiili iştiraklerin faillerini de yakalamaktadır. Mamafih bu hususta 1937 yılında neşredilen Alman anonim şirketler kanunu daha sarıhtir. Mezkûr kanunun 39 uncu maddesinin 5 inci fıkrasında kukla şahıs sıfatıyla hareket eden müessislerden başka asıl menfaat sahiplerinin de kuruluş muamelesinden doğan bütün yolsuzluklardan mesul tutulacağı bildirilmektedir.

Hülâsa görülüyor ki herhangi bir kanunî tedbirle tek şahıslı şirketlerin kurulmasına mani olunamamaktadır. Bütün gayretler nihayet bu tek şahıslı şirketleri kuranların hukukî müessis sıfatıyla ortaya çıkardıkları kukla şahısların

[4] E. HIRŞ a.g.e. Sh: 200

[5] E. HIRŞ a.g.e. Sh: 201

arkalarına gizlenerek mesuliyetten kurtulmalarını önlemeye yaramaktadır. Böylece bu sahada da kanuna karşı hile mefhumuna başvurmadan başka çare yoktur.

Fakat tek şahıslı şirket yalnız tek şahıslı olarak kurulmakla meydana gelmez. Usulen yani birçok ortaklarla kurulmuş olan bir şirket de bilâhare muhtelif sebeplerle bir tek ortağın eline geçebilir. Bu hal diğer ortakların şirketten çıkmaları ölmeleri yahut aksiyonların hepsinin bir sermayedarın elinde toplanması ile meydana gelebilir. Tek şahıslı olarak kurulması mahzurlu görülen bir şirketin baştan müteaddit şahıslardan tereküküp ettiği halde bilâhare gene tek şahıslı bir şirket haline inkilâbı da tabiatile hoş görülemez. Vakıa buna karşı Ticaret Kanununun 443 üncü maddesinde bir hüküm vardır: “Şirketin teşekkülü katisinden sonra hissedaran beş kişiden aşağıya tenezzül eder ve bu hal bir sene devam ederse alâkadar her şahıs şirketin feshini mahkemeye müracaatla talep edebilir.

Fakat bu madde kifayetsizdir. Demek ki müracaat olmadıkça fesih de olmayacaktır. Ve bir şahıs bütün şirketin nam ve hesabına gayrı muayyen bir müddet işleri tedvir edecektir. Yeni Ticaret kanunu projesinin 435 inci maddesinde ise daha etraflı bir önleme şekli kabul edilmiştir. Bu maddede hem şirkete kendi vaziyetini ıslah imkânı verilmekte hem de Ticaret Bakanlığına mahkemeden resen şirketin feshini talep etme selâhiyeti tanınmaktadır [6].

Mamafih bu madde de nisbî bir önleme teşkil eder, ve her halde tek şahıslı şirket kurma veya tek şahıslı şirkete inkilâb etme halleri yukarıda izah ettiğimiz gibi devlet tarafından kurulan şirketler hariç olmak üzere kanun koyanın gayesine aykırılık teşkil ettiği nisbette kanuna karşı hile addedilmelidir. Bununla beraber İsviçre içtihatlarında bu gibi hile hallerine karşı müsamahakâr davranıldığı müşahede edilmiştir. Fakat doktrin aksi fikirdedir [7].

2 — Kuruluş formalitelerine karşı hileler:

Yeni bir şirket kurma bir takım formalitelere, fuzuli masraflara ve bilhassa mali mükellefiyetlere yol açar. Bunlardan kurtulmanın en iyi çaresi henüz hukuken bir mevcudiyet muhafaza etmekle beraber iktisaden bütün hayatiyetini kaybetmiş boş bir şirket kalıbını, Almanların tabirile şirket kisvesini satın almaktır. Fakat böyle boş bir kisve nerede bulunur, daha doğrusu nasıl meydana gelir ve nasıl satın alınabilir? Farzedelim ki bir anonim şirket kendi kendini tasfiye etmektedir. Fakat bu muamele henüz sona ermemiştir, şirketin aktifinde cüz’î bir mamelek vardır ve şirket hukuken mevcudiyetini muhafaza etmektedir. Bu sırada başka bir anonim şirket kurmak isteyen ve fakat kuruluş hükümlerinin gerektireceği külfet ve formali-

[6] Türk Ticaret Kanunu projesi madde 435 “Ortaklığın tescilinden sonra pay sahiplerinin sayısı beşten aşağı iner veya ortaklığın kanunen lüzumlu organlarından biri mevcut olmazsa pay sahiplerinden veya ortaklık alacaklılarından birinin yahut Ticaret Bakanlığının talebi üzerine mahkeme ortaklığın kanuni durumunun düzeltilmesi için bir süre tayin eder ve durumunu düzeltmezse feshine karar verebilir...”

[7] MADAY - a.g.e. aynı yerde.

telerden kurtulmak isteyen müteşebbisler tabir caizse bu ölmek üzere bulunan evvelki anonim şirketin bütün aksiyonlarını satın alıp ve şirket statüsünde yapacakları bir tadilatla istedikleri mevzuu şirket mevzuu olarak kabulle yeni bir şirket tesis etmek hususundaki arzularına hiçbir formaliteye ve vergi ödemeye muhtaç olmadan tamamen nail olmuş olurlar. Bu vaziyeti hukuken nasıl kıymetlendirmek lâzımdır? Eski şirket hukukî mevcudiyetini bilâ inkıta devam ettirmiştir. Şirket üyelerinin şahıslarının değişmesi evvelce verilen tasfiye kararından vazgeçip şirketin ihyasına teşebbüs edilmesi ve şirket mukavelesindeki tadilatla yeni bir faaliyet konusunun kabul edilmesi vakıraları hukuken ayrı ayrı muteber olan muamelelerden ibarettir. Fakat bütün bu muamelelerin yapılması neticesinde eski bir şirket tasfiye edilmiş yepyeni bir şirket hiçbir kuruluş hükmüne riayet etmeksizin basit bir alım satım muamelesile tessüs edivermiştir. İşte bu gibi halleri önlemek için İsviçre Ticaret sicilli nizamnamesinde böyle kendi kendini tamamen tasfiye etmiş olan şirketlerin sicilden resen terkin edilebilecekleri yolunda bir usul itihaz edilmiştir. Fakat bu tedbir de tam değildir. Zira şirket kendi kendisini tamamen tasfiye etmeyip de icabında kisvesini satabilmek için cüz'î bir mameleki muhafaza etmişse tabiatile resen terkin cihetine gidilemeyecektir. O halde bütün mesele faaliyetini fiilen tatil etmiş olan bir şirket kaydının tamamen içi boşaltılmış bir kabuk mu, yoksa kısmen de olsa hayatiyetini muhafaza etmekte olan bir hukukî varlık mı telâkki edileceğini tayin noktasında toplanır. MADAY'ın teklifine göre cüz'î bir mamelekin vücudü şirketin hukukî mevcudiyeti için kâfi bir delil sayılmamalıdır. Aksi takdirde her şirket tasfiyesini kasten tamamlamayacak ve boş kalıbını satma ihtimallerini kollayacaktır. Şu halde nazara alınacak kıstas şirketin iktisadî faaliyetini ciddi olarak devam ettirip ettirmemekte olduğu ve kendi kendini ciddiyetle tasfiye niyetinde olup olmadığı hususudur. Eğer şirket kat'î surette faaliyetini tatil etmiş ve kendisini tasfiye etmek niyetini izhar etmişse cüz'î bir mameleki muhafaza etmekte oluşu bunun ticaret sicillinden resen terkinine mani teşkil etmemelidir. İşte bu gibi kisve satışları bu satışla takip edilen gaye amir hükümlerden kaçma teşkil ettiğinden Borçlar kanununun 19 ve 20 nci maddeleri gereğince batıl sayılmalıdır. Filhakika federal mahkeme kisve satılmasını muteber saymamıştır [8]. MADAY İsviçre Borçlar kanununun 753 üncü madesindeki hükmün kisve satın alınması ve ihyası muamelesine iştirak edenler hakkında dahi tatbikini teklif eder.

Kuruluş hükümlerindeki formalitelerden kurtulmak için yapılan diğer bir hiyle nevi de "mevsuf tesis,, denen aynı sermaye yatırma hallerinde bahis konusu olur. Şirkete sermaye olarak yatırılacak "ayın,, lar şirketin kuruluş mukavelesinde gösterilmeli, hakikî kıymetleri ehli hibre marifetiyle tesbit edilmelidir.

[8] F.M.K. 55 - 1 - 136, 192
64 - 2 - 563
67 - 1 - 86

Diğer taraftan, bazan herhangi bir "müessese,, de başka bir şirkete aynı sermaye sıfatiyle yatırılabilir. Daha doğrusu bu gibi müesseselerin şirket tarafından satın alınmaları aynı sermaye hakkındaki hükümlere tâbi tutulur. Bunların kıymetleri de yine muayyen usullere göre tayin edilecek ehli hibre tarafından takdir edilmelidir.

İşte gerek bu gibi formalitelerden kurtulmak gerek kıymet hakkındaki bazı hususları gizlemek maksadıyla şirkete aynı sermaye olarak yatırılacak "şey,, ler hakkında alelâde bir satış sözleşmesi yapılır ve bu sözleşme ana mukaveleye dercedilmez, yahut da, hangi ayların şirkete konacağı evvelden hususî bir şekilde kararlaştırılır ve şirketin kuruluşunda aynı bir sermaye vazedileceğinden bahs olunmaz. Fakat şirket kurulur kurulmaz, idare meclisi derhal sanki yeni sözleşmeler yapıyormuş gibi evvelden hususî bir şekilde satın alınması kararlaştırılan "şey,, ler hakkında satın alma mukaveleleri yapar. Aynı hal şirkete satın alınması istenen bir müessese hakkında da vaki olur. Bu takdirde alınacak müessesenin çeşitli aktifleri hakkında aynı şekilde kuruluştan evvel gizli bir anlaşma ve teessüsü müteakip normal satın alma akıtları yapılır. Vakıa şirketin kuruluşundan evvel kurucu ortaklar tarafından yapılan vaadlerin şirketi ilzam etmeyeceği söylenebilir. Fakat gerçeklikte, şirketin teessüsünden sonra teşekkül eden idare meclisi üyelerinin üzerinde müessis azalar hayli müessir olacak bir durumdadırlar ve evvelki vaadlerini idare meclisi kanalıyla tahakkuk ettirmekte güçlük çekmezler. Böylece iktisadî bakımdan bu muameleler, şirketin kuruluş sözleşmesine kasden deroettirilmemiş olan satış akdi hükümlerinin sonradan yerine getirilmesi demektir. Bu suretle korkulan formalitelerden ve muhtemel itirazlardan kurtulunmuş olur. Yeni Ticaret kanunu tasarisında bu gibi hilelere mani olunmak arzusu hissedilmiştir: "Kanuna karşı bu hileye mani olmak, gerek milli ekonomi ve gerek yeni kurulan şirketin alacaklıları ve aksiyonerleri bakımından elzemdir. Bu maksatla tasarının 311 inci maddesi teklif edilmiştir,, [9]. Filhakika bu maddede şöyle denmektedir:

"Ticarî veya sınaî bir işletme ve sair tesisat yahut başka malların, esas sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında ortaklıkça iktisabına dair yapılacak sözleşmeler, eğer bunlar ortaklığın tescil tarihinden itibaren ilk iki yıl içinde akdedilmişlerse, muteber olmak için genel kurul tarafından onanarak ticaret siciline kaydedilmek lâzımdır. Onanma kararı ve tescil olmadıkça bu sözleşmelerin icrasına matuf bulunan hukukî tasarruflar da hükümsüzdür.

Genel kurul kararını vermeden önce, mahkemece tayin edilecek bilirkişi, ortaklık tarafından iktisap edilecek şeylerin değerini biçerek rapor verir.

Müzakere tarzı hakkında 295 inci madde uygulanır. Şu kadar ki esas sermayenin en az yarısını temsil eden pay sahipleri hazır bulunmadıkça müzakere yapılamaz. Karar, mevcut oyların çoğunluğu ile verilir.

[9] Ticaret Kanunu Tasarısı, gerekçe Sh: 27 D.

Genel kurulun onama kararından sonra, yönetim kurulu, sözleşmenin aslını veya noterlikçe tasdikli bir suretini, bilir kişi raporu ve diğer belgelerle birlikte tescil edilmesine müsaade etmesi için ait olduğu mahkemeye tevdi eder. Mahkeme 299 uncu maddenin iki ve üçüncü fıkralarına göre incelemelerde bulunarak kararını verir.

Sözleşmenin yapıldığı tarih, genel kurulun onama kararının tarihi, iktisap edilecek şey, bu şeyin kimden iktisap olunacağı ve verilecek karşılık ticaret siciline tescil ve ilân edilir.

305 - 310 uncu maddeler de uygulanır.

İktisap edilecek şeyler ortaklığın iştigal konusuna girmekte veya cebri icra neticesinde iktisap edilecek ise bu maddenin hükümleri uygulanmaz...

Böylece bu gibi hileler tasarının bu maddesiyle kendilerinden kaçınılması murad edilen formalitelere ve kontrole sımsıkı bağlanmış bulunmaktadır.

70 — Sun'î ekseriyet tesisi için yapılan hileler:

Anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında, T. T. K. nun 290 inci maddesine göre beher üyenin yedinde bulundurduğu hisse miktarı, ne kadar çok olursa olsun, sahibine on rey hakkından fazlasını temin edemez. Fakat bu tahdidi hükmün pratik faydası fazla değildir. Çünkü elinde fazla hisse senedi bulunduran şirket gene kukla şahıslar vasıtasıyla sun'î bir ekseriyet yaratabilir. "*Legitimation*, hâmile yazılı hisse senetlerinde, bunların hâmile olmakla hasıl olacağından hâmile yazılı hisse senetlerinin, rey hakkının istimali maksadiyle başkalarına nakledilmesine fiilen mani olunamaz,, [10].

Bundan başka ikinci bir hile yolu da hissedarların kendi aralarında bir "rey verme mukavelesi,, yapmalarındır. Bu mukaveleye iştirak edenler birbirlerine karşı muayyen bir husus hakkında aynı şekilde rey vermeyi taahhüt ederler. Buna muhalefet tazminatı gerektirir. Nihayet Ticaret Kanununun 385 inci maddesine göre şirket mukavelesinin tadilinde her şirket elindeki hisse miktarıyla mütenasip bir rey hakkını (on adedile bağlı kalmadan) istimal edebileceğinden, herhangi bir hususu kâsen şirket mukavelesinin tadilini mucip bir keyfiyetmiş gibi kabul ettirerek, normal bir müzakere mevzuu olmaktan çıkarmak suretiyle ve şirket mukavelesinin tadili sıfatıyla elindeki bütün rey haklarını kullanabileceği bir karar konusu haline sokabilir [11].

[10] Dr. Ernst HIRSCH - Türk Ticaret Kanununun esaslarına göre Ticaret Hukuku (Çeviren: Galip Mustafa Gültekin, İstanbul 1935. II, Sh: 222)

[11] Dr. Ernst HIRSCH - adı geçen eser, ayai yerde.

Bundan başka şirketin pek ufak bir ekseriyetin elinde kalması daha mukavele-
venin tanzimi sırasında bazı hükümler derci ile de temin edilebilir. Zira T.K.
365 üncü maddesi bir şirketin rey hakkını istimal edebilmesinin asgari bir mik-
tarda hisse senedine sahip olmasına mütevakkıf tutulabileceğini kabul etmektedir.
Şu halde şirket sözleşmesinde bu asgari miktar pek yüksek bir rakam olarak
tesbit edildiği takdirde fiiliyatta şirketi bir iki kişi idare edecek demektir.

Fakat bütün bu hallerin içinde en tipik olanı ve en fazla istimal edileni,
ortakların ellerindeki fazla hisseleri kukla şahıslara devir ve bunların genel
kurul toplantılarına iştiraklerini temin etmeleri suretile vaki olanlardır. Keza
aynı usul, şu veya bu sebeple rey hakkından mahrum edilmiş ortaklar tarafın-
dan da kullanılır. Bunlar mütevassıt şahıslar yardımıyla gene rey haklarını
istimal etmiş olurlar; işte Alman kanununu 1937 tarihli Anonim Şirketler kanu-
nunda bu ihtimali derpiş etmiştir. Bu kanunun 300 üncü maddesinin 3 üncü fı-
rasında hem kendi rey hakkını kullandırmak üzere hisse devredenleri, hem de
bu hisseleri devralarak başkasının rey hakkını genel kurulda istimal edenleri
asgari 100.000 mark para cezasıyla karşılamaktadır.

Fransada şirketler hakkındaki 1867 tarihli kanunun 27 nci maddesi bizdeki
gibi, genel kurulda her ortağın hisse miktarı ne olursa olsun, azami 10 rey kulla-
nabileceğini bildirir. Bu hüküm aleyhine Fransada da malûm olan kukla şahıs
usulü kullanılmıştır. Fransız Yargıtayı bir kararında böyle sun'i bir ekseriyetin
verdiği kararları sonradan iptal eden bir şirket genel kurulu kararını haklı
çıkarmıştır [12].

İsviçrede ancak muvazaa hallerinde müeyyidelemek cihetine gidilmiştir.
Halbuki senetlerin kukla şahıslara devri çok defa ciddi bir satışla vaki olur,
ancak bu satışta semen umumiyetle pek cüzidir, kukla şahıs rey hakkını isti-
malden sonra bunları daha yüksek bedelle ahara satabilir ve aradaki farktan da
esas ortağa yaptığı hizmetin ücretini temin etmiş olur.

İşte bilhassa bu ciddi satışa müstenid muameleler tipik kanuna hileleri teş-
kil ederler. Hatta bu devrin itimada müstenit temlikleri dahi, neticenin ve gaye-
nin kanuna aykırılığı hasebile kanuna hile addedilmelidir [13].

Mamafî İsviçre Borçlar kanununun son tadilinde 691 inci maddeye bu hile-
leri önleyici bir hüküm konmuştur. "Hisse senetlerinin bir mümessile (gizli) terki,
rey hakkına konmuş bir tahdidi hayâli kılmak (boşa çıkarmak) gayesiyle yapıldığı
takdirde memnudur..". Bu maddenin diğer fıkralarında bu halin müeyyide-
leri zikredilmektedir. Keza yeni Ticaret Kanunumuzun projesindeki 361 inci

[12] Cass. 31 - déc - 1913 D. 1917. 1. 143

[13] Denis MADAY - adı geçen eser: § 31.

madde aynı neviden hileleri bertaraf etmek gayesini güder: “Oy hakkına mütedair tahditlerden birini tesirsiz bırakınak maksadiyle pay senetlerinin, genel kurulda oy hakkını kullanmak üzere başkasına verilmesi caiz değildir. ilâh... Aynı veçhile, bu maddenin de müteakip fıkralarında bu halin müeyyidesi derpiş edilmiştir.

Böylelikle, şirketler hukukuna ait hilelerin önlenmesi yine kanun koyanın harekete geçmesi ile kabil olabilmıştır. Halbuki nazariyenin umumî olarak kabulü ve sarîh memnuiyet hükümlerine hacet kalmadan içtihadların yardımıyla gerekli hallerde tatbiki, bu gibi teğriî tedbirlere tevessüle lüzum bırakmazdı. Mamafî bu meseleleri ilerde münakaşa edeceğiz.

Bu bölümde içtihadlardan aldığımız kanuna hile örneklerini bitirmiş bulunuyoruz. Bu hallerin heyeti umumiyesi hakkında ve içlerinden bir kısmının daha farklı hukukî kategorilerle gösterdiği benzerlikler hakkında ilerde sistematik kısımda lüzumlu izahatı vermeğe çalışacağız.

İKİNCİ BÖLÜM

**"KANUNA KARŞI HİLE" NAZARİYESİNİN
KURULUŞU**

İKİNCİ BÖLÜM

“KANUNA KARŞI HİLE” NAZARİYESİNİN KURULUŞU

71 — Nazariyenin doğmatik ve sosyolojik hukuk metodları yardımıyla inşası meselesi:

Kanuna karşı hile hakkında eski ve yeni hukuk sistemlerinden verdiğimiz münferit örnekler hukukî tefekkürle ilgili kimseleri hayli düşündürmüş ve bu parça parça bir halde bulunan münferit misallerin heyeti umumiyesini izah edecek genel bir görüşe varılmak lüzumunu hissettirmiştir. Mesele şudur: Hemen hemen her devirde ve her yerde tekrarlanan bu garip hileler daha doğrusu bu kaçamak yolları, kanunların amir hükümlerine karşı tam bir itaat ile tam bir itaatsizlik arasında adeta mütavassıt bir durumu ifade ederler ve hemen daima kanun koyanla, kanuna tâbi olması lâzımgelen fert arasındaki gizli bir mücadeleye tercüman olurlar. RIPERT'in malî hileler hakkında söylediği gibi bu haller en kurnazla en kuvvetlinin bir oyununa benzerler. Acaba tesbit ettiğimiz bu hareket tarzları *tipik* sayılabilirler mi, eğer sayılırlarsa bu tipler nasıl tasnif ve izah edilebilir ve bilhassa nasıl kıymetlendirilebilirler? İzah metodu, zihinleri, fertleri kanuna karşı hileye sevk eden âmiller üzerine çeker. Bu âmiller “meselenin vaz'ı”, bölümünde işaret ettiğimiz gibi çeşitlidir. Neden hile yapılıyor, neden kanundan kaçmak isteniyor suallerinin cevaplarını biz, kanunlarla sosyal ihtiyaçlar arasındaki ve nihayet sosyal ihtiyaçlarla ferdî ihtiyaçlar arasındaki münasebet şekillerinde bulabiliriz. Bu hususta her şeyden evvel muayyen kanunlara olan gerçek itaat nisbetile gizli veya açık itaatsizlik nisbetini bilmemiz gerekir. Eğer bir kanuna olan itaatsizlik nisbeti pek cüz'î ise artık hile hallerinin zuhurundan kanunu yani onun kusurlu tanzim tarzını mes'ul tutmamamız gerekir. Kabahat sosyal ihtiyaçları gereği gibi karşılayan kanunda değil, belki ekseriyetin itaat ettiği bir kanuna gereği gibi hürmet göstermeyen münferit ferttedir. Bu gibi hallerde ferdin dolambaçlı ihlalinini ne kadar dolambaçlı olursa olsun bulup çıkarmak ve onu - asla tecziye değil - fakat kanunî yola davet etmek gerekir ve işte kanuna

karşı hile nazariyesi böyle hallerde âmir hükümlerin daimî ve nihai bekcılığı vazifesini görür. Kanunların tatbik derecelerini, yaşama kabiliyetlerini tesbit ise, yalnız maraz hallerini inceleyen mahkeme kararlarının tetkikile kabil olmaz. Hukuk sosyolojisinin umumî sosyolojiden istiane etmesi gereken müşahede ve istatistik metodlarile bir taraftan gerçekten itaat hallerini öbür taraftan gizli veya örtülü ihlâl şekillerini ayırt etmek ve bunların nisbetlerini araştırmak lâzımdır. Meselâ miras hükümlerinin ihlâli hallerini, bu ihlâller açıktan açığa yapılmış ve mahkemelere aksettirilmişse karar arşivlerinden tesbit edebiliriz. Fakat bazı mıntakalarda koca mirasın kabulünü örf ve adete karşı bir aykırılık bilen adeta ayıp sayan nice dul kadınların sessiz sedasız ve hukukî mahiyette olmayan fiili feragatlerini ancak bu mıntakalardaki sosyal hayatın yine sosyolojik araştırma metodlarına göre incelenmesile tesbit edebiliriz. Keza gayri menkullerin tapu harici alım satımlarının muteber olmadığı hakkındaki medenî kanun hükümlerinin hiç kale alınmadan sanki bu hükümler yokmuş gibi taraflar arasında meyane senedi ile alınıp satıldığını ve birçok hallerde de uzun bir müddet ihtilâf zuhur etmediğini gene ancak mahallî şartların tetkikinden anlayabiliriz. Aynı veçhile medenî nikâh hakkındaki hükümlere karşı yapılan ve çok defa resmî makamlara aksetmeyen türlü ihlâl şekillerini gene aynı metodlarla bulabiliriz. Keza avukatlık kanununun, takip kastile matlup temellükünün memnuiyetine mütedair maddesine rağmen avukatlıkla ilgisi olmayan birçok kimselerin böyle matlup devralarak dava takip ettikleri çok defa kanunî bir hakikat olarak tesbit edilmez. Keza çok karıllık memnuiyetini bertaraf için yapılan çeşitli trükler resmî hakikatler sırasına yükselmeyebilir. Diğer taraftan mahkemelerce aleyhlerine hile yapıldığı tesbit edilen kanunlarla, aleyhlerine hiçbir hileye tesadüf edilmeyen kanunlar arasında bir tefrik yapmak ve ikincilerin sosyal ihtiyaçlara tamamen tercüman olduğunu kabul etmekte yanlışır. Filhakika hangi kanunlara karşı hile yapılmaktadır ve hangilerine karşı yapılmamaktadır sualinin, karar arşivlerinden çıkartılan bir cevabı bizi tatmin etmez. Çünkü bu kanunların hile ile ihlâl edilmeyişi onların mutlaka sosyal şartlarımıza uyduklarını ifade etmeyeceği gibi muayyen kanunlara biriki hadisede hile yapılmış olması da onların behemahal isabetsiz ve yaşama kabiliyetinden mahrum kanunlar olduklarını ifade etmez. Meselâ mal ortaklığı rejiminde kocanın karının haklarına karşı hile yaptığını biz içtihat arşivlerimizde göremezsek derhal bu kanunların bizim sosyal şartlarımıza tamamen uyduğu neticesine varmamamız lâzımdır. Zira bu kanunlar bizde normal olarak dahi tatbik edilmez. Binnetice aleyhlerine hile de yapılmaz. Diğer taraftan tesadüfen mahkemeye akseden biriki hile hali de mutlaka "tipik,, telâkki edilmemelidir.

Bu itibarla aceleci kanaatlere varmamak için aleyhine bir hile yapılan her kanunu, bu hile hallerinin miktarı ve kanunun normal tatbik hallerine karşı

olan nisbeti bilinmeden derhal isabetsiz veya köhneleşmiş bir kanun olarak telâkki etmememiz lâzımdır. Diğer taraftan hile hallerinin mikdarını yine sadece karar arşivlerinden tesbit de hakikî durumu belirtmeğe kâfi değildir. Zira kanuna hile gibi her iki tarafın elbirliğiyle ve isteyerek tertip ettiği bir dolaptan şahsen menfaatlerinde mutazarrır olan bir kimse ekseri hallerde mevcut olmadığından müşteki yoktur ki şikâyet konusu kazaî bakımdan tetkik edilebilsin. Ancak tarafların bilâhare yaptıkları hileli muameleden şu veya bu sebeple caymaları, veya bundan şahsen mutazarrır olan bir üçüncü şahsın vücudü halindedir ki (bunun da sayet dava hakkı varsa) muamele aleyhine müracaat vâki olur ve mahkemelere de işi tetkik fırsatı düşer. Bu itibarla halk arasında yapılagelmekte olan birçok hileler, birçok kaçamak yolları doğmatik hukukun tetkik vasıtalarıyla değil ancak hukuk sosyolojisinin genel sosyolojiden istiane etmesi gereken tecrübi metodlarla meydana çıkarılabilir. Bu ise, birçok elden yapılan devamlı ve titiz bir mesaiye mütevakkıftır ve ancak mahallî şartların yerinde incelenmesile, anket, istatistik ve fiş usulü gibi sosyolojik araştırma metodlarının dikkatli bir şekilde istimalile mümkün olur. Bugüne kadar bu metodlarla ve bu zaviyeden bir araştırma yapılamamıştır. Hukukçuları bu mevzuu tetkike sevkeden âmiller içinde yaşadıkları veya ilmî bakımdan tetkik ettikleri cemiyetlerdeki bu hile hallerinin müşahedesini olduğu halde, bu müşahede ancak doğmatik hukuk bakımından tevsik edilebilen hüllere münhasır kalmıştır. Bu itibarla mahkemelere aksetmeyen ve fiili hayatın seyri içinde cereyan edip giden ve hiçbir ihtilâf konusu da olmayan binlerce hile hali bizzarure müşahede sahasının dışında bırakılmıştır. Çünkü bu hallerin tetkiki sayın profesörüm E. HİRŞ'in teşbihleri veçhile henüz "cenin,, halinde bulunan hukuk sosyolojisinin ilmî tetkik metodlarının kullanılmasına mütevakkıftır [1]. Diğer taraftan anket, istatistikî malûmat ve mahallinde tetkik gibi hukuk âleminde indilik ve isabetsizlik ittihamına maruz kalmaları kuvvetle muhtemel olan bazı araştırma vasıtalarının mutalarına karşı fazla bir itimat gösterilmemektedir. Kendi prensiplerini kurmak için, haklı olarak dayandığı vakia mutaları âleminde tam bir vüsuk ve yakîn arayan doğmatik hukuk ilmi, henüz kemalini bulmadığına hükmettiği sosyolojinin bu gibi natamam tetkik vasıtalarıyla eriştiği neticeleri çok defa şüphe ile karşılamaktadır. Onun için kanuna karşı hile hakkında bugüne kadar yapılmış olan etüdler ancak mahkemelere aksetmiş olan hile halleri üzerine müessesdir. Çok sağlam fakat çok dar bir zemin. Böylece doğmatik hukuk âleminde muttali olunan kanuna hile halleri pek çeşitli ve birbirinden pek farklı sahalarda cereyan ettiğinden bunlar arasında herhangi bir irtibat kurmaya ve bir genellemeye varmaya da cesaret edilememiştir. Kanuna karşı hile hallerinin hakikî sosyolojik âmilleri ve neticeleri üzerinde müsterek görüşe varılamamıştır. Umumiyetle hâdisenin sosyal cephesi tahlil edilirken: "Kanuna hile, ferdi menfaatleri müşkülleştiren kanun hükümlerine karşı gösterilen tepkiyi ifade eder.,,

[1] HİRŞ - Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri (1949) Sh. 362.

şeklinde umumî bir tasvifle iktifa edilmiştir. Halbuki ferdi menfaatleri müşkül-
leştiren hukuk kaideleri pek çoktur, ve fert bunların bir kısmına riayet eder,
diğer bir kısmını açıktan açığa ihlâl eder, ve ancak bazılarına karşı hile yapar.
İşte bütün mesele ferdi menfaatleri güçleştiren kaidelerden hangi nev'inin böyle
hile suretile ihlâl edildiğini ve bunun sebebini tesbit ve tayindedir.

Sonra hilelerin bir kısmı muayyen bir cemiyette ve muayyen bir zamanda
yapılıp unutulduğu halde diğerleri hemen her cemiyette ve her zaman yapıla-
gelmektedir. Nihayet cemiyette hukuk süjesi olan yani bütün kanunların kendi-
sine hitap ettiği ferdin bu tip ihlâllere verdiği manayı ve ahlâki değeri de bilmek
lâzımdır. Bazı cemiyetlerde bu nevi hileler ferdi ahlâk bakımından mübah sayıl-
dığı halde bazılarında şiddetli tepkiler uyandırmaktadır. O halde bunların da
sebeplerini aramak ve nihayet mutlak bir hukuk idesine göre bu nevi muameleleri
kıymetlendirmek lâzımdır.

Biz tesbit ve nakledebildiğimiz hile hallerinin adet itibarile mahdutluğunu
itiraf etmiyor değiliz. Ancak tipik olduğunu gördüğümüz bu hilelerin nazariyenin
inşası safhasında bizi tenvir edebileceğine kanüiz. Birinci bölümde verdiğimiz
örneklerle istinadla ikinci bölümde evvelâ kanuna hile tabirinin müsbet hukuk
bakımından manasını, medlulünü ve rolünü tayin ederek bilâhare bu meselenin
yaşayan hukuk bakımından olan manasını yani sosyolojik zaviyeden izahını
yapmağa çalışacağız.

A . — Kanuna karşı hilenin tarifi

Bu mefhum hakkındaki çeşitli nazariyeleri izah etmeden ve mefhumun kendi-
sine mücavir olan diğer hukukî kategorilerle olan münasebet ve farklarını tesbit
etmeden evvel umumî bir tarifini yapmak oldukça güçtür. Zira halen pek münaka-
şalı olan bu mefhum hakkındaki çeşitli görüşlere göre verilecek tarif de değışe-
cektir. Diğer taraftan unumî bir tarif yapmadan yani mefhumun unsurlarını kaba
hatlarla tesbit etmeden ve hudutlarını çizmeden onun hakkında mütalealar yürüt-
mek de imkânsızdır. Onun için biz gene *inductif* metodumuza bağlı kalarak mef-
hum hakkında şimdiye kadar yapılan tarifleri hatırlatmak ve bu tariflerdeki
farkların sebebini açıklayarak bunlar arasında bir uzlaşma demek olan genel bir
tarife varmanın imkânlarını araştırmak arzusundayız.

72 — Eski hukuk sistemlerinde verilen tarifler:

Roma içtihatlarına tahsis ettiğimiz bölümde mefhumun eski Roma hukuk-
çuları tarafından yapılan tariflerini göstermiştik: **ULPIANUS**: "Nerede men
edilmemiş olmakla beraber vuku bulmaması matlup olan bir şey vâki olursa

orada kanuna karşı hile var demektir. Nasıl mana ile lâfız birbirinden farklı ise, ihlâlle hile de öylece birbirinden farklıdır., [1] diyor.

Keza PAULUS: “Kanunun menettiği şeyi yapan kimse ona karşı gelmiş olur. Halbuki kanunun lâfzına uyarak ruhundan inhiraf eden kimse ise ona karşı hile yapmış olur: [2] demektir. Bundan başka THEODOSIANUS: “Şüphesiz ki kanunun ruhuna aykırı olarak lâfzını te’vile çalışan kimse kanunu ihlâl eder ve aynı veçhile hukukun ruhuna karşı lâfzın ters manasile hileli bir şekilde kendini müdafaa eden kimse de kanuna dercedilmiş olan cezalardan kendisini kurtaramaz., [3] der.

Canonique hukukta kanuna hile mefhumunun o kadar geniş bir tarifine varılmıştır ki. hemen hemen yüzde yüz dürüst görünmeyen bütün muameleler kanuna karşı hile addediliyordu ve kıstas olarak da şu düstur kullanılıyordu: “Bir yoldan elde edilmesine müsaade edilmeyen şeyin, diğer bir yoldan da istih-saline cevaz yoktur., [4].

Glossateur’ler kanuna karşı hilenin hangi şekillerde yapılabileceğini araştırmışlar ve bunlardan ACCURSİUS dört nevi “kanuna karşı hile., yapılabileceğini tesbit etmiştir. Filhakika bu devirde skolastik bir usulle bütün ihtimaller zorlanmış ve kanuna hilenin hududu, içine daha başka cinsten hileleri de alacak şekilde lüzumundan fazla genişletilmiştir. *Gloss*’larda gösterilen muhtelif nevi hileler ve bunlara verilen misaller şunlardır:

1 — “*De re ad rem* = şeyden şeye.,: Bir şey yerine başka bir şey ikame ederek kanuna hile yapmak: Meselâ ödünç verme memnuiyeti yalnız para hakkında olduğundan para yerine hububat, şarap veya yağ vermek suretile kanuna hile yapmak.

2 — “*De persona ad personam* = Şahıstan şahsa.,: Bir şahıs yerine başka bir şahıs ikame ederek hile yapmak: Meselâ koca doğrudan doğruya karısına hibede bulunamaz. Bu memnuiyetten kurtulmak için araya bir üçüncü şahıs koyar, koca ona hibede bulunur, o da karıya nakleder.

3 — “*De uno contractu ad alium contractum* = bir akitten diğer akite.,: Memnu bir akit yerine başka bir akit ikame ederek kanuna hile yapmak. Meselâ koca karısı ile memnu olan hibe akti yerine muvazaalı bir satış akti yapar.

4 — “*De uno contractu ad eundem contractum* = bir akit yerine ona benzer başka bir akit yapmak suretile hile.,. Meselâ kadın başkasına kefil olamadığından kendisi bizzat borç altına girer. Yani kefalet akti yerine borcun nakli akti yapılır.

[1] ULPİANUS - D. I. 3. 29

[2] PAULUS - D. I. 3. 29

[3] Constitutio Theodosiana et Valentina. Codex. I., 14. 5

[4] REGULA 84: VI. 3. 13

Bu kadar geniş bir tarif içine pek çok muamelelerin gireceği tahmin edilir. Bunun tepkisi müteakip devirlerde hissedilmiş ve kanuna hile mefhumuna sonradan pek dar bir yer verilmekle iktifa edilmiştir [5]. SAVIGNY, "Römisches Recht., adlı eserinde: "Kanunun lâfzına değil belki ruhuna karşı aykırılık teşkil eden bazı muameleler,, den bahseder ve diğer bir yerde de bu hareketlerin kanunun men ettiği bir yoldan erişilecek olan gayeye başka bir hukukî şekille varılmasını temine matuf olduklarını ve bu bakımdan müsbet bir hukuk kaidesinin ihlâlini ifade ettiklerini söyler [6]. THIBAUT, klâsik devir Roma hukukçularının mefhum hakkındaki tariflerini şu tarzda anlatır: "Bir kimse kanunen memnu bir fiilin gayesine, vasıtalı bir surette varmak maksadile, haddi zatında memnu olmayan başka bir fiili hileli bir tefsirle işlerse, neticede hiçbir nokta kanunun lâfzına aykırı olmamakla beraber bu fiil gene kanunun memnuiyet hudutları içine sokulmalıdır,, [7].

Keza WÄCHTER kanuna hile ile kanunun ihlâlini birbirinden ayırır ve hileyi şu şekilde teharüz ettirir: "Eğer fiil haricî bakımdan kanunun lâfzına aykırı olmamakla beraber esas bakımından kanunun emrine yani gerçek ve hakikî manasına (ruhuna) aykırı olan bir hususu ihtiva ederse,, ortada kanuna karşı hile vardır [8].

UNGER aynı tarifi kabul eder ve üç nevi kanuna hile hali gösterir:

1 — Kanunun suiniyetle tefsir ve tahrifi suretile vâki olan hileler. Burada kanunun doğrudan doğruya lâfzile temas ettiği husus memnu sayılır ve böylece lâfzi tefsir kanunun hakikî manasının araştırılmasına tekâddüm eder.

2 — Men edilmiş olan fiilin örtülmesi, başka bir kılığa sokulması ile vâki olan hileler. Yani men edilen fiil gerçekten işlenir fakat muvazaalı bir muamele ile örtülür.

3 — Muayyen bir fiilde bu fiilin yapılmasına mani teşkil eden bir unsurun gizlenmesile yapılan yahut muayyen bir unsurun bulunması şartile yapılabilen bir muamelede bu unsurun yokluğunun saklanması yani mevcutmuş gibi gösterilmesile yapılan hileler [9].

Bu devirde verilen tariflerin en münasibi REGELBERGER'in yaptığı tarifler: [10] "Kanunun lâfzile tearuz etmeden, kanuna aykırı pratik bir neticenin istihsalı gayesini güden hukukî muamele kanuna hiledir,,. Bunlardan başka

[5] Bu hususlar için bilhassa PFAFF'ın "Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere,, adlı Viyanada 1892 de müntesir eserine bakmak lâzımdır. VETSCH'deki izahat buradan alınmıştır: a.g.e. Sh: 210

[6] SAVIGNY - a.g.e. I. 324. VI. 142

[7] THIBAUT - Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 1842. 368

[8] WÄCHTER - Handbuch II. 9. 1842

[9] UNGER - System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1892. I. 56

(VETSCH'den naklen: a.g.e. Sh: 211)

[10] REGELBERGER - Pandekten. 1893. 519

BÄHR'e göre: "Doğrudan doğruya yapılması men edilmiş olan hukukî muamelelerin neticelerini başka hukukî şekiller altında temin eden hukukî muameleler kanuna karşı hile teşkil ederler., [11].

73 — Çağdaş hukuk sistemlerindeki tarifler:

Bu tarifler daha sarih ve daha hudutludur. İlk defa PFAFF bu harfleri ikiye ayırmıştır. Bunların bir kısmı kanunun müevvel tefsirini esas alırlar, bir kısmı da hâdisenin muayyen bir maddeden kaçmak için sunî olarak tahrifine ehemmiyet verirler. Tariflerin bu tasnifi umumiyetle kabul edildiği için biz de nisbeten yeni olan tarifleri bu ayırt dairesinde inceleyeceğiz.

1 — Kanunun manasının tahrifine önem veren tarifler:

Bu cümleden olarak BARTHELMES kanuna hileyi şöyle tarif eder: "Âmir bir hükmün lâfzı itibarile değil, fakat manası itibarile ihlâli., [12]. Keza SOHM'a göre kanuna hile "kanunun lâfzile manası arasındaki aykırılığı bile bile istismar eden bir fiil., dir [13]. Aynı şekilde WETTE'ye göre "kanunun lâfzî muhtevasını ihlâl etmeksizin onun hakikî muhtevası aleyhine gizlenerek (saklanarak) yapılan bir hareket., kanuna hiledir [14]. Keza STAMMLER'e göre " tarafların kanunu bile bile, lâfzî olarak ve pek dar bir şekilde tefsirleri halinde., kanuna karşı hile meydana gelir [5]. KUHLENBECK'e göre, "kanunun mantıkî olarak kabili isbat olan iradesi hilâfına, lâfzına caiz olmayan bir şekilde istinad etmek., kanuna hile sayılmaktadır [16].

PFAFF'ın bir tarfi vermekten içtinab ettiği anlaşılıyor. Ancak VETSCH'e inanmak lâzım gelirse bu zat eserinin muhtelif yerlerinde kanuna hileden "kanunun lâfzının bile bile yanlış tefsiri., şeklinde bahsetmektedir ki bunu bir nevi tarif gibi kabul edebiliriz [17].

2 — Hadisenin tahrifine ehemmiyet veren müelliflerin tariflerine gelince:

Bu gruptan olan BÄHR ve REGELSBERGER'in tariflerine evvelce temas etmiştik [18]. Aynı grup tariflerinden birini de OERTMANN yapmıştır: "Men edici bir kanun tarafından, istihsaline mani olunan bir neticeye, başka bir suretle yani men edici hükme tâbi olmayan bir şekilde erişmeyi istihdaf eden bir hattı

[11] BÄHR - Urteile des Reichsgerichts mit Rechtsprechung 1883. 57

[12] BARTHELMES - Das Handeln in fraudem legis. 1889. Sh: 23

[13] SOHM - Institutionen. 1908. 31

[14] WETTE - Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis. 1900. 32

[15] STAMMLER - Die Lehre vom richtigen Rechte. 1902. 404

[16] KUHLENBECK - Seuff. Bl. 70 (1905. 340)

[17] VETSCH - a.g.e: Sh: 213

[18] Yukarıda not: 10 ve 11 de.

hareket,, kanuna hiledir [19]. Keza RIEZLER'e göre "Men edici bir kanunla tearuz eden gayelerin ayına veya benzerlerine, başka hukukî şekillerle erişmeyi istihdaf eden muameleler,, kanuna hile teşkil ederler [20]. Keza ENDEMANN şu tarifi verir: "Kanunun ruhuna nazaran vasıtasız ve hukukî yollarla kendisine erişilemeyecek olan bir gaye için, bir kimsenin kanunun lâfzını şeklen ihlâl etmemekle beraber dolambaçlı yollarla aynı maddî hukuk neticesine vasıl olmak için takip ettiği usul kanuna hiledir,, [21]. Bunlardan başka Alman yargıtayının kanaatınca kanuna hile "Tarafların kanunen caiz olmayan bir neticeyi elde etmek için, haddi zatında caiz olan bir muamele şeklini seçmeleri,, halidir [22].

74 — Yeni tarifler:

Bu mevzuu gerek umumî eserlerinde gerek hususî tezlerinde incelemiş olan son yüzyıl müellifleri tariflerinde ésaslı bir yenilik yapmış değildirlir. Yalnız İsviçreli ve Alman müelliflerde tarife nisbeten yeni bir unsurun sokulduğunu, Fransızlarda da illet nazariyesinin tesirine bağlı kalınarak ihlâl kastinin ve bundaki ahlâka aykırılığın ön plâna alındığını görüyoruz. Birinci grup müellifler hile ile ihlâli bahis konusu olan kanunun muayyen bir gayeyi mi, yoksa muayyen bir vasıtayı mı menettiğini araştırırlar ve ancak bir gayeyi men eden kanunlar aleyhine hile yapılabileceğini kabul ederler. Eğer kanun koyan muayyen bir kanun maddesiyle sırf muayyen bir usulü, muayyen bir muamele şeklini men etmişse, fert başka bir şekli seçerek aynı gayeye varabilir. Fakat kanun koyan herhangi bir madde ile bizzat muayyen bir iktisadî veya hukukî gayeyi men etmişse bu gayeye erişmek için hangi vasıta kullanılırsa kullanılan memnu gayeye matuf olan bu vasıtaların hepsi kanuna karşı hile teşkil eder demişlerdir [1] Yani İsviçreli ve Alman müellifler daha ziyade muayyen bir kanunun, bir müessesenin kendi gayesinden şu veya bu vasıta ile inhiraf ettirilip ettirilmediğine ehemmiyet vermişlerdir. Tabir caizse bu tariflerde makyavelist düstürün aksi hakimdir: Vasıtanın meşruiyeti gayenin gayrı meşruluğunu izale etmez.

Th. GUHL, kanuna karşı hileyi muvazaa ve itimada müstenit muameleden tefrik ettikten sonra şu tarifi verir: "Amme intizamı tarafından men edilen veya âmîr bir kanun hükmüne mugayir olan herhangi bir iktisadî veya hukukî neticeyi istihsal maksadile, tarafların haddi zatında meşru olan bir muameleyi

[19] OERTMANN - Kommentar zum B. G. B. 1908. I. 418

[20] RIEZLER - Staudingers Kommentar zum B. G. B. I. 518

[21] ENDEMANN - Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1903. I. 48

[22] Reichgerichtsräte - Kommentar zum B. G. B. 1910. 518

[1] ENNECCERUS, KIPP ve WOLFF - Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Sh: 177, 178

Von TUHR - a.g.e. I. Sh: 222 not: 41

OSER - Kommentar. Zürich. 1929. madde: 20 not: 26

yapmaları kanuna karşı hiledir, kanunun maksadından inhiraf ettirilmesidir., [2].

Bir tarif mahiyetinde olmamakla beraber kanuna karşı hileyi izah ve tasvir bakımından öğretici mahiyette olan bir tablili de Alman müelliflerinden Karl FRIEDRICH yapar: “Bif kimsenin şöyle bir vakıayı yaratması halinde kanuna karşı hile meydana gelir: Kanunun, doğru hatta geniş tefsiri halinde dahi şumulü içine girmeyen ve fakat: “eğer kanun koyan böyle bir vakıanın ihdas edilebileceğini baştan tahmin etseydi kanun metnini behemahal bunu da içine alacak şekilde tanzim ederdi., yolunda bir kanaat uyandıran vakıa., [3].

Mevzu hakkında 1917 ye kadar yazılan tezler içinde yetkili kimseler tarafından [4] en fazla kıymet verildiği hissedilen eserinde VETSCH bize en mülâ-yımı gelen tarifi yapar: “Kanuna karşı hile o tarzda bir harekettir ki bu hareket doğrudan doğruya kanunî bir hükmü ihlâl etmemekle beraber, böyle bir hükümün gayesinin tahakkukunu imkânsız kılar., [5].

Fransız müelliflerinden bir kısmı ileride nazariyenin münakaşasında göreceğimiz gibi bu mevzu karşı bir antipati hissederler ve halâ Fransız Medenî kanununun her şeye yeteceği kanaatında olan tefsirci mektebin tesiri altında kalırlar. Bir kısmı da bu mefhumu muayyen bir kanun metnine istinat ettirmek gayretile bir taraftan “hile kastı., unsuruna bir taraftan da ihlâl edilen kanunun ahlâki değerine ehemmiyet verir.

RİPERT “Kanuna karşı hile yapmak, normal olarak tatbiki gereken bir kanun maddesinin tatbikini, muayyen menfaatları veya arzuları güçleştireceğinden dolayı bertaraf etmektir., der. Keza başka bir yerde: “bir şahsın iradî bir fiil ile yeni bir hukuki durum yaratması halinde, eğer hakikaten bu hukuki duruma taallük eden kaidenin kendisine tatbikini görmek için değil de, daha sıkıcı olan başka bir kaidenin tatbikinden kurtulmak için hareket ettiği kabul olunursa ortada kanuna karşı hile vardır. Bu takdirde bu şahıs, hukuk kaidesini ahlâka aykırı gayelere hizmet ettirmek için kendi gayesinden inhiraf ettirmiş olur., der.

Esasen ileride temas edeceğimiz gibi bu müellif ancak ahlâki bir vazifenin müeyyidesi mahiyetinde olan hükümler aleyhine hileden bahsedilebileceğini, buna mukabil hususî menfaatları tatmin ve tanzime matuf olan hukuk kaideleri aleyhine kanuna karşı hile misali bulmanın pek güç olduğunu iddia eder. Hatta bu kaideler âmir mahiyette olsalar dahi, fikrince, tıpkı bir hakkın keyfi istimali nasıl onun suiistimali demek değilse, muhtelif hukukî şekillerden herhangi birini diğerine tercih etmek de, tercih edilmeyen şekle karşı hile yapmak demek değildir.

[2] Théo GUHL - Le Droit fédéral des Obligations (çeviren: Des Goutes, 1947, 96)

[3] Karl FRIEDRICH - Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. IV (Gesetzesumgebung)

[4] Joseph KOHLER - Recht und Gesetz, 1917 - 1918 (. . . 1918 denberi bu mesele hakkında çok şey yazılmıştır, en mülhim olanı VETSCH'in kitabıdır.)

[5] VETSCH - a.g.c. Sh: 12

"Eğer kanunun emrettiği şey, ahlâk kanununa hürmet saikile emredilmemişse, kaide ve şekillerin âmir mahiyette olmalarının ehemmiyeti yoktur., [6].

Şu halde RİPERT'in tarifine "ahlâki bir görevin ifasını teyid mahiyetinde olan âmir hükümlere karşı, kaydını ilâve etmemiz gerekir. PLANIOL de esas itibarile aynı fikirdedir ve kanaatinca her âmir hükmün gizli ihlâli bir hile teşkil etmez [7]. Hatta kanuna hile hâllerinin yalnız yakında çıkacağı malûm olan yeni bir kanundan veya verilmesi pek yakın olan bir mahkeme kararından kaçmak için bunların isdarlarından evvel müstacelen yapılan muamelelere hasrı gerektiğini iddia eder [8].

Kanuna karşı hile mefhumunun Devletler Hususî Hukuku bakımından yapılan tarifleri üzerinde duracak değiliz. Bu sahada kanuna karşı hile, herhangi bir ihtilâf kaidesinin tathibini icabettirecek hadise şartlarını sun'î olarak ihdas etmek şeklinde tecelli eder: Kendisine "yabancılar hakkında şahsî hal meselelerinde milli kanunları tatbik edilir., yolundaki ihtilâf kaidesini tatbik ettirmek isteyen yerli teb'a bunu temin için yabancı tabiiyetine geçer. Halbuki bu ihtilâf kaidesi tabii olarak yabancı teb'ası olan kimselerin durumunu tanzim için konmuştur. Yoksa sun'î bir şekilde ve sırf bu kaideden istifade için "yabancı., sıfatını ihraz edenlere oyuncak olmak için değil.

Bazı müellifler iç hukukta kanuna karşı hileyi red ettikleri halde -yahut pek nadir hallere inhisar ettirdikleri halde - Devletler Hususî Hukukunda bu mefuma geniş bir tatbik sahası tanırlar ve bilhassa hile hallerini milli kanundan kaçıp yabancı kanuna sığınma şekillerine inhisar ettirirler. Halbuki bizim için mühim olan yerli veya yabancı olsun alelittlak âmir hükümlere karşı hiledir. Zira bütün bu hilelerin manası muayyen bir âmir hükümden kurtulmadır ve her âmir hüküm kendisini isdar etmiş olan otorite bakımından bir milli kanun hükmüdür. Bazı müellifler Devletler Hususî Hukukunda kanuna karşı hile ne ise, dahili hukukta gayri meşru illet odur derler [9]. Bazıları dahili hukukta hakkın suiistimali ne ise Devletler hususî hukukunda kanuna karşı hile odur. derler. En geniş tarifi VALERY vermiştir: "Ne zaman herhangi bir muamele kanun koyanın bu muameleyi tâbi tutmak istediği kaidelerden kurtulmak niyetile yapılsa, daima ortada bir kanuna karşı hile vardır., [10]. Bu tarif, mesele ile hususî bir şekilde uğraşmış olan LİGEROPOULO'nun da işaret ettiği gibi, isdar edilmek üzere bulunan kanunları ve muayyen bir metin olmaksızın kanun koyanın umumî hukuk prensipleri tarafından caiz göremeyeceği hallere matuf hile-

[6] RİPERT - La règle morale 3 üncü bası 1935 n: 173 - 176

[7] PLANIOL et RİPERT - Traité VI. n: 347

[8] PLANIOL - Traité élémentaire du Droit Civil (revu et complété par RİPERT) II, 1947 n: 817 Sh: 277

[9] NIYOBET - Traité de Droit International privé français II, 1944, Sh: 639

[10] Jules VALERY - Manuel de Droit International Privé, 1914 n: 412, Sh: 554

leri de içine alır yani hile için mutlaka kendisine ittiba mecburî olan ve hâlen yürürlükte bulunan bir kanun maddesinin vücudünü şart koşmaz. Fakat bu tarif bîzce tehlikeli olacak kadar umumdur.

Bu mevzua tahsis ettiği eserinde Fransız müellifi DESBOIS, illet nazariyesine sadık kalarak şu tarifi verir: “Büründüğü kiske ne olursa olsun, kanuna karşı hile, netice itibarile bizatihi meşru olan bazı vasıtaların, kanunun emir ve nehilerine aykırı düşen gayeler için bilerek ve isteyerek kullanılması keyfiyetine irca edilir., [11]. Görülüyor ki bu müellif “hileli niyet, ihlâl kastı., unsurlarını tarifine sokmak lüzumunu hissetmektedir. Bu hususların münakaşasını ileride yapacağız. Bunu şimdilik subjektivist müelliflerin tariflerine bir örnek olarak zikretmekteyiz.

Buna mukabil kendisi İtalyan ve Alman müelliflerinin görüşüne taraftar olan ve Fransız içtihatlarını objektivist bir gözle inceleyen LIGEROPULO, aşağıdaki tarifi verir: “Herne zaman gerçek ve iradî muamelelerle, hatta bazan kastî olmasa dahi, kanunun lâfzına uygun ve fakat ruhuna muhalif bir durum yaratılsa, ortada kanuna karşı hile var demektir., [12]. Böylelikle kanuna karşı hile hallerinde hile kastının şart olmadığını ve “gerçek., tabiriyle de bu muamelelerin muvazaadan farklı olduğunu belirtmek ister.

Aynı mefhum hakkında İsviçreli müellif MADAY'ın verdiği tarif ise “hile, bir âmir hükmün güttüğü maksadı ihlâl veya bertaraf etmek niyetile bu hükümden kaçma ve diğer bir hükmün tatbikini temin etme., şeklindedir. Böylece tarif içine üç unsur sokmuş oluyor. 1) Hadisenin tahrifi. 2) Memnu bir neticenin istihsalı. 3) Hile kastı [13].

75 — Teklifimiz:

Bütün bu tariflerde iki unsura yer verildiğini müşahede ediyoruz:

1 — Kanuna hile addedilen muamelenin kanunların lâfızlarına tamamen mutabık oluşu yani şekli hukuk bakımından kusursuzluğu.

2 — Bu muamele ile istihdaf edilen gayenin, temin edilen iktisadî ve hukukî neticenin kanunların ruh ve maksatlarına aykırı oluşu.

Filhakika bu iki unsur birleşmeden kanuna hile hali teşekkül edemez. Zira tek başına kanunların ruh ve maksatlarına muhalefet bu mefhuma has ayrırcı

[11] Henri DESBOIS - a.g.e. § 1.

[12] LIGEROPULO - a.g.e. Sb: 60

[13] MADAY - a.g.e. § 3.

Bir vasıf değildir. Bütün açık ve vasıtasız ihlaller kanunların ruh ve maksatlarına muhaliftir. Bu bakımdan kanuna karşı hilenin arzettiği hususiyet kanunun lâfzına uygunluk hususudur. Fakat acaba lâfzen metinlere uygun fakat ruhen aykırı olan muameleler yalnız kanuna hileden mi ibarettir? Hakkın suiistimali dediğimiz haller de aynı mahiyette değil midir? Şu halde bu iki unsura ilâve edilecek bir başka unsur daha vardır: O da garip görülmekle beraber kanuna hile teşkil eden hallerin kanun koyan tarafından hiçbir metinde tasrih edilmemiş olmasıdır. Yani tabir caizse bu hallerin kanun koyanın unuttuğu hallerden olmalarıdır. Filhakika eğer kanun metinlerinde “kanuna karşı hile memnudur,, şeklinde bir hüküm olsaydı bu unsur mefhumun tarifine girmezdi. Ancak bazı hukuk sistemlerinde ileride göreceğimiz gibi böyle umumî bir memnuiyet hükmü vardır ki mefhumun bu sistemler bakımından tarifi şimdiye kadar verilen ve iki esaslı unsura dayanan formüllerle ifade edilebilir. Bu hususlara önümüzdeki bölümde temas edeceğiz. O halde biz tarifimizi şu şekle sokuyoruz: **“Kanunların mana ve maksatlarına mugayir olmakla beraber lâfızlarına mutabakatı yüzünden metinlerin normal tatbikleriyle takip edilemeyen ve ancak gai tefsirleri sayesinde müeyyidelenen fiil ve muameleler,,** Böylece kanun koyanın herhangi bir metinle derpiş ettiği -hatta hangi müeyyidenin tatbik edileceğini tasrih etmemiş olsa bile -diğer hallerden kanuna karşı hileyi ayırmış oluruz. Filhakika bu mefhumun yakın komşuları olan muvazaa, üçüncü şahıslara karşı hile, itimada müstenit muamele, hakkın suiistimali, âmme întizamına mugayir fiil ve muameleler gibi mefhumlar için kanun metinlerinde birer yer ayrılmıştır. Bunların içinde atlanmış olan yalnız kanuna hiledir. Fakat ancak bir teşbih olarak kullandığımız “unutulma,, ve “atlanmış olma,, halleri hakikatte mantıkî manada bir zuhulü ifade etmez. Çünkü kanuna hile nazariyesinin rolü ve hususiyeti esasen kanun metinlerinin bitiği sahada başlamasındadır. Âmir hükümlerin nihaî bekkiliği bu nazariyenin bütün müsbet metinlerin ötesinde iş görmesini icap ettirir. Vakiya hakkın suiistimali kavramında da buna benzer bir hal müşahede edilmektedir. Bu kavram da hukukla hakkaniyetin müsterek faslında rol oynar, fakat, birçok kanun metinleri hakkın suiistimalini müsbet metinlerle derpiş etmişlerdir. Esasen bu iki mefhum arasında daha başka farklar da vardır ki bunları ileride izah edeceğiz.

Ancak bir noktayı işaret edelim. Tarifimizde “kanunların mana ve maksatlarına mugayir olmakla beraber lâfızlarına olan mutabakatları yüzünden metinlerin normal tatbikleri ile takip edilemeyen ve ancak metinlerin gai tefsirleri sayesinde müeyyidelenen fiil ve muamelelerdir,, dedik. Buradaki “normal tatbikleri,, tabiri belki hukuk tekniğine mugayir görünebilir. Ancak bizim “dar tefsir,, veya “geniş tefsir,, gibi mutad tabirleri kullanmaktan içtinab edişimiz sebepsiz değildir. Netekim evvelce bahsettiğimiz Karl FRIEDRICH’in

verdiği tarifte “kanunların doğru hatta geniş tefsirleri halinde dahi şümulleri içine girmeyen”, tarzında yapılan tahlilde bir hakikat nebzesi vardır. Ceza veya vergi hukukunda - umumiyetle - mutad olduğu kabul edilen dar tefsire mukabli medenî hukuk alanında caiz görülen geniş tefsir veya kıyas metodu bizim nazariyenin tatbiki için kâfi bir vasıta teşkil etmez. Bu nazariyenin tatbiki alelade geniş tefsir sayesinde değil belki geniş tefsirin muayyen bir nev’i olan gai (*téléologique tefsir*) sayesinde mümkün olur, ve dolayısıyla hangi metinler böyle bir gai tefsire müsait iseler ancak onlar hakkında kanuna hileden bahsedilebilir.

Netekim uzun zaman bu mefhumu karşı büyük bir çekingenlik gösteren Fransız doktrininin kanun maddelerinin geniş tefsirine muhalif oldukları iddia edilebilir mi? Yahut kanuna hile tabirini kullanmaktan umumiyetle içtinab ettikleri halde bu mefhumu ekseri ahvalde tam bir isabetle tahlil ve tatbik eden Fransız içtihatlarının geniş tefsirden çekindikleri iddia edilebilir mi? Hülâsa kanuna karşı hile mefhumunun tatbik edilmesi veya edilmemesi ileride göreceğimiz gibi sadece geniş tefsir metodunun kabul veya reddi meselesine bağlı değildir. Keza tarifimize kanuna hilenin mutlaka hileli bir niyetle müterafık olması gibi bir şart da koymadık. Zira bazı nevi kanuna hile hallerinde, failin “kanuna hile yapmakta olduğunu bilip bilmemesine,, ehemmiyet verilmeden, hadiselerin objektif olarak tahlilile bir âmir hükümden kanun vazunun iradesine rağmen kurtulunmuş olması dolayısıyla bu mefhumun tatbik edildiği vakidir. Daha doğrusu içtihatlarda failde böyle bir niyetin vücudu her zaman aranmamıştır. Mamafih bu meseleyi ileride münakaşa edeceğiz.

Diğer taraftan tarifimizi “müeyyideleme,, halile takyid edişimiz de doğru görülmeyebilir. Çünkü mevzu ile ilgili birçok eserlerde “caiz olan kanuna hileler,, ve “caiz olmayan kanuna hileler,, şeklinde ayrıntılar müşahede edilmektedir. Halbuki bu tefrik kanaatımızca bir mana ifade etmez. Eğer herhangi bir fiil veya muamele caiz telâkki ediliyorsa, bu, hukuka uygun fiiller grupuna girer ve kanuna karşı hile nazariyesile bir münasebeti kalmaz. Yok caiz telâkki edilmiyorsa bu caiz telâkki edilmeyişin en tabii neticesi bir müeyyideye maruz kalmasıdır. O halde bu müeyyidelenme keyfiyetinin ne tarikle temin edilebileceğini nazara almak lâzımdır. Esasen kanuna karşı hilenin en büyük hususiyeti de buradadır. Ancak muayyen bir memlekette kanuna hile telâkki edilen bir fiil, başka bir memlekette caiz telâkki edilebilir. Yahut aynı memlekette muayyen bir zamanda kanuna hile addedilen bir fiil, bilâhara meşru bir fiil olarak kabul edilebilir. Fakat bu, hiçbir zaman herhangi bir hukuk nizamında caiz sayılan bazı fiillere kanuna hile vasfını vermeyi icap ettirmez. Bu tefrik, esasî aranırca hukuk alemindeki “olan,, ile “olması lâzım gelen,, arasındaki bir farktan ileri gelmektedir. Öyle haller vardır ki doktrin, umumî hukuk ve hakkaniyet pren-

sipleri bakımından bunların kanuna hile olduğunu iddia eder. Fakat içtihatlar aynı yüksek prensipleri başka türlü tefsir ettiklerinden, yahut kanun metinlerle kendilerini fazla tahdit ettiklerinden bu fiilleri müeyyideleyemezler. İşte böyle bir vaziyette doktrin “olması lâzımgelen,, i temsil ederse içtihatlar da “olan,, ı ifade ederler. Böyle bir halde içtihatların müeyyidesiz bıraktıkları fiiller hakkında “caiz olan kanuna hileler,, demek doğru olmaz. Çünkü bu nazariyenin kıstasları yalnız müsbet hukuk maddelerinin tatbik şekilleri olmayıp, belki kanundan daha başka ve daha fazla bir şey olan umumî hukuk dünyasının prensipleridir. Bu prensipleri bazen içtihatlar şu veya bu haricî tesirin altında kalan doktrinden daha iyi hissederler. (Bak: Yukarıda No. 39 ve 40) bazen bil’akis içtihatlar umumî hukuk prensiplerini tatbikte geri kalır ve doktrin daha ileri gider. Hüflâsa herne sebepten olursa olsun “caiz olan kanuna hile,, tabiri kanaatımızca mantıkî bakımdan uygunsuzdur. Zira kanuna hile tabirinin ancak hukuk nizamının caiz görmesini istemediğimiz, bir müeyyideye behemahal maruz kalmasını temenni edip de kendisine kanun metinlerinde uygun bir müeyyide bulamadığımız hallerde hasrı icap eder. Esasen nazariye ancak böyle bir mefhum hakkında doğmuş ve inkişaf etmiştir. Son bir defa daha büyük hukukçu ULPİANUS’un tarifini tekrarlayalım: “Nerede men edilmemiş olmakla beraber vuku bulmaması matlup olan bir şey vâki olursa orada kanuna karşı hile var demektir”

B. — Kanuna karşı hileyi derpiş eden bazı kanun metinleri

76 — Kanuna karşı hileyi “genel olarak,, derpiş eden metinler:

Filhakika bu başlık, biraz evvel verdiğimiz izahlarla telif edilmez gibi görünür. Zira kanuna hile hallerinin bir hususiyeti olarak, onların, kanun vazınca tahmin ve tesbit dışında bırakılmış olmalarını söylemiştik. Fakat hakikatte bu bölümümüz evvelce açıkladığımız hususların tamamlayıcı bir izahını teşkil edecektir, şöyle ki: Şimdiye kadar tetkik ettiğimiz müşahhas misallerde de gördüğümüz gibi muayyen neviden hileler ve kaçamak yolları çoğalınca ve kanuna hile nazariyesi de mevzuatın fevkinde bir prensip olarak mahkemelerce tatbik edilmeye cesaret edilemeyince bu gibi hallerin ancak teşriî tedbirlerle önlenilebileceği fikri doğu-

yor ve son çare olarak işe daima vazın kanun müdahale ediyordu. Bu itibarla birçok kanun metinlerinde ya umumî bir prensip şeklinde (ki bu hal nadirdir), yahut pratikte pek fazla tekrarlanmakta olan hususî bazı hile hallerini derpiş eder mahiyette bazı hükümlere rastlanır. Hususî hile halleri hakkındaki metinler umumiyetle üçüncü şahısların hukukunu himayeye matuftur ve bunlar aleyhine teveccüh edebilecek ve hukukî bir fiil veya muamele şekline bürünebilecek olan hileler hakkındadır. Mevzuatında yalnız hususî bazı kanuna hile hallerini derpiş eden hukuk sistemlerinde genel olarak bütün kanuna hile hallerini takip edebilmek için konumuz olan nazariyenin kabulüne gene ihtiyaç vardır. Fakat umumî bir şekilde kanuna hileyi men eden prensiplerin vücudü halinde kanuna hile nazariyesine gitmeye lüzum kalmadan bu metinlerin tatbikile mesele hallolur, ve bu hukuk sistemlerinde kanuna hile meselesi mevzuatın fevkinde bir hakkaniyet davası olmaktan çıkmış olur. Hukuk sistemlerinin kanuna hile hakkında böyle umumî bir hükmü ihtiva etmelerinin birçok bakımlardan münasip olup olmayacağı ilerde münakaşa edeceğiz. Burada ancak bu metinleri hatırlatmakla iktifa ediyoruz.

1 — Yeni İtalyan Medenî Kanunu madde: 1344

Bu madde kanuna karşı hilenin genel müeyyideleri içinde bu mefhumun ilmi tarifine en uygun olanını teşkil eder: “Akit, âmir bir hukuk kaidesinin tatbikinden kaçınmak için bir vasıta teşkil ettiği takdirde de hukukî sebep gayri meşru sayılır., Bu maddenin yukarısında 1343 üncü maddede hukukî sebebin hangi hallerde gayri meşru olduğu tayin edilmiştir: Madde 1343: “Hukukî sebep, kanunen memnu olduğu, ahlâka ve âmme intizamına muhalif bulunduğu zaman gayri meşrudur.,

Görülüyor ki 1344 üncü madde doğrudan doğruya gayri kanunî olan sebeplerin yanı başında bir kanunun tatbikinden kaçma niyetini de gayri meşru bir sebep olarak kabul etmektedir. Ancak bu madde yalnız “akitler., e inhisar etmesi ve “illet., prensibine önem vermesi bakımından tahdididir. Zira bir hukukî akit herhangi bir âmir hükmün tatbikinden kaçma için yapılmadan yani bir kasta mukarin olmadan filen bu kaçma neticesini doğurduğu hallerde acaba bu madde tatbik edilebilecek midir? “Hile niyeti olmadan kanuna karşı hile = *fraude à loi sans fraude.*, diye tanınan bu meseleye ilerde temas edeceğiz. Yalnız kanuna karşı hileyi mutlaka niyet unsuru etrafında temerküz ettirmek istemeyenlerin telâkkilerine yer verildiği takdirde İtalyan Medenî kanununun bu maddesi şümül bakımından fazla dar sayılabilir. Mamafih bu hususta kat’î bir hüküm vermek için maddenin İtalyan içtihatlarındaki tatbik tarzını ve tefsir. şeklini incelemek lâzımdır.

2 — Eski Saksonya Krallığı medenî kanunu madde: 80:

Bu maddedeki kanuna karşı hile memnuiyeti şümul itibarile daha geniştir, ancak kanuna karşı hilenin bir tarifini ihtiva etmez: “Bir kanuna karşı hile yapmak maksadile işlenen fiiller kanunun aşikâr ihlâli gibi telâkki olunurlar..”

Bu maddenin diğer bir hususiyeti de kanuna hileyi bir kast meselesinden ziyade âmir hükümlerin bir tefsiri meselesi olarak ele almış olmasıdır.

3 — Sovyet Medenî kanunu madde 30:

Bu umumî müeyyidelerin en genişini Sovyet Medenî kanununun 30 uncu maddesinde buluruz: “Kanuna mugayir bir maksatla veya kanunu inhiraf ettirmek kastile yapılmış olan hütün hukukî muameleler, tıpkı açıktan açığa devleti izrar etmeğe matuf hukukî muameleler gibi batıldirlar..”

Zahiren ve garp hukuk sistemlerindeki zihniyete göre tetkik edildiği zaman bu madde bilcümle kanuna hile hallerini derpiş eder gibi görünüyorsa da Sovyet hukukunda bu hükmün işgal ettiği mevkiin tahminimizden biraz farklı olduğu zannediliyor. Bu maddenin tatbik şekli hakkında verilen malûmat gösteriyor ki “devleti izrar eden muameleler,, kaydı daha ziyade Sosyalist devletin bizzat yaptığı ticarî ve iktisadî muameleler dolayisile dercedilmiştir. Devletin ticarî haklarını ihlâl edecek tarzda yapılan muamelelerin bazen **yapılma anında** bu maksadı istihdaf etmekte olması şartı arandığı gibi çok defa da **netice itibarile devleti izrara müncer olan** muameleler hakkında da aynı madde tatbik edilmiştir ki böylece hem sübjektif hem objektif şartları ihtiva eden muamelelerin cümlesinin iptali cihetine gidilmiştir. Nihayet iş o dereceye varmıştır ki bizzat Sovyet kazaî mercileri dahi bu maddenin mahkemeler tarafından bu kadar geniş bir şekilde tatbikinden müşteki olmuşlar ve yüksek mahkeme maddenin tatbik sahasını kendi içtihatlarile sarih hudutlar içine hasretmeğe çalışmıştır. Mamafih bu maddenin devletin yüksek prensiplerine muhalif mukaveleler hakkında değil daha ziyade iktisadî menfaatlerine aykırı muameleleri hakkında tatbik edildiği söylenmektedir. Diğer taraftan bu maddenin müeyyidesi böyle bir mukavele dolayisile herhangi bir tarafın iktisab ettiği şeyin devlet tarafından müsaderesi olduğundan her hal ve şartta bu maddeyi tatbik etmek uygun görülmemiştir. Nihayet maddenin tatbik sahasını yüksek mahkemenin hukuk dairesi tahdit etmiş ve 30 uncu maddeyi ihlâl suretile vâki olan muamelelerin hepsinde müsadere müeyyidesinin tatbiki gerekmeyp, içinde herhangi bir spekülasyon gayesi veya herhangi bir kast ve hatta kanunun herhangi bir kastı ihlâli bulunmayan muamelelerde sadece medenî hukuk müeyyidelerinin tatbikile iktifa olunması prensibini kabul etmiştir. Yani muamele batıl telâkki edilip taraflara muameleyi yapmadan evvelki iktisadî

durumları iade edilmekle iktifa olunacaktır. Böylece müsadere müeyyidesi ancak tarafların muameleyi yaparken kasten gayri kanunî hareket etmeleri, kastı mahsusla spekülâtif bir muamele yapmak niyetinde olmaları haline inhisar ettirilmiştir. Böylece bu ağır müeyyide için hileli niyetin vücudü şart koşulmuştur [1].

77 — Kanuna karşı hileyi, geniş manada alınan hakkın suiistimali mefhumunun müeyyidesi ile karşılayan metinler:

1 — Polonya Medenî kanunu projesi madde 18:

Finalist hukuk sistemleri hakkın suiistimali mefhumunu mutlaka müşahhas bir hak süjesinin belirli menfaatlarını ihlâl eden haller hakkında değil, aleltilak bütün hukukî kaidelerin gayelerinden inhiraf ettirilmeleri hallerinde de tatbik ettiklerinden kanuna karşı hilenin müeyyidesini - bu gibi hukuk sistemlerinde - hakkın suiistimalinin müeyyidesi içinde aramak gerekir. Polonya Medenî kanunu projesi bunun tipik bir örneğidir.

“Hukuktan, hukuk nizamının temel prensiplerine mugayir olarak faydalanan kimse hukuku suiistimal etmiş olur ve kanunî himayeden istifade edemez.., Bu madenin ilk kelimesini “haktan.. şeklinde anlamak da kabildir ki bu takdirde bir haktan kanunlara aykırı şekilde istifade bir suiistimal teşkil eder.

2 — Sovyet Medenî kanununun 1 inci maddesi:

“Medenî haklar, tahsis edildikleri iktisadî ve içtimâî hedeflere mugayir istimalleri hariç olmak üzere, kanun tarafından himaye edilirler..,

Bu madenin, herşeyden evvel nevi cinsine münhasır bir hukuk sisteminde yer almış olduğunu unutmamak lâzımdır. Herde hakkın suiistimali ile kanuna karşı hile kavramları arasında yapacağımız mukayese sırasında bu maddeye tekrar temas edeceğiz. Burada, ihtilâl prensiplerini muhafaza hususunda bütün mevzuatı seferber etmiş olan sovyet rejiminin bu mutlak maddesi ile hakların himaye edilmemesi hallerini (yani suiistimal halini) değil, belki himaye edilmeleri halerini şarta bağlamakta olduğuna işaretle iktifa edelim. Kanuna karşı hile mevzuunda bu hukuk sisteminin göstereceği müsamahasızlığın derecesi bu maddeden de istihraç olunabilir.

3 — İsviçre Medenî kanununun 2 nci madesinin 2 nci fıkrası:

“Bir hakkın âşikâr suiistimalini kanun himaye etmez.., Bu fıkranın esas itibariyle sübjektif bir hakkın suiistimalinden bahsettiği (abusus juris) fakat objektif hukukun yani kanun kaidelerinin suiistimalinin dahi bu maddeye gire-

[1] Basile ELIACHEVITCH - Traité de Droit Civil et Commercial des Soviets 1930. I. Sh: 83

ceği, bu metnin bir nevi kanunun suiistimalini (abusus legis) de istihdaf etmekte olduğu umumiyetle kabul olunmuştur. Bu mevzuun tenkidî münakaşasını ilerde yapacağız [2].

Yalnız bir noktayı şimdiden hatırlatahım ki, bizim medenî kanunumuzun ikinci maddesinin ikinci fıkrası farklı bir terceme yüzünden kanuna karşı hilenin açık bir müeyyidesini teşkil edip etmemek bakımından menşe kanundan farklıdır. Bu terceme farkının kasdı olup olmadığı ve farka rağmen gene menşe kanunundaki metne göre tefsiri gerekip gerekmediği meselelerini ilerde inceleyeceğiz.

Hukuk sistemlerinde kanuna karşı hile hakkında bu gibi genel mahiyette metinlerin mevcudiyetini acaba nasıl telâkki etmek lâzımdır? Bununla bu gibi metinlerin çok defa sosyal ve bilhassa tarihi neviden olan sebeplerinin araştırılmasını kasdetmiyoruz. Biz daha ziyade umumî hukuk prensipleri bakımından bu dururm hakkında bir kıymet hükmü vermek istiyoruz. Acaba böyle genel hile memnuiyetleri bir hukuk sistemi için faydalı mıdır? İşte bu noktayı araştırmak istiyoruz.

Filhakika bazı kanun vazıları bu gibi umumî metinler vazından çekinmişlerdir. Bu hali kanuna karşı hile nazariyesinin taraftarları ile aleyhdarları pek farklı şekillerde izah ederler: Nazariyeye taraftar olanlar, kanun koyanın "hile herşeyi bozar- *fraus omnia corrumpit*., düsturunu mevzuata idhal etmemiş olması, bu düsturun ayrıca tasrihine lüzum hissedilmeyecek kadar bedihî ve tabii olmasındandır, derler. Hilenin her kaidenin bir istisnasını teşkil edeceği ve herhal ve şartta müeyyidesini bulacağı fikri o kadar umumî bir kabule mazhar olmuştur ki artık bunu bir de kanun metinlerinde tekrarlamanın manası kalmamıştır.

Nazariyeye aleyhdar olanlar ise, kanun koyanın, yargıcı keyfiliğe sevk edecek olan böyle bir silâhı katiyen onun eline vermek istemediğini ve bu sebeple metinleri arasında kanuna hileye yer ayırmadığını idida ederler.

Keza aşağıda tetkik edeceğimiz hususî mahiyetteki kanuna hile memnuiyetlerinin ne sebeple vazedildiği huhusu da mütezed fikirleri davet etmiştir. Bazılarınca bu münferit hallerin derpiş edilmiş olması, kanun koyanın bu nazariyenin esasını da genel olarak kabul ettiğine alâmetir. Halbuki diğerlerine göre bilâkis bu münferit hallerin metinlerde derpiş edilmiş olması, kanun koyanın mesele hakkında genel bir memnuiyet hükmü koymak, istemediğine, hileyi ancak bu mahdut hallerde tanımak istediğine delâlet eder. Keza bunların fikrine göre bütün memnuiyet hükümlerinin dar tefsiri icab edeceğinden, kanun koyanın derpiş ettiği hile ihtimallerinin dışında kalan kaçamak yollarını meşru görmek icab eder. Zira kanun koyan ancak müeyyid hallerdeki kanuna hileleri

[2] EGGER - Kommentar. I. Madde: 2 n: 38 - 41

menetmek istemekle, diğerlerini mübah saydığını ima etmek istemiştir. Binaenaleyh, her âmir hükümden kaçmağı hile sayarsak, kraldan ziyade kraliyetçilik etmiş oluruz ki, kısacası bu, kanun koyanın iradesini aşmak demektir.

Kanaatımızca, evvelâ kanun koyanın genel bir madde ile kanuna hileyi müeyyidelememiş olması umumî ve her hukuk sistemine şamil bir surette izah edilemez. Her kanun vaznı bunu kendi hususî şartları, cemiyetin ihtiyaçları bakımından muhtelif hal suretlerine bağlamıştır. Umumiyetle yeni rejimleri yerleş-tirmeğe çalışan cemiyetlerde, rejimin müdafaa vasıtalarını teşkil eden yeni kanun hükümlerine karşı hile yapılması ihtimalleri şiddetli müeyyidelerle karşılanmıştır. Bilhassa eski hukukî şekil ve müesseselerin kaçamaklı şekillerle yeni kanunlara yudurulmaya çalışılarak idame ettirilmesi ihtimallerine karşı fazla asabiyet gösterilmiştir. Buna mukabil, muhafazakâr hukuk sistemlerinde uzun zamandanberi kökleşmiş olan müesseseler, yapılmalarına âmil olan maksatlar yüzünden iptal edilmeye teşebbüs edilince muhitten ve bilhassa doktrinden oldukça kuvvetli mukavemetle karşılaşmıştır. Bu gibi sistemlerde kanuna hile hallerini hemen daima daha klâsikleşmiş ve umumen kabul edilmiş müeyyidelerle karşılamak yolu aranmıştır. Fransız mahkemeleri, ilân mecburiyetinden kurtulmak için yabancı memleketlerde yapılan tabiiyet tehdili ile vaki evlenmelerin batıl olup olmadığını bir hayli münakaşadan sonra tesbit ettikleri, sarîh metinlerin dışında evlenmede butlan iddiasının hukukî mesnedden mahrum olacağını uzun uzadıya inceledikleri halde, nasional sosyalizm zamanında çıkan bir evlenme kanunu, "ad veya tabiiyet kazanma maksadiyle vaki evlenmeler batıldır," şeklindeki bir madde ile, medenî kanunun takyidlerini genişletivermiştir. Bu itibarla kanuna hiyle hallerinin her cemiyette aynı müeyyidelerle karşılanması veya meskûit geçilmesi lüzumu hakkında bütün hukuk sistemlerine şamil olan bir fikir ileri sürülemez. Bu her şeyden evvel bir hukuk siyaseti meselesidir.

Bazı kanun vazileri, cemiyetin durumunu bu gibi hileleri yargıçların takdirlerine terke müsaade edecek kadar sakin ve istikrarlı görebilir. Keza kazaî içti-hatların basiretinden, takdir selâhiyetlerini iyi kullanacaklarından emin olabilirler. Yani, kanunlarda umumî bir hile memnuiyetinin bulunmasına ihtiyaç olmadan, yargıçların lüzumu halinde kanuna hileleri önleyebilecek kudrette oldukla-rını ve bunu bir keyfilik âleti yapmayacaklarını bilir. Bu itibarla bu gibi cemiyet-lerde kanun vazunun sükûtu, bu nazariyeyi kabul etmediğine delil olamayacağı gibi, kanuna karşı hileleri teşvik edecek mahiyete bir mahzur da teşkil etmez, zira kanun koyanın işini icabında yargıçta görebilecektir. Medenî Kanunun 1 inci maddesi bu durumun en belîğ ifadesidir [3].

Diğer taraftan böyle umumî bir müeyyidenin bazı mahzurları vardır ki, psi-kolojik neviden olan bu mahzurlar, hangi zamanda ve nerde olursa olsun az çok

[3] Esad ARSEBÜK - Borçlar Hukuku 1943, I, Sh: 447

sabit bir manzara arzederler. Yargıçlar da insandır, onlarda da karışık meseleleri imkân nisbetinde kolay halletmek arzusu vardır. Kanun metinlerinde böyle sarıh bir maddenin bulunuşu her karışık ve tahlili güç muameleyi hemen bu maddeye sokmak temayülünü yaratır. Bu hal hakimi - tabir caizse - masumâne bir keyfiliğe sevkeder. Bu itibarla, kanuna hile fikrinin yargıcın zihninde, bir kanun metninin tesiriyle değil, fakat birçok cehd ve gayretten sonra hiçbir sarıh metne sokulamayan müşahhas bir gerçekliğe hukukî bir vasıf verme zaruretinin tazyikiyle doğması daha isabetli olur. Yargıç kanun metinlerinde yer almış bir "kanuna karşı hile memnuiyeti,, maddesine istinad ederse bu hal onda, yavaş yavaş hemen her çapraşık hadiseye tatbik edeceği bir peşin hüküm yaratabilir ki bu, cidden korkunç bir neticedir. Zira hakim, her şeyden evvel tarafların yapmış olduğu biraz hususiyet arz eden bir muameleyi "acaba bu kanuna karşı bir hile midir?,, diye tetkike başlayacak ve hiç bir sebep yokken çok defa tamamen muteber muamelelerin saiklerini araştırmayı kalkacaktır.

Halbuki müsbet mevzuatta emrine amade böyle genel bir madde bulamayan hakim, en çapraşık bir hukukî münasebet karşısında kalsa dahi kanuna hile neticesine varıncaya kadar mevcut ve malûm hukukî müessese ve müeyyidelerin hepsini ayrı ayrı bu hadiseye tatbik etmeye çalışacaktır. İşte böyle ciddi ve sabırlı bir gayretin sonunda bu çapraşık meselenin hangi bakımdan bakılırsa bakılsın kanun koyanın gaye ve maksatlarını tamamen ihlâl etmekte olduğunu müşahade edince o zaman "kanuna karşı hile,, mefhumuna baş vuracak ve bu nihai müeyyideyi hem kendi vicdanına hem bütün hukuk alemine karşı azamî gayret ve itina ile gerekçelendirmeğe çalışacaktır.

Böylece biz sırf bu bakımdan mevzuat içinde "kanuna karşı hile memnudur,, tarzında umumî bir müeyyidenin bulunmasına taraftar değiliz. Hususî mahiyetteki kanuna hile memnuiyetleri ise muayyen tipteki hile hallerinin çoğalmasi neticesinde kanun koyanın hissettiği bir zaruretin ifadesidir ve bir miktar hilenin önlenmesine medar olmaktadır. Bundan başka belirli hilelere maksur olmaları itibarile herhangi bir isabetsiz genişletilme ve keyfiliğe sebebiyet verme gibi mahzurlardan âri bulunmaktadır. Bu bakımdan muayyen tipte hile hallerini önlemek zarureti olduğu zaman münferid maddelerle iktifa etmek genel bir memnuiyet vazından daha doğrudur. Hatta kanuna karşı hile meselesini tamamen içti-hadlara terk etmek daha isabetlidir denilebilir. Çünkü bu mesele donmuş kanun metinlerinden ziyade hayatiyeti ve intibak kabiliyeti daha fazla olan içtihad hukukunun malıdır ve öyle kalmalıdır.

Bununla beraber haklarında sarıh memnuiyetler vaz edilmiş olan hallerin kanuna hile nazariyesinin dışına çıkarılması gerektiğini de unutmamak lâzımdır, bu itibarla hangi hallerin hususî müsbet müeyyidelerle karşılanmış bulunduğunu göstermek faydadan hali değildir, zira böylelikle kanuna hile aşasının hududunu belirtmiş olacaktır.

78 — Kanuna karşı hilenin bazı hususî hallerini derpiş eden metinler:

a) *Umumî kanûnlardaki metinler:*

1 — İsviçre medenî kanunu madde 717, Türk Medenî kanunu 690.

Bu maddelerde evvelce arzettiğimiz gibi teslimi meşrut rehin ahkâmı aleyhine yapılacak olan hükmen teslimin muayyen kimselere karşı muteber olmayacağı bildirilir.

2 — İsviçre Borçla kanunu 19/2, Türk Borçlar kanunu 19/2.

Bu maddelerin mefhumu muhalifinden âmir hükümlere muayyer akitlerin muteber olmayacağı anlaşılmaktadır. Madde oldukça şümulüdür. Ancak akitler hakkında kabili tatbik olmakla akit mahiyetinde olmayan fiil ve muameleler vasıtasile yapılan hilelere teşmil edilip edilmeyeceği münakaşalıdır. Bilhassa tek taraflı hukukî muamelelerde bu maddenin tatbik sahasına girilemez. Mamâfih bu meseleye kanuna karşı hilenin müeyyidesini tetkik ederken tekrar temas edeceğiz.

3 — Gene İsviçre Borçlar kanunu 513, Türk Borçlar kanunu 504, 505 inci maddeleri.

Bunlar da evvelce bahsettiğimiz gibi kumar ve bahis memnuiyetlerinden kurtulma maksadı ile yapılan muayyen tipteki hukukî muameleleri kumar hükümüne tâbi tutmakla muayyen bir tip hileyi önlemiş sayılırlar. Keza 505 inci madde aynı gaye ile yapılan mücerret borç ikrarı muamelelerini baştan derpiş ederek önlemiştir. Eğer bu maddeler olmasaydı gerek fiat farkı mukavelelerini gerek bu maksatla yapılan borç ikrarlarını biz kanuna karşı hile olarak yani kumar memnuiyetinden kaçma yolları olarak takip edecektik.

4 — İsviçre Medenî kanunu 519, Türk Medenî kanunu 499.

Burada Borçlar kanununun akitler hakkında zikrettiği bir husus, ölüme bağlı tasarruflar hakkında ayrıca tasrih edilmektedir: Cerek doğrudan doğruya gerek muhtevi olduğu şartlar itibarile kanuna muhalif veya ahlâka aykırı olan ölüme bağlı tasarrufların kabili iptal oldukları.

Bu maddeleri tahdidi olarak değil ancak misal kabilinden zikrediyoruz. Yeni Türk Ticaret Kanunu projesinde zikrettiğimiz maddelere ilâve olacak hükümler vardır ki bunların bir kısmını şirketler hukukundaki hileleri izah ederken naklettik.

b) Bazı hususî kanunlardaki hile memnuiyetleri:

1 — Alman umumî vergi kanununun 10 uncu maddesi [1].

Bu madde ancak taallük ettiği mevzu bakımından hususidir. Yoksa muhtevası itibarile ve malî hukuk alanında çok umumî bir müeyyideyi teşkil eder. “Medenî hukukun şekil ve muamele ihdası imkânlarının suiistimali ile vergi mükellefiyetinden kaçınılamaz veya bu mükellefiyet azaltılamaz. İlh....”

2 — 2644 sayılı Türk Tapu kanunu, Madde 29.

Keza evvelce bahsettiğimiz gibi bu madde de gayri menkullerin alım satımında noksan harç vermek maksadile satış bedelinin kısmen saklandığı hükmün anlaşılırsa alan ve satandan noksan harcın üç kat olarak yarı yarıya alınacağını bildirir. Burada kanun koyan aktin ivazında yapılan bir muvazaayı daha doğrusu alelâde bir gizlemeyi önlemek istemiştir. Bunu aşağıda zikredeceğimiz kararlar olan münasebeti dolayısıyla zikretmekteyiz.

3 — İsviçre Federal Meclisinin 19. 1. 1940 tarihli kararı madde 42 fıkra 2.

Bu karar İsviçre’de gayri menkul alım satımında spekülasyonu önleme gayesine matuftur. Bunun için gayri menkul intikalleri hem kantonal makamların iznine tâbi tutulmuş hem de izin verebilmek için intikal bedelinin, gayri menkulün irad kıymetinin % 125 ini aşmaması şartı kabul edilmiştir. Tarafların kendi aralarında daha yüksek bir fiyat kararlaştırıp mukavelelerinde daha az bir bedel göstererek bu hükmü bertaraf etmemeleri için aynı kararın bu maddesinde kanunî kanrı hile memnuiyetine mütedair kesin bir müeyyideye rastlanır. Madde 42 fıkra 2. — “Bu kararın hükümlerine karşı hile yapmak maksadile kararlaştırılmış olan bütün şartlar batıldır. Hususile resmî şekilde tanzim edilmiş olan mukavelede kararlaştırmış gibi gösterilen fiattan başka bir borç yoktur. Mukavele haricinde vadedilmiş olan edalar talep edilemez. Bu edalar verilmiş oldukları takdirde ifa zamanından itibaren 10 sene içinde geri alınabilir. [2].”

4 — Muhtelif Fransız malî kanunları.

Keza malî hukuktaki hileleri tetkik ederken zikrettiğimiz 13. Temmuz. 1925 tarihli Fransız malî kanunu intikal vergisinden kaçma gayesile vâki ve murisin namına müşterek usulden kalan mirası red muamelelerini kanuna hile olarak tesirsiz bırakmıştır. Çünkü bu feragata rağmen feragat eden gene bu feragat vâki olmamış gibi intikal vergisi ödemekle mükellef tutulmuştur. Aynı vechile 16. Nisan. 1930 tarihli Fransız Malî kanunu evlât edinmeden doğan hısımlık münasebetlerinin muayyen istisnalar haricinde verasetle intikal vergilerinin

[1] BAK: yukarıda paragraf 26 Sh: 54, 55, 56

[2] MADAT’dan naklen a.g.e. paragraf 20.

tahsilinde nazara alınmayacağını bildirmiştir. Malî kanunlarda birçok hileleri derpiş etmek için çıkarılmış müteaddit metinlere rastlandığını ve hata kanuna karşı hile nazariyesinin biraz da bu yüzden bu sahada fazla tatbik edilmediğini söylemiştik [3]. Bu itibarla burada hile memnuiyeti mahiyetinde olan malî kanunların cümlesini zikredecek değiliz.

5 — 5499 sayılı Türk Avukatlık kanunu, madde 50.

Bu madde de evvelce zikrettiğimiz gibi dava takibi maksadile alacak temellük eden ve fakat avukatlık ruhsatîyesini haiz olmayan kimselerin yapacakları hileleri derpiş etmiştir.

6 — 3529 sayılı yabancıların Türkiye’de seyyahat ve ikametleri hakkındaki kanunun 25 inci maddesi.

Gene evvelce zikrettiğimiz bu madde, haklarında memleketten tart kararı verilmiş olan kadınların tart kararının akabinde Türklerle evlenmek suretile bu kararın hükümlerine ve keza Medenî kanunun ilgili meddesine karşı hile yapılarını önlemek istemiştir. Ancak tart kararının tekemmülünden evvel evlenme muamelesi tamamlanırsa fail gene müeyyededen kurtulur. Halbuki Alman evlenme kanunu (nasyonal sosyalist rejimi zamanında çıkmıştır.) bir maddesinde ad ve tabiiyet tebdili maksadile yapılan evlenmeleri doğrudan doğruya batıl addedmiştir. Bizim kanunumuz, hile hallerini önlemek kaygusile hareket etmekle beraber medenî kanunun temel hükümlerine karşı bir aykırılık azretmekten daima çekinmiştir. Böylece ancak muayyen bir zaman hudutları içinde yapılacak hilelerin önlenmesi kabil olmuştur. Tart muamelesile evlenme muamelesinden hangisi daha evvel tekemmül ederse hileli evlenmeye teşebbüs eden ferdin akibeti ona tâbi olur. Vaktâ bu maddede “tabiiyet ihrazı kastile yapılacak bir evlenme,, şeklindeki herhangi bir kayıt yoktur. Fakat maddenin içinde bulunduğu hukukî muhit, kanun koyanın esas itibarile bu gibi câli evlenmeleri derpiş ettiği kanaatını uyandırmaktadır.

7 — Yeni Emekli Sandığı kanunu tasarısı, madde 75 ben: D, Ç, C fıkraları.

Kanuna hile ihtimallerini bazı hususî hallerde derpiş eden enteresan bir kanun projesi de kanaatımızca bizdeki 1/462 sayılı yeni emekli sandığı kanunu tasarısıdır. Bu tasarının 75 inci maddesinin C fıkrası gereğince: “Karı veya koca için evlenme akti, ölenin ölümünü doğuran kaza veya yaralanmadan veya ölümü doğurup doğurmayacağı bakımından fennen belirtilecek mahiyetlerine veya nevilerine göre hastalığın başından veya ağırlaşmasından sonra yapılmış ise,, , keza Ç fıkrası gereğince “evlât edinme, ölenin 55 yaşından sonra yapılmış ise,, , ve keza D fıkrası gereğince “Nesebi tashih edilmiş çocuklar için evlilik akti ve tanınmış çocuklar için tanıma işlemi ölenin 55 yaşından sonra yapılmış ise,, , geriye kalan

[3] Bak: Yukarda paragraf: 26 Sh: 53 ve 59

dul ve yetimlere aylık bağlanmaz. Keza aynı kanunun 69 uncu maddesine göre karı koca arasında 20 yaş farkı varsa ölüm halinde sağ kalan eşe ancak yarısı nisbetinde aylık bağlanır. Fakat evlenme akti ölümden en az 10 yıl evvel yapılmışsa bu indirme yapılmaz.

Bu maddelerin mali tasarruf mülâhazalarından başka hangi mucip sebeplerle ileri sürüldüğü hükümet projesindeki gerekçeden anlaşılammakla beraber zamanımızca “evlenme,, , “evlât edinme,, , “tanıma veya nesep tashihi,, müesseselerinin bir emekli aylığına konma maksadile hakikî gayelerinden inhiraf ettirilmelerini tesirsiz bırakmak gayelerine matuftur. Filhakika ölmek üzere olan bir hasta ile evlenme yahut kendisinden pek yaşlı bir erkekle evlenme yahut da hep birlikte yaşanacak normal bir evlâtlık - babalık müddeti geçtikten sonra bir kimeenin ömrünün sonlarına doğru evlâtlığını kabul etme hallerinin, umumiyetle bu müesseselerin samimi ve tabii gayelerinden ziyade bir “iyaz elde etme,, bir “gelir temin etme,, gayeleri için yapılacağı, daha doğrusu işbu emekli sandığı kanunu hükümlerinden faydalanmak için yapılacağı düşünülerek bu yollardan temini istenen gayri ahlâkî istifadeye mani olunmak arzu edilmiştir. Mamafih Büyük Millet Meclisi müzakereleri sonunda bu hükümlere nasıl bir gerekçe verileceğini bilemediğimiz için bu kanaatımızda fazla ısrar etmiyoruz.

Ancak şunu kaydedelim ki bütün bu fıkralar bize, Fransa'daki intikal vergisinden kurtarma için evlât edinme aktini, kendisinden teberrü kabulüne ehliyet kazanmak için ölmek üzere olan bir hasta ile evlenme muamelesini ve İsviçre'deki mahfuz hisseli mirasçuları haklarından mahrum etmek için müteveffanın ölümünden 9 gün evvel yapılan mal ortaklığı mukavelesini hatırlatmaktadır. Tasarıdaki fıkraların tedai ettirdikleri bu hukukî münasebetler ise cereyan ettikleri memleketlerde kanuna karşı hile, meşru kisveli bir kaçamak yolu olarak telâkki edilmiş ve içtihatlarca önlenmiştir. İşte biz de bu yakınlığa ve müşabehete istinat ederek Türk kanun vazının bu maddeleri aynı mülâhazalarla kabul edeceğini zannediyoruz. Kanaatımızca, bu maddelerde münhasıran mali tasarruf prensipleri hâkim olmuş değildir. Bunun yanında muayyen tipteki kanuna hileleri önleme temayülü de tesirini göstermiştir. Mamafih henüz kanuniyet kesbetmemiş olan bu tasarı hakkındaki mülâhazalarımız yukarıda zikrettiğimiz ihtirâzî kayıtlar dairesinde incelenmelidir.

Netice :

Gerek umumî olarak, gerek hususî haller hakkında derpiş edilmiş olan müeyyidelerin şümulü içine giren hadiseleri artık “kanuna karşı hile,, addetmemiz doğru olmaz. Bu hadiseler bu maddelerin belki doğrudan doğruya bir ihlâllerini teşkil ederler ve müeyyidelenmek içi nartık konumuz olan nazariyeye mü-

racaata hacet kalmaz. Esasen bu maddeler kanuna karşı hile halleriyle olan mücadelede vaznı kanun marifetile yapılan müdahalelerden ibarettir.

Acaba bu gibi hükümlerin vaz ettikleri memnuiyetlerle kanuna karşı hile ihtimalleri fiilen tamamen bertaraf edilmiş olur mu? Şüphesiz hayır. Bir vakıa olmak itibarile aynı neviden vakıalar tekerrür edebilir. Ancak bunlara verilecek hukukî sıfat, ithal edilecekleri hukukî kategori değişir. Artık bu mahiyetteki vakıalar "kanuna karşı hile,, değil, kanuna hileyi men eden müsbet bir hükme muhalefet yani doğrudan doğruya bir "kanuna aykırılık,, hali olur.

Böylece zikrettiğimiz umumî ve hususî müeyyidelere girebilen halleri mevzumuzun dışına çıkarmakla kanuna hile nazariyesinin asıl rol oynadığı sahanın teşbih caizse en uzak hudutlarını çizmiş bulunuyoruz: Müsbet metinlerde müeyyideleri tasrih edilmiş olan hususların ötesinde kalan haller. Yani mevzuat ötesi bir saha.

Zaten müteaddit defalar tekrarladığımız gibi bu hal, yani sarih metinlerin ötesinde rol oynamak hali, kanuna hile nazariyesinin hem mevcudiyet sebebini hem mümeyyiz vasfını teşkil eder.

Fakat şimdiye kadar verdiğimiz içtihat örneklerinden de anlaşılacağı gibi mesele her zaman bu kadar kolay halledilmemiştir. Kanuna hile halleri çok defa içtihatlar tarafından, yargıçların kendilerini keyfilik ithamından koruma insiyakları yüzünden, müeyyideleri belirtilmiş mefhumlar şeklinde tavsif edilmiştir. Muvazaa, üçüncü şahıslara karşı hile, yanlış tavsif vesaire gibi. Bundan başka mefhumun kaypaklığı ve civar mefhumlarla olan sınırlarının her zaman pek kolaylıkla tefrik edilemeyecek vaziyette olması hakimleri şaşırtmıştır. Esasen kanuna karşı hilenin fail bakımından olan kıymeti de onun bu şaşırtma kabiliyetindedir. Kanuna karşı hile öyle bir muameledir ki fail bu muamelesini müdafaa için kanun koyanın bütün metinlerine harfiyyen istinad edebilir; filhakika harfiyyen tabirinin hem mutlak hem mecazî manası burada durumun iki taraflı izahını teşkil eder. Fail bütün metinlerin lâfzına ısrarla dayanır ve fakat ancak lâfzına dayanabilir, yoksa ruh ve maksadına değil.

C. Kanuna karşı hilenin hukukî kategoriler arasındaki yeri ve sahasının tahdidi:

79 — Hukuka aykırı muameleler ve kanuna karşı hile -genel olarak- :

Buraya kadar verdiğimiz müşahhas misaller, mücerret tarifler ve nihayet muhtelif kanun koyanların bu mefhumla karşı takındıkları tavır ve tahsis ettikleri müeyyideler, hukuk nizamının kanuna hileye karşı müsamahakâr olmak istemediğini kâfi derecede belirtmiştir. Fakat bütün bu âlâmetlere rağmen hâlâ bu mesele üzerinde doktrinde tam bir fikir birliğine varılamamış, kanuna karşı hile mefhumunu red etmek isteyenler bulunmuştur. Biz bu münakaşalara mefhumun hukuk âleminde oynadığı müsbet rolünü izah ettikten sonra temas edeceğiz. Ancak burada kanuna karşı hilenin meşru mu yoksa gari meşru mu olduğu hususunda dahi hâlâ münakaşa mevcut olduğunu işaretle iktifa edelim. İleride açıklayacağımız veçhile biz bu mefhumun "hukuka aykırı,, olduğunu kabul edenlerin fikirlerine iştirak ediyoruz ve bu fikrin hukukî münasebetlerin emniyeti bakımından tehlikeli sonuçlar vermemesi için bu mefhumun hukuk âlemindeki yerinin ve hudutlarının kesin olarak belirtilmesini lüzumlu görüyoruz.

Kanuna karşı hile mefhumu tabir caizse hayat kurtarıcı zehirler gibidir ve bütün dava bir dozaj meselesindedir. Miktarı fazlaya kaçırıldığı, hudutları aşıldığı takdirde, beklenen hayırlı netice meş'um bir akibete münkalip oluverir. Bu itibarla biz umumiyetle görüldüğü gibi, tetkik konusu olarak seçilen bir mefhumun müfrit bir müdafii kesilmek zafından imkân nisbetinde kurtularak bu uazariyenin faydeli olabileceği sahayı objektif bir şekilde tayin ve tesbite çalışmak istemekteyiz.

Hukuka aykırı muameleler kategorisi, malûm olduğu üzere pek geniştir. Acaba kanuna karşı hilenin bu kategori içindeki yeri neresidir. Hangi mefhumdan uzak hangi mefhumla daha yakındır? DESBOIS'in teşbihi veçhile acaba kendi hesabımıza ayrı bir bina mı yaptırılmaz lüzumdur yoksa komşu binalardan birinde misaferet etmekle de ihtiyacımızı karşılayabilir miyiz?

Filhakika birbirinden esaslı bir fark arzemiye bazı hukukî haller için ayrı ayrı mefhumlar icadının birçok mahzurları vardır. Nazarî veya amelî bir faydası olmayan tefriklerin, birbirinin aynı mahiyette olan hadiseleri sunî bir şekilde ayırmanın en büyük mahzuru bu yeni ayrıtlar dolayısıyla zihinde lüzumsuz bir mefhum kargaşalığının husule gelmesidir. Ancak bir tasnif ifratı korkusile, yeni ve değişik mefhumların teessüsüne ve kabulüne karşı taassup göstermek ve daima mevcut ve malûm mefhumlarla durumu idareye kalkmanın da başka türlü

mahzurları vardır. Netekim konumuz olan nazariyeye karşı daima muayyen kalıplar içinde düşünme temayülü yüzünden bir hayli mukavemet gösterilmiş ve bunun neticesinde de birçok hile fiilleri, yaptıkları muameleler şu veya bu malûm hukukî kategoriye sokulamadığı için her türlü müeyyideden kurtulmuşlardır. Bu vaziyet ise hukukun, ahlâka aykırı, bizzat hukuk nizamına aykırı fiiller için alet olarak kullanılmasını hoş görmeğe varmıştır.

O halde her şeyden evvel hukuka aykırı muameleler kategorisi içine giren mevcut ve malûm mefhumların “kanuna karşı hile,, yi lüzumsuz kılacak mahiyet ve şümulde olup olmadıklarını araştırmamız lâzımdır. Vakıa birinci bölümde verdiğimiz pratik misaller bu mefhumun da kendine mahsus bir rolü olduğunu belirtmeğe kâfi sayılabilir. Ancak bu münferit misallerdeki durumun sistematik bir şekilde açıklanması gerekmektedir. Bu hususta bizi, kanuna karşı hilenin kendisine en yakın sayılan hatta kendisini kolayca istihlâf edebileceği iddia edilen bazı mefhumlarla mukayesesi aydınlatılabilir.

80 — “Üçüncü şahıslara karşı hile,, ve kanuna karşı hile:

Yukarıda ıstılah meseleleri dolayısıyla temas ettiğimiz alelmlak hile halleri ile kanuna karşı hile halleri arasındaki terim itibası bazen tabir caizse bir mefhum itibası olarak da kendini gösterir. Kanuna hile suretile vâki bir muameleden menfaatleri haleldar olan müşahhas hak sùjeleri çok defa bu muamelenin “kendi haklarına hile suretile,, yapıldığını iddia eder. Filhakika bu iddialar çok defa bir gerçekliğe tekabül eder. Ancak bu hal yine evvelce işaret ettiğimiz gibi bütün kanuna karşı hile hallerinin bir mümeyyiz vasfı olmadıktan maada yine çok defa kanun, menfaatleri haleldar edilen üçüncü şahsa bir hususi dava hakkını da tanımaz, ve bu yüzden ortada bir menfaat ihlâli vakıası olmakla beraber hâdiseye yine ve ancak kanuna karşı hile zaviyesinden tetkik edilebilir. Bu itibarla iki mefhum arasındaki benzerlik ve ayrılıkları belirtmek lâzımdır. Bunun için de evvelâ kanuna karşı hileyi kendisiyle mukayese edeceğimiz mefhumu kısaca belirtmek ve sonra mukayeseye geçmek gerekir.

1 — “Üçüncü şahıslara hile,, mefhumu: Aktin in'ikadı zamanında mukabil âkit aleyhine tevcih edilen hileden (dol) tefrik için bu mefhumu “igfal,, terimi ile ifadenin faydalı olduğunu evvelce işaret etmiştik.

Müsbet hukuk metinlerinde müstakil ve genel bir mefhum olarak ele alınmamış olan igfal'in umumî bir müeyyidesine rastlanamaz. Kanun koyan, üçüncü şahısların menfaatlarının hile ile ihlâl edilebileceği halleri muayyen metinlerde tayin ve tesbit etmiştir [1]. Acaba bu metinler tabdidi midir? Yoksa alelmlak her üçüncü şahsın (hukukî durumu ve sıfatı ne olursa olsun) aldatılarak menfaatlarının haleldar edilmesi hallerine teşmilleri caiz midir?

[1] BAK: Yukarıda paragraf 13, Sh: 18, 19 ve bilhassa 21.

Üçüncü şahıslara hile mefhumuna Roma Hukukunda alacaklıların hakları aleyhine yapılan hileler münasebetile temas edilmiştir, ve *pauliana* davası diye tanınan [2] ve modern hukuk sistemlerinde umumiyetle iptal davası şeklinde geçen davaların esesi budur [3].

Bu davaların konusu borçlunun, alacaklılarını ızzar kastile başkalarile yaptığı bazı hukukî muamelelerin muayyen şartlar altında iptal ettirilebilmele-ridir. Bu davalar alacaklı sıfatını baiz olan üçüncü şahıslara kendilerinin dahil bulunmadığı bir takım hukukî muameleleri iptal ettirmek imkânını bahşeden imtiyazlar mahiyetindedir. Demek ki muayyen hukukî muameleler haddi zatında tamamen meşru muameleler oldukları halde bir üçüncü şahsın haklarını ihlâl etmeleri hasebile iptal müeyyidesine maruz kalmaktadırlar. Böylece haddi zatında meşru olmak ve fakat istihdaf ettiği gaye yüzünden iptale maruz kalabilmek bakımından kanuna karşı hile ile bir müşabehet arzettekendirler.

Kanun koyan yalnız akti bir münasebet yüzünden alacaklı sıfatını ihraz etmiş olanlara değil, kanunen alacaklı sıfatını ihraz etmiş veya ileride edebilecek olan birçok kimselere de buna benzer müdafaa vasıtaları vermiştir. Yani alacaklılara kıyasen daha haşka üçüncü şahısları da muayyen maddelerle korumuştur. Meselâ Medenî kanunumuzun 499 uncu maddesi mirasçılara ve lehine vasiyet olunan kimselere muayyen evsaftaki ölüme bağlı tasarrufları iptal hakkını tanımıştır. Keza 502 nci maddeye göre mahfuz hisse sahibi mirasçılar kendi haklarını aşan teberruların tenkisini dava edebilirler. Keza bu mirascının alacaklısı dahi mirascının iflâsı veya aczi halinde bu davayı bizzat açabilir. Keza 557 nci maddeye göre bir mirascının alacaklısı, kendi haklarını ızzar kastile vâki feragatlere (mirastan) itiraz edebilir. Keza Fransız kanun vazii de Medenî kanunun muhtelif maddelerinde bazen intifa hakkı sahibi, bazen mirascının alacaklısı, bazen kocanın veya karının alacaklısı sıfatını taşıyan üçüncü şahıslara kendi haklarını ihlâl eden muamelelere karşı bir itiraz hakkı tanımıştır [4].

Fakat bütün bu maddelerdeki üçüncü şahısların muayyen bir sıfatları, akti veya kanunî bir münasebet dolayısile ihraz ettikleri bir hukukî durumları vardır. ve bu hukukî münasebet ve sıfat kanunda tasrih ve tesbit edilmiştir.

Su halde eğer bir üçüncü şahıs "alacaklı,, değilse "varis,, veya "Musaleh,, değilse yahut "karı veya koca,, ve ilh... değilse yani haklarına hile yapan kimse ile olan münasebeti kendisine kanunen "hakları bir iptal davası ile müeyyidelenmiş bir üçüncü şahıs,, sıfatını vermiyorsa bu kimsenin elinde hangi müdafaa

[2] Gaston MAY - *Eléments de Droit Romain* Sh: 667
Joseph BRY - *Principes de Droit Romain* Sh: 58 ve devamı.

[3] İcra ve İflas Kanunu: Madde: 277, 280

[4] Fransız Medenî kanunu madde: 622, 788, 882, 1447, 1464
Keza Lübnan veciheler ve akitler kanunnamesi madde: 278.

vasıtası vardır? Bazı Fransız müellifleri hukukî sıfatı ne olursa olsun bütün üçüncü şahıslar aleyhine vâkı hileler hakkında iptal davasındaki müeyyidenin kıyasen tatbiki gerektiği fikrindedirler ve bu müellifler umumiyetle kanuna karşı hile olarak gösterilen hukukî muameleleri böyle bir nazariyeye gitmeğe lüzum kalmadan üçüncü şahıslara hile sıfatı ile iptal etmek gerektiği fikrindedirler [5]. Filhakika aynı zamanda bir üçüncü şahsın da menfaatlerini haleldar eden bazı kanuna karşı hile muamelelerinde iki tarz tavsif düşünülebilir: İptal davasının üçüncü şahıslara hile hallerinin heyeti mecmuasına teşmil etmek fikri kabul edilirse bu gibi muameleler de bu sıfatla iptal edilebilirler. Fransız mahkeme içtihatları umumiyetle “hile her şeyi bozar, düsturunu kullanmışlar ve bu gibi muameleleri bu sıfatla iptal etmişlerdir. Fakat iptal davasını metinlerde tasrih edilen hallere hasretmek icap ederse vaziyet değişir, bu takdirde menfaatleri ihlâl edilen üçüncü şahsın haklarını himaye eden bazı umumî metinlerin lâfızlarına uygun fakat ruhlarına aykırı olan bir takım muameleler karşısında kalınmıyor demektir ki bu muameleler olsa olsa ya bir hakkın suiistimalini yahut da bir kanuna karşı hileyi ifade ederler. Esasen yaptığımız gai taksimde birçok hile nevelerinin muayyen ferdi menfaatları himaye eden kanunlar aleyhine teveccüh ettiğini ve böyle olmakla beraber bu kanunların müeyyide sahalarından hariç kaldığını görmüştük. Meselâ evvelce verdiğimiz misallerde ölmüş bir çocuğu sırf mirasına konmak için tanıyan tabii baba, zikri geçen hadisede kanuna karşı hile yapmış, başka maksatlarla mevzu bir müesseseyi hakiki hedefinden inhiraf ettirmiştir. Fakat aynı muameleden dolayı müteveffanın mirasına konacak olan makam veya sair varisler de mutazarrır olmuşlardır. Yahut kanunen hastasının teberrularını kabule ehliyetsiz olan doktor, hastanın bu gibi vasiyetlerini kabul edebilmek için kendisile evlenmiştir. Bu evlenme dolayısıyla doktora açılan imkânlardan ise hastanın diğer varisleri mutazarrır olacaklardır, şu halde bu evlenme Fransız Medenî kanununun 909 uncu maddesine karşı bir hile midir yoksa hastanın varislerine karşı bir hile midir? Keza kendisine müşavir tayini kararından evvel mallarını israf eden müsrifin muameleleri kanuna karşı hile midir yoksa ailenin mameleki haklarına karşı mı?

2 — Mukayese:

Kanaatımızca bu iki nevi hilenin birbirine benzeyen tarafları şu şekilde hülâsa edilebilir:

a) Her iki tip hile de haddi zatında meşru olan hukukî fiil ve muameleler şeklindedir.

b) Her iki tip hile de faillerin kendilerine bir menfaat veya bir imkân temini maksadile yapılır. Yani gaye sırf mubatabı veya kanunu israr değildir. Bu israr

keyfiyeti failin kendisine herhangi bir menfaat temini arzusunun zaruri bir neticesi olarak tecelli eder.

Bu iki hilenin birbirinden ayrılan tarafları ise yine kanaatımızca aşağıdaki hususlardan ibarettir.

a) Üçüncü şahıslara karşı hile daima müşahhas bir hak sahibinin menfaatlarına ihlâl kastile yapılır. Ortada menfaatları ihlâl edilen bir üçüncü şahıs yani müşahhas bir hak süjesi yoksa bu mefhumdan bahsedilemez. Halbuki kanuna karşı hilede behemahal böyle menfaatları izrar edilecek müşahhas bir hedef aramaya lüzum yoktur. Kanuna karşı hile hiç kimseyi izrar etmeden de tekevün edebilir.

b) Üçüncü şahıslara karşı hile halleri kanun koan tarafından tahdidî bir şekilde gösterilmiştir. Bu hallerin dışında ancak hilenin fiilen bir zararı intaç etmesi halinde haksız fiil hakkındaki umumî müeyyidelere gidilebilir. Halbuki kanuna karşı hilenin sarih müeyyidesi kanunda yazılı değildir, ve bunun hakkında haksız fiil müeyyidesinin tatbiki için kusur ve zararın vücudu lâzımdır. Müşahhas bir hak sahibine iras edilmiş bir zarar yoksa kanuna karşı hile haksız fiilin gerektirdiği tazminat müeyyidesiyle karşılanamaz. Zira bu takdirde kanuna karşı hilenin izrar ettiği hedef bizzat kanun vazinin iradesinde ifadesini bulmuş olan "âmme,, dir, ve bu izrar keyfiyeti daha ziyade ihlâl manasını ifade eder. Kısacası buradaki zarar hukukî mesuliyet sahasındaki zarardan farklıdır. Bu, derecesinin maddî ölçülerle takdirî kabil olmayan ve herhangi bir "şahıs,, ın manevî elemi ni intaç eden "manevî zarar,, da telekki edilemeyen başka neviden bir ihlâl, bir tecavüzdür. Bunun hedefi evvelce söylediğimiz gibi bizzat hukuk nizamı, bizzat sosyal nizamdır.

Netice :

Şu halde herhangi bir muamelenin hile sebeble hükümsüzlüğü iddia veya müdafaa zımında ileri sürüldüğü zaman, evvelâ bu muamelenin doğrudan doğruya hak ve menfaatlarını ihlâl ettiği müşahhas hak sahiplerinin mevcut olup olmadığı aranmalıdır. Eğer bu gibi kimseler varsa bu kimselerin mezkûr hileli muameleleri hile sebeble iptal ettirebilmek inkânına hukuken sahip olup olmadıklarına bakmak lâzımdır. Eğer sarih bir madde ile bu inkânâ sahip kılınmış larsa bu muameleler bu maddelerin vasıtasız bir ihlallerini teşkil ederler ve onların müeyyidesi altına girerler. Yok eğer menfaatları haleldar olan şahısların ellerinde böyle bir hukukî inkân, bir iptal davası açma selâhiyeti yoksa ortada müşahhas menfaatlar aleyhine tertip edilmiş bir hile var demektir ki bu da ancak bir zarara vücut verdiği takdirde haksız fiil olarak bir tazminat davası ile müeyyidelenabilir. Fakat ortada maddî veya manevî bir zarar yoksa ve gene üçüncü

şahıslar her hangi bir sebeple muamelenin iptalini istemekte iseler meselâ: Birinci bölümde paragraf 50 de evlenmeleri için ana, babalarının rızasını istihsale mecbur olan kimselerin bundan kurtulmak için tabiiyet değış-tirmek suretile vâki evlenmelerinde ana ve babanın istinad edecekleri itiraz sebebi gibi bir sebeple muamelenin iptalini istemekte iseler müracaat edecekleri yegâne yol, muamelenin kanuna karşı hile suretile yapıldığını isbattan ibarettir. Burada ihlâl edilen kanun itirazda bulunan üçüncü şahısların umumî olarak menfaatlarını veya arzu veya iradelerini himaye eden ve fakat onlara kendi haklarını koruyacak bir vasıta göstermemiş olan kanundur. Bu fikir biraz garip görülebilir fakat demin verdiğimiz misalde ana babanın kendi rızası hilâfına vâki evlenmelere itiraz hakkını tanıyan Fransız kanunu bu maddesile ancak Fransız teb'âlığında olan çocuklara hitap etmiştir. Yoksa Fransız ana babanın İngiliz tabiiyetini ihraz etmiş yani İngiliz vatandaşı olmuş olan çocukları hakkındaki itirazları bu madde ile karşılanmaz. Şekli düşünülecek olursa yabancı bir devlet teb'âlığına geçmiş olan çocuklar hakkında yalnız ana babalarının değil Fransız devletinin dahi müdahale hakkı yoktur. İşte fiilin kanuna karşı hile suretile yapıldığının kabulü halindedir ki ana babanın arzularını ihlâl eden böyle bir muamele aleyhine itiraz imkânı bulunabilir. Şu halde hukukî mesuliyet sahasına giren maddî veya manevî bir zarara maruz olmaksızın arzu ve menfaatları ihlâl edilmiş olan kimseler ancak bu ihlâl muamelelerinin birer kanuna hile teşkil etmesi halinde himaye görebilirler.

81 — Kanuna karşı hile ve muvazaa:

1 — Muvazaa mefhumu:

Muvazaa "ister bir taraflı ister iki taraflı olsun hukukî bir muamele zımında birden ziyade kimselerin hakikî iradeye uymayan bir beyanda bulunmayı kararlaştırmaları,,dır [1]. Borçlar kanununda muvazaaya akıtlar dolayısıyla temas edilmiş ise de tek taraflı hukukî muamelelerde de "tekemmülü için muhataba vusulü muktazi olmak şartile,, muvazaa yapılması mümkündür [2]. Meselâ kiracı ile sırf başka kiracılara karşı zevahiri kurtarmak için anlaşarak yapılan muvazaalı bir feshi ihbar gibi [3]. Muvazaa çok defa kasten bazen de farkında olmadan kanuna hile mefhumunu ifade için kullanılmıştır. "Muvazaanın esası, hususî bir kasta tâbî olarak doğru olmayan bir hukukî muamele üzerinde birden ziyade kimselerin itifak etmeleridir,, [4].

[1] Esat ARSEBÜK Borçlar Hukuku Sh: 401
Akıtlarda muvazaa ve tatbik şekilleri Sh: 5

[2] Esat ARSEBÜK: Borçlar Hukuku Sh: 405

[3] A. B. SCHWARZ - Borçlar Hukuku dersleri 1947, Sh: 293

[4] A. B. SCHWARZ - Aynı yerde.

Cörülüyor ki muvazaanın bütün hususiyeti birden ziyade kimselerin aralarında anlaşılacak hakikate uymayan bir irade izharını temin etmeleridir. İster akit, ister tek taraflı bir hukukî muamele olsun böyle zahiri bir şekilde ortaya konan muamele, failini ilzam etmez. Kanun tarafların "ne üzerinde anlaşmışlarına, bakar yoksa "neyi beyan ettiklerine,, değil. Bu husus Alman Medeni kanununun 117 nci maddesinde sarahatle belirtilmiştir: "Bir diğerine karşı izhar edilmek lâzımgelen bir irade beyanı, bu diğerle anlaşılacak yalnız zahiren yapılmış ise batıldır. Zahiri bir akit zımında diğer hukukî bir muamele gizlenmiş bulunursa gizli tutulan akte müteallik kaideler tatbik olunur,,. Fakat taraflar durup dururken böyle zahiri bir muamele icat edecek değillerdir. Bu muameleyi muayyen bir maksat için yapacaklardır. Acaba bu maksat daima bir başkasını ızrar, bir memnuiyeten korunma veya gayrı meşru bir şeyi gizleme arzusu mudur? İşte bu bakımdan Fransızlar muvazaayı "meşru muvazaa, ve gayrı meşru muvazaa veya hileli muvazaa,, şeklinde bir tefriğe tâbi tutarlar [5]. Eğer muvazaa haddizatında gayrı meşru, batıl bir muameleyi örtmek için yapılmışsa "hileli muvazaa,,dır, ve ne zahiri ne de gizli muamele taraflar arasında dahi hüküm ifade edecek değildir. Eğer meşru bir muameleyi herhangi bir sebeple süyu bulmaması için saklı tutmak gayesiyle yapılmışsa ortada meşru bir muvazaa vardır. Bu takdirde zahiri muamele batıl olmakla beraber gizli muamele meşru olduğundan ve hakiki olduğundan taraflar arasında hüküm ifade eder.

Muvazaanın diğer bir taksimi de "mutlak ve nisbi muvazaa,, şeklindedir. Mutlak muvazaada ortada tek başına zahiri bir muamele vardır. Bu muamele sırf yapılmış gibi gösterilmek için ihdas edilmiştir. Yoksa bir başka muameleyi örtmek için değil. Nisbi muvazaa denen hallerde ise ortada biri aşikâr fakat calî, diğeri ise ciddi fakat gizli olmak üzere iki muamele vardır. Aşikâr ve calî olan muamele gerçek ve gizli olan muameleyi örtmek için yapılmıştır.

Şu halde ister mutlak ister nisbi muvazaa şeklinde olsun muvazaalı muamelelerin hususiyeti "calî,, oluşudur. Yalandan yapılmış bir muameleden daha doğrusu bir muamele zevahirinden ibaret oluşudur. Taraflar asla bu muamelelerin hukukî ve fiili neticelerini tahakkuk ettirecek değillerdir. Bunu muayyen maksatları temin zımında bir gösteriş olarak yapmışlardır, ve tarafların bu gösterişin ciddi icaplarıyla müzlem olmadıklarını, içlerinden biri, diğerinin bu calî muameleye istinada kalkışması halinde dermeyeran edebilir. Zira muvazaalı akit samimi iradelerin telahukunu ifade etmediğinden batıl bir akitir. Vakıa bu akitte de bir iradeler anlaşması vardır amma bu iradeler samimi değil calîdir ve samimi olan anlaşma böyle calî iradeler izharını kararlaştırırken vaki olmuştur. Kanun

[5] PLANIOL et RIPERT - Traité, ve bilhassa: PLANIOL - Traité, 1947, n: 591 "Muvazaanın, itirafı kabul olan bir şekilde yapıldığı vakti ise de, nadirdir. Muvazaa, umumiyette bir hile niyeti ile yapılır...

ise ancak tarafların samimi iradelerinin birleşmesine itibar gösterir. Bu ise mutlak muvazaada ya hiç yoktur, gizli muvazaada ise saklanan akıt hakkındadır.

Klâsikleşmiş muvazaa misallerinde görüleceği gibi bu mefhumun bütün hususiyeti zahiren yapılan muamelenin hukukî ve fiilî neticelerinin gerçeklikte asla tahakkuk ettirilmemesi arzusunda toplanır. Yâni muamelenin zahirî, calî ve mevhum oluşunda temerküz eder. Meselâ haciz tehlikesine maruz bir borçlu bir malını akrabasına satar. Akriba ile bir anlaşma vardır: ne satış bedeli verilecek ne de malın mülkiyeti ona geçecektir. Fakat alacaklılara karşı bu mal, hacze başlamadan evvel göya borçlunun mülkiyetinden çıkmış gibi gösterilecektir. Hukukatte ise haciz tehlikesi zail olur olmaz, mal iade edilmek üzere muvakkaten akrabasının nezdine gönderilmiştir ve arada hiçbir hukukî muamele geçmemiştir. İşte bu tipik zahirî muamele batıldır. Bu butlan müeyyidesi muvazaalı hareket edenleri cezalandırmak için değil belki korumak için konmuştur. Çünkü bu sözde satış aktine dayanarak calî müşteri mal üzerinde mülkiyet iddiasına kalksa malın hakikî sahibi, yapılan satışın muvazaalı olduğu isbat ederek malını kurtarabilir.

Fakat muvazaalı muamele ile üçüncü şahısların haklarının ihlâli de kabil değildir. Filhakika muvazaalı muamele ile üçüncü şahıslar arasındaki münasebet muhtelif cepheler arzeder. Öyle haller olur ki üçüncü şahıslar, tarafların hakikatte neyi kararlaştırdıklarını araştırmakla yani ciddi fakat gizli olan muameleyi meydana çıkarmakla mükellef tutulamazlar. Böyle hallerde üçüncü şahısların, zahirî muameleye itimad etmeleri haklı telâkki edilir. Borçlar kanununun 18 inci maddesinin ikinci fıkrası bu hali derpiş etmiştir [6]. Gene öyle haller de olur ki bu muvazaalı muamele, bizzat bu üçüncü şahısları aldatmak için onların haklarını haleldar etmek için yapılmıştır. Alacaklıdan, yahut mahfuz hisseli mirasçıdan mal kaçırmaya matuf muamelelerde olduğu gibi. Aşikâr surete, yaptığı hibenin alacaklıları veya mirasçıları tarafından iptal edileceğini bilen bir kimse bunu sözde bir satış şekline kalbederse durum ne olacaktır? Mirasçı veya alacaklı, üçüncü şahıs durumunda olmakla beraber bu zahiri muameleye değil, ciddi ve gizli olan hakikî muameleye istinad edebilirler ve bunu isbata kalkabilirler. Bu takdirde hâkim 18 inci maddeye istinaden "tarafların hakikî maksatlarını gizlemek için kullandıkları,, satış tabirine bakmayıp onların "hakikî ve müşterek maksatları olan,, hibe aktini bulup meydana çıkarmakla mükelleftir. Demek ki üçüncü şahıslar dahi lüzumu halinde gizli fakat hakikî olan muameleye istinad edebilirler [7].

[6] B. K. 18/2: "Tahrirî borç ikrarına istinad ile alacaklı sıfatını iktisab eden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyeran olunmaz... Daha umumî bir hüküm Avusturya Medeni kanununun 916 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında buluruz: "Muvazaalı beyana itimad ederek bir hak iktisab etmiş olan üçüncü şahsa karşı muvazaa def'i dermeyeran olunamaz,,"

[7] PLANIOL - Traité 1947. No. 606. Sh: 211

2 — Mukayese:

Bu iki mefhumun çok defa birbirinin yerine kullanılmasının daha doğrusu muvazaanın kanuna hile halleri hakkında da tatbikinin sebebi aradaki bazı benzerliklerdir.

a) Her iki tip muamele de kanun koyanın bu tip muameleleri vaz etmekle istihdaf ettiği gayelerin ciddi olarak tahakkuk ettirilmesi için yapılmaz. Ancak muvazaada yapılan muamele hukukî neticeleri bakımından tahakkuk ettirilmeyecek, kanuna hilede ise hukukî neticeler tahakkuk ettirilip, bunlardan murad olan fiilî neticeler yerine getirilmeyecektir. Meselâ bir hibeyi saklamaya matuf satış akti ve bir rehin verme niyetile yapılan bir satış akti kanun koyanın alehtlak satış aktinden murad ettiği gayeyi tahakkuk ettirmek için yapılmamıştır. Her iki tip satış aktini yapanlar hakikatte bir şeyi satmak veya satın almak istememektedirler. Yâni muvazaada satışın ne hukukî ne de iktisadî neticeleri tahakkuk edecektir. Kanuna hile olan satışta ise satışın ancak bazı hukukî neticelerinden (Meselâ mebi olarak verilen şeyin bayiin nezdinde kalabilmesi imkânından) istifade edilecektir. Fakat diğer neticelerin tahakkuk ettirilmeyeceği itimada müstenit bir anlaşma ile kararlaştırılmıştır. Meselâ yapılan bu satışın mülkiyetin kat'î bir intikalini istihdaf etmeyeceği, sadece rehin hükümlerini temin edeceği mukarrerdir. Bu bakımdan muvazaa ile kanuna hile arasında hakikaten kuvvetli bir benzerlik vardır.

b) Gerek muvazaa teşkil eden gerek kanuna karşı hile olan muameleler faillerin, bizzat bu muamelelerde mündemiç olmayan bir **başka maksatlarını** tahakkuk ettirmeye matuf aletler durumundadır. Yâni her ikisinde de yapılmalarına amil olan maksat ve niyetlerde bir samimiyetsizlik hissesi vardır.

c) Muvazaalı muamele gibi kanuna karşı hileli muameleler de bazı hallerde batıldır.

Zikrettiğimiz bu gibi benzerliklere mukabil her iki mefhum arasında esaslı denebilecek farklar vardır ki bu farklar kanuna karşı hile gibi ayrı bir mefhumun rolünü tebarüz ettirir:

a - Calilik ve ciddilik bakımından mevcut farklar: Muvazaalı muameleler umumiyetle nisbî muvazaa dediğimiz hallerdeki gibi iki ayrı muameleden tereküp eder: Birisi açık fakat calî, diğeri ciddi fakat gizli muamele. Bu bakımdan kanuna karşı hileyi evvelâ muvazaalı muamele denen calî akitle veya muamele ile sonra da Contre-lettre (muvazaa senedi) denen hakikî fakat gizli muamele ile mukayese etmemiz lâzımdır.

1 — **Calî muamele ve kanuna karşı hile:** Calî muamelenin hiç bir hukukî neticesi tahakkuk edecek değildir. Halbuki kanuna karşı hile teşkil eden muamele herne kadar o nevi muamelelerin mutad olarak istihdaf ettikleri fiilî gayeleri tatmin için değilse de failin daha başka neviden gayelerini tatmin gayesiyle hukukî ciddiyetle tahakkuk ettirilmek için yapılmıştır. Esasen sırf bu hukukî neticelerin doğması için bu muamele tertip edilmiştir. Şu halde calî muameleden tamamen farklıdır. Bu farkı tebarüz ettirmek için bu mefhumların pratikte en fazla birbirine karıştırıldığı bir misali ele alalım: kira-satış akitleri. Bu akitlerin muvazaa olabilmesi için şu şekilde cereyan etmiş olmaları lâzımdı: Taraflar açıkça bir kira akti yapacaklardı ve ayrıca aralarında anlaşarak gizli bir muvazaa senedi ile de bir taksitle satış akti yapacaklardı. Bu takdirde kira mukavelesi muvazaalı olduğu sabit olunca batıl olacaktı. Ve esasen taraflar ve icabında üçüncü şahıslar bunu iddia edebileceklerdi. Tarafları ilzam edecek olan yegâne skitise gizli tutulmuş olan taksitle satış akti olacaktı, ve müşterinin iflâsı halinde alacaklıların mebi üzerinde hak iddia edebilmeleri için kira aktinin muvazaa olduğunu isbat etmeleri kâfi gelecekti. Keza eğer böyle bir muvazaalı muamele İsviçre ve Türk sistemlerinde olduğu gibi bayiin taksitleri iade mükellefiyetini (fesih halinde), kaldırmak için yapılmışsa, müşteri akti herhangi bir sebeple feshe kalkınca bu mukavelelerin muvazaa olduğunu yâni yapılan kira aktinin hakikatte kendisini ilzam etmediğini ve kiralanan şeyin haddi zatında taksitle satılmış bir mebiden ibaret olduğunu ve bu gibi taksitli satış akti gereğince zahiren kira namile ödediği paraların hakikatte taksit olmaları dolayısıyla iade edilemeyeceğini iddia edebilirdi. Filhakika taraflar muvazaalı olduğu sabit olan kira aktile değil, ancak gizli ve hukukî olan satış aktile ilzam edilebileceklerinden bu aktin mucire yükleyeceği iade mükellefiyetinin yerine getirilmesi icap edecekti.

Halbuki taraflar böyle hareket edecekleri yerde aynı neticeyi kanuna karşı hile teşkil eden bir icar - satış aktile tahakkuk ettirseler vaziyet çok daha başka olurdu: Bu takdirde ortada bir tek ve ciddi bir akti vardı: Kira akti. Ancak bu kira mukavelesinin bir madesinde şeyin maliki, ileride muayyen bir şartın tahakkuku halinde bunu kiracaya satacağım vadediyordu. Bu mukavele bütün hükümlerile hukukî ve fiilî aynen icra edilecekti. Yâni ciddi ve hakikî idi. Mülkiyet ancak satış vadinin satış aktine inkilâbı anında intikal edeceğinden alacaklılar müstecirin iflâsı halinde mecura müracaat edemeyeceklerdi. Bilmukabele müstecir de bu malî mucirin satış vadinin tahakkukundan evvel malik sıfatıyla ahara satamaz. Bu takdirde mucir bu tek ve ciddi mukaveleye istinadla mülkiyet hakkını kullanır. Yâni kiracı yapılan bu kira aktinin zahiriliğine ve hakikatte yapılan gizli bir satış mukavelesile mecuru kendisinin temellük etmiş olduğuna istinad edemez. Çünkü böyle bir mukavele ortada yoktur. Yapılan yegâne mukavele ise ciddi bir mukaveledir yâni muvazaalı değildir.

Keza bu kira satış akti, bayileri muhtemel bir fesih halinde alınmış taksitleride mükellefiyetinden kurtarmak için yapıldığı hallerde de bu gayesinde tamamen muvaffak olur. Hukuken bayi tamamen mucir durumundadır ve gerek müstecire gerek üçüncü şahıslara karşı malik sıfatını ciddiyle muhafaza eder.

Bu itibarla şimdi neticeden sebebe doğru gidersek, bir kira - satış aktine muvazaa dememize imkân kalmaz. Zira ne birleşen iradeler calidir ne de aktin asla icra edilmeyeceği yolunda bir anlaşma veya ayrı bir sözleşme vardır. Keza bunu muvazaa addedebilmemiz için, satışın daha aktin yapılması anında vukuunur kabul etmemiz gerekir. Yani iki taraf: "Biz bu satışı aktediyoruz, fakat zevabiri kurtarmak falân veya filân maddelerden sıyrılmak için de böyle zahiri bir kira akti yapıyoruz., demiş olmalıdırlar. Bu takdirde bu zahiri kira aktinden başka şifahî veya tahriri bir satış anlaşmasını daha yapıldığını ve gizli tutulduğunu tesbit lâzımdır ki bu akitlelerde böyle ikinci bir anlaşma yoktur. Fakat burada "bil'akis, tarafların böyle bir muameleyle tevessül etmelerinin asıl sebebi zaten böyle bir anlaşmadır. Yani baştan ve kat'i bir satış akti yapmaktır., denebilir. Ancak tarafların bu niyeti satış aktinin tekemmül zamanı bakımından önemlidir. Mukavelede bayiin bir satma vadi vardır. Bu tek taraflı vaad hiçbir zaman tam satış akti demek değildir. Keza bu vaad muayyen bir şarta muallaktır. Bu şart tahakkuk etmeden taraflar tekemmül etmiş bir satışın hükümlerine göre hareket edemezler. Bunun için bu satış vadinden ve bu kira aktinden ayrı gizli bir satış sözleşmesine istinadları şarttır. Yani muvazaalı bir kira yapmış olmaları. Böylece sadece tarafları, kira - satış aktini yapmaya sevk eden kast ve niyetin mahiyeti bakımından bu gibi muamelelere muvazaalı kira mahiyeti tanınmaz. Ancak bir noktaya daha temas etmemiz lâzımdır: Bazı kira - satış akitlelerinde mucirin satma vadine müstecirin satın alma vaadi inzıam eder, yani karşılıklı bir akit yapma vaadi karşısında kalmır. Malumdur ki iki taraf arasında ileride belirli şartlar dahilinde bir akit yapılacağına mütedair olan bu gibi karşılıklı akit yapma vaatleri bir noktai nazara göre aktin bizzat kendisini teşkil ederler. Yani bayi ve müşteri mebli semeni aralarında kararlaştırdıkları anda akit tekemmül etmiştir ancak ifası ileriye veya bir şarta talik edilmiştir. Bu noktai nazara göre içinde karşılıklı bir akit yapma vadini ihtiva eden kira - satış akitlelerine doğrudan doğruya satış akti nazarile bakmak kabildir. Fakat kira - satış akitlelerinde umumiyetle mucirin tek taraflı bir satma vaadi veya müstecire istimali ihtiyarına bırakılmış bir iştirah hakkı tanınır.

2 --- Muvazaa senedi ve kanuna karşı hile: Muvazaa senedi gizlidir. Kanuna karşı hile ise kanunun belki dolambaçlı bir ihlâlidir fakat gizlemeyen bir muameledir. Çünkü bu muamele kanunun lâfzına tamamen uygun olduğundan ortada gizlenecek bir vakia yoktur. Halbuki muvazaa FERRARA'nın dediği gibi kanunur

Bertraf edici bir vasıta değildir, belki kanuna karşı vâki ihlâli saklayıcı bir vasıta-
tadır [8]. Vakıa hiç kimse “ben kanuna karşı hile yapıyorum,, diye ilân etmez.
Ancak “benim yaptığım şey zaten kanunun ihlâlını teşkil etmez,, der. Bu itibarla
yaptığını gizlemek şöyle dursun bil’akis buna istinad ettiğini ilân eder çünkü
bunun muhik ve meşru olduğu tezini müdafaa eder [9]. Mamafih kanuna karşı
hilede de saklanan bir husus vardır. Fakat bu, artık gizli bir iradeler anlaşması
veya bir muvazaâ senedi gibi objektif bir vakıa değil belki faili muameleye
sevk eden saik yâni sübjektif bir vakıadır. Fail hareketinin falan maddeye tama-
men uygun olduğunu ısrarla söyler. Fakat bu hareketin, aynı zamanda filân
maddeden de kaçılmak için yapıldığını hatırlatmaktan çekinir. İcabında inkâr
eder ve umumiyetle bu hususun araştırılmasına mahâl olmadığını iddia eder
çünkü iddiasına göre hareketi şüpheyi dai olmayacak kadar meşruiyet hudutları
içinde cereyan etmiştir. Daha doğrusu kanuniyet hudutları içinde; zira çok zaman
kanunî hudutlar içinde kalındığı halde meşruiyet hudutlarının dışına çıkmış
olabilir [10]. Mamafih öyle haller de vardır ki bunlarda saikler dahi bazen
küstahça açığa vurulur. Çünkü hukukun deruni saiklerle uğraşmıyacağı ve
fertlerden ancak açıkça emir ve nehyedilen hususların lâfzî ifadelerine karşı
şekli bir riayet bekleyebileceği yolundaki ferdiyetçi tezler maalesef kanuna karşı
hile faillerinin daha pervasız ve daha cür’etkâr hareket etmelerine mahâl ver-
mektedir. Bu halin en tipik misalini VETSCH’in naklettiği bir hadisede görürüz:
İsviçrede üvey kızı ile birlikte yaşayan yabancı teb’adan bir erkek, bir avukata
müracaatla bu hallerinin kanunî bir şekle nasıl sokulabileceğini araştırır ve
nihayet resmen Federal Meclise müracaat ederek “bu münasebeti yabancı bir
memlekette en basit ve en ucuz bir şekilde nasıl kanunî bir şekle sokabilirim?,,
diye sorar. İsviçre Federal Hükümeti de: “İsviçre’de mer’î evlenme kanunlarının
tatbikini kontrol eden makam bu kanuna karşı yapılacak hileler hakkında tavsi-
yelerde bulunamaz,, diye cevap verir [11]. Keza katolik eşlerin kanunî yollarla
ve suhuletle birbirlerinden nasıl boşanabileceklerini bildiren gazete ilânları da
bu arada zikredilebilir. Mamafih saiklerin açığa vurulması halî umumî değildir
istisnadır.

b) Niyet ve maksat bakımından olan fark: Muvazaalı muameleler daima
memnu bir gayeyi tahakkuk ettirmek için yapılmazlar. Bu hal yalnız hileli mu-
vazaâ veya gayri meşru muvazaalarda vâki olur. Bazen hukuken meşru bir mak-
sada, adaba aykırı görülme kaygusile gizlemek arzusu bir muvazaâ yapmaya

[8] DESBOIS’dan naklen. a. g. e. Sh: 43. Paragraf. 10.

[9] Vetsch: a. g. e. Sh: 228. “Fikrimize göre bu gizlilik unsuru herne kadar birçok hallerde
mevcut ise de kanuna karşı hile mefhumu için zarurî bir unsur değildir. Nete-
kim kanuna karşı hile yapan kimseler çok defa hiç korkmadan, çekinmeden
hareket tarzlarının caiz ve kanunî olduğunu iddia ile, hatta hakim huzurunda
bile tertip ettikleri hadiseyi hiçbir tarzda gizlemeye teşebbüs etmeden açıkça
arz ederek bunun hukuken dokunulmaz bir şey olduğunu isbat etmek isterler.

[10] JOSSERAND - De l’esprit des droits et de leur relativité. Sh:

[11] VETSCH - a. g. e. Sh: 162

sebepe olabilir. Metresine hibe edeceği bir şeyi güya ona satmış gibi görünen bir erkeğin hareketi gibi. Yahut sırf bir yakininin hissiyatını rencide etmemek için bir şahıs açıktan açığa yapabileceği bir muameleyi örtmek, bu muameleye başka bir şekil vermek lüzumunu hissedebilir. Meselâ kocasının, masrafını fuzuli bulacağı bir eşyayı satın almak isteyen bir ev kadını, satıcı ile anlaşarak güya bunu kendisine hibe etmiş gibi gösterebilir. Zahiri muamele hibedir hakiki ve gizli muamele ise satış. Faili bu gizliliğe sevkeden âmil ise sadece bir utanma veya hatır gözetme kaygusudur. Görülüyor ki muvazaalı muamelelerde herhangi bir âmir hükümden kaçma niyeti veya neticesi mutlaka şart değildir. Halbuki kanuna karşı hile teşkil eden muamelelerde bu hal esas unsuru teşkil eder. Kanundan kaçma hali olmadan kanuna hileden bahsedilemez.

c) Tatbik sahası bakımından olan fark: Kanuna karşı hile mefhumunu, muvazaa mefhumu içinde eritmek isteyenlerin iddiaları doğru olarak kabul edilse bile, muvazaanın birçok sahalarda bahis konusu olamayacağını ve bu hallerde kanuna hileden başka başvurulacak nihai bir müeyyide bulunmadığını hatırdan çıkarmamalıdır. Muvazaa umumiyetle borç tevliit eden münasebetlerde, borçlar hukuku sahasında rol oynar, bunun muhtemel bir sebebi, bu sahanın irade muhtariyetinin en fazla rol oynadığı bir saha oluşudur. Taraflar iradelerini serbestçe kullanarak muayyen akıtları yapmış gibi görünür ve yine iradelerini serbestçe kullanarak hakikatte birbirlerine karşı bu akitle mülzem olmadıklarını kararlaştırabilirler. Eğer bu irade serbestisi kanun koyanın vaz etdiği muayyen hudutlar içinde cereyan etmiş ise ve başkalarının hak ve menfaatleri ihlâl edilmemiş ise kanun koyan tarafları zorla muvazaalı muameleyi tahakkuk ettirmeye sevk etmediği gibi böyle muvazaalı bir muamele yaptıklarından dolayı tecziye de etmez. Vazın kanunun müdahalesi muayyen hallerde hüsnüniyet sahibi, muayyen hallerde de ihlâl edilen bir hakkın sahibi olmaları dolayısıyla bazı üçüncü şahısların himayesi içindir. Keza muvazaalı aktin akıtlardan birisi tarafından suni yetle sanki ciddi bir akıtmış gibi istismarına kalkışılmasını da kanun koyan önlemiş ve tarafların yapma (sun'i) iradelerinin birleşmesine asla bir hüküm izafe etmeyerek bizzat tarafları da korumuştur.

• Dikkat edilirse bütün bu meselelerin, tekemmülü için tarafların iradelerinin birleşmesinin kâfi geleceği (yazılı veya sözlü olarak) muamelelere taallük ettiği görülür. Buna mukabil hukuki muamelenin tekemmülü resmî bir makamın müdahalesine (tescil veya tasdik gibi) muhtaçsa acaba yine muvazaa iddia edilebilir mi? V. TUHR ve Profesör ARSEBÜK resmî memurun da iştirakile yapılan bir aktin muvazaalı olabileceğini kabul ederler [12]. Bilhassa gayri menkul satışlarında bunun mümkün olduğu fikrindedirler. Taraflar aralarında anlaşmış muvazaalı bir gayri menkul intikali için gereken bütün resmî muameleleri

tamamlayarak tapu memuru huzurunda intikal muamelesini yaptırabilirler. Böyle bir tescil 932 nci madde gereğince "haksız veya lüzum ifade etmeyen hukuki bir tasarruf mucibince,, yapılmış olduğundan yolsuzdur ve 933 üncü madde gereğince terkini talep edilebilir [13].

Fakat öyle hukuki muameleler de vardır ki bunlarda muvazaa iddiası asla mesmu olmaz. Meselâ resmi makamlara yapılan tek taraflı bir irade beyanından ibaret muamelede, bir mirasın reddi beyanında muvazaa tasavvur olunamaz [14]. Bu red beyanının samimi olmadığını bilen memurun bunu bilmesi, red beyanının hukuken hüküm ifade etmesine mani teşkil etmez. Sonra gene öyle haller vardır ki bu hallerin iptal edilebilmeleri veya batıl sayılabilmeleri için mutlaka kanunda sarahat olması lâzımdır. Meselâ evlenme akti, evlât edinme akitleri muvazaa sebeble batıl sayılamazlar [15].

Halbuki kanuna karşı hile her türlü muamele hakkında bahis konusu olabilir. Hususile evlenme-boşanma meseleleri kanuna karşı hilenin en çok rol oynadığı sahalardır. Keza birçok evlât edinme münasebetleri vardır ki sırf bir isme sahip olmak için yahut bir tabiiyet kazanmak için yahut bir yetim maaşına konmak için yahut da verasetle intikal vergisinden kurtulmak için yapılır, ve aktin normal icaplarının yerine getirilemeyeceği baştan arada kararlaştırılır. Keza bazen bir taraf sırf muayyen bir maksadı temin için mahkemece reddi muhakkak olan bir dava açar. Maksadı, eline böyle bir red ilâmı almaktır. Zira bu red hükmünü istihsal edince kendisi için başka bir imkân açılmış olur ve zati gayesi de bu imkânı temindir. Şöyle ki: Almanya'da yabancı teb'adan olanlar aleyhine dava açılabilmesi için, o yabancı'nın memleket dahilinde bir ikametgâhı yoksa behemahal bir mamelekinin (mamelekî bir kıymetin) bulunması şarttır. Eğer fiilen böyle bir mamelek yoksa davacı bu yabancı aleyhine herhangi bir meblâğ üzerinden gene bir dava açar, davası tabiatile red edilir, çünkü müddealehyin Almanya'da mameleki yoktur. Fakat red edilen dava neticesinde kendisi davayı kaybetmiş olduğu için müdealeyh lehine mahkeme masraflarının borçlusu olur. Böylece müddealehyin davacının zimmetinde bir alacağı yâni bir mamelekî kıymeti vücade gelmiş olur. Şimdi davacı eski davasını tekrar eder bu takdirde davanın mesmu olmamasına bir sebep yoktur çünkü dava olunanın davacı zimmetinde bir alacağı vardır, ve bu cüz'î alacak davanın mesmüyetini temin eder [16]. Şimdi bu dava açma hilesine muvazaa demeye imkân var mıdır?

[13] Dr. İlhan POSTACIOĞLU - Gayri menkullerin ferağına müteallik akitlerde sekriyet mecburiyeti. 1946 Ş. 76 - 92.

[14] V. TUHR - a. g. e. Ş. 35 Sh: 248

[15] OSER ve SCHÖNENBERGER - Borçlar hukuku 1947 Md: 18 Not 14
A. B. SCHWARTZ - Aile hukuku 1942. Sh: 118 - 120

V. TUHR - a. g. e. Ş. 35, Not 26.

[16] VETSCH - a. g. e. Sh: 231. Alman Usul kanunu Mad. 23 "Almanya'da ikametgâhı bulunmayan bir yabancı hakkında açılacak mamelek hukukuna müteallik bir dava için, selâhiyetli mahkeme, o yabancıya ait herhangi bir mamelekî kıymetin bulunduğu yer mahkemesidir...

Cörülüyor ki her calî muameleye muvazaa dememiz kabil değildir ve kanuna karşı hilenin de kendisine has bir sahası, oynayacağı bir rolü vardır.

d) İsbat sureti bakımından: Muvazaa iddiasının isbatı için iki hali ayırmak lazımdır: Eğer bizzat muvazaayı yapmış olan âkitlerden biri bunu isbat etmek niyetinde ise (ki bu hal çok defa mukabil akidin muvazaalı muameleye istinada kalkışması takdirinde vaki olur) ancak tahriri beyine ile davasını isbat edebilir. [17]. Halbuki muamelenin muvazaa olduğunu üçüncü şahıslar isbat etmek istiyorlarsa bunlardan her türlü beyine kabul edilebilir çünkü taraflardan olmadıkları için ciddi ve fakat gizli olan muamelenin yazılı vesikasına sahip değildirler.

Fransız hukukunda muvazaalı muamelelerde kanuna hile mahiyeti görüldüğü zaman bu muvazaalı muamelelerin her türlü beyine ile isbat edilebileceği kabul edilmişti. Yani gerek taraflar gerek üçüncü şahıslar kanuna hile suretile yapılmış olan bir muvazaayı serbest delille isbat edebilirlerdi. Filhakika kanuna karşı hile gerek bizim hukukumuzda gerek Fransız hukukunda her türlü beyine ile isbat edilebilir. Zira bu, faildeki bir saikin araştırılması demektir, ve bunun için tahriri beyine şart değildir. Esasen kanuna hilede araştırılacak husus, tarafların veya bir tek şahsın muayyen bir muameleyi hangi kanundan kaçma saikile yaptığı veya neticede bu muamelenin âmir bir hükümden kaçmaya müncer olup olmadığı hususudur ki saiklerin tahliline ve kanun metinlerinin gai tefsirlerine taallük eden bu araştırma için tahriri beyinenin şart koşulamayacağı tabiidir.

e) Müeyyide bakımından olan farklar: Burada muvazaa hakkında gene iki muameleyi tefrik etmek doğru olur: “Muvazaalı muamelenin,, müeyyidesi; hakikî bir iradeler anlaşmasına tekabül etmemesi hasebile batıl addedilmesidir. “Gizli muamele,, nin müeyyidesi ise, mücerret gizlenmiş olması hasebile değil, kanuna aykırı bir mahiyette olduğu takdirde bu yüzden batıl telâkki edilmesidir. Filhakika bu gizli muamele batıl bir akit olabileceği gibi, sadece iptali kabil veya tenkise tâbi bir muamele de olabilir. Hatta bu gizli muamele kanuna hile mahiyetinde de olabilir ki bu takdirde aynı müeyyideye tâbi olur. Bunlara mukabil bu muamelelerin tamamen muteber bir âkit olmak ihtimali de vardır. Demek ki muvazaalı yani zahiri muamele daima butlan müeyyidesine maruzdur, gizli muamele ise gizliliği bakımından herhangi bir müeyyideye maruz olmayıp kendi hususî şart ve mahiyetine göre bütün hukukî muamelelerin tâbi olduğu muteberlik veya sakatlık hükümlerine tâbidir.

Kanuna karşı hilenin müeyyidesi ise pratikte hemen daima butlan olduğu halde doktrinde nazariye hakkındaki görüşlere göre değişir. Sübjektivist görüş muameledeki hile kastı yani gayri meşru illet nazariyesine dayandığından bütün

kanuna hileli muameleleri batıl addelemeğe mütemayildir. Objektivist görüş ise kanuna karşı hileyi âmir hükümlerin dolambaçlı bir ihlâli olarak ele aldığından kaçılan âmir hükmün doğrudan doğruya ihlâllerinin tâbi olduğu müeyyideye tâbi kilar. Bu müeyyide iptalse kanuna karşı hile de iptale maruz olur. Bu müeyyide daha başka bir hali tazammun ediyorsa kanuna karşı hile de o hale maruz bırakılır. Hasılı doğrudan doğruya ihlâlin neticeleri, dolayısıyla ihlâl demek olan kanuna hile hallerine de tatbik edilir.

82 — İtimada müstenit muamele “Fiducia., ve kanuna karşı hile:

Kanuna karşı hileyi muvazaa mefhumundan ayıran hususları işaret ettikten sonra umumiyetle muvazaa mefhumile karıştırılan ve kanuna karşı hile mefhumu yerine kullanılmak istenen itimada müstenit muamele mefhumuna da bir nebze temas etmemiz icab eder. Vakıta bu mefhumları tatbikatta birbirinden pek kesin hudutlarla ayırmak her zaman kolay olmaz. Ancak nazari sahada olsun bir ayırt şarttır çünkü herhangi bir hukuki hadisenin şu veya bu gategoriye ithali şu veya bu tarzda tavsifi onun bütün hukuki mukadderatına hakim olacaktır. Hususile bir taraftan muvazaa, bir taraftan kanuna hile kavramlarile karıştırılan ve pratik hayatın icaplarına uygun olduğu için fazla kullanılan bu itimada müstenit muamele tipinin mahiyet ve vasıflarını imkân olduğu kadar sarih bir şekilde belirtmek zarureti vardır. Zira bu muamele tipinin diğerlerine nazaran en esası hususiyeti muteber bir muamele oluşudur [1]. Demek ki muvazaa ile yahut kanuna hile ile yapılacak bir karıştırma, bu muamele tipinin aleyhine neticelecektir, ve hilmukabele kanuna hileyi itimada müstenit muamele ile karıştırmak da hukuka mugayir muamelelerin müeyyideden kurtulmasına meydan vermek olacaktır. Bu bakımdan aradaki hududu çizmek zaruridir.

1 — Mefhum: İtimada müstenit muamelenin hususiyeti, itimad edilen kimseye yapacağı bir işin ifası veya iktisab etmek istediği bir hakkın kazanılması için gerekli olan imkân ve yetkilerden daha fazla miktarda imkân ve yetki bahşetmesidir. Bu itibarla muvazaadan esası bir şekilde ayrılır. Bir teşbih yapmama müsaade olunursa muvazaada üst üste konmuş ve biri diğerini örtmüş iki sikke manzarası vardır. Üstte ve açıkda duran para kalptir, altına ve gizlide duran para ise hakikidir. Üstteki paranın kalp olduğu sabit olunca atılır ve hakiki paranın - tabir caizse - hukuki bir rayici olup olmadığına bakılır. Burada bu iki para

[1] A. B. SCHWARTZ - Borçlar hukuku dersleri. 35. Sh: 298. “İnaçlı muameleler muvazaalı muamelelerin tersine olarak hakiki arzuya uygun olan muamelelerdir. Bunlar rızadaki fesatla malül değildirler. Bu yüzden sahih ve muteberdirler...”

Hüseyin Avni GÖKTÜRK - Türk Borçlar hukuku. 15 a. Sh: 143 “Bu itimad muamelelerinin muvazaalı muameleler diye telâkkisine imkân yoktur. Öyle telâkki etmek hukuka ve hakkaniyete aykırıdır. Bundan dolayı hukuk ilmiile hukuk tatbikatı bu türlü muameleleri salim, doğru ve binaenaleyh hukuken muteber saymakta müteffektirler...”

arasındaki esaslı fark, birinin kalplığı ötekinin gerçekliğidir. Gerçek paramı rayıcı olup olmaması yani hakikatte gerçek muamelelerin hukukten müteber olup olmaması başka bir bahistir. Halbuki itimada müstenit muamelede her ikisi de sahih olup ancak çapları ve kıymetleri farklı olan iki sikke bahis mevzuudur ve bunlardan küçüğünün de görebileceği bir iş için büyük para istimal edilmektedir. Beş kuruşluk bir para ile yapılabilecek bir iş için bir taraf değerine, üstünü geri getireceğine itimad ederek on kuruşluk bir para vermektedir. İşte bir terhin muamelesinin yerine bir temlik yapılması, bir kabza vekâlet yerine alacağın devri, yahut bir tefferuğa vekâlet yerine bir kukla şahsın bizzat müşteri durumuna sokulması gibi muamelelerin hepsi itimada müstenit işlemlerdir. Bütün bu muamelelerde terhin veya tevkil beş kuruşluk bir akça ise temlik veya müşteri kisvesine sokma on kuruşluk akçayı temsil eder. Görülüyor ki bütün bu muameleler, parayı başkasına veren şahsın onun eline geçen paraya tesahübe kalkışmayacağı ve bakiyeyi kendisine iade edeceği hususundaki itimadı üzerine müessesidir. Teşbih bertaraf, itimad eden şahıs muhatabın, kazandığı hukukî sıfatın ancak mahdut hükümlerinden istifade etmekle iktifa edeceğine, kısacası sözüne sadık kalacağına inanır. İşte kanun koyan bu itimadı himaye etmektedir. Halbuki ne muvazaalı muameleye ne de kanuna hileye istinad eden taraf kanundan herhangi bir himaye görmeyiz. Birincisi hakikî bir iradeler anlaşmasına tekabül etmediğinden, ikincisi ise kanunun maksadını inhiraf ettirmekten istediğinden hükümsüzdürler. Şu halde kanuna karşı hile son derece itina ile taklit edilmiş tek ve kalp bir akçadır. İtimada müstenit muamele ise sırf küçük bir akçanın görebileceği iş için kullanılan büyük bir akçadır. Ancak öyle itimada müstenit muameleler de vardır ki hakikatte piyasaya sürülmek istenen küçük akçanın kalplığını saklamak için yapılmışlardır. Bu takdirde bu muamele itimada müstenit olarak yapıldığından dolayı değil, fakat kanuna aykırı bir muameleyi temin için yapıldığından batıldır [2].

İtimada müstenit muameleler Roma hukukundanberi malûmdur [3]. Modern hukukta da oldukça müstemeldir. İngiliz hukukunda *trust* müessesesinde Alman

[2] F. M. K: 56. II. 197 "il est vrai que à la différence du contrat simulé le contrat fiduciaire est valable en principe. Mais cette règle comporte une exception lorsqu'il a été conclu dans le but d'éviter une prescription légale.

[3] Bilhassa aynı aktillerin noticelerini temin zimmında yapıldı. Rehın veya ariyet yerine temlik gibi. Böylece ariyet veya rehın alan kimse üçüncü şahıslara karşı malik durumunda olduğundan "sey., i bizzat mülkiyet hakkına istinatla takip ve müdafaa edebilirdi. İlk zamanlarda itimadı suiistimal edenin karşılacağı hukukî bir müeyyide yoktu fakat bu hareket ammonin şiddetli takbihine maruz kalırdı. Bilâhare Prétörler her iki tarafa da bir dava hakkı tanıdılar. İtimadında aldanan kimse muhatap aleyhine hüsnüniyete muhalif hareketinden dolayı bir "actio fiducia directa., açardı. Keza itimada müsteniden "sey., i yedinde tutan kimsenin de, bu sey için yaptığı masraflardan dolayı asıl sahibi aleyhine bir "actio fiducia contraria., açmak hakkı vardı. Justinien zamanında bu muameleler kaldırıldı ve yerine rehın ve ariyet akidleri kabul edildi. Bu muamelelerin en karakteristik şartı "tarafaların dürüst insanlara yakışacak tarzda ve hilesiz hareket etmeği taahhüt etmeleri idi. Bundan başka bunlar, rücuu kabul, fakat başkalarına devri caiz olmayan muamelelerdi. (Bak: G. MAY - Éléments de Droit Romain, 1932 18 inci bası Sh: 316, keza E. CUQ - Manuel des Institutions juridiques des romains, 21 inci bası, 1928 Sh: 441, keza: GIRARD - Manuel élémentaire de Droit Romain, 7 nei bası 1924 Sh: 545)

hukukunda bihassa teminat maksadile temlik muamelelerinde rol oynar. Mülkiyetin nakli muamelesinin bazen teslimsiz de vaki olabilmesinden istifade ile terhin edilecek mala rahinin ihtiyacı olması halinde bu muameleye baş vurulur. Mal rehnedilecek yerde itimada müstenit bir satışla temlik edilir. Temellük eden kimse borç ödendiği takdirde malı tekrar sahibine devredeceğini taahhüt eder. Bu kabil muameleler Alman içtihatlarınca itimada müstenit bir muamele olarak meşru sayıldığı halde bizde evvelce zikrettiğimiz gibi teslimi meşrut rehin ahkâmı aleyhine hile addedilerek muteber sayılmamaktadır. Bu iki mefhum arasındaki yakınlığın en bariz bir misali.

2 — Mukayese:

Bu yakınlığın ne gibi **benzerliklerden** ileri geldiğine gelince:

a) Müsbet metinlerde yer almamak bakımından mevcut benzerlik: İtimada müstenit muamele de kanuna hile gibi müsbet hükümlerin doğrudan doğruya değriş etmediği bir muameledir. İtimada müstenit muamele Roma Hukukundan beri pratik faydalarına binaen daima kullanılmıştır. Ancak sarahatle ve müstakil olarak bir müsbet hukuk kaidesine mevzu olmamıştır. En fazla yakınlık arzettiği müessese komisyon ve temsil müesseseleridir. Bu itibarla kanun koyan tarafından tanzim edilmemiş bir müessese olmak bakımından kanunların geniş tefsirleri sayesinde tavsif edilebilir.

b) Saikler bakımından benzerlik: Nasıl kanuna hile teşkil eden muamele bu muamelelerin normal olarak yapılmalarını intaç eden mutad saiklerle yapılmıyor, yani vazın kanunun istihdaf ettiğinden farklı bir saikle yapılıyorsa, itimada müstenit muameleler de gene bu gibi muamelelerin normal olarak istihdaf ettikleri gayelere erişmek için yapılmaz. İtimada müstenit bir devri temlik muamelesi bu muamelenin normal gayesi için yâni mülkiyetin kat'i olarak bir diğerkimseye intikalini temin için yapılmış değildir. Vakıta mülkiyet gerçekten (yâni hukuken ve fiilen) karşı tarafa intikal edecektir, ancak bu intikalden murad, malın nihaî olarak karşı tarafta kalması ve o tarafın keyfi istimaline mevzu olması değildir. Bu intikal karşı tarafın bu malı teminat sıfatile bir müddet muhafazası için yapılmıştır. Görülüyor ki itimada müstenit muamele ciddi ve gerçek olmak bakımından muvazaadan ayrılmakta, ve muamelenin yapılmasındaki saiklerin farklılığı bakımından da kanuna karşı hileye benzemektedir.

Bu gibi benzerliklere mukabil her iki mefhum arasında esaslı ve ihmali tehlikeli olacak farklar vardır.

a) Muteberlik ve hükümsüzlük bakımından: Bunlar yukarıda arzettiğimiz gibi muteber, hukuka uygun muamelelerdir. Ancak itimada müstenit muamele ile zaten gayri meşru bir başka muamelenin yapılması murad ediliyorsa ancak bu takdirde muamele batıldır. Bu cihet meşru ve hileli muvazaa hallerini hatırlatır. Yani itimada müstenit muamelelerin muteberliği bu muamele ile kastedilen asıl muamelenin mahiyetine bağlıdır. Meselâ muhtelif ve hukuken meşru sebeplerle muayyen bir malı bizzat satın aldığı muhitten gizlemek isteyen bir kimse o malı kaçırmak istemiyorsa bir dostuna itimatla onu müşteri yerine sokabilir. Meselâ ölen bir dostunun beyendiği bir eşyasını müzayededen alenen almaktan utanan bir adamın hali böyle bir itimada müstenit muamelenin yapılmasına sebep olabilir. Bayi ve üçüncü şahıslar bu kukla şahsı hakiki müşteri zannederler bu keyfiyet ne müşahhas bir ferdin menfaatını, ne mücerret bir kanun metnini ne de âmme nizamını ihlâl etmez. Bayi sattığı malın ivazını almış müşteri meşru bir iş için bir dostuna yardım etmiş, asıl fail de takbihi veya hukuki bir müeyyideyi mucip olmayan herhangi bir arzusuna nail olmuştur. Bütün bu muamele ancak bir tek şahıs için tehlikeli olabilir: İtimad eden kimse. Fakat kanun onu da büsbütün müdafaasız bırakmış değildir. İtimad ettiği kimsenin vazifesini suiistimal ettiğini isbat ederse zararını tazmin ettirebilir. Görülüyor ki kanuna hilenin hudutlarından çok uzaktayız.

b) Tatbik sahası bakımından: İtimada müstenit muamelelerin tatbik sahası kanuna hileye nisbetle çok dardır. Bilhassa borçlar ve şirketler hukukunda rol oynar ve en aşağı iki kişi arasında vâki olur. Meselâ itimada müstenit bir muamele ile evlenme akti yapılamaz. Yahut itimada müstenit bir muamele ile evlât edinilemez, veya boşanılmaz. Mamafih aynı muamelelere benzeyen bazı işlemler bazen kanuna hilenin insana tamamen itimada müstenit muamele zehabını veren tipik misallerini teşkil edebilirler.

Meselâ bir ecnebi kadınla evlenmek isteyen bir devlet memuru bir dostuna (serbest meslek sahibi) itimada müstenit bir calî evlenme yaptırabilir. Dostu olan erkek yabancı kadınla calî evlenme aktini yaptıktan sonra kadını arkadaşına verdiği söze sadık kalarak boşar (yani boşanma davasında müdafaada bulunmaz) böylece tipik bir kanuna hile tekemmül eder. Keza kocasile beraber ikamet etmekte olan, bu yüzden kiradaki evini tahliye ettiremeyen evli kadın, Millî Korunma kanunu hükümlerinden istifade için kocasile anlaşarak, yani kendisile tekrar evlenme akti yapacağına itimad ederek calî bir boşanma davası açar ve temin ettiği şahitlerle boşanır. Bu takdirde kiradaki evini tahliye esbabını kazanmış olur. Tahliyeye muvaffak olduktan sonra ikinci bir evlenme yapılır. Bütün bu haller vakıa karşılıklı bir itimada dayanmaktadır. Fakat mahiyet itibarile tamamen tipik kanuna hile hallerini teşkil ederler ve bu itimad kanun vaziince asla himaye edilmez.

c) Müeyyide bakımından olan farklar: İtimada müstenir muamele, müeyyidesini hüsnüniyet kaidelerine muhalefette ve hakkın suiistimali müessesesinde bulur, Kendisine itimad edilen kimse, itimada müstenir muamele dolayısıyla ihraz ettiği ve muayyen hudutlar dairesinde kullanmayı vadedtiği geniş bir hakkın sözünde durmayarak suiistimal etmiş demektir. Kanuna karşı hilenin müeyyidesi ise ilerideki paragrafta tetkik edeceğimiz gibi bazı hallerde ve bazı memleketlerde hakkın suiistimali mefhumunun müeyyidesi içine girerse de diğer bazı hallerde kaçınılan maddenin emrettiği müeyyideye dahil olur.

83 — Hakkın suiistimali ve kanuna karşı hile:

Birinci bölümde verdiğimiz kanuna hile misalleri öyle zannediyoruz ki okuyanların hatırına daima şu suali davet etmiştir: “peki amma bütün bunlar alelâde hakkın suiistimali hâdiselerinden ibaret değil midir? Filhakika meselâ askerlikten kurtulmak için yahut boşanmak için bir başka devletin tabiiyetine geçme; tabiiyet değiştirmek için kendisile bir hayat iştirakini tasavvur dahi etmediği bir erkekle evlenme akti yapma, tabiiyet değiştirme ve evlenme hak ve yetkilerinin suiistimali değil midir? Keza fahiş faiz memnuiyetinden kurtulmak için bir bey'i bilvefa akti yapmak, akit yapma hakkının suiistimali olmaz mı? Misaller çoğaltılabilir.

Filhakika suiistimal kavramının yalnız lügat manası nazara alınırca bu hallerin hepsi hiç tereddüde mahal kalmadan, birer suiistimaldir. Ancak hukukî bir mefhumun ifadesi ve hukukî bir terim olarak “hakkın suiistimali,, kavramı ele alındığı takdirde bütün bu hallere her zaman ve her hukuk sistemi için aynı kolaylıkla “hakkın suiistimalidir,, denemez. Zira bu hukukî mefhumun da kendine göre bir manası ve bir sahası vardır ki bu mana ve bu saha bir devirden öbür devre ve bir hukuk sisteminden diğer hukuk sistemine göre değişir. Şu halde evvelâ bu mefhumu ana hatlarıyla çizmemiz lâzımdır:

1 — Mefhum:

Hakkın suiistimali mefhumu muayyen bir tekâmül seviyesine varan bütün cemiyetlerde hukukçuları düşündürmüştür. Roma hukukunda başlı başına genel bir hakkın suiistimali teorisine rastlanmamakla beraber münferit misallerde bu gibi hallerin hukukçuların nazarından kaçmadığı tesbit edilmiştir [1]. Hatta bazılarına göre, GAIUS, köle sahiplerinin kölelerine fena muamele etmelerinin memnuiyeti ve müsriflerin hacir altına alınmalarının hakkaniyete uygunluğunu

[1] SCHWARZ - Medeni Hukuka giriş 1942. Sh: 194

izah ve isbat ederken kullandığı bir düsturla daha o zamanlar dahi genel bir hakkın suiistimali teorisini ortaya atmıştır: “*male enim nostro iure uti non debemus* = haklarımızı kötüye kullanmamalıyız [2]. Keza APPLETON, hakkın suiistimali nazariyesinden bahsederken: “bu nazariye modern zamanların mahsulü olmaktan o kadar uzaktır ki, der hukuktan hakkaniyete doğru tekâmül etmiş olan bütün bir Roma hukuku bu nazariyeye dayanmıştır., [3] der.

Netice itibarile hakkın suiistimali mefhumunun bir genel teori halinde olmasa dahi bazı münferit haller hakkında Roma hukukundanberi malûm olduğu hususunda itifak vardır [4]. Netekim Profesör SCHWARZ: “Hakkın suiistimali bahsi eski ve değişik bir tarihe maliktir. Roma hukukunda hakkın suiistimali diye bir nazariye meydana gelmemiştir. Fakat Roma hukukçularının öyle kararlar vardır ki sonradan bu fikir ve bu tez formüle edilirken bu kararlar istinad olunmuştur. Meselâ başkasına ait bir şeyin zilyeti olan kimse o şey malik tarafından geri istenildiği takdirde, onun üzerinde yapmış olduğu ilâveleri o şeyden ayırıp almak, yani kendi tarafından ilâve olunan kısımları kaldırmak hakkını haizdir. Halbuki bir kimsenin başkasına ait bir evde zilyet bulunduğu sırada duvarlara yaptırmış olduğu resim ve tabloları zilyetliği bırakırken kazıması Roma hukukçularınca caiz görülmemiştir. Zira bu kazıma o şahsa hiçbir menfaat temin etmemektedir. Böyle bir hareket tamamen suiniyet ifade eder ve bir hakkın suiistimali olur., [5].

İslâm hukukunda ise dinî finalist akidenin bir neticesi olarak bütün mevcudat gibi bütün hakların da bir hikmeti vücudü olduğu, Allah tarafından insanlara ancak muayyen hususlarda muayyen gayeler için istimal edilmek üzere verildiği prensibi, hakkın suiistimali nazariyesinin vahdetli bir ifadesini teşkil eder [6]. Biz bu nazariyenin tarihçesi üzerinde duracak değiliz. Yalnız bugünkü telâkîlerin bu mefhumun muhtelif sosyal âmillerin tesiri altında tarih boyunca geçirmiş olduğu zikzaklı bir seyrin son safhası olduğuna işaret etmek isteriz. Fransız ihtilâlinde evvel ferdi haklara karşı asalet ve krâliyet tarafından yapılan mütemadi ve can sıkıcı müdahalelerin bir tepkisi olarak, ihtilâl sonrası hukuk dünyasında ferdi hakların mutlak olduğu ilân edilmişti. Bu mutlaklık, ferdi, siyasi nüfuz sahibi tabakanın müdahalesinden korumaya matuftu. Onun için 19 uncu yüzyıl hukukçularından bir çoğu böyle ferdi hakların istimalini tahdit eden bir mefhumla karşı sempati göstermiyorlardı. Fakat ferdin hukukun gayesi telâkî edilîşi ve ferdi hakların mutlak olarak tanınişi, hakların içtimai zaruretlerle

[2] GAIUS - Institutione. S. I. 58 (G. CORNIL'den naklen: Le droit privé 1924 Sh: 102)

[3] APPLETON - L'Enseignement de Droit Romain (Josserand'dan naklen a.g.e. Sh: 3)

[4] MARKOVITSCH - La théorie de l'abus des droits. 1936. Sh: 26 - 36

[5] A. B. SCHWARZ - a.g.e. Sh: 194

[6] MAHMOUD FATHY - La Doctrine musulmane de l'abus des droit. Thèse. Lyon, 1913
MARKOVITSCH - a.g.e. (Yukarıki eserin tahlil ve talhisini ihtiva eder)
ARSEBÜK - Medenî Hukuk I. Sh: 108 - 126 (İslâm hukuku hakkında nüfussal izahat)

bağdaşmayan bir istimal tarzına yol açmıştır. Fert, kendisine kanunun hak olarak tanıdığı şeyleri, kanundan gayri hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmadan dilediği gibi kullanmaya kalkınca birçok bakımdan mahzurlu olan neticeler meydana geldi. Zira kanunlar fertlerin hak ve hürriyetlerinin hudutlarını nazarı olarak ne kadar kesin hatlarla belirttilerse belirtsinler sosyal gerçekliğin böyle hendeşi bir taksime müsaadesi yoktur. Kanunlar bir ferdin hak ve hürriyetinin hududunu diğer fertlerin hak ve hürriyetleriyle tahdit etmekte idiler, yani nazarı bakımdan bir ferdin hakkının bittiği yerde ötekinin hakkı başlıyordu. Öyle ki bir fert kendi hakkının hududu içinde kaldığı müddetçe asla ötekinin hududuna tecavüz etmiş sayılmıyordu, ve bilmukabele öteki ferdin herhangi bir şikâyetinde bulunabilmesi için mutlaka kendi hak ve hürriyet sahasının hudutları içine tecavüz edilmiş olduğunu isbat etmesi lâzımdı. Yani mütecevizin kendi haklarının hududunu aşmış olması icap ediyordu. Fakat bütün bu nazarı tasavvurlar sosyal münasebetlerin muğdiliyetini tanzime ve halle kâfi gelmedi. Öyle haller oldu ki bir fert tamamen kendi haklarının hudutları içinde hareket ettiği halde başkaları bu hareketten son derece müteessir oldular. Halbuki başkalarının uğradığı bu zarar bunların haklarına karşı yapılmış herhangi bir tecavüz neticesinde vâki olmadığından müteceviz aleyhine hukuken bir şey yapmak imkânı bulunamıyordu. Bu safhadaki durumu tipik bir misali Colmar mahkemesinin eski bir kararında görülür: Hâdisede bir kimse, evinin çatı katına uydurma bir ocak yaptırmak bahanesile arkasındaki komşu binanın manzarasını tamamen kapatmak istemiştir. Üst katına inşaat yaptıran bu kimsenin hakkı “mülkiyet,, idi ve bu hak Fransız Medenî kanununun 544 üncü maddesine göre bir şey üzerinde en mutlak tarzda istifade ve tasarruf hakkı demektir. Fakat buna rağmen mahkeme “mülkiyet hakkının istimali, bütün diğer haklarda olduğu gibi, ciddi ve meşru bir menfaatin tatmini hududile mahduttur,, dedi. Görülüyor ki bu hareket şeklen kendi mülkünün üst katında inşaat yaptırmak hakkının bir istimalinden ibarettir. Komşunun gayri menkulüne madeten hiçbir tecavüzde bulunulmamıştır ki sahibi bundan bahisle hakkını arayabilsin, onun **mülkiyet hakkına** bir halel iras edilmemiştir. Şu halde metinlerin lâfzi tefsirleri içinde kalındığı takdirde, sihibi için bir menfaat temin etmeyen ve sırf komşunun evini karanlıklaştırarak gayesile yapılan bu hareketi tecviz etmek icap eder. İşte içtihatlar bu gibi hallerde yani hakların gayri meşru veya gayri ahlâki maksatlara alet edilmeleri karşısında bir asabiyet göstererek hakkın muayyen istimallerini men etmeğe teşebbüs etmişlerdir ve hakkın suiistimali nazariyesi bu gibi pratik zaruretlerden doğmuştur. İhtilâlcî nazariyelerden mülhem olan kanun metinleri ferdi asırlardanberi müstak olduğu siyasi hürriyet ve masuniyete kavuşturmak için ona dokunulmaz imtiyazlar bahşetmek istediler. Fakat bizzat ferdin bu imtiyazları başka fertler aleyhine veya alelittlak içinde bulunduğu içtimaî muhit aleyhine kullanabileceğini düşünmediler, çünkü o zamanlar kanunlar vastasile korunması lâzımgelen hedef fertti. Binaenaleyh gımdilik

yahuz onu düşünmek lazımdı. Fakat daha sonra iktisab ettiği bu imtiyazları başkaları yâni âmme aleyhine kullanmaya kalkışan ferde karşı da cemiyeti korumanın lüzumu anlaşıldı. İşte hakkın suiistimali nazariyesi esas itibarile ferdiyetcî hukuk telâkkisinden sosyal hukuk fikirlerine doğru inkişaf eden bir tokâmülün mahsulü olarak ortaya çıktı. Bu mefhum ve nazariye hakkında bugüne kadar pek çok şey yazılmış ve pek çok teklifler yapılmıştır [7]. Fakat gene müşterek ve umumî bir tarife varılamamıştır.

Konuyu hususî bir şekilde inceleyen Markovitsch bu ihtilâfın sebebini içti-hatların tamamen istikraî bir metodla daha doğrusu tecrübi bir yolla pratik hayat-taki hadiselere çare bulmak için hareket etmelerine yâni hukukî vicdanlarına uygun buldukları neticelere sonradan gerekçe yakıştırmak suretile bu hakkın suiistimali mefhumunu icat etmelerine mukabil, müelliflerin bil'âkis umumî hukuk prensip-lerinden başlayıp deductif bir metodla tercihan seçtikleri bazı mahkeme karar-larına doğru inmek suretile bir nazariye kurmaya teşebbüs etmiş olmalarında bulur [8]. Müellifler içtihatlarda, kendi şahsî kanaatlarını teyid edici misalleri seçip nazari muhakemelerini bunlarla süslemek yolunu tercih etmişlerdir. Bu yüzden hemen ne kadar müellif varsa o kadar da hakkın suiistimali nazariyesi vardır denirse mübalâğa edilmiş olmaz.

Mamafih biz bu meselenin teferruatile uğraşacak değiliz. Hakkın suiistimali hakkındaki telâkki farklarına temasımız ise, kanuna karşı hile mefhumile olan benzerlik meselesinin, bu farklı telâkkilere göre birbirinden farklı hal suretleri kabul etmiş olmasındandır. Bu itibarla evvelâ kanuna karşı hileyi kendisile mukayese edeceğimiz mefhumu sağlam bir şekilde tesbit etmeden herhangi bir mukayeseye kalkışmamız doğru olmayacaktır. Bu mefhum ve bu mefhumun tarifi

- [7] Konu ile ilgili hususî eserler: PORCHEROT - De l'abus des droits. 1901
BUTTIN - L'Usage abusif du droit. thèse. Grenoble. 1904
JOSSERAND - L'Abus des droits. 1905
DABIN - L'Abus du droit. 1921
CAMPION - De l'exercice anti - sociale des droits. 1925
JOSSERAND - De l'abus des droits et de leurs relativités (théorie dite de l'abus du droit) 1928, 1939
MARKOVITSCH - La théorie de l'abus des droits en Droit Comparé; 1936
Ferid Hakkı SAYMEN - Akid yapmak hakkının suiistimali. İst. Huk. Fak. dergisi VII. 1941. Sh: 541 - 563
Ferid Hakkı SAYMEN - Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali: İst. Huk. Fa. dergisi XII 1946 Sh: 1129 - 1151
Mevzua dolayısıyla temas eden eserler: (umumî eserler:)
CORNIL - Le Droit privé 1904
RIPERT - La règle moral dans les obligations civiles. 1927, 1936
JOSSERAND - Evolutions et actualité. 1936
Türkçe ders kitapları ve treteler:
ARSEBÜK - Medeni Hukuk. I. 1938 13. Ve bilhassa İslâm Hukuku hakkında.
A. B. SCHWARZ - Medeni Hukuka Giriş 1942 Sh: 149
Dr. HIFZİ VELDET - Medeni Hukuk Dersleri. 1943. I. Sh: 187
H. A. GÖKTÜRK - Türk Medeni Hukuku 1945. I. 89
F. H. SAYMEN - Medeni Hukuk. 1938. I. Sh: 288 - 298
Dr. HIFZİ VELDET - Medeni Hukukun Umumî Esasları. 1948. Sh: 374
Dr. HIFZİ VELDET - Türk Medeni Hukuku. 1948. I. Sh: 22 - 274
H. C. OĞUZÖGLÜ - Medeni Hukuk. 1949. I. Sh: 163
[8] MARKOVITSCH - a.g.e. Sh: 72 No. 66

için de müşterek bir ölçü bulamayınca bizzarure şimdiye kadar bu mesele hakkında kabul edilen muhtelif fikirleri ana hatlarıyla tefrik ederek kanuna hileyi bunların herbirile ayrı ayrı mukayese etmemiz zarureti hasıl olmaktadır. Umumiyetle hakkın suiistimali meselesini inceleyenlerin yaptıkları tasnifler aşağı yukarı birbirine benzer. Meselâ JOSSERAND hakkın suiistimali nazariyesini muhtelif hukuk sistemleri bakımından üç kısımda tetkik eder [9].

a) Finalist bir mevzuatla mücehhez olup kanunlarında hakkın suiistimalini sarahatle men edici metinlere sahip sistemler: Almanya, İsviçre, Avusturya ve Sovyet Rusya.

b) Hakkın suiistimali hakkında sarıh bir kanun metnine sahip olmayıp bu mefhumu içtihatlarla tanıyan sistemler: Fransa, Belçika, İtalya.

c) Hakların mutlakiyetini iddia eden ve hakkın suiistimali diye bir nazariye kabul etmeyen Anglo Sakson sistemleri: İngiltere ve Amerika.

Keza aynı müellif birinci sistemleri de iki tâli grupa ayırmaktadır.

aa) "Intentionnelle," sistemler: Kast ve niyet unsuruna ehemmiyet veren kanun metinlerini ihtiva eden hukuk sistemleri.

bb) "Fonctionnelle," sistemler: Hakkın istimali tarzının, bu hakkın tahsis edildiği sosyal gayeye aykırı olup olmayışına kıymet veren kanun metinlerini hâvi sistemler.

Sayın Ferit Hakkı SAYMEN de konuya tahsis ettiği makalesinde hakkın suiistimali bakımından muhtelif hukuk sistemlerini, bu mefhumun dar veya geniş bir tarzda telâkki ve tatbikine göre üçe ayırmıştır ki [10] bu tasnifler netice itibarıyla birbirine tekabül etmektedir:

a) Dar sistemler: Anglo Sakson sistemleri, yani hakkın suiistimalini kabul etmeyenler.

b) Geniş sistemler: Kanunlarında sarıh bir metne sahip olmayan fakat içtihatlarla bu mefhumun pek geniş bir tatbikini yapanlar: Fransa, Belçika, İtalya ve İslâm hukuk sistemleri:

c) Mutavassıt sistemler: Ancak kanunlarında derpiş edilmiş olan sarıh metinlerin gerektirdiği şartların vücudu halinde bu nazariyeyi tatbik edenler. Bu sistemler metinlerindeki hudutlarla bağıdırlar.

Keza bu üçüncü kategoriye de müellif iki tâli kısma ayırmaktadır.

aa) Sübjektivist sistemler: Almanya ve Avusturya.

bb) Objektivist sistemler: İsviçre ve Sovyet-Rusya sistemleri.

[9] JOSSERAND - a.g.e. S. 279 - 280

[10] Ferit Hakkı SAYMEN - Mukayeseli Hukukta Hakkın suiistimali. İst. Huk. Fak. Dergisi XII, Yıl. 1946, S. 1129 - 1151

Bundan başka müellif Türk hukuk sisteminin bu son iki tâli grup arasında mutavassıt bir mevki işgal ettiğini kabul eder.

Biz burada hakkın suiistimali nazariyesine karşı sempati göstermeyen Anglo Sakson sistemlerini bir tarafa bırakalım. Keza bu nazariyeye karşı tenkitkâr bir durum takınan tefsirci mektebin tesirlerine bağı kalan ESMÂN ve PLANIOL gibi bazı Fransız müelliflerinin fikirlerini de şimdilik tetkikimizin içine almayalım. Çünkü hukukî tekâmül bugün artık bu nazariyenin lehine bir istikamet kazanmış bulunuyor. Böylece diğeri iki grup hukuk sisteminin hakkın suiistimali mefhumunu ne tarzda telâkki ettiklerine gelem ve bu telâkki tarzlarıle “kanuna karşı hile, mefhumunu karşılaştıralım.

2 — Mukayese:

A) Geniş sistemler veya hakkın suiistimalini içtihatlara terk eden hukuk sistemleri:

Burada hakkın suiistimali muayyen bir kanun metnile bağı olmadığından oldukça geniş bir tatbik sahası bulmuştur. Mamafih Fransız müelliflerinin hakkın suiistimali hakkındaki telâkkileri arasında da oldukça fark vardır. Hatta RİPERT hakkın suiistimali tabirindeki müphemiyetin bu nazariyeye harikulâde yardım ettiğini söyler. “Suiistimali tarifte serbest kalan ve ancak pek ciddi hallerde buna cevaz veren hâkimler, kendilerine arzedilen bu mefhumu, dürüst olmayan bir davacıyı tam arzusuna nail olacağını zannettiği bir sırada silâhsız bırakmaya yarayan son derece kıymetli vasıtalarından biri olarak kabul ederler. Fakat hâkim bir suiistimal halini tayin etmek isterse ve bilhassa verdiği mahkûmiyet hükmünün gerekçelerini araştırmaya kalkarsa, hakkını suiistimal etmenin ne için ve ne nisbette memnu olacağını kendine sorar ve tereddüd içinde kalır.” Biz bu mefhum hakkındaki görüşleri bir kolaylık mülâhazasile suiistimal mefhumunun kabul edilen farklı kıstasları bakımından bir ayırda tâbi tutabiliriz ki bu ayırt mutavassıt veya kanunî metinlere müstenit sistemler hakkında da işimize yarar.

a) Sübjektif bir kıstas kabul edenler: İzzar niyeti ve izzar kastını hakkın suiistimali için esas unsur olarak telâkki eden görüş:

b) Objektif bir kıstas kabul edenler: İstimalin hakkın sosyal gayesine aykırı olmasını kötü istimal için esaslı unsur sayan görüş:

Bu görüşleri açıklayalım:

a - Bir başka hak süjesini izzar niyetine dayanan suiistimal mefhumu:

Filhakika bir başkasını izzar niyeti ve neticesi, hakkın suiistimalinin hukukî bir tetkik konusu olarak ele alınmasına sebep olan en eski ve en bariz bir husu-

siyetidir. Öyle ki bu mefhumun daha başka ve daha objektif kıstaslar üzerine bina edilmesi bir hayli zamandan ve bir hayli münakaşalardan sonra mümkün olabilmiştir. Hatta ileride izah edeceğimiz gibi bir ızrar neticesinden (niyet değilse bile) tamamen mücerret bir suiistimalin tasavvur edilebilip edilemeyeceği meselesi de halâ münakaşa götürür bir husustur. Bu en eski kıstas evvelâ hakkın suiistimalinin adeta bir gerekçesi şeklinde LAURENT'da görülür. Bu müellif hakların muayyen bir gaiyeti olduğunu, sosyal menfaat mülâhazalarına başvurmaksızın isbat eder: "Eğer mülk sahibi, ızrar maksadile hakkını suiistimal ederse sebebiyet verdiği zarardan mesul olur. Zira kanun, hakları, insanlara, maddî fikrî ve manevî hayatları için lüzumlu olduğundan dolayı bahsetmiştir. Yoksa onların kötü ihtiraslarını tatmine alet olmaları için değil. Demek ki hakkın suiistimali artık bir hak olmaktan çıkar,, [11]. Keza bu mevzu hakkında en yeni incelemelerde bulunan müelliflerden MARKOVITSCH konuya tahsis ettiği tezinde, hakkın suiistimali mefhumu için bir tarif vermenin, Medenî hukuktaki bütün tarifler gibi tehlikeli olacağına işaret etmekle beraber, genellikle itibarile bir tarifin mahzurlarından arı olan şöyle bir tasvirde bulunur: "Umumî bir tarzda denilebilir ki Fransız içtihat ve doktrini muayyen bir sübjektif hakkın (veya alelâde bir kanunî selâhiyetin) kanunî hükümlere tamamen muvafık olmakla beraber hukuk nizamının temel prensiplerine bir tecavüzü ihtiva eden istimalini, bu istimalin başkası için zarar tevhit etmesi halinde kötü istimal telâkki ederler,, [12]. Görülüyor ki, müellif ızrar niyetine değil ızrar neticesine ehemmiyet vermektedir ki bu da nazariye hakkındaki tekâmülün nasıl bir yol takip ettiğini gösterir. Mamafih bu objektif ve sübjektif kıstaslara göre müellifleri birbirinden tefrik etmek oldukça müşküldür. Zira çok defa aynı müellifin zamanla ve yerine göre kıstas olarak ehemmiyet verdiği unsuru değiştirdiği görülmektedir. Meselâ bizzat JOSSERAND 1905 de neşrettiği eserinde keza SALELLES 1901 e kadar açıkça sübjektivist telâkkiye taraftar oldukları halde bilâhare tamamen objektif kıstasa yani hakkın gaiyetinden inhiraf ettirilmesi kıstasına önem vermişlerdir. Bu hal ikinci telâkkinin bu gün daha fazla benimsenmekte olduğuna delâlet eder. İçtihatların baştan sübjektif kıstasa fazla önem vermiş olmaları ise pratik hayatta rastlanan ve mahkemelere akseden hâdiselerin tabiatile bir başkasının hakkını kullanmasından mutazarrır olan kimselerin şikâyetlerinden ibaret olmasile izah edilebilir. Eğer hakkı veya menfaati haledar olan kimse yoksa umumiyetle şikâyet eden de yoktur. Bu itibarla içtihatlar daima bir menfaati ihlâl edilmiş kimsenin şikâyeti üzerine hâdiseyi tetkik ettiklerinden: müşahhas bir ferdin zarar görmesi hali, hakkın suiistimali mefhumuna daima bir vakta unsuru olarak dahil oluyordu. Bu itibarla hakkın suiistimali olarak telâkki edilen hadiselerde bu zarar unsuru mefhumun içine kendiliğinden girmiş bulu-

[11] LAURENT - Responsabilité et Contrat. (Revue Critique 1899 Sh: 361)

(DEMOGUE'dan naklen: a. g. c. Sh: 358)

[12] MARKOVITSCH - a. g. c. Sh: 74

nuyordu. Şu halde hakkın suiistimalini behemahal bir sübjektif hak sahibinin ızarına, veya herhangi bir hususî menfaatin haleldar edilmesi neticesine mütevakıf tutan bu görüş esas olarak alınırsa aharı ızzar niyet veya neticesile mukayet olmayan “kanuna karşı hilenin” bu mefhumdan sarahatle ayrıldığını kabul etmek icab eder [13]. Netekim ileride aynı kıstaslara önem veren kanun maddeleri hakkında da (Alman Medenî kanunu 226) aynı mülâhazaları tekrar edeceğiz. Şu halde sübjektif bir unsur olan aharı ızzar kast ve niyeti hakkın suiistimali için esas alınırsa bu dar manadaki suiistimal mefhumile kanuna hile arasında şöyle bir mukayese imkânı hasıl olur: Evvelâ **benzerlikleri** tesbit edelim:

I) Şeklen meşru fakat ruhen hukuka aykırı olmak bakımından:

Kanuna karşı hilenin cevher itibarile hukuka aykırı muamelelerden olduğunu göstermiştik. Hakkın suiistimalinin de aynı kategoriden olduğunu, bu nazariyeyi külliyyen red etmeyen bütün müellifler kabul eder. Bunun en sarîh tahlilini DEMOGUE'da buluruz. Bu müellif, hakkın suiistimalinin acaba meşru muameleler sahası ile haksız fiiller sahası arasında mutavassıt bir sahayı işgal eden muhtar ve müstakil bir mefhum mu yoksa haksız fiillerin hususî bir nev'i mi olduğunu araştırdıktan sonra bunun “bir hak perdesi altında irtikâb edilmek gibi bir hususiyeti haiz olan haksız fiil olduğu,, neticesine varır. Netekim kanuna hile de aynı veçhile sureti haktan görünen bir muameledir. Demek ki kapalı şekilde hukuka aykırı birer fiil teşkil etmek bakımından her iki mefhum arasında tam bir iştirak veçhi vardır.

II) Birer gerçek muameleyi temsil bakımından:

Muvazaadan farklı olarak her iki mefhum da hukuken ciddiyetle tahakkuk ettirilecek olan muameleleri ifade ederler, ve zaten bizzat bu hukukî neticeler için yapılmışlardır. Bir kanunun tatbik sahasının dışına çıkma veya komşuyu ızzar etme gayeleri ancak bu muamelelerin gerçekten hukukî neticeler tevhit etmelerile tahakkuk edebilir.

III) Saklanmayan muameleler olmak bakımından: Filhakika muvazaadaki gizli muamelelerin hilâfına olarak burada her iki muamele de aşikâr olarak yapılır. Birinde muayyen bir kanuna, ötekinde muayyen bir hakka dayandıdığı ızzarla ilân ve iddia edilir.

IV) Muamelelerin ciddiyetle yapılacağına mütedair niyet bakımından:

Gene muvazaalı muamelelerin aksine olarak burada gerek hakkın suiistimalini teşkil eden muamele gerek kanuna hile olan muamele ciddî bir niyete dayanır.

V) Muamelenin yapılmasına âmil olan saik bakımından: Bu nokta hem benzerlik hem fark naktasıdır. Benzerlik noktası bu saiklerin sıfatı bakımındandır. Yani her iki tip muamelede de bu saikler gayri meşru hedeflere müteveccihdir. Birinde bir kanun maddesi diğerinde bir hakkın normal gayelerinden inhiraf ettirilmeleri bahis konusudur.

VI) İsbat sureti bakımından: Her ikisinde de faildeki saiklerin taharrisi bahis konusu olduğundan delil serbestisi vardır, ve hâkim tarafından deruni vakıaların araştırılması aleyhine serdedilecek bütün itirazlara her iki nazariye de müştereken maruzdur: Keyfilik, kat'i bir ölçüden mahrumiyet, istikrarsızlık vs. gibi. Ancak isbat mevzuu birbirinden farklıdır. Hakkın suiistimalinde hakkını kullananın bu istimalden ciddi bir menfaati olmadığı yahut bu menfaatin önemi ile başkasına verdiği zararın büyüklüğü arasında fahiş bir nisbetsizlik olduğu ve failin mağdura zarar vermek kastile hareket ettiği isbat edilecektir. Halbuki kanuna karşı hilede failin muayyen bir âmir hükmün icaplarından kurtulma niyeti ve neticesi isbat edilecektir.

VII) Müeyyide bakımından: Tetkik ettiğimiz "içtihatlar sisteminde,, her iki mefhum da müeyyidelerini içtihatlardan alır. Ancak bu müeyyidenin nev'i umumiyetle birbirinden farklıdır. Hakkın suiistimali daha ziyade bir tazminat ve eski hale iade borcunu doğurur kanuna karşı hile ise iptal davasıyla karşılanır.

Bütün bu zikrettiğimiz benzerliklere mukabil her iki mefhum arasında esaslı farklar vardır:

I) Hakkın suiistimalinde bir "sübjektif hak,, kın vücudu şarttır. Kanuna hilede, muamelenin yapılması için mutlaka bir sübjektif hakka istinat şartı aranmaz. İdarî bir selâhiyetin istimali vasıtasile de kanuna karşı hile yapılabilir ve kanuna karşı hile nazariyesi âme hukukunun muhtelif kollarında da rol oynar.

II) Hakkın suiistimalinde müşahhas bir hak sahibinin zarar görmüş olması lâzımdır. Kanuna hilede ise böyle bir şarta lüzum yoktur ve bu husus esaslı bir fark teşkil eder.

III) Hakkın suiistimali umumiyetle fail için ciddi bir menfaat temin etmez ve daha ziyade başkalarının ızzarı için hareket edilir. Halbuki kanuna hilede esas olan bizzat failin ciddi bir menfaatinin teminidir. başkasının ızzarı umumiyetle murad edilmez.

IV) Hakkın suiistimalinde muayyen bir sübjektif hakkın sosyal hudutlarının dışına çıkıldığı halde tamamen içinde kaldığı iddia edilir. Kanuna hilede ise ruhu ihlâl edilen normun sosyal gayesi bakımından yani vaz ettiği memnuiyet bakımından tamamen tatbik sahası içinde bulunulduğu halde, dışına çıkıldığı

iddia edilir. Ancak hileye vasıta olarak kullanılan diğer norm hakkındaki durum, hakkın suiistimaline benzer. Meselâ Fransız içtihatlarının aynı zamanda hem hakkın suiistimali ve hem kanuna hile olarak çift gerekçe ile mahkûm ettikleri bir hâdiseyi alalım. Bir eşin boşanma maksadile tabiiyet değiştirmesi hâdisesini her iki mefhum bakımından tahlil edelim. Bu fert tabiiyet değiştirme yetkisinin sosyal hudutları dışına çıkmıştır. Bu yetki ancak samimi şekilde bir milliyet değiştirme arzusunun vücudü halinde kullanılır. Bu yetkinin hudutları bu samimi gaye ve niyetle mahduttur. Halbuki fert bunun dışına çıkmıştır. Onu kendi gayesine yabancı bir maksat yani "boşanmayı temin maksadı,, için kullanmıştır. Fakat kendisi bunu itiraf etmez, daha doğrusu bir yetkinin kullanılmasında hangi maksatla hareket edildiğinin araştırılmasına mahal olmadığını iddia ile bu yetkinin tamamen meşru hudutları içinde hareket ettiğini söyler. Şu halde bu hareket tam bir suiistimaldir.

Aynı hâdiseyi kanuna hile olarak tahlil edelim: Bu eş, kendi memleketlerinin "evlenme, çözülmüş bir bağdır,, yolundaki âmir hukuk kaidesini bertaraf etmek istemiş yani bundan dolambaçlı bir şekilde kurtulmak arzu etmiştir. Hakikatte kendisi bu memnuiyeti vaz eden hükmün tatbik sahası dahilinde kaldığı halde (çünkü boşanmayı istihsal eder etmez tekrar eski tabiiyetine dönmüştür) yaptığı tabiiyet tebdili ile hukuken bu boşanma memnuiyeti sahasının dışına çıktığını iddia eder. Şu halde ortada tam bir kanuna karşı hile vardır. Yani muayyen bir âmir hükümden vasıtalı bir şekilde kurtulunmuş, kanun koyanın bu hükümde ifadesini bulan iradesi aldatılmıştır. İşte bu hal ancak kanuna hile ile izah edilebilir, hakkın suiistimali ile değil. Demek ki aynı muamele iki zaviyeden incelenebilir:

aa) Hileye mevzu olan norm bakımından hâdiseler kanuna karşı bir hiledir. Zira bir hukuk normu, bir âmir hüküm aldatılmış yani dolambaçlı bir vasıta ile kendisinden kurtulunmuştur.

bb) Hileye vasıta olan, hile yapmaya yarayan norm bakımından ortada bir hakkın suiistimali vardır. Bir tabiiyet tebdili hakkın veya yetkisi normal gayesinden inhiraf ettirilmiştir ve bunun neticesinde diğer eşin evlenmeden doğan müstesep hakları ihlâl edilmiştir. Yani ortada bir nevi manevî zarar vardır. Fakat bu misal her iki eşin de birlikte tabiiyet değiştirmesi şeklinde vaz edilseydi böyle bir müstesep hakkın ihlâlinden bahsedilemezdi. Çünkü bu takdirde her iki eş de müştereken boşanmaya niyet etmekle ve tabiiyet değiştirmekle bu haklarından zımnen feragat etmiş olacaktı.

Görülüyor ki hakkın suiistimali mefhumu esas kıstas olarak başkasını ızzar niyeti ile belirtilecek olursa kanuna hile mefhumile bunun arasında esaslı bir fark müşahade edilir. Halbuki hakların gayeti kıstası kabul edilince durum oldukça değişir.

b - Hakkın sosyal gayerinden inhirafı esasına dayanan suiistimal mefhumu:

Evvelce işaret ettiğimiz gibi ilk eserlerinde içtihatların tesiri altında kalarak hakkın suiistimalini tayinde başkasını ızzar kastı gibi sübjektif bir ölçüye ehemmiyet veren müteaddit hukukçular daha sonraki eserlerinde tamamen objektif bir kıtas yani bir hakkın kendi gayetinden inhiraf ettirilmesi kıtasını kabul etmişlerdir. Meselâ SALEILLES 1905 de şu tarifi veriyordu: "Harici ve maddi şartları itibarile bizatihi meşru olup sırf kastı gayesi dolayısıyla gayrı meşru ve hukuka aykırı olan bir muamele,, hakkın suiistimalini teşkil eder [14]. Halbuki daha sonraki eserlerinde objektif bir kıtas kabul edilmiştir: "Bu hususta hakiki formül, hakkın suiistimalini hakkın anormal istimalinde, sübjektif hakkın ekonomik ve sosyal tahsisine aykırı istimalinde, âmme vicdanı tarafından takbih edilen ve binnetice asıl hakkın muhtevasını aşan istimalinde gören formül olacaktır., Meselâ örfün cevaz vermediği istimalin suiistimal olması için bir başkasını ızzar niyetile müterafık olmasına lüzum yoktur bunun örfçe tecviz edilmemiş bir istimal olması kâfidir., [15].

Keza 1905 de neşrettiği eserinde gene içtihatların tesirile tamamen psikolojik ve sübjektif bir kıtas kabul eden JOSSERAND 1913 de ızzar niyetinin, hakkın suiistimalinin büründüğü yegâne şekil olmayıp, belki sadece en pratik şekil olduğunu işaretle iktifa etmiş ve 1927-1939 yıllarındaki eserlerinde gitlikçe objektif kıtaslara kıymet vermeğe başlamıştır.

Bu görüşün esaslı mümessillerinden olan GENY, esas itibarile hakkın suiistimali nazariyesinin fazla itirazı davet etmediğini fakat asıl güçlüğü bu mefhumun mümeyyiz vasıflarının sarahatle tayininde olduğunu söyledikten sonra, ferdi hakların meşru istimallerile suiistimalleri arasındaki en adil ve hakiki kıtasın, bu hakların sosyal ve iktisadi gayelerinin araştırılması ve bu gayenin ehemmiyeti ile, hâdisede karşılaşan menfaatların ehemmiyetlerinin mukayese edilmesi suretile bulunabileceğini iddia eder. GENY'nin kanaatınca mevzuatın meskût olduğu bu hakkın suiistimali meselesinin adilâne bir şekilde halli için lefsircinin, birbirile karşılaşan menfaatler ihtilâfında bahis konusu olan ahlâki, siyasi, içtimai ve iktisadi mülâhazalar arasında bir muvazene yaratması icabeder [16].

Keza CORNİL hakkın suiistimalini pek geniş bir şekilde tarif eder ve bunu sübjektif niyet unsurundan tecrit eder. CORNİL için mühim olan cihet, cemiyetteki menfaatlar muvazenesinin bir hakkın suiistimali yüzünden bozulması hususudur: "Fikrimizce . . . hukukun, kendisine düşen, menfaatlar arasında ahenk yaratma görevini yerine getirebilmesi için, fertlere bahsettiği imtiyazların menfaatlar

[14] SALEILLES - De l'abus des droits Sh: 334, 339, 341 (MARKOVITSCH'den: 81)

[15] DEMOGUE'dan naklen, a.g.c. Sh: 262

[16] François GENY - Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé, 2 Inci bası, 1932 Sh: 173

muvazenesini hiçbir surette bözmamaları lâzımdır. Binnetice, bir sübjektif hakkın istimali fiili, böyle bir muvazene inkıtamı intaç ederse, bu fiil gayri içtimaidir ve binaenaleyh bir suiistimaldir. Hatta failde her türlü kötü niyetin fıkdanı halinde dahi,, [17].

Hakkın suiistimalinin failde, başkasını ızzara matuf bir kötü niyetin bulunmaması halinde dahi tekevvin edebileceğini kabul eden objektivist görüş ölçü olarak alınırsa “kanuna karşı hile,, ile olan yakınlık büsbütün fazlaşır. Filhakıka mücerret bir irade yani kanun koyanın iradesi aleyhine tertip edilen hilede, mutlaka müşabhas bir ferdin zararına hareket edilmiş olması aranmaz. JOSSERAND objektivist nazariyeye dönmekle beraber, faildeki saiklerin araştırılması cihetinden sübjektif unsura da yer verir. Ve hakkın suiistimalinin birer kıstasları olarak zikrettiği dört ölçüden (1 - başkasını ızzar niyeti, 2 - İstimalde kusur, 3 - Hakkın gayesine muhalif istimal, 4 - Hakkın kendi içtimai fonksiyonundan inhiraf ettirilmesi) sonuncusunun en geniş ve en doğrusu olduğunda karar kılmıştır. Bu kıstas hakkın normal olarak istihdaf etmekte olduğu gayeyi tahakkuk ettirmek için değil, bu gayeye yabancı bir maksada tahakkuk ettirmek için kullanılması demektir. Yani failde meşru saiklerin bulunmaması, daha doğrusu gayri meşru saiklerin vücudu demektir. Filhakıka bu fikir kısmen içtihatlarda da kabule başlanmıştır. Rennes istinaf mahkemesi bir kararında hakkın suiistimali nazariyesinin ihtiyatla kullanılması gerektiğini belirttikten sonra bu mefhumun ancak şu formül içinde tahdidini ister: “Bir hakkın suiistimali demek, bu hakkın kendilerini himaye için vaz edilmiş olduğu muayyen meşru menfaatlara kat’i surette yabancı olan bir neticeyi dolambaçlı bir şekilde istihşal maksadile kendi gayesinden inhiraf ettirilmesi demektir,, [18].

Dikkat edilirse burada kanuna karşı hile hakkında verdiğimiz tarifleri hatırlatan bir üslub müşabeheti vardır. Kanuna karşı hile nasıl bir kanun hükmünün inhiraf ettirilmesi suretile tahakkuk ediyorsa (hileye vasita olan norm bakımından), hakkın suiistimali de bir hakkın gayesinden inhiraf ettirilmesi şeklinde vâki oluyor demektir. Şu halde konu hakkındaki çeşitli fikirleri belirttikten sonra hakkın suiistimalini en geniş ve objektif telâkkisi ile kabul edersek bu mefhumun kanuna hile ile olan münasebetini nasıl çizmemiz lâzımgelir?

Hakkın suiistimalinin, sübjektif telâkkisinin kabulü halinde dahi kanuna hile ile birçok müşabehetler arzettiğini görmüştük. Bu müşabehetler, mefhum hakkında objektif telâkkinin kabulü halinde evleviyetle bâki kalacaktır. Bizim burada araştıracağımız cihet bu yeni ve geniş telâkkinin kabulü halinde evvelki telâkkiye nazaran iki mefhum arasında görülen aykırılıklardan hangilerinin zail olacağı, hangilerinin bâki kalmakta devam edeceğidir. Şu halde sübjektif telâkkiye göre iki mefhum arasında tesbit ettiğimiz farkları hatırlayalım:

[17] CORNIL - Le Droit Privé, 1924 Sh: 104

[18] Rennes 20. Juin. 1932 Gaz. Pal. 1932. 2. 516
(JESSERAND'dan naklen a.g.e. Sh: 406)

1) Birinci fark hakkın suiistimali için sübjektif bir hakkın bulunması şartı olduğu halde kanuna karşı hilenin âmme hukuku sahasına taallük eden yetkiler vasıtasile de yapılabileceği idi. Bu fark hakkın suiistimalinin objektif telâkkisi esas olarak alındığı zafnan ortadan karkar. İdari selâhiyetlerin dahi verilme-lerine âmil olan maksatlara aykırı istimalleri keyfiyeti “selâhiyet saptırılması = *détournement de pouvoir*., medenî hukuktaki hakkın suiistimali mefhumunun idare hukukundaki karşılığını teşkil eder, ve JOSSERAND’ın teşbihi veçhile bu iki mefhum aynı kökten çıkan iki dal gibidir [19]. Keza Devletler Hukukunda dahi hakkın suiistimalleri hallerine rastlandığı iddia edilir. Yani devletlerin âmme hakları da suiistimal konusu olabilir [20]. Bu itibarla fark artık bahis konusu olmaz.

II) İzzar neticesine gelince: Bir kimsenin hakkını suiistimal etmesi neticesinde bir hak sahibinin zarar görmüş olması keyfiyeti acaba bu mefhum için esaslı bir unsur değil midir? Burada ızzar niyetinden değil mutazarrır etme neticesinden bahsettiğimizi tekrar hatırlatalım. İzzar niyeti olmadığı halde bir hakkın istimali neticesinde bir başkasına zarar verilir ve verilen zarar, edilen istifadeden kıyaslanamayacak kadar büyük olursa bu hareket tarzı dahi bir suiistimal teşkil eder. Fakat ortada hiçbir zarar yoksa gene bir hakkın suiistimalinden bahsedilebilir mi? Hakkın suiistimali mefhumu esas itibarile hukukî mesuliyet sahasında faile bir tazminat mükellefiyeti tahmil edebilmek için icat edilmiş değil midir? Ortada tazmini mucip hiçbir zarar yoksa bu istimale gene bir suiistimal den- bilir mi?

Filhakika bu cihet şimdiye kadar lâyıkile tebarüz ettirilmemiştir. Objektivist nazariyede umumiyetle “ızzar niyeti., nin esas olmadığından ve bu niyet olma- dan da bir suiistimalin meydana gelebileceğinden bahsedilmiştir. Fakat ortada hiçbir “zarar., yoksa, ızzar edilen hiçbir muayyen süje yoksa gene hakkın sui- istimali meydana gelebilir mi? Bu hususta hiçbir sarahat yoktur.

Bu noktada JOSSERAND’da ancak şu tefrike rastlanıyor: “... Hem bir hakkın gayesinden saptırıldığını hem de bir zararın vukuunu isbat lâzımdır. Gayeden saptırılma yoksa suiistimal yoktur, ve zarar yoksa tazmin yoktur., [21]. Fakat (zarar yoksa suiistimal de yoktur) denmiyor yahut (zararın olmanasına rağmen suiistimal vâki olabilir) tarzında da bir kayıt yoktur. Bu nokta üzerinde dürmamız objektif manadaki hakkın suiistimali mefhumu ile kanuna karşı hile arasındaki esaslı bir farka temas etmek istemişimizdendir. Bu farksa ancak “hakkın suiistimalinin ızzar neticesinden mücerret olarak tekevvün edemeyeceği., hükmüne dayanır. Eğer bu hükmü veremezsek yani müşahhas süjelerin ızzarı hali olmadan dahi hakkın suiistimalinin tekevvün edebileceğini kabul edersek

[19] JOSSERAND - a.g.e. Sh: 259 No. 193

[20] POLITIS - Sur le problème de la limitation de la Souveraineté et la théorie de l’abus des droits dans les rapports internationaux.

[21] JOSSERAND - a.g.e. Sh: 360

iki mefhum arasındaki bu esaslı kıstası da kaybetmiş oluruz. Filhakika burada objektivist görüşün başka bir telâkisi daha ortaya atılır. Mutlaka sübjektif hakların yani umumiyetle müşahhas hak süjelerinin hak ve menfaatlarının ihlâli şart değildir. Bir hakkın istimalinde mücerret âme varlığının, bizzat sosyal düzenin de zarar görmesi onu suiistimal olarak telâkki ettirebilir: *Abusus legis*. İşte bu bakımdan kanuna karşı hile yapılması, kanunun temsil ettiği ve koruduğu sosyal varlığın maddî veya manevî bir zarar görmesi manasına gelir ki bu takdirde kanuna hile halleri tamamen birer hakkın suiistimali gibi telâkki edilebilirler.

Netekim 1928 yılında kanuna hile meselesini ele almış olan LİGEROPOULO bir gün gelip hakkın suiistimali nazariyesi hukukî münasebetlerin cümlesine teşmil ve tatbik edilecek umumî bir nazariye halini alırsa bunun kanuna karşı hile ile tam bir ayniyet arzedeceğini söyler. "... Bu neticeye erişildiği zaman biz bütün hallerde kanuna karşı hilenin hakkın suiistimali ile aynı şey olduğunu ve hakkını kullanan süje bakımından değil, fakat, suiistimal ile ruhu ihlâl edilmiş olan kanunun süjesi bakımından ele alınan bir hakkın suiistimalinden ibaret olduğunu beyan edebiliriz,, [22].

Esasen aynı müellif kanuna hile halerini iki gruba ayırır:

1 --- Âmir mahiyette olan bir hükmün başka bir kanun hükmüne iltica edilerek ihlâli.

2 --- Âmir bir hükmün pek mutlak bir şekilde kaleme alınmış olmasından bilistifade kasten dar tefsir edilerek ihlâli.

İşte müellif bu ikinci nevi kanuna karşı hileler ile hukukî mesuliyet sahasına maksur olan ve sübjektif kıstaslara dayanan hakkın suiistimali arasında tam bir muadelet görür. Fakat bunun dışında kalan hileler hakkında şu ihtirazi kaydı dermeyan eder: "Fakat, sarih kanun hükümlerini ihlâlden ibaret olan birinci nevi kanuna hile, hakkın suiistimalinin dışında kalır. Filhakika bunun ilk neticesi cemiyete iras edilen manevî neviden bir zarardır ve bundan tevellüt eden içtimai sarsıntının tenkilini, 1382 nci madenin anladığı manada bir tazminat olarak kabul etmek pek cüretkârane olur,, [23]. Müellif her iki nevi kanuna hilenin de hakkın suiistimali mefhumu ile izah edilebilmesini, bu ikinci nazariyenin biraz daha inkişaf etmesine bağlı tular. Yirmi yıllık bir tekâmül devresinden sonra aynı mevzuu ele alan JOSSERAND eserinin 1939 tab'ında kanuna karşı hileyi hakkın suiistimalinin bir nevi gibi gösterir ve onunla tarif eder: "Bir âme intizamı kadesini inhiraf ettirmeye matuf bir muamele, suiniyet ve hilekârlık sebeble

[22] LİGEROPOULO - a.g.e. Sh: 146

[23] LİGEROPOULO - a.g.e. 50.

bize hakkın suiistimalinin her türlü ızzar kastından mücerret olan bir nümunesini daha arzeder... ve umumî bir tarzda kanunu aldatmak isteyen bütün bu kimseler, âmir hükümleri muhtelif yollarla bertaraf etmek isteyen bütün bu fertler, asla herhangi bir kimseye zarar iras etmek niyetinde değillerdir. Onların temin etmek istedikleri şey bizzat kendi menfaatlarıdır, ve fakat bunu temin için caiz olmayan yollara müracaat ettiklerinden bu hal onları kanuna karşı aşî durumuna düşürmektedir: Bizim müesseselerimizle açık veya gizli bir mücadele halinde oldukları halde mezkûr müesseselerin ruhuna sadık kaldıklarını iddia edemezler. Onlar bu müesseseleri istimal etmiyorlar belki suiistimal ediyorlar ve bu hal şu veya bu şekil altında herhangi bir müeyyideye maruz kalmadıdır., [24].

JOSSERAND, zikrettiğimiz pasajları hakkın suiistimalinde mutlaka bir ızzar kastı aranmasına lüzum olmadığını belirtmek için yazmış ve neticede ızzar kastından arî olan suiistimal halleri de vardır ve bunlar kanuna hile teşkil eden muamelelerdir demiştir. Bundan başka bu müellif eserinin, hakkın suiistimalinin pratik hayattaki tatbikatına tahsis ettiği birinci bölümünde kanuna karşı hileyi hakkın suiistimali nazariyesinin devletler hukukundaki tatbik şekli olarak göstermektedir [25]. Keza POLİTİS'de aynı fikri müdafaa etmiştir [26]. Görülüyor ki objektivist Fransız doktrini bu iki mefhumu birleştirme temayülünü göstermektedir. Yalnız dikkati çeken bir cihet vardır ki ızzar kastından arî suiistimal misali olarak yalnız birkaç kanuna hile hali ve gene yalnız Devletler hususî hukuku sahasında birkaç misal zikredilmektedir. Şu halde dahili hukuktaki kanuna hile halleri hakkında ne söylemek lâzımdır? Dahili hukukta öyle misaller vardır ki içtihatlar bunlara hakkın suiistimali damgasını vuramamıştır. Bunlar hakkında "doğrudan doğruya yapılması men edilen bir şeyin dolayısıyla yapılamayacağı., veya "falan âmir hükümden kaçmaya matuf bir hareketin tecviz edilemeyeceği., yahut "hilenin her şeyi bozacağı., vesaire şeklinde izahlar yapılmış fakat hakkın suiistimalinden bahsedilmemiştir. Yani dahili hukuktaki içtihatlarda "hakkın suiistimali., mefhumu ile "kanuna hile., mefhumu bir müddet yan yana yaşamış ve biri diğerine irca edilmemiştir.

Bu itibarla kanuna karşı hile halleri hakkın suiistimali nazariyesi içine sokulduğu zaman dahi gene diğer suiistimal hallerine nazaran kendi aralarında bazı hususiyetleri dolayısıyla bir vahdet arzetedirler. Filhakika sübjektif hakkın suiistimali telâkkisile yaptığımız mukayesenin III, IV, üncü bentlerinde mevcut olan farklar gene bâkî kalmaktadır. Yani hakkın suiistimalinin birçok hallerde samimi bir istifade niyetiyle yapılmaması ve hakların mutlak tefsirleri

[24] JOSSERAND - a.g.e. No. 274, Sh: 372

[25] JOSSERAND - a.g.e. Sh: 269

[26] POLİTİS - a.g.e. Sh: 91

esasına dayanılmasına mukabil kanuna hilede daha ziyade failin kendi ciddi bir menfaatını temin için âmîr bir hükümden hileli bir şekilde kaçması gibi farklar gene mevcuttur. Şu halde netice olarak bu iki mefhum arasındaki farkı (hakkın suiistimalinin en geniştelâkkisi esas alınarak) şematik bir şekilde göstermek istersek şöyle bir mukayese yapabiliriz:

Hakkın suiistimali:

Gayesinden inhiraf ettirilen şey bir hak veya yetkidir.

Bu suiistimalden bir başka müşahhas hak sahibinin hak veya menfaatları haleldar olmuş veya kendisi için kuvvetli bir zarar ihtimali doğmuştur. Zira hiç kimseyi ilgilendirmeyen bir istimal olsa olsa keyfi bir istimaldir ve bundan doğan sosyal zarar hukukî mesuliyet sahasındaki ölçülerle takdirî kabil bir zarar addedilemez. Ortada müşahhas bir zarar olmadığı halde ve müşteki bulunmadığı halde bir hakkın suiistimalini araştırmak ferdi vicdanlara müdahale teşkil eder. Tatbikatta durum ancak müşahhas hak süjelerinin menfaatlarının haleldar olması hallerine inhisar ettirilmiştir.

Kanuna karşı hile:

Inhirafı bahis mevzuu olan şey bir kanun hükmüdür, ve bu inhiraf bir başka maddeden kaçmak için yapılmıştır.

Bu muamelelerden başkalarının meşru menfaatları bazen haleldar olabilir. Fakat bu hal tâli bir neticedir. Asıl ihlâl ve tecavüz bizzat kanun koyanın iradesine ve onda teecessüm eden âmmeye karşıdır. Hiç kimse mutazarrır olmadanda kanuna hile tekevvün edebilir, esasen bunun saiki başkasını ızzar değil, failin kendi menfaatını temindir. Kanuna hileden müteessir olan varlık kanun otörtfesi ve bizzat sosyal nizamdır ki bu teessürü ve sarsıntıyı "zarar," olarak tavsif edemeyiz. Kanuna hilenin, bir maddenin mutlak tahrir tarzına istinatla yapılan nev'i hakkında hakkın suiistimalile olan benzerliklerin daha fazla olduğu söylenebilir. Ancak bu hallerde de mutazarrır olan müşahhas bir menfaat sahibi yoksa hakkın suiistimalinden bahsedilemez.

Hülâsa olarak diyebiliriz ki hakkın suiistimali iki unsurdan tereküp eder:

1 — Bir hakkın sosyal gayesinden inhiraf ettirilmesi.

2 — Bu inhiraftan muayen menfaat sahiplerinin mutazarrır olması. Zira pratikte bu ikinci unsur olmadan hakkın suiistimali halleri tesbit edilememektedir. JOSSERAND'ın hakkın suiistimali olarak gösterdiği kanuna karşı hile hallerinin kısmı azamında bu hileden mutazarrır olan müşahhas hak sahipleri görülmektedir: Karısının tabiiyet değiştirip boşanmasından müteessir olan koca

gibi. Filhakika böyle mütesep hakları ihlâl edici mahiyetteki hilelerde, kanuna hile nazariyesine gitmeye hacet kalmadan “mütesep hakların ihlâli,, mefhumu ile iktifa edilebileceğini evvelce işaret etmiştik. Böylece kanuna hile nazariyesi gene kendisine tahsis edeceği bir sahayı mahfuz tutmaktadır: Ortada mutazarrır olan bir kimse olmadan hukukî normların inhiraf ettirilmelerinden mütevellit sosyal sarsıntuları giderme sahası yani evvelce de tekrarladığımız gibi âmir hükümlerin nihai bekcılığı.

B) Mütavassıt veya mefhum hakkında müsbet metinlere sahip sistemler:

Bu grupun da iki tâli kategoriye ayrıldığına işaret etmiştik:

a - Niyete dayanan sistemler: Alman Medenî kanunu 226.

b - Hakkın gayesine dayanan sistemler: İsviçre ve Sovyet Rûsya.

a - **Alman hukuk sistemi:** Fransız hukukunda yaptığımız tâli tasnifte sübjektif unsur etrafında toplanan dar telâkkinin bir başka kopyasını teşkil eder. Hatta nazariye kanunî bir şekil aldığından içtihatlar tarafından genişletilmeğe demüsaıt değildir. Yani sübjektif Fransız sisteminden dahi daha dardır. Ve 10 senede üç dört defa tatbik edilebilmiştir. Çünkü eğer bir hakkın istimalinde en ufak bir menfaat dahi bulunsa bu istimal kanun metnine göre bir suiistimal olarak telâkki edilemez. Zira kanun, bir hakkın gayrı ızrardan başka gayesi olmayan istimalini kanun himaye etmez, demektedir. (Alman Medenî kanunu mad: 226) Böylece failin bahane olarak ileri süreceği en cüz’î bir istifade maksadı karşısında birçok suiistimaller müeyyideden kurtulacaktır. Bu madde tatbik kabiliyeti pek az olan bir hükmü ihtiva eder. Şu halde kanuna karşı hile ile Alman hukukundaki hakkın suiistimali mefhumu arasında evvelce sübjektif nazariye dolayisile zikrettiğimiz farkların cümlesi ve daha kat’î olarak mevcuttur.

b - **İsviçre ve Sovyet hukuku:** İsviçre Medenî kanununun 2 nci madesinin 2 nci fıkrasında “bir hakkın aşıkâr suiistimalini kanun himaye etmez,, demektedir. Görülüyor ki bu mefhum ızrar niyetinden kat’î surette tecrit edilmiştir. Ancak ızrar ihtimali veya neticesinden de tecrit edilip edilmediği hakkındaki mülâhazalar, Fransız hukukunun objektivist telâkkisi hakkında olduğu gibi kanaatımızca burada da varittir.

Netekim İsviçre şarihleri kanunun bu fıkrasında tamamen objektif bir kıstas kabul edilmiş olduğunu yani bir hakkın gayetinden inhiraf ettirilmesi, hudutlarının dışına çıkılması kıstasının ele alındığını kabul etmekle beraber ortada hak veya menfaatlarında mutazarrır olan bir mağdurun vücudünü de şart koşmuşlardır. “İkinci maddenin 2 nci fıkrasındaki esas hareket noktası sübjektif

unsur değildir. (suiistimal niyeti), belki tamamen hakkın, kanunî himayeye lâyık bir menfaatin takibine matuf olmaksızın hüsnüniyet kaidelerine muğayir bir istimalinden ibaret olan objektif unsurudur. Davacı, bundan başka, hasım tarafın hakkını suiistimal etmiş olmasının kendisine bir zarar ıka ettiğini de isbatla mükelleftir. Zira zararın vücudü ikinci maddenin 2 nci fıkrasının atabik kabiliyetinin esaslı şartlarından biridir [27]. Keza "ızrar kastını isbat zarurî değildir. Bir hakkın suiistimalinden mağdur olan kimséye terettüp eden bütün beyyine külfeti; suiistimalin aşikâr olduğunu ve bundan tevellüt eden zararın vukuunu isbattan ibarettir [28]. İsviçre hukukuna göre hakkın suiistimalinin mevcut olabilmesi için tahakkuku aranan şartlar meyanında şunlar zikredilmektedir: 1) Haksızlığı iddia edilen fiil kesin bir hakka dayanmalı yâni zahiren bir sübjektif hakkın istimali gibi görünmeli, 2) Bu hakkın istimali başkasını tehdit etmeli veya borçlar kanununun anladığı manada ister maddî ister manevî neviden bir zarara maruz bırakmalı, 3) Hakkını kullandığını iddia eden kimsede kanunen himayeye lâyık hiçbir türlü menfaat bulunmalı. [29].

Görülüyor ki Fransız objektivist ekolü hakkındaki mülâhazalarımız İsviçre hukukunda da aynen vâridir. Yalnız yeni bazı şarihler kanuna karşı hileyi hakkın suiistimalinin bir nevi olarak göstermeye mütemayildirler, [30] ve bunu evvelce de işaret ettiğimiz gibi objektif hukukun suiistimali olarak ele alırlar. Netice itibarile evvelce söylediğimiz gibi kanuna hile hâli hakkın suiistimali nazariyesi içine sokulsa bile, hem borçlar kanununun anladığı manada bir zarar verme ihtimali veya neticesinden âri olmak, hem de esasen herhangi bir müşahhas hak sahibi aleyhine tevaccüh etmemek bakımından gene bazı esaslı hususiyetleri muhafaza etmektedir.

Federal mahkeme bazı kararlarında hem hakkın suiistimali hem kanuna hile tabirlerini birlikte kullanmıştır [31]. Bazı kararlarında kanuna hile halleri hakkında yalnız hakkın suiistimali tabirini kullanmıştır [32]. Fakat birçok hal-leri de doğrudan doğruya ve sadece kanuna hile olarak tavsifle iktifa etmiştir

[27] ROSSEL et MENTHA - Manuel du Droit Civil Suisse. I. Sh: 66. 68

[28] ROSSEL et MENTHA - Manuel du Droit Civil Suisse. I. Sh: 67

[29] CURTI et FORRER - Commentaire du Code Civil Suisse. 1912; Sh: 6

[30] EGGER - Serh: Madde: 2 Not: 38

[31] F. M. K. 64 II. 361: "İktisaden tasfiye edilmiş olup da hukuken henüz münfesiht olmayan bir anonim şirketin kisvesinin satın alınması batıldır. (B.K.20). Böyle bir muamele AGERE IN FRAUDE LEGIS., dir. Zira iktisaden tasfiye edilerek işletilmekte olan bir anonim şirketin ticaret sicillinden terkinin lazımdır. Böyle bir kisvenin satın alınması terkin mükellefiyetini ihlâl etmektedir ve bu aynı zamanda anonim şirket müessesesinin bir suiistimali ve anonim şirkete müteallik kuruluş hükümlerinden bir kaçınma tegebbüsü mahiyetindedir...

[32] F. M. K. 2. 138: "Call evlenmeler hakkın aşikâr suiistimali yüzünden M. K. 2/2 gereğince hükümsüzdür. Zira bu şahsiyet haklarından birinin (evlenme hakkının) suiistimali demektir..

[33]. Şu halde İsviçre hukuku bakımından kanuna hileye hakkın suiistimalinin hususî bir nev'i denebilirse de bu nev'in esaslı hususiyetleri olduğunu unutmamak lâzımgelir. Pratikte böyle bir temsilin faidesi daha ziyade hâkime ikinci maddenin ikinci fıkrası gibi müsbet bir metne istinat imkânını vermesidir. Mamafih müeyyide bahsinde göreceğimiz gibi İsviçre Medeni kanununun birinci maddesinin hâkime tanıdığı geniş takdir hakkı varken sırf müsbet bir müeyyide metni temin etmek için kanuna hileyi mutlaka hakkın suiistimali kavramına ircaa çalışmak lâzımgelmez. Zira evvelce de kaydettiğimiz gibi bazı müşahhas menfaatların ihlâli veya tehdidi hallerinin dışında bu hakkın suiistimali maddesini tatbik pratikte hayli zor olacaktır. Kanuna hile teşkil eden bir muamelenin failine "Sen bu hareketinle aşikâr şekilde hakkını suiistimal ettin,, dendiği zaman bu muamelenin faili "ben hareketimle tamamen hukukî kaidelere uygun hareket ettim, böyle hareket etmediğim iddia ediliyorsa buna nereden hükmedildiğini de bilmem lâzımdır. Hareketimin ne zararı olmuştur. Yoksa ahlâk ve adaba mı aykırı davrandım?,, diyebilir. Bunların hiçbirinin bahis konusu olmadığı fakat kendisinin kanun vazîinin maksadına aykırı hareket ettiği iddia edilirse bu iddiaya ancak ve ancak kanuna hile memnuniyetinin gerekçesi mesned teşkil edebilir. Hakkın suiistimali değil. Zira bu hak, sahibi için büyük bir menfaat temin edici ve vasitasız olarak hiçbir kanun hükmünü ihlâl etmeyişi ve hele hiç kimseye de zararı dokunmayışı bakımından adeta tamamen hüsnü istimal edilmiş gibi değil midir? Hatta bu bakımdan kanuna hile olsa olsa ikinci maddenin birinci fıkrasına yani objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler grubuna girebilir. Vakıa bunun ikinci fıkranın bir müeyyidesi olduğu söylenecektir. Fakat bu iki fıkranın tatbik sahaları arasında bazı farklar olduğu da bir hakikattir.

Sovyet Hukuk sistemine gelince: Bu hukuk sistemi Garp Hukuk sistemleriyle mukayese edilemeyecek kadar nev'i şahsına münhasır bir sistemdir. Nettekim Ferit Hakkı SAYMEN haklı olarak aynı noktaya işaret etmiştir [34]. "Bazı hukukçular yukarıda zikredilen maddeyi [35] hakkın suiistimaline vaz edilen tahditler gibi tefsir etmek yani ferdin haklarını istimal hususunda haiz olduğu hürriyetin bazı şartlara tabi bulunduğunu anlatmak istemişlerse de, Sovyet vazii kanununun mezkûr maddeyi bu maksatla vaz etmediği ekseri hukukçular tarafından kabul edilmiş ve şu fikir galip gelmiştir: Haklar devlet tarafından himaye görür, fakat ferdin faaliyet ve istihsal kudretini devlet ve mahkemeler umumun menfaatinı ve devletin istihsal kudretini arttıracak bir tarzda kullanmakta olup olmadığını kontrol eder. Bir müellifin söylediği gibi Sovyet Rusya'da haklar nisbî olmayıp, hakların himayesi nisbî bir mahiyet arzeder...

[33] F. M. K. 9. 222: "Ehliyetsiz avukatların takip maksadile matlup temellükleri kanuna hiledir...

F. M. K.: 56. 2. 197: "Kanunî bir hükmü bertaraf etmek maksadile vâkı itimada müstenit muameleler muteber değildir...

[34] F. H. SAYMEN - a.g.e. İstanbul Huk. Fak. 12. Sh: 1145

[35] SOVYET MEDENİ KANUNU Madde: 1.

Türk hukuk sisteminin yeri meselesi:

Malûmdur ki Medenî kanunumuzun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrası "bir hakkın sırf gayrı ızrar eden suiistimalini kanun himaye etmez,, şeklindedir. İsviçre metni ise "bir hakkın aşikâr suiistimalini kanun himaye etmez,, der. Demek ki arada bir fark vardır. İsviçre metnindeki "aşikâr,, tabiri "gizli,, nin mukabili değil belki "sarih,, , "söz götürmez bir şekilde,, yani "bir suiistimal olduğu herkes tarafından teslim edilecek şekilde,, manasına anlaşılmaktadır. Bizim kanunla olan farka gelince:

Evvelâ bu farkın nazara alınıp alınmayacağı meselesi üzerinde durmamız gerekir. İsviçre metni orijinal olduğuna göre bizim kanunumuzdaki inhiyafların ancak bir kasta mukarin olmaları yani sureti mahsusada menşe kanundan ayrılma maksadile yapılmış olmaları halinde nazara alınması lâzımdır. Bazılarının fikrine göre Türk kanun vazininin bu farkı kasten yaratmadığı yani esas itibarile her noktada İsviçre metnine sadık kalmak azminde olduğu kabul edilmelidir. Şu halde bu fark ister tesadüfi olsun ister Alman Medenî kanununun metnine yaklaşmak ve mutavassıt bir yer işgal etme arzusile yaratılmış olsun her halde bu mesele üzerinde fikir yürütebilmek için bir hareket noktası teşkil etmektedir. Bu itibarla bu farkı şu veya bu şekilde izah etmeksizin İsviçre'deki durumun aynen bizde de mevcut olduğunu iddia etmek bilhassa hukuk tatbikatile meşgul olanları şaşırtaacak bir kıyasta bulunmak olur. Filhakika buhususta müellifler arasında bazı farklar müşahade edilir ki her şeyden evvel bunlar üzerinde durmak gerekir. Profesör SCHWARZ Türkçe metnin lâfzına sadık kalırsa bu fıkranın aynı maddenin "herkez haklarını istimalde ve vecibelerini ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir,, şeklindeki birinci fıkrasile tearuz teşkil edeceğini söyler. Yani ikinci maddenin ikinci fıkrasının Türk kanunundaki tahrir tarzının mefhumu muhalifinden şöyle bir netice çıkarmak mümkün olur ki bu netice aynı maddenin birinci fıkrasile telif edilemez: Bir hakkın sırf gayrı ızrar etmeyen suiistimali kanun tarafından himaye görür. Birinci fıkrada ise herkesin haklarını istimalde hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükellef olduğu kabul edildiğinden bu sırf gayrı ızrar etmeyen, yani aynı zamanda sahibine de cüz'i bir menfaat temin eden bir suiistimalin gene hüsnüniyet kaidelerine muhalefet bakımından müeyyideye maruz kalması gerekir. Böylece bizim kanunun ikinci fıkrası bu neticeye aykırı bir hükmü ihtiva eder. O halde bu fıkrayı bu mantukî tenakuz dolayısıyla aynen İsviçre'deki metnine göre tefsirimiz lâzımgelir. Filhakika profesör H. A. GÖKTÜRK'te bu fikirdedir [36]. Keza Profesör SCHWARZ bizim metindeki değişikliğin İsviçre Medenî kanunundaki fikirle Alman Medenî kanunundaki fikrin mezc edilmesi arzusuna atfedileceğini kabulle beraber neticenin

pek muvaffak olmadığını kabul etmiştir. Bu itibarla İsviçre metnine göre tefsir gerektiği fikrindedir [37]. Keza Ferit Hakkı SAYMEN ve Ahmet SAMİM de aynı tezi müdafaa ederler [38].

Meselenin Medenî kanunun neşrindenberi bizde nasıl telâkki edildiğini araştırdık. Mezkûr kanunun neşrini müteakip yayın alanına çıkmış olan şerhinde profesör Vasfi Raşit SEVİĞ: “Bu madde ile bir kimsenin hakkını zahir ve bariz bir tarzda suiistimal eylemesinden mutazarır olacaklar lehine (vesaiti adiyenin himayeye kâfi gelmediği ahvalde) hak ve adalete hürmeti temin eyleyecek bir nevi fevkalâde tarihi müracaat vücade getirilmiş oluyor,, demektedir [39]. Yani zimnen maddedeki farklı tercümeyle tashih etmektedir. Aynı senede neşredilen kanunu medenî rehberinde Gad Franko MİLÂSLI: “Bir kimsenin kanun namına yapacağı bir haksızlığa karşı bu madde hâkimin elinde bir silâhu müdafaaadır,,... “Kastı ızzar şart mıdır? Ekseriyeti ülema bu şartı aramıyorlar. Bunun için metnimizde (başkasını ızzar) hakkındaki kayda ihtiyaç yoksa da vaznı kanunlarımız **bu neticeyi daha kat’i bir lisanla söylemeyi tercih etmişlerdir.** Başkasını ızzar, hakkın suiistimalinden hasıl olabilen netayıçten biridir. Ancak suiistimalin sarih ve yalnız alâkadar nazarında değil, herkes nazarında açık olması kâfidir. Pek açık bir teseyyüp ve ihmâl bir hakkın suiistimali gibi telâkki edilebilir. Maabaza, müddei bu hareketinden bilfiil zarardide olduğunu isbat etmelidir,, [40]. Görülüyor ki yine maddedeki farklı tahrir tarzı asıl metne göre düzeltilmeye çalışılmıştır.

Kanunu Medeninın kabulünden üç yıl sonra profesör Mustafa Raşit BELGESAY bu fıkrayı “ızzar kastının aşikâr oluşu,, şeklinde telifici bir tarzda izah etmiştir [41]. “Hak suiistimal edilmiş olmak için failin gayrı ızzar maksadı açık olmak ve tarzı hareketinden anlaşılmaq lâzımdır. Kanunun kendisine bahşeylediği selâhiyeti istimal eden kimse bunda şeklen az veya çok bir istifadesi varsa hakkını suiistimal etmiş sayılmaz. Diğerini ızzar etmekten ibaret olan ve ancak haricen bu suretle kabiliizah olan muamelelerdir ki hakkın suiistimalidir,,. Fakat Sayın EBÜLULÂ MARDİN İsviçre ve Türk metinlerini mukayese ile, bizim metnin daha anelî, İsviçre metninin ise daha tavzihi mahiyette olduğunda karar kılmıştır. “Maksat bir emrivâkiden sonra vaziyeti tesbit olduğuna göre, Türk metni gibi meseleyi **kast-ızzardan tecrit ederek zararı umde ittihaz etmek kâfidir...** Bir kere bizim metinde **maksadı-ızzara kıymet verilmediği müstebandır.** Kaldı ki sarih suiistimal diyerek, zımnisinin vaznıkanu-

[37] SCHWARTZ - Medenî Hukuka Giriş. Sh: 196

[38] F.H. SAYMEN - Akid yapmak hakkının suiistimali İst. H. F. Dergisi VII. 1941 Sh: 546
A. SAMİM - Hukuku Medeniye Dersleri İst. 1928 Sh: 42 - 43

[39] Vasfi RAŞİT - Tabiiyeli Türk Kanunu Medenisi. 1926. Mad: 2

[40] Gad Franko MİLÂSLI - Kanunu Medenî Rehberi. 1926 Sh: 13

[41] Mustafa Raşit - Türk Kanunu Medenisi Şerhi II. nel tab'ı. 1929. Sh: 112

nun himayesinde bulunduğunu bilmem itirafa mahal var mı?... İsviçre metni gizli suiistimallerin himaye edildiğini işrab etmektedir. Bunlar vazıkanun nazarında himayeye mazhardırlar. Halbuki bizim metinde böyle çirkin ibham yoktur... Hakkın suiistimallerini kanunun himaye etmekte olduğu manası bizim metinden çıkarılamaz. Bizim metin, doğruca mıyyarı - maddiye temas etmiştir. Bu ise menfaat temin edilmediği halde gayrı ızrardır. Mevzuatımız üzerindeki tetkikatımız gösterdi ki, maksadı temin noktasından metnimiz daha umumidir. Manayı canlandırmak için İsviçre metni, daha vazıhtır, yani zımnî suiistimalleri himaye edecektir, yalnız sarıhler himayeden mahrumdur... İsviçre metninde ızrar kasdı yoktur. Kanun bir hakkın sarıh suiistimalini himaye etmez denmiştir,, [42].

Sayın EBÜLULÂ'nın Türk metninin, ızrar kasdına ehemmiyet vermeyip, belki ızrar neticesine önem verdiğini belirtmesi cidden yerindedir. Böylece hakkın suiistimali halinin tekevvünü için, hem bir hakkın normal gaye ve hudutlarının dışına çıkılması hem de bu dışa çıkma halinin bir başkası için zararı müeddi olması lâzımdır. Bu bakımdan kanunumuz her iki unsura da yer vermiş ve kendine göre bir yol tutmuştur. Bu bakımdan fazla tenkide müstahak bir durumda değildir. ve kanaatımızca bu fıkrayı behemahal İsviçre metnine göre tefsir zarureti yoktur. Esasen Sayın Hocam ARSEBÜK de iki kanun arasındaki farkın kale alınması gerektiği fikrindedirler [43].

(Sırf gayrı ızrar eden) kaydının mefhumu muhalifine girerek çıkarılan menfi neticeye gelince; bununla her halde sırf gayrı ızrar etmeyen yani aynı zamanda failine de herhangi bir menfaat temin eden suiistimallerin bu madde ile takibedilemeyeceği kastedilmek isteniyordur ki burada kendi metinlerinde mefhum hakkında bir sarahat bulunmayan hukuk sistemlerindeki sureti hallin yani bu istimal yüzünden faile temin edilen faide ile gayra ika edilen zarar arasında fahiş nisbetsizliğin bulunması halinin de bir kötü kullauma telâkki edilebileceği yolundaki prensibin bizde de tatbikine hiçbir mani yoktur. Bu basit bir nasafet icabıdır ve esasen aynı maddenin birinci fıkrası böyle bir nisbetsizliğin müşahadesi karşısında bu fiilin hüsnüniyete mukarin olmadığına hükmettirir.

Ancak bir tek nokta kalır ki o da İsviçre Medenî kanununu tahlil ederken münakaşa ettiğimiz gibi, hiçbir kimseyi ızrar etmeyen bir suiistimalin kabili tasavvur olup olmadığı hususudur. Hiçbir kimseyi ızrar etmeyen ve fakat bir âmir hükmün ruhunu ihlâl eden bir suiistimal tarzının İsviçre'de bu fıkraya sokulduğunu görmüştük ve kanuna karşı hile demek olan böyle bir istimalin hakkın suiistimali kategorisine sokulsa bile yine kendine has bazı vasıfları muhafaza ettiğini kaydetmiştik.

[42] MARDİNİZADE EBÜLULÂ - Hukuku Medeniye Dersleri. 1 inci tabı. Cilt I. 1 Sh: 188

[43] ESAD ARSEBÜK - Medenî Hukuk. Cilt I. 13

İşte İsviçre ve Türk metinleri arasındaki fark bu bakımdan ehemmiyetlidir.

İsviçre metnine göre kanuna kası hileyi hakkın suiistimali fıkrasına sokmak bazı tereddütlerle beraber kabildir. Fakat bizde imkânsızdır. Zira kimseye zararı dokunmayan, kimseyi şahsen müteessir etmemiş, şahsî menfaatlerinde haleldar etmemiş olan bir fiil için faile “senin hareketin sırf gayrı ızzar eden bir suiistimaldir., dememize imkân yoktur. Zira evvelâ ızzar edilen bir hak süjesi yoktur, saniyen failin bu hareketi ile nefsine temin ettiği istifade bu sıfır kıymetindeki zarardan kat kat üstündür. Zira zaten bu istifadeyi temin için kanuna hileye başvurmuştur.

Bu itibarla bizim metin ile asıl İsviçre metni arasındaki fark bir tesadüf bir zuhul eseri olarak telâkki edilip bu fıkrayı İsviçre metninin formülüne göre tatbik etmek şakki tercih olunursa bizde de kanuna hile halleri bu fıkranın şumulüne girecektir. Fakat kanaatımızca diğer nev’i hakkın suiistimalleri için değilse de kanuna hile halleri hakkında bizim bu metne istinadımız doğru olmaz zira:

Metindeki farkın bir zuhul eseri olduğunu Türk hâkiminin kabul edebilmesi için bu metnin ifadesinde bir mana aksaklığı sezmiş olması lâzımdır.

Halbuki mezkûr metinde bir manasızlık hissedilmiyor. Bil’âkis hakkın suiistimalinin bütün unsurları açıkça zikredilmiştir ve Türk kanun vaznı kendine has bir yol tutmuştur. Hatta bu bakımdan Alman kanunu (sırf gayrı ızzar saiki) üzerinde durmakla çok daha sübjektif bir ölçü kabul etmiştir. Bizde aranan ızzar kastı değil, ızzar neticesidir, ki bu da hakkın suiistimalinin kendisinden tefriki pek zor olan bir unsurdur. Netekim sayın EBÜLÜLÂ Alman ve Türk sistemlerindeki bu farkı belirtmiştir: “Bizim sırf tabirimizle Alman kanunundaki mücerret tabiri arasında fark vardır, orada mücerret tabiri, kastı ızzara ehemmiyet verildiğini gösterir [44]. Yani bizdeki sırf tabiri gayrı ızzar neticesine muzaftır. Bir hak o şekilde kullanılmıştır ki başkasını ızzardan başka bir netice doğurmamıştır.

Burada tabiatile tamamen tesadüfi bir zarar bahis konusu değildir. Fert evvelâ hakkını, normal gayesinden inhiraf ettirerek kullanmış olmalıdır. Yani ortada normal istimalden farklı bir istimal bulunmalıdır. Sonra bu farklı istimalden bir başka hak süjesi mutazarrır olmuş olmalıdır. İşte bu iki unsurun birleşmesiledir ki hakkın suiistimali keyfiyeti meydana gelir. Normal gayeden inhiraf keyfiyetinin behemahal gayrı ızzar kasma matuf olması şart değildir. Bu mesele üzerinde objektivist Fransız ekolünü tetkik ederken kâfi derecede durduğumuz için tekrar bu noktaya avdet etmeyeceğiz.

[44] Mardinî Zade EBÜLÜLÂ - Aynı eser Sh: 168.

Böylece kanaatımıza göre kanuna karşı hile hallerinin başka müşahhas fertleri ızzar etmemeleri halinde Türk Medenî kanununun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasıyla müeyyidelenmesi mezkûr fıkranın sarahatine aykırı düşer. Müeyyide meselesini incelerken, bu noktaya tekrar avdet edeceğiz.

Yalnız bu konuya tahsis ettiğimiz bölümü bitirmeden evel, bir hakkın başkasını ızzar kasd veya neticesinden mücerred olarak dahi suiistimal edilebileceğinin İslâm Hukukunda sarahatle kabul edildiğini kaydedelim. İslâm Hukukunun Hakkın Suiistimali bahsinde vardığı mertebe garp hukukçuları tarafından dahi kabul edilmiş bulunmaktadır. Haklar, Allah tarafından insanlara ne maksadla verilmişse ancak o maksadla kullanılmalıdır. Maksaddan inhiraf, gayrı ızzar etsin etmesin, daima bir suiistimal demektir. Bu itibarla kanuna karşı hile'nin islâmî ölçülere göre tamamen bir hakkın suiistimali addedilmesi gerekirdi. Fakat bu kadar inceliğe sahip ve gaye ve maksad fikrine bu kadar sadık bir Hukuk Sisteminde, kanuna hile mefhumu ile karıştırılan "Hile-i Şer'îye,, âdetinin nasıl yerleştiği ve nasıl suiistimal edildiği de hayreti ve merakı mucip bir olay teşkil eder. Bu mevzua bir nebze temas edeceğimizi kaydedelim. Fakat mesele üzerinde derinleşmek imkânına sahip olmadığımızı da hatırlatalım.

84 — Amme intizanı ve kanuna karşı hile:

1 — Amme intizamı mefhumu:

Amme intizamı mefhumu birçok manaları ifadeye elverişli olduğu için pek fazla kullanılır ve fakat hakiki mana ve hudutları kolayca çizilemeyen mefhumlardan biridir. Bu mefhum evvelâ iç hukukta doğmuştur. Fransız Medenî kanununun hazırlıyanlar bunu *Digeste*'in bazı parçalarından almışlardır. *Digeste*'de "Amme intizamına mütedair kaideler, tarafların hususî anlaşmaları ile ihlâl edilemezler,, denmektedir. (*Jus publicum privatorum mutari non potest*) [1]. Filhalka bu hüküm, *code civil*'in 6 nci madesinde ifadesini bulmuş, İsviçre ve Türk Borçlar kanununun 19 uncu madesinde de yer almıştır.

Devletler hususî hukukunda "amme intizamı,, mefhumu, medenî hukuktan alınmış olmakla beraber çok defa farklı manalara gelir. Eskiden, yabancı bir kanunun usulen tatbiki lâzımgelip te, bu tatbikin memleket kanunları ve hukuk telâkkisi bakımından çirkin düşeceği, bir nevi skandal teşkil edeceği kabul edilerek bundan vazgeçilmesi hallerinde bu kanunun "*odieux*,, veya "*scandaleux*,, olduğu söylenirdi. İşte bilâhare Fransa'da bu "*ordre public*,, mülâhazası bu "çirkin,, veya "ayıplanmayı mucip,, kavramların istihdaf etmiştir [2]. Bu gibi mülâhazaların vücudü, usulen tatbiki gereken yabancı kanunun tatbikine mani olur.

[1] L. 33, D. de pactis II. 14; (J. VALMRY - Manuel de Droit Int. Privé 1914. Sh: 569)
[2] LEREBOURS - FIGONNIÈRE - Précis de Droit International Privé. 1937. Sh: 302

Dahili Hukukta hangi hükümlerin âmme intizamından telâkki edileceği hususunda bir hayli münakaşa olmuştur. Müellifler ilk zamanlarda bütün âmir hükümleri âmme intizamından telâkki etmek istemişlerse de bilâhare bu telâkki-deki ifrat doğru görülmemiştir. PİLLET'ye göre kanun vaznı iki sıfatla kanun vazeder: Câmîadaki bütün ferdlerin mümessili ve hâmisi sıfatiyle, ve câmîadaki bazı durumları haiz münferid ferdlerin hâmisi sıfatiyle. İşte birinci sıfatla vazettiği hükümler âmme intizamındandır. Fakat kanun koyanın ayrıca muayyen hususî durumlardaki münferid ferdlerin menfaatlerini **himaye maksadıyla vazetmiş** olduğu öyle hükümler de vardır ki âmir mahiyette oldukları halde âmme intizamından değildirlir. PİLLET hangi hükümlerin âmme intizamından olduğunu anlamak için çift kıstas teklif eder. Acaba bu hüküm kimin menfaatına konmuştur? Bu hükmün tatbik edilememesinden kimler mutazarrır olur? Ve ikinci kıstasın birincisini tamamladığını söyler [3]. Âmme intizamından olan hükümler, tatbikinden bütün camianın faydalandığı ve ihlâlinden yine bütün camianın mutazarrır olacağı kanunlardır. Hülâsa bütün âmme intizamından olan kanunlar âmir mahiyettedir fakat âmir mahiyette olan her kanun âmme intizamından değildir. Biz bu mevzu üzerinde fazla duracak değiliz. Umumiyetle âmme hukukuna müteallik hukuk kaideleri ile, hususî hukukta yine umumun menfaati için konmuş olan şahsî hal, ehliyet, şekil, mülkiyet, bilhassa gayri menkul mülkiyeti ve üçüncü şahısların himayesi mevzularındaki kaideler âmme intizamındandır. Âmme intizamından olan bilcümle kaidelere karşı vâkı açık ihlâllerin müeyyidesi bu ihlâller (akit) şeklinde ise Borçlar kanununun 19/2 nci maddesile cezalandırılır. Dolambaçlı ihlâllerde (akit şeklinde veya başka suretle olan) âmir hükümlerin vasıtalı ihlâlleri sıfatile yine kanuna karşı hile mefhumu ile takip edilir.

Fakat "âmme intizamı,, ile "kanuna hile,, arasındaki yakınlık veya ayniyet meselesi iç hukukta değil, asıl devletler hususî hukukunda münakaşa konusudur. Bu itibarla dahili hukukta âmme intizamına mütedair hükümler, âmir hükümlerden olmakla, bunlara yapılan hileler hakkında yine bütün âmir hükümlere karşı yapılan hilelerden farklı bir durum takınılacak değildir.

2 — Mukayese:

Böylece âmme intizamı mefhumunun asıl rol oynadığı ve kanuna hile mefhumile bazen itibasa mahal verdiği saha Devletler Hususî Hukuku sahasıdır.

Şuna da işaret edelim ki Devletler Hususî hukukundaki âmme intizamı mefhumu, Dahili hukukteki âmme intizamı mefhumu ile aynı manada kullanılamaz. Mamafih bu meselede ayrıca münakaşa konusudur ve "dahili âmme intizamı,,

[3] PİLLET - Principes de Droit International Privé. 1903 Sh: 375
PİLLET - Traité pratique de Droit International Privé. 1923. I. 114

ve "beynelmilel âmme intizamı,, tefriki buradan çıkmıştır. Bazı müellifler bu tefrike taraftar değillerdir. Esasen bu mevzu başlı başına bir tetkik konusu teşkil ettiğinden üzerinde duracak değiliz [4]. Ancak şurası muhakkaktır ki iç hukukta âmme intizamından telâkki edilen hükümlerin cümlesi yabancılar hakkında onların milli kanunlarına vâki atıfları kale aldirmayacak şekilde tatbik edilmez.

Devletler hususî hukukunda âmme intizamının neden dolayı kanuna karşı hile ile bir yakınlık arzettiğine gelince; her iki mefhum da muayyen bir ihtilâf kaidesinin tatbikine bir istisna teşkil ederler. Herhangi bir husus hakkında, ihtilâf kaidesi A memleketinin mevzuatını selâhiyetli kıldığı halde, hadisede bir kanuna hile hali yahut bir âmme intizamına mugayeret durumu görülürse bu A memleketinin mevzuatı ihtilâf kaidesinin selâhiyetli kılmasına rağmen tatbik edilmez. Meselâ İtalyada boşanma davası açan Fransızların durumunu ele alalım. İhtilâf kaidelerine göre hâdise şahsî hallere taallük ettiğinden tarafların milli kanunu yani Fransız kanunları tatbik edilecektir. Fransız kanununa göre ise boşanma davası mesmudur. Şu halde tarafların İtalya'da boşanabilmeleri lâzımdır. Fakat âmme intizamı mülâhazası burada araya girer ve boşanma müessesesi İtalyan âmme intizamına mugayir olduğundan Fransız'lar hakkında kendi milli kanunları tatbik edilmez.

Diğer taraftan boşanma maksadile Fransız tabiiyetini ihraz etmiş olan iki İtalyan eş Fransız teb'ahına geçip Fransa'da boşansalar ve bilâhara tekrar eski memleketlerine dönüp orada başka kimselerle evlenmek isteseler İtalyan resmî makamları bu evlenmeyi icra etmeyecek çünkü artık Fransız teb'ası olmuş olan eski teb'alarının Fransa'da yaptıkları boşanmayı kanuna hile ile istihsal edilmiş telâkki ederek tanımayacaktır. Yani taraflar resmen Fransız ve hal itibarile bekâr (boşanmış) oldukları halde ikinci evlenmelerini yapamayacaklardır. Görülüyor ki her iki halde de Fransız olan kimselere ihtilâf kaidesinin sarih atfına rağmen şahsî hallerine müteallik meselelerde kendi milli kanunları tatbik edilmemektedir. Yani gerek kanuna hile gerek âmme intizamı itirazlarının tevhit ettiği netice aynidir. O halde bu iki mefhum da birbirinin aynı sayılabilir mi? Filhalkına bu fikirde olanlar vardır. Ezcümle BARTİN, PERROUD ve bithassa bu konuya tahsis ettiği tezinde LIENHARD aynı iddiayı ileri sürmektedir. Bunlara göre kanuna hile âmme intizamının bir nev'idir, bir tatbik şeklidir. Fakat doktrin büyük bir kısmı bu ayniyet iddiasına muhaliftir. Muhalif kalanlar bu iki mefhum arasındaki farklara dayanmaktadırlar. O halde bu farklar nelerdir? Bunları iki noktada toplayabiliriz:

[4] Tafsilat için bak:

W. LIENHARD - Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit interne et en droit privé international. 1935

Hfzı TIMUR - Devletler Hususî Hukukunda âmme intizamı. İstanbul 1941

NIBOYET - Manuel de Droit International privé. 1928 Sh: 524 - 570

VALERY - Manuel de Droit International privé. 1914 Sh: 566 - 583

Repertoire de Droit International privé - Cilt X.

a) Kanuna karşı hilede ihtilâf kaidesinin tatbikini icap etiren vakıa şartları sureti mahsusada tertip edilmiştir. Yani taraflar yahut bir tek fail, kendisi hakkında falan ihtilâf kaidesini tatbik ettirmek için muayyen bir mevzuat sisteminin hükmü altına girmek ister, ve buna muvaffak olduktan sonra artık otomatikman o ihtilâf kaidesi kendisine tatbik edilecektir. Fert tâbi olduğu muayyen bir hukuk sisteminin hem külfetlerine hem nimetlerine birlikte muhatap olmalıdır. Yoksa her hususî ihtiyacına göre kendisine en müsait olan hukuk sisteminin süjesi olma ya kalkışır, milletlerarasındaki tabî ve ciddi münasebetlerin tanzimi zarureti karşılama için konmuş olan ihtilâf kaidelerini kendi keyfine ve menfaatlarına hâdim bir alet derekesine düşürmüş olur. Kanun koyanlar bu kaideleri açıkğöz fertlerin istisamları için değil, milletlerarasında ki zarurî ihtiyaçların karşılanması için koymuşlardır. O halde bu gibi haller muayyen milli kanunlara karşı muayen ihtilâf kaidelerini gayelerinden inhiraf ettirmek suretile tertip edilen tipik hileleri teşkil ederler.

Halbuki âmme intizamında vaziyet bambaşkadır: İhtilâf kaidelerine göre tatbiki gereken yani selâhiyetli olan **kanunun muhtevası**, mahkemenin mensup olduğu devletin âmme intizamı telâkkisine muhalif olduğu için tatbik edilmez. Yoksa ortada kendisine bu selâhiyetli kanunun tatbikini isteyen ferdin herhangi bir kastı, bir hilesi, bir taksiri yoktur. Keza mahkemenin bu selâhiyetli kanunun tatbik etmeyişinin sebebi de ferdin bir hilesini muvaffak etmemek arzusu değil, bizzat bu yabancı kanunun muhtevasının mahkemenin mensup olduğu cemiyet için doğuracağı tehlikelere mani olmak kaygusudur.

b) Kanuna karşı hilede, umumiyetle hile mahkemenin kanununa karşı yapıldığı için mahkeme hileli bir surette kendisine iltica edilen yabancı kanununu değil, hileli bir surette kaçınılan kendi kanununu tatbik eder. Yani failin iltica ettiği kanunun muhtevasına bakmaz, bu yabancı kanun belki mahkemenin âmme intizamı telâkkisine aykırı değildir, ve kendisine normal şartlar içinde ve samimiyetle müracaat edildiği zaman mahkemece tereddütsüzce tatbik edilecektir. Meselâ yukarıda verdiğimiz misalde karısından evvelce ayrılmış olan hakiki bir Fransızın İtalya'da yeni bir evlenme yapmasına herhangi bir mani yoktur. Çünkü bu durum sun'î olarak kanuna hile ile kazanılmış değildir.

Görülüyor ki âmme intizamı, mahkemenin tâbi olduğu hukuk sisteminin kendi akidelerine muhalif yabancı hukuk hükümlerinin tatbikine karşı korunmasını temin etmektedir. Yabancı kanunu selâhiyetli kılan bir ihtilâf kaidesinin tatbiki, memleketin âmme intizamını sarsacaksa mahkeme bunu tatbikten çekinmekte haklıdır. Çünkü her hukuk nizamı kendisini korumak zaruretindedir. Demek ki âmme intizamını, muayyen bir hukukî nizamın, bir başka hukuk nizamının kendisi için tehlikeli olan hükümlerine karşı korunmasına yarayan bir alettir.

Halbuki kanuna karşı hile nazariyesi bilcümle âmir hükümlerin, ferdi zekâların kurnazlıklarile hükümsüz kılınmalarına karşı korunmasına yarayan bir vasıttır. Görülüyor ki kanuna karşı hilenin rolü âmme intizamı mefhumunun rolüne nazaran daha şümullüdür ve bu mefhum âmir hükümlerin daima en sonuncu müeyyidesini teşkil eder. Bu itibarla her iki mefhumu birbirine irca etmenin faydadan ziyade zararı vardır.

D — Kanuna karşı hilenin hukukî mahiyeti :

85 — Kanuna karşı hilenin unsurları: - Genel olarak -

Gerek dahilî hukukta gerekse Devletler Hususî Hukukunda kanuna karşı hile mefhumunun kendisine mahsus bir rolü olduğunu, kendisine yakın mefhumlarla olan farklarını tebarüz ettirmek suretile azçok belirtmiş bulunuyoruz. Şu halde buraya kadar yaptığımız tahliller sonunda kanuna karşı hile mefhumunun mahiyetini ve bazı mümeyyiz vasıflarını tesbit edebiliriz. Vardığımız netice şudur:

1 — Kanuna karşı hile, hükümlerin dolambaçlı bir ihlâlini teşkil ettiğinden **hukuka aykırı muameleler kategorisindedir.**

2 — Zahirî ve calî bir muamele olmayıp hukuken hüküm ifade etmesi istenen **gerçek bir muameledir.**

3 — Ne bizzat muamelenin kendisi, ne de yapılmasını mümkün kılan niyet gizlidir. Umumiyetle gizlenen cihet, muamelenin “niyeti,, değil belki “saikidir,, ve bu saik âmir hükümden kurtulma gayesine matuf olmakla **gayrı meşrudur.**

4 — Kanuna karşı hile **bilcümle hukukî muameleler** hakkında icat edilebilir. Hatta muayyen âmme makamlarının tasarrufları dahi hileli bir surette istihsal olunabilir. (Yani bu makamlar kendilerine yaptırılan muameleleri hangi saikle yaptırıldığını bilmeye bilirler) Hülâsa hukukun her sahasında bu maraz zuhur edebilir.

5—Kanuna karşı hilenin isbatında **tam bir delil serbestisi vardır.** Kanuna hilenin failleri yaptıkları muamelenin kanuna hile olduğunu iddia ile buna istinad etmeyebilirler.

6— Kanuna karşı hile behemahal bir **müeyyide** ile karşılanmalıdır. Bu müeyyide, hile ile erişilmesi murad edilen gayeye faili eriştirmemektir ibaret olmalıdır. Çünkü hukukî bir müeyyide hiçbir zaman bir medenî ceza demek değildir.

Kanuna karşı hile hakkında zikrettiğimiz bu hususiyetlere istinatla acaba bu halin tekevvün edebilmesi için ne gibi unsurların birleşmesi gerektiğini tesbit edebilir miyiz? Bu mefhumun tarifini yaparken bu meseleye bir nebze temas etmiştik. Filhakika mefhumun hususiyetlerinden istihraç edeceğimiz unsurlar o mahiyette olmalıdırlar ki mukabil olarak bu unsurlardan hareket ettiğimiz zaman tekrar bir kanuna hile halini inşa edebilelim. Yani bu unsurların bir araya gelmesi halinde behemahal ortada bir kanuna hile olduğundan bahsedebilelim.

Nazariye hakkındaki fikir ihtilâflarına temas etmeden bu unsurları şimdilik pek umumî bir şekilde ikiye irca edebiliriz.

1 --- Haddi zatında gerçek ve tamamen meşru bir hukukî fiil veya muamele.

2 --- Bu muamele ile muayyen bir âmir hükmün gayesinden kaçıp kurtulma vakası. Öyle ki aynı çeşit muamelelerin tekerrür ve taammümü halinde bu âmir hükmün tatbik sahasından fiilen kalkması neticesinin ihtimal dahiline girdiği kabul edilebilsin.

Birinci unsur bize kanuna karşı hile teşkil eden muameleyi bu nazariyeye başvurmadan hiçbir müsbet hukuk maddesile takip edemeyeceğimizi gösterir. Bu nazariyenin tatbiki ise muamelenin herhangi bir âmir hükmü tesirsiz kılma neticesini intaç edip etmeyeceğine bağlıdır. İkinci unsur nazariye hakkındaki en münakaşalı noktayı ihtiva eder. Biz bu unsuru izah ederken kasten “bir âmir hükmün gayesinden kaçıp kurtulma vakası., dedik. Yâni ne “bir âmir hükümden kaçma niyeti., gibi sübjektif bir unsur ne de “âmir hükmün alelîtlak ihilâli., gibi tamamen objektif bir unsur aramadık. Biz sadece netice olan vakia üzerinde durduk. Yâni meşru bir muamele ile öyle bir durum yaratılmıştır ki fail sanki falan veya filân âmir hüküm hiç isdar edilmemişçesine hareket imkânını kazanmıştır. Kısacası kendi hesabına bu âmir hükmü ilga etmiş gibidir.

Böylece bu meşru muamele, falan veya filân âmir hükmü sifıra irca etmek tedir, ve bu meşru muamele tipi taammüm ettikçe artık mevzubahis olan âmir hüküm kendisine bir tatbik sahası bulamayacaktır. Yani kanun koyanın bu iradesi, taammüm eden bu meşru muamele tipi neticesinde mutâ olmaktan çıkacaktır.

İşte ana hatlariyle ve her türlü fikir ihtilâflarının fevkinde müşahede edilen kanuna hile bu iki temel unsurdan terekkiüb eder. Şu halde nerede meşru muamelelerle herhangi bir âmir hükmün tamamen tesirsiz kaldığını müşahede edersek orada bir kanuna hile hali aramız lâzımdır. Son bir misal verelim: Pansiyonculuk sanatının ancak yurttaşlara tahsis edileceği hakkındaki herhangi bir kanun veya nizamname hükmü [1], yabancı tebaasından olan kimselerin bir gayri

[1] Bizde bu hususta 5. 2. 1942 tarih ve 1730 sayılı Vekiller Heyeti kararı ile 9. 8. 1942 tarih ve 9220 sayılı İç İşleri Bakanlığı tammimî vardır.

menkul satın alıp, müracaat eden kimselerle bir "hizmet akti., ve ilâveten bir "kira akti., yapmalarile tamamen bertaraf edilirse ortada kanuna karşı bir hile olduğu hakkında bir şüphe uyanması lâzımdır. Çünkü gayri menkul sahibi olan yabancı herhangi bir kimseyi evine kiracı olarak alacak ve onun yemek içmek vesaire gibi işlerinde hizmetkârı durumunda olacaktır. Bu vaziyet bir pansiyon aktinin bütün icaplarını tatmin eden, bir durumdur. Yani bir yabancı, kanunun men'ine rağmen fiilen ve hukuken bir pansiyon sahibinin durumunu kendisine temin etmiştir. Şu halde bir kanuna hileden bahsedilebilir. Yahut öğrencilerin nakil vasıtalarında muayyen tenzilâtlı tarifelerden istifade edeceğine mütedair bir hukuk kaidesini ele alalım. Asla öğrenci olmak niyeti taşımayan ve fakat öğrenci kaydedilebilmek şartlarını haiz olan kimselerin usulen bir kayıt muamelesile talebelik sıfatını resmen ihrazdan sonra esas maksud olan pasoyu istihşaf etmeleri hali bizi gene bir kanuna hileden şüphe etirebilir. Zira yapılan kayıt muamelesi usulüne uygun meşru bir idarî muameledir. Ve her kayıt olan talebeye samimiyetle tahsil edip etmemek niyetinde olduğu sorulmaz. O halde bu muamelenin meşruiyetine itiraz edemeyiz. Fakat yalnız talebe olanların tenzilâtta faydalanabileceği yolundaki hukuk kaidesinden hakikî talebe olmayanların istifade etmelerini de -eğer hukuk fikrine sahipsek- tecviz edemeyiz. Şu halde bu tecviz edilmeyen gaye için kendisine hiçbir vasıta ile dokunulamayan tamamen meşru bir kayıt muamelesi sayesinde kanuna karşı bir hile yapıldığından bahsetmemiz külliyyen abes bir şey telâkki edilemez. Keza sırf askerlik mükellefiyetini tecil imkânını kazanmak için yapılan öğrenci kaydı muameleleri de aynı mahiyettedir. Bütün bu misallerin hususiyetlerini ve gerektirecekleri müeyyidelerin nevelerini, isbat suretlerini ve imkânlarını burada münakaşa edecek değiliz. Esasen burada kanuna karşı hilenin hangi muhîtlerde aranabileceğini, ne gibi hâdiseler unsurlarının bizi bu mefhumu düşünmeğe sevk edeceğini belirtmek için misal vermekteyiz. Hülâsa bu gibi hâdiseler kanuna karşı hile için tabir caizse vaatkâr bir av sahası teşkil ederler.

Fakat en umumî hatlarla çizdiğimiz bu unsurlar incelenecek olursa birçok fikir ihtilâflarına rastlanır ki bunları müteakip paragraflarda tetkik edeceğiz.

• 86 — Aleyhine hile yapılan kanunun evsafı: (Dahilî hukukta)

• Burada kanun tabirinin kendilerine ittiba edip etmemek hususu fertlerin ibtiyarına bırakılmayan hilecümle hukukî kaideler manasına anlaşılması gerektiğini evvelce paragraf 10 da izah etmişik (Sh: 15). Fakat doktrinde kanuna hile tabirinin daha birinci kelimesinde, yani bu mefhumun ilk unsurunda dahi ihtilâf vardır. Müelliflerin bir kısmı yalnız âmme intizamına müteallik hükümler aleyhine, bir kısmı yalnız yasak hükümleri aleyhine, bir kısmı ancak ahlâkî vazifelerin müeyyidesini teşkil eden hükümler aleyhine, bir kısmı yalnız millî kanun

hükümleri aleyhine hile yapılabileceğini kabul ederler ve bu gibilerin hepsinde müşahade edilen müşterek cephe, hile nazariyesinin sahasını daraltma temayülüdür. Bunların alemlak her âmir hükümden kaçma halini hile olarak tavsiften çekimleri, nazariye aleyhine vâki bazı itirazları bertraf etmek kaygusile kabili izahıdır. Bunlara mukabil bazı müellifler alemlak her âmir hüküm aleyhine hatta yabancı kanunların âmir hükümleri aleyhine dahi hile yapılabileceğini kabul ederler. Bütün bu görüş ihtilâflarında üzerinde durulmaya değer fikirleri dört grup etrafında toplayabiliriz:

1 — Ancak ahlâki vazifelerin müeyyidesi mahiyetinde olan hükümler aleyhine hile yapılabileceğini kabul edenler.

2 — Ancak muayyen bir gayeyi men eden âmir hükümler aleyhine hile yapılabileceğini kabul edenler.

3 — Ancak gai tefsire müsait olan (yani dar tefsirle ıktifa lüzumunu belirtmeyen) hükümler aleyhine hile yapılabileceğini kabul edenler.

4 — Mevzu ne olursa olsun bilcümle âmir hükümler aleyhine hile yapılabileceğini kabul edenler.

1 — Ahlâki vazifelerin müeyyidesini teşkil eden kanunlar fikri:

Bu fikri daha sarıh bir şekilde ifade etmek icap ederse şöyle demek lâzımgelir: “Ancak ahlâki bir vazifeyi teyid eden hükümlerin aldatılmasıdır ki bir kanuna hile teşkil edebilir. Yoksa diğer âmir hükümlerden kaçmak mübah görülmemelidir,, Bu fikrin en ileri mümessilleri PLANIOL ve RİPERT’dir. Filhakika RİPERT şöyle diyor: “Kanuna karşı hilenin tatbikatını, bir şahsın âmir bir kanunu bertraf etmeye niyet ettiği bütün hallere teşmil etmek tehlikeli bir doktrin olurdu. Zira bu, hak süljelerinden, kanuna hangi saikle itaat ettikleri hakkında hesap sormaya varırdı. Kanuna karşı hile nazariyesi, ancak bu ıstılahla kendi ahlâki değeri verildiğ takdirde bir mana ifade eder. Kanuna karşı hile yapmak, onun tatbikatını kanunî bir vasıta ile bertaraf etmek demek değildir. Bu, kendisine hürmet göstermek vazifesile mükellef olduğu hallerde ona riyeti bertaraf etmek demektir,, [1]. “Biz, yapılmalarına saik olan niyet dolayısıyla tağyir edilmiş bulunan bütün hukuki muamelelerde bir o kadar da bir vazifenin icaplarından kaçma yollarını görmekteyiz,, [2].

Aynı müellif kanuna karşı hile nazariyesinin daha ziyade ahvali şahsiyeye müteallik meselelerde tatbik sahası bulduğundan bahisle, bunun, bu sahanın ahlâki vazifeleri teyid eden hükümlerle dolu olmasından tevellüt ettiğini söylüyor. “Filhakika bu nevi hukuki münasebetler içinde, bir hukuk kaidesi ihdası,

[1] RİPERT - La règle morale Sh: 345

[2] RİPERT - La règle morale Sh: 342

kanun vazınının keyfi bir eseri olmayıp çok defa, kendisine ihtiyarî olarak itaat edilmesi gereken bir ahlâk kaidesine kanun koyanın bir müeyyide bahşetmesi demektir. İctihat Fransız kanunlarına riayet edilmediği için ecnebî memlekette aktedilen her evlenmeyi iptal etmez. Ancak kendisine riayet edilmeyen Fransız kanunu, ifasından kaçınılmak istenilen bir ahlâki vazifenin müeyyidesi olduğu takdirde bu evlenmeyi iptal eder.,.

PLANIOL'de bu müellif ile aynı kanaattadır, ve ahlâki bir vazifenin teyidi mahiyetinde olmayan âmir hükümler aleyhine vâki hilenin hoş görüldüğüne dair içtihattan misaller vermekte, hatta kanuna karşı hilenin her âmir hükümden kaçınılması haline teşmilini takbih etmektedir.

“Hile nazariyesi; âmir olmakle beraber, bilhassa tabîi hukuk mefhumunu kabul edenler tarafından, ahlâki kaideleri teyid edenlere mukabil olarak sunî hükümler kategorisine (*lois artificielles*) ithal edilen hükümlerin de tatbikinden kaçınılması hallerine teşmil edilmek istenmiştir. İşte kanuna karşı hile nazariyesi bu şumullendirmeyi desteklemek için icat edilmiştir [3]. Fakat öyle hükümler vardır ki, dolambaçlı bir yol ile bunlardan kurtulmak tecviz edilir.

Hile, sadece kanunî bir hükmü bertaraf etmek niyetinden daha başka bir şeydir. Hile, niyetin icrası sırasında âmir bir vazifenin (*devoir imperieux*) tanınmamasını da istilzam eder ki bu takdirde (gayri meşru = *illicite*) mefhumuna her temasımızda ortaya çıkan “vazifelerin kıymetlendirilmesi ve aralarındaki silsilei meratip,, meselesi baş gösterir. Fakat, “ihlâl edilmiş bir vazifenin vücudü lüzumunu,, kabul etmek de, hile mefhumunu tenvir eder. Bu noktai nazarin kabulü ile artık içtihadın bertaraf edilmesine cevaz verdiği âmir hükümler dokunulmaz bir şey telâkki edilmezler. Fakat bil’akis bu görüş tarzı, hususî menfaatların (hile yapmamak suretile) feda edilmesinde bir vazife mahiyeti bulur, hatta umumî menfaattan mağdut olduğuna kani olduğu hususlarda bir nasafet ve adalet vasfı görür. İctihat, alacaklıların Fransız parasının düşmesine karşı kendilerini korumak maksadile koydukları şartları bu sebeple iptal etmiştir., [4]. Görülüyor ki PLANIOL ve RİPERT işin ahlâki cephesile ilgilenmekte ve kasıt unsuruna fazla ehemmiyet vermektedirler.

Bu görüş hakkında bir mülâhazamızı kaydetmek isteriz. Acaba yalnız başına hukuk nizamının âmir bir kaidesine itaat borcu bizatihi ahlâki bir vazife değil midir? PLANIOL’un işaret ettiği gibi burada bir “vazifelerin kıymetlendirilmesi ve aralarındaki silsilei meratip meselesi,, vardır. Ahlâk ile hukuk arasındaki münasebetin hududu ne suretle çizilirse çizilsin, “kanuna hürmet,, vazifesinin, mevzuubahis kanunun evsafından mücerret olarak, mutlak bir ahlâk borcu

[3] PLANIOL - et RİPERT - No. 347 Not: 1

[4] Yukarda No: 41 Sh: 79 (Rouen kararının gerekçesi 16. nov. 1922)

teşkil ettiğini unutmamak lazımdır. Kanun; isabetli veya isabetsiz olabilir, iyi veya kötü bir tarzda tanzim edilmiş olabilir. Bütün bu hususlar, ferdin ona olan riayet borcunu tahfif veya izale edecek bir sebep teşkil etmez. Kanunun bu gibi kusurları, olsa olsa, onun yine kanuni yollarla tadiline bir sebep teşkil edebilir. Yoksa fütursuzca ihlâl edilmesine değil. Bu itibarla, her âmir hükme riayet keyfiyeti, bizatihi bir ahlâk borcudur. Çünkü bütün hukuk sùjelerinin müştereken ve seyyanen riayetle mükellef tutuldukları bir kaideye herhangi bir sùjenin. kendisinde itaat etmemek hakkını görmesi, kendisine sebepsiz bir imtiyaz tanınması başlı başına bir gayrı ahlâkîlik teşkil eder. Bir kimse kanundan memnun değilse dürüst bir fert sıfatile yapacağı şey, bu kanunu yalnız kendisi hakkında değil, kendisi gibi durumdan memnun olmayan bütün fertler hakkında mutâ olmaktan çıkarmak, yani teşrii yollarla kaldırılmasına gayret etmekten ibarettir.

Bu bakımdan bir nevi "gemisini kurtran kaptandır,, düsturunu bir ahlâk düsturu olarak kabul etmemek lazımdır. Bu itibarla, kanunların âmir hükümleri arasında bu bakımdan bir ayırma yapmak fikrimizce ferdi ahlâk ile sosyal ahlâk mefhumlarını birbirine karıştırmaya varır. Sosyal ahlâk her şeyden evvel sosyal emirlere, herkesle birlikte ve herkesle aynı şekilde itaatı emreder. Emrin muhtevası ne olursa olsun. Tekrar edelim ki bu, emrin muhtevasını körü körüne kabul etmek demek değildir. Fakat bir emrin muhtevasını tenkit, ancak onun tebdili uğrunda çalışma hakkını verir. Yoksa ondan şu veya bu kaçamak yolu ile kurtulmak hakkını değil.

Böylece biz âmir hukuk kaidelerinin böyle bir tefrikine taraftar değiliz. Bizzat âmir bir hukuk kaidesi olmaları, kendilerinin yalnız hukuken değil ahlâken de mutâ olarak kabul edilmeleri için kâfidir.

Aksi takdirde, hele ahlâki kıymetlerin mutlak mahiyetlerini kaybettikleri bir devirde bu telâkkinin işi nereye vardıracağı kestirilemez.

Ahlâki telâkkiler bugün birbirinden pek farklı kaynaklardan ilham almağa başlamışlardır. Vakıa fertten ferde değişen bir sübjektivizm, ahlâk gibi sosyal bir nom düzeni için daima reddedilmelidir. Fakat muhtelif camiaların ve bilhassa muhtelif fikir sistemlerinin ahlâk telâkkilerindeki farklar bizi bir ahlâk rölativizmini -hiç değilse bir vakıa olarak kabule sevketmektedir. Vakıa muhtelif siyasi camiaların ahlâk telâkkileri farklı da olsa o camia içinde bir görüş tehalüfü kabul edilmeyeceğinden bu fark, nazariyemiz bakımından belki pek tehlikeli olmaz. Fakat muhtelif fikir sistemlerinin farklı ahlâk telâkkileri aynı cemiyette yaşayan ve fakat farklı fikir manzumelerine bağlı olan fertler yüzünden cemiyet için ne kadar tehlikeli ihtilâflar arzodebilir?

Bir kanun, otoriter prensiplerin ahlâk telâkkilerine tamamen uygun olduğu halde, liberal sistemin ahlâk görüşüne tamamen aykırı olabilir. Bu kanuna karşı yapılan hilede yargıç hangi ahlâk telâkkisine göre hükmedecektir?

Vakia bu ahlâki kıstası ileri sürenler derhal: ahlâk mutlaktır; ahlâkın iza-filiği bir safsatadan başka bir şey değildir, ahlâki prensipler zaman ve mekân şartlarından münezzehtir, diyeceklerdir.

Fakat bu fikirler bugün için kendilerine ciddi bir mesnet bulamazlar. Hiç değilse ahlâki kıymetlerin de bir tekâmüle tâbi olduğunu inkâr edemezler ve hiçbir taraf bu tekâmülün mutlak olarak kendi tercih ettiği istikamette olduğunu idia edemez.

Böylece bu tefrik, nazariyemizin tatbikini izafi bir kıstasa bağlı tutmakla bir tefrikten beklenen selâbeti haiz değildir.

2 — Ancak muayyen bir gayeyi men eden âmir hükümler aleyhine hile yapılabilir:

Bu fikirde olanların başında von TUHR, THİLO, OSER ve EGGER gibi İsviçreli ve Alman hukukçular gelir.

Von TURH'a göre:

“Kanun vazı bir akıtı men etiği veya batıl addettiği zaman, taraflar bazen kanunu bertaraf etmeğe teşebbüs ederler. Men edilen muamelenin yerine gizli bir yoldan aynı neticeye götüren başka bir akıtı yaparlar. Bu gibi anlaşma ve mukavelelerin muteberliğini takdir için, kanunî memnuiyetin tefsir veya kıyas yolu ile, tarafların icat ettikleri çarelere de şâmil olup olmadığını incelemek tâzıdır. Eğer memnuiyet, matlup olan neticeyi istihdaf ediyorsa, bu memnuiyet, yalnız sarahaten men edilmiş olan mukaveleye değil belki bu neticeye isal eden bütün diğer vasıtalara da tatbikolunur. Fakat kanunî memnuiyetin incelenmesi, bu memnuiyetin yalnız müşahhas ve muayyen bir hali istihdaf ettiği neticesine vardiüyorsa, kanun bertaraf edilmiş değildir. Şu halde muteber kalan muameleye memnuiyet sirayet etmeyecektir., [5]. Binaenaleyh hileye mevzu olan kanun maddesinin yalnız âmir olmasını değil aynı zamanda “muayyen vasıtaları değil fakat muayyen gayeleri men etmekte olmasını., aramak lâzımdır. Aynı fikrin bir başka temsilcisi olan THİLO da aynı fikirdedir. “Kanuna karşı hile âmir bir hükmün vücudünü istilzam eder. Kanunî memnuiyetin hukukî muamelenin muayyen bir şeklini mi yoksa bu muamelenin bizzat muhtevasını, neticeyi mi istihdaf ettiğini aramak lâzımdır. Birinci halde aynı hedefe isâl eden diğer bir akte müracaat meşrudur. İkinci halde ise bu gayeye issâl eden bütün çareler

[5] V. TUHR - a.g.e. Cilt. 1 Sh: 222. Esat ARSEBÜK Borç Hukuku 1. Sh: 359
EGGER - a.g.e. Madde: 2/2

memnudur. Meselâ kanun vaznı gayri menkul satışını resmî senede tâbi tutmuş-
tur. Bu, şekle matuf bir tahdittir. Yoksa bizzat satışın vâki olmamasını istihdaf
etmez. Bunun için aynı gayrimenkulü sermaye edinen bir şirketin hisse senet-
lerinin menkul satışına göre satılması caizdir ki böylelikle gayri menkul bir
başka yolla satılmış olacaktır., [6].

Bu görüş esas itibarile doğrudur. Kanuna karşı hile, muayyen âmir bir
hükümün istihdaf ettiği gayeden inhiraf ettirilmesi olduğuna göre herhangi bir
âmir hükümün gayesini araştırmak ve bahis konusu olan muamelenin bu gaye-
den bir inhirafı temin edip etmediğine bakmak doğrudur.

Ancak bu görüş hakkında da bazı mülâhazalarımız vardır. Bir kere yalnız
men edici hükümlere ve hatta yalnız muayyen gayeleri men edici olanlara mak-
sur olmak gibi bir darlığı ihtiva etmektedir. Kanun vaznının muayyen bir hükümle
mutlaka bir gayeyi mi yoksa vasıtayı mı men ettiğini aramak hali bizi tuhaf bir
duruma sokabilir. Bazen vaznı kanun bir şeyi men etmez. Fakat emreder, ve
bazen muayyen bir gayeyi men edip etmediği hükümün tahrir tarzından istihraf
edilemez. Çünkü muayyen bir gayeyi takip eden vaznı kanun bunu bazen emri bir
şekilde bazen de nehyedici bir tarzda ifade etmiş olabilir. Bu itibarla hileyi yal-
nız "yasak kanunları aleyhine yapılabilir bir hal., diye kabul etmek kanuna hile
mefhumunu bilâ sebep tahdit demek olur., Diğer traftan her kanun maddesinin
hukukî bakımından "bir emir kaziyesi olarak telâkki edilmesi gerekir., ve bu
emrin bir hikmeti bir "ratio legis., i vardır. Eğer kanun koyan gayri menkul
intikalini yahut kefaleti şekle bağlamışsa bundan bu gibi ehemmiyetli akitleri
yapanları ikaz etmeyi murad etmiştir. Kanun koyanın maksadı, muamele failini
akti yapmadan evvel teemmüle sevkettir. Şu halde şekle mütedair olan bu
âmir hüküm aleyhine vâki bir kaçmada kanun koyanın "vasıtayı mı, yoksa gaye-
yi mi., men ettiğini değil, belki bu meseleden mücerred olarak, failin bu hareketi
ile bu maddeden yani maddenin istihdaf ettiği gayeden kaçmayı mı yoksa sadece
maddedeki formaliteyi ihmal etmeyi mi murad ettiğini araştırmak lâzımdır.
Meselâ kefaletin şekle tâbiyeti âmir bir hükümdür. Matlup şekle riayet edilme-
mişse kefalet yok sayılır. Kanun vaznı kefilin başkasının borcunu icabında biz-
zat ödemeyi taahhüt etmeden evvel adamakıllı teemmül etmesini, düşünüp taşın-
masını ister. Onun için kefil olacak adamı teyakkuza davet zımnında tahriri
şekilde akit yapmaya mecbur eder. Şimdi şöyle bir hadiseyi tasavvur edelim.
Birbirile samîniyeti olan iki dost arasında şöyle bir muhavere geçiyor: Birisi
"acele paraya ihtiyacım var, fakat bir kefil göstermek lâzım kefalet muamelesi
uzun sürecektir sen bana bir vekâlet ver de seni kendime kefil yaptırırım biran
evvel iş olsun bitsin., diyor. Yahut bu kefaleti bir başka kimse için istiyor ve aynı

sebeplerle kendisinin kefalet aktini icraya vekil tayin edilmesini teklif ediyor zira vekâlet şekle tâbi olmayan basit bir muamele olduğundan yapılması daha kolaydır. Filhakika böyle bir teklife muhatap olan taraf aradaki dostluğun ve rıcayyen adap kaygularının tesirile bu teklifi kabul ediyor “vekilim ol ve namıma kefalet aktini yap,, deyiveriyor. Bunun üzerine tahriri şekilde usulüne uygun bir kefalet akti yaptırılarak dostunun veya onun tavsiye ettiği kimsenin kefilliğini bir vekâlet verme muamelesile üzerine almış oluyor. Bilâhare bu adamın kefalet borcunu ödemeye mecbur kalması halinde arkadaşının rica ve ibramına dayanamayarak böyle bir vekâlet vermiş ve neticede onun borcunu tekeffül etmiş olmaktan nâdim olduğunu tasavvur edelim. Şimdi “kefaleti tahriri şekle bağlayan hüküm bir gayeyi men etmemiştir. Yani “bir adamın diğerinin borcunu ödemesi,, neticesini men etmemiştir. Netekim bir adam bizzat bir diğerinin borcunu üzerine alabilir kendisine naklettirebilir. Ancak şifahi bir kefaleti yani kefalete vasıta olan yolu men etmiştir. O halde tarafların verdiğimiz misaldeki gibi şekle tabi olmayan bir vekâlet muamelesile bir kefalet aktini temin etmeleri muteberdir, diyebilir miyiz? Kanaatımızca böyle bir halde aranacak şey, yazılı şekli kefalet aktinin esas unsuru olarak tanıyan kanunun “vasıtayı mı yoksa gayeyi mi men ettiğini,, değil bizzat bu madde ile hangi gayeyi istihdaf ettiği ve bu maddeden inhiraf eden faillerin bu gayeyi ihlâl edip etmedikleridir. Hadisemizde adamı kefalet akti yapmaya bir nevi nezaket kaidelerinin icbarile sevk eden dostu kanuna karşı hile yapmıştır. Kanun kefalet aktinin yazılı şekle tâbi olmasile kefil olacakların basiretli hareket etmelerini temin etmek istemiştir. Gaye budur, yapılan el çabukluğu ise şekilsiz bir muameleyi vasıta ederek bu kolay vasıta ile doğrudan doğruya yaptırılması daha güç olan bir taahhüt senedini temin etmekten ibarettir, ve kanunun gayesini ihlâldir. Netekim bir hadisede Federal Mahkeme aynı şekilde karar vermiştir [7].

Keza biz THİLO'nun verdiği gayri menkul satışı misalini de bu zaviyeden tetkik edersek mesele başka türlü vaz edilmiş olur. Bu satışın resmî şekle tabiiyeti de esas itibarile muamele yapacakları ikaz gayesini güder. Kanun koyan nisbeten daha ehemmiyetli olan gayri menkul alım satımında âkitleri ihtiyata davet etmek ister. Onların için ehemmiyetini unutarak herhangi bir gayri menkul kıymeti kolaylıkla elden çıkarmalarına veya ani kararlarla herhangi bir sermayeyi gayri menkule yatırmalarına mani olmak hülâsa basiretle hareket etmelerini temin etmek ister. Halbuki bir gayri menkulü intikal harcıdan kurtarmak için şirket haline kalbedip aksiyonlarını satan âkitlerde böyle bir masumane gaflet veya düşüncesizlik hali değil, belki lüzumundan fazla kurnazlık edası sezilmektedir. Böyle bir hadisede fail gafil avlanmamış, belki, malî kanun vazını gafil avlamağa kalkmıştır. Yani kendi menfaatlarını Medeni kanun vazından daha

[7] F. M. K. 64 II. 229
63. II. 161

fazla düşünmüş hem mülkünü satmak hem de hazineye vergi vermemek istemiştir. Demek ki Medenî kanun vazının tarafları ikaz ve gayri menkul alım satımının önemine dikkat ettirmeye matuf olan gayesi ihlâl edilmemiştir belki bu gayeden de ileri gidilmiştir. Ortdaki ihlâl ise mali kanun vazının emrine müteveccihdir. Yani bu hadise Medenî kanun bakımından değil, olsa olsa mali kanun bakımından bir hile manzarası arzeder. Bu itibarla fikrimizce her âmir hüküm bir gayeyi istihdaf eder ve yapılacak şey bu gayenin ihlâl edikip edilmediğini araştırılmasından ibarettir.

3 — Ancak gai tefsire müsait olan (yani dar tefsirle iktifa lüzumunu belirtmeyen) hükümler aleyhine hile yapılabileceği fikri:

Konuyu tez mevzu olarak incelemiş olan Yunanlı profesör LİGEROPOULO kanuna karşı hile nazariyesinin ancak, vazın kanunun bu nazariyeyi tecvizine dair olan iradesinin, muhalif delillerle tekzip edilmemiş olduğu hallerde tatbik edileceğini kabul eder: “Hukukun muhtelif branşlarını ayırmadan aleltilak kanuna hile nazariyesi ele alınınca, her şeyden evvel vazın kanunun; hilenin müeyyidelenmesini istemeyen bir iradesinin mevcut olup olmadığı aranmalıdır. Zira bu yolda bir karine varsa tabiatile kanuna karşı yapılan bu hile müeyyidelenmez. Bunu tesbit için de her çeşit tefsir vasıtasına başvurulmalıdır. Bilhassa ihzari çalışmaların bu sadadaki önemi büyük olacaktır. Bütün araştırmaların sonunda kanun vazının bu madde hilâfına yapılan hilelerin müeyyidelenmesini istemediği yolunda bir neticeye varılmazsa artık müeyyide meşru olarak tatbik edilebilir [8]. Bu müellif, görüşünü teyid zımında Fransız içtihatlarının tanınmamış olan tabii çocuklara, tanındıkları takdirde kanunen alabilecekleri miktardan daha fazla hibelerde bulunulmasını müsamaha ile karşıladıklarını, halbuki bu hareketlerin “nesebin ancak çocuk tarafından araştırılabileceği,, yolundaki kaideye karşı bir hile olduğunu, çünkü bu kaide yüzünden vahibin diğer mirasçılarının bu çocuğun tabii çocuk olduğunu isbatla bu tasarrufları tenzil ettiremediklerini ve işte vahibin bu durumdan bilistifade kendi tabii çocuğunu kasten tanımayıp arada hiçbir rabita yokmuş gibi kendisine bol miktarda hibede bulunacağını yani kanuna hile yapacağını söylüyor. İlâveten bu gibi hilelerin içtihatlarca tecviz edilmesini de zamanla vazın kanunun tabii çocukları korumaya temayül etmesi ile izah ediyor [9].

Kanaatımızca bu görüş tarzı daha ziyade kanuna karşı hile nazariyesi aleyhine tecvih edilen itirazlara karşı bir siper yaratmak arzusu ile ileri sürülmüş gibidir. Eserinin heyeti unumiyesinde nazariyenin hararetle bir müdafii olan müellif kanuna hilenin hakikatte vazın kanunun, takibini istediği bir ihlâl şekli olduğunu

[8] LİGEROPOULO - a.g.c. 41, Sh: 104

[9] a.g.c. No. 72

ve bütün müeyyidenin vazı kanunun bu zımnı ve mefruz iradesine dayandığını söyledikten sonra ne zaman vazı kanun açıkça muayyen emirlerine vâki ihlâllerin takibedilmemesini istediğini hissettirirse o vakit bu nazariye tatbik edilemez, diyor. Ezcümle ceza kanunlarında ve mali hükümlerde kanun koyan dar tefsiri kabul etmiştir. Onun için bu maddeler gai bir tefsirle genişletilemezler. Keza bazı kanunlarda kanun koyanın artık bu kanunların gayelerini takip etmek istemediği başka ve daha yeni kanun metinleriyle belli olur ki bu eski kanun metinlerinin hile ile bertaraf edilmesi mahkemelerce de müsamaha ile karşılanır.

Mamafih bu kıstas da bize pek sağlam ve zarurî gibi görünmemektedir. Zira vazı kanunun evvelâ bir hususu emretmesi sonra da "bu emrinden kitabına uygun surette kaçınılması ve bunun tamamen tesirsiz bırakılması caizdir., yolunda bir imada bulunmasını biz tasavvur edemiyoruz. Adı geçen müellifin verdiği misal kanaatımızca kanunların ruh ve maksatlarının zamanla değişmesinden ötürü meydana gelen bir haldir ki bu bir eskime ve değişme vakiasile izah edilebilir. Köhneleşen kanunların tamamen ilgalarından evvel tatbikat aleminde ortadan kalkmaları bunlarla istihdaf edilen gayelerin, kanun vazının daha yeni irade izharlarından istidlâl edileceği veçhile, kanun koyanca mergup olmaktan çıktığına alâmettir. Bu gibi köhneleşmiş kanunlara karşı olan hileleri mahkemelerin hoş görmesi kanunvazının daha yeni teşrii beyanlarında artık başka bir ruha sahip olmaya başladığını sezmesinden ötürüdür. Hâkim vazı kanunun iradesini ve gayesini onun münferit bir emrinden değil, belki bütün emirlerinin heyeti mecmuasından istidlâl etmekle mükelleftir. Yüz sene evvelki bir madde şeklen kaldırılmamış olduğu için halâ mer'î olabilir. Fakat vazı kanun diğer birçok yeni emirlerle bu asırdide maddede ifadesini bulmuş olan eski ruhu artık taşımadığını isbat etmekte ise, mahkemelerin behemahal bu ölü maddeyi yaşatmaya çalışmalarında mana kalmaz.

Fakat burada dikkat edilecek bir husus vardır ki o da bir maddenin köhneleştiği ve artık kendisine kusursuz bir itaat borcunun vacip olmadığı neticesine varmak için ne hususî şahısların sübjektif telâkkilerinin ne de yargıcın şahsî takdirinin kâfi gelmeyeceğidir. Hâkim bunu kanun koyanın daha umumî ve bilhassa daha yeni olan diğer emirlerinde ifadesini bulan mütেকâmil zihniyetinden istidlâl edebilir.

4 — Alehtlak bütün âmir hükümler aleyhine hile yapılabileceği fikri:

Verdiğimiz müteaddit misallerden anlaşılacağı üzere beşer zekâsı her mecburî kaideye karşı reaksiyon göstermekte ve kurnazlık kabiliyetini son haddine kadar kullanmaktadır. Bu itibarla aleyhine hile yoluna başvurulmayacak herhangi

bir âmir hüküm yoktur. Fiiliyat bu merkezde iken bu âmir hükümleri herhangi bir kıstasa göre ayırmak; arada sun'î bir meratip silsilesi yaratmak, bir kısmına daha fazla ehemmiyet verip aleyhine vâki hileleri takip etmek, fakat diğer bir kısmına daha az ehemmiyet vererek aleyhine vâki hileleri müsamaha ile karşılamak kanaatımızca işi indî ve biraz da keyfî bir hal suretine bağlamak olur. Köhneleşmiş kanunlar hakkındaki mülâhazalar variddir. Ancak bir kanunun köhneleştiği ve sosyal ihtiyaçlara artık cevap olamayacağı hükmü, sübjektif vicdanların takdirine göre verilemez. Bunu kanun koyanın diğer muhtelif ve zaman itibarile muahhar ve kıymetçe daha müttekâmil olan emirlerinden istidlâl etmek icap eder. Bu mesele bertaraf, umumî olarak denilebilir ki, kendilerine itaat borcu ferdiî ihtiyarına terk edilmemiş olan yani tefsiri mahiyette olmayan bilcümle hukuk kaideleri aleyhine yapılacak kanuna hileler aynı şekilde müeyyideye tâbi tutulmalıdır.

86 (Mükerrer) — Hangi memleket kanununa karşı hile iddiası mesmu olabilir? (Devletler Hususî Hukuku)

Aynı mesele Devletler Hususî Hukuku bakımından da münakaşa konusu olmuştur. Bazı müellifler kanuna hileyi âmme intizamına yaklaştırmak istemişler ve münhasıran âmme intizamına muhalif hileleri önlemeyi tavsiye etmişlerdir. Bir kısmı yalnız millî kanun hükümleri aleyhine hilelerin takip edilebileceğini fakat yabancı kanunlara vâki hilelerle alakadar olunmaması gerektiğini iddia etmiştir.

Filhakika bu mesele tatbikatta şu şekilde ortaya çıkar: “Kanuna karşı hile iddiası karşısında kalan mahkemenin bu iddiayı tetkik edebilmesi için hilenin hangi memleketin kanununa karşı yapılmış olması lâzımdır?., Mahkemenin kanununa mı (*lex fori*), yoksa yabancı bir devletin kanununa mı? sonra bu yabancı kanuna karşı hile de iki türlü olabilir: ya yabancı kanundan kaçmak, mahkemenin kanununa girmek için yapılmıştır, yahut da yabancı kanundan, bir başka yabancı kanuna iltica etmek için kaçınılmıştır. Yani mahkemenin mensup olduğu devlet bir “üçüncü devlet,, durumundadır.

Bu üç hali ayrı ayrı incelemeden evvel şunu işaret edelim ki bu tefrik, kanuna karşı hilenin Devletler Hususî Hukukunda müeyyide ile karşılanmasının **hangi sebebe dayandığı meselesile münasebettardır.** Eğer bu, iç hukukta olduğu gibi sırf âmir bir hükmün müeyyidesiz kalmaması esasına dayanmış olsa ve Devletler Hususî Hukukunda hangi kanun olursa olsun her âmir hükmün her yerde aynı hürmetle müdafaa edilmesi esası samimiyetle kabul edilmiş bulunsaydı o zaman böyle bir tefriğe ihtiyaç hasıl olmazdı.

Halbuki şimdiye kadar devletler hususî hukukunda bu gibi hilelerin müeyyide ile karşılanması daha başka âmillerin tabii tesirinde olmuştur. Bunun için *Lex fori'*ye karşı olan hileyi dahili hukuktaki hile gibi kolayca müeyyideleyen içtihatlar, yabancı kanunlara karşı yapılan hileleri muhtelif âmillerin tesiri altında kâh müeyyide ile kâh müsamaha ile karşılamışlardır.

Esasen bu hususta en kat'î kıstas ecnebi memleket kanunlarına karşı yapılmış muayyen hile halinin icap ettirdiği müeyyidenin mahkememin kanunu bakımından tehlikeli olup olmaması daha doğrusu *lex fori'*nin âmme intizamını ihlâl edip etmemesi olmalıydı. Bittabi bu takdirde kanuna karşı hileyi müeyyide ile karşılamak zarureti yoktu. Meselâ kendi dahili hukukunda dahi bu nazariyeyi red eden bir memleket, yabancı kanunlara karşı yapılan hileyi de evleviyetle red edecekti. Fakat bunun haricinde yabancı kanunlara da yerli kanunlar kadar hürmet göstermek ve bunlara karşı yapılan hileleri de aynı şiddetle karşılamak yerinde olur. Ne yazık ki ne doktrin nede içtihatlar bu kadar geniş düşünmüyorlar. Hâkimler ancak kendi kanunlarının ihlâl edilmemesi hususunda titizlik gösteriyorlar, yabancı kanunlarının hile ile bertaraf edilmelerine karşı umunriyetle lâkayd kalıyorlar.

Filhakika kanuna karşı hilenin müeyyide ile karşılanmasının en mühim sebebi, bunun bir memleketin âmme intizamını ihlâl etmesinde aranırsa yabancı bir memleket kanunlarının ihlâli halinde, hilenin yapıldığı memleket için böyle bir rahatsızlık mevzuubahis olmayacağından bu memleket bizzat kendi kanunlarının ihlâli halindeki kadar müteessir olmayacak demektir. Şu halde ecnebi kanuna bahşedilen himaye, o ecnebi memleketin telâkkileriyle olan iştirak veya ihtilâf derecesine göre değişecektir.

Bu itibarla muhtelif halleri tefrik zarureti vardır:

I. *Lex fori'*ye karşı hile:

Eğer *Lex fori'* kanuna karşı hile esasını kabul etmiş ise mahkeme, hadiseye ecnebi bir unsur girsin girmesin, hile hallerini müeyyideleyecektir.

II. *Yabancı kanunlara karşı hile:*

Burada da iki hali birbirinden tefrik etmemiz icabeder. Hile, ya doğrudan doğruya ecnebi bir kanuna karşı yapılmıştır, yani ecnebi bir kanunun falan maddesinden o memleketin dahili hukukundaki diğer maddelere sığınarak kaçılmıştır. yahut da bu ecnebi memleket kanunundan, Devletler hususî hukukundaki bir ihtilâf kaidesinin tatbikini intaç edecek hal ve şartların sun'î olarak ihdası suretiyle kaçılmıştır.

Yani ya o ecnebi Devletin dahili hukuku sahasında kalınmak suretiyle bir hile yapılmış ve fakat bu hile iddiası herhangi bir sebeple diğer bir memlekette dërmeyan edilmiştir, yahut da o ecnebi memleket kanunundan bir başka ecnebi memleket kanununa (Lex Fori veya diğer bir memleket kanunu) na iltica edilmek için kaçılmıştır.

A. Ecnebi memleket kanununa, o ecnebi melekletin dahili hukukundaki diğer kaidelerden istifade suretiyle yapılan hile:

Burada normal bir kanunlar ihtilâfı vardır. Meselâ, İtalyan dahili hukuku gerçevesinde kalan ve İtalyan mahkemelerinin kanuna hile olarak iptal etikleri bir muamele aleyhine Fransız mahkemelerinde dava açılrsa, Fransız mahkemelerinin normal bir kanunlar ihtilâfı karşısında kaldıkları aşikârdır. Ve ihtilâf kaidelerinde hangi usul tatbik ediliyorsa onu tatbik etmek lâzımdır.

Meselâ, bu ihtilâf kaidelerine göre muayyen bir statut personel'e veya Lex loci actus'e bakmak icabediyorsa mahkeme onlara bakacak, ve bu baktığı hükümleri hilenin teveccüh ettiği ecnebi memleket kanununun görüşüne göre tefsir edecektir.

Fakat tabii bunun da istisnası vardır. Eğer ecnebi memleketin dahili hukukuna giren bir hileye ihtilâf kaideleri gereğince tatbiki gereken müeyyide Lex fori'ye mugayirse bu takdirde intizamı âmme mülâhazasıyle ihtilâf kaideleri tatbik edilmeyecektir. Meselâ, Lex fori esasen kanuna hile nazariyesini reddetmeği bir beynelmilel âmme intizamı kaidesi haline getirmiş ise hal böyledir [10].

B. Ecnebi kanunundan, bir ihtilâf kaidesinin tatbiki için gereken şartları sun'i olarak ihdas suretiyle kaçılmış ise:

Burada da iki hali ayırdetmek lâzımdır.

a) Ecnebi kanunundan kaçıp Lex fori'ye sığınmak için tertibedilen hile:

b) Bir ecnebi kanunundan kaçıp, bir başka ecnebi kanununun tatbik sahasına girmek için tertibedilen hile.

Bu iki halde hâkimlerin vaziyeti birbirinden farklıdır. Birinci halde hile, Lex fori'yi selâhiyetli kılmıştır, ikincisinde bir başka kanunu. Bu ikinci halde mahkemenin devleti tam bir "Üçüncü Devlet,, durumundadır.

a) Ecnebi kanunundan kaçıp Lex fori'ye dehalet etmek için yapılan hile:

Burada Lex fori'nin ihtilâf kaidelerine bakmak lâzımdır. Eğer hâdisede bu ihtilâf kaideleri Lex fori'yi selâhiyetli kılıyorsa, hâkim şöyle bir durum karşısında kalacaktır: Kendi ihtilâf kaidelerine göre kendi kanununu tatbik etmesi icabederken, tarafların bir ecnebi kanununa hile yapmış oldukları mülâhazasıyle,

kendi kanununu tatbik etmemek. Bu, oldukça güç bir durumdur. Hâkimin kendî kanununu tatbik etmemesi için, tarafların bir ecnebi kanununa hile yapmış olmaları kâfi bir sebep midir? Meselâ, Fransız tabiiyetine geçmiş olan iki İtalyan Fransa'da boşanma davası açsa, hâkim, bunların sırf bu boşanma davasını açmak için Fransız olduklarını meydana çıkarmak ve böylece İtalyan kanunlarından kaçmak niyetinde olduklarını isbat etmek suretiyle boşanma taleplerini red mi etmelidir? Bu mesele, bizi bir başka meseleye götürür:

“Hâkim kendi kanununu ne zaman tatbik etmez?., meselesine.

Filhakika hâkimin kendi kanununu tatbik etmemesi için pek ciddi sebepler olmalıdır. Âmme menfaati mülâhazası gibi. Halbuki ecnebi bir kanuna hile yapılmış olması hali, kendi kanununu tatbik etmemek için kâfi bir sebep değildir. Zira, ecnebi bir kanunun ihlâli, mahkemenin memleketi için hiç bir rahatsızlık tevhit etmemiştir. Ne âmme intizamı ne âmme menfaati ihlâl edilmiştir.

Bunun için mahkeme kendi mevzuatındaki ihtilâf kaidelerinin kendi kanunlarını selâhiyetli kıldığı hallerde ecnebi kanunlarına karşı hileyi kale almadan bu kanunları tatbik etmektedir. Meşhur Bauffremont davasında Fransız kanunlarından kaçmak için Alman tabiiyetine geçerek boşanan prensesin boşanmasını Fransız kanunlarına hile suretiyle yapıldığı için bâtil addeden Fransız mahkemeleri, Ferrari davasında İtalyan kanunundan kaçmak için Fransız tabiiyetine geçtikten sonra boşanma talebinde bulunan Madam F. nin davasını esas itibariyle mesmu görüp başka bir sebepten dolayı reddetmiştir. Çünkü, bu hadisede aldatılan İtalyan kanunu idi. Tamamen müsavi şartlar altında cereyan eden iki hadisede, hâkim ayrı ayrı hükümler vermektedir, bunun da sebebi aldatılan kanunun millî veya yabancı oluşudur.

Görülüyor ki, bu nahoş vaziyetin sebebi Devletler arasındaki tesanütsüz durumdan başka bir şey değildir. İşte bunun içindir ki, NİBOYET gibi idealist hukukçular, kanuna karşı hileyi, hangi milletin kanunu olursa olsun, bütün kanunlara karşı teveccühü halinde daima aynı şekilde müeyyideme lüzumunu ileri sürmekte ve bunu, âmme intizamı mefhumunun bir tatbik şekli olmaktan çıkarmak istemektedirler. Zira, ancak bu takdirde milliyet farklarına bakılmadan daha objektif bir kanun fikrine ve kanuna hürmet duygusuna vasıl olunabilir.

Mamafih bazı hususî hallerde ecnebi kanununa karşı yapılan ve neticede Lex fori'yi selâhiyetten kılan hilenin müeyyide ile karşılandığı vakidir:

Bu, bazan tarafların istifade etmek istedikleri ihtilâf kaidelerini iyi tetkik ve intihap edememeleri yüzünden tehaddüs eder. Meselâ; onlar kendi memleketlerinin Lex fori'yi selâhiyetli kılan bir ihtilâf kaidesinden istifadeye kalkışmışlardır. Fakat Lex fori'deki bir hüküm de onları kaçmak istedikleri kendi eski kanunlarına göndermiştir.

Meselâ; A memleketinin mevzuatı menkuller üzerinde yapılacak muameleler hakkında menkulün bulunduğu yer kanununu selâhiyetli tanımaktadır. Bu memleketin iki tabaası menkul mallarını, kanunları kendi memleketlerinden daha müsait olan B memleketine naklederek, vaziyetten istifade etmek istiyorlar. Fakat bir de bakıyorlar ki, B memleketinin mevzuatı bu iki ecnebi arasındaki ihtilâfın hallini millî kanunlarına bırakmaktadır. Yani, kendilerinin kaçmak istedikleri kanuna.

Böylece hadisede hileli niyet ve bu niyetle yapılan muamele tamam olduğu halde, haksız netice elde edilememiştir.

Kanuna karşı yapılan ve fakat maksadı temin etmeyen bu hile, artık "Kanuna karşı hile," nin müeyyidesiyle değil, Lex fori'nin normal tatbikatiyle karşılanır. Yani bizzarure eski kanuna avdet ederler. Mamafih böyle bir vaziyet, ancak B memleketinin atf nazariyesini kabul etmemiş olması halinde mutasavverdir [11].

Bazan da başka bir hal tahaddüs edebilir: Ecnebi kanununa karşı yapılan hile, Lex fori'ye selâhiyet vermekle beraber aynı zamanda öyle hususî şartlar birleşir ki, bu, Lex fori'ye karşı da bir hile teşkil edebilir ve bu sebepten dolayı müeyyide ile karşılanır.

Meselâ; boşanmak için Fransız tabiiyetine geçen ve Fransız mahkemelerinde boşanan bir İtalyan bu neticeyi istihsal ettikten sonra derhal eski tabiiyetine geçse ve bu boşanma meselesi, kaziyeyi muhkemenin nüfuzunu bertaraf edecek bir şerait içinde tekrar dava mevzuu yani iadeî muhakeme mevzuu olsa, muhkemenin artık bu boşanmayı hileli olarak tanımaması lâzımdır. Zira, Fransız tabiiyeti hileli bir kombinezon uğrunda ancak bir vasıta olarak kullanılmıştır [12].

b) Yabancı bir memleket kanunundan kaçıp bir başka yabancı memleket kanununa girmek için yapılan hile:

Tarafların A memleketinin kanunlarından kaçmak ve B memleketinin kanunlarına tâbi olmak için bir hile yaptıklarını ve bu hilenin C memleketinde dava mevzuu olduğunu farzedelim ve iki esaslı hali birbirinden tefrik edelim:

1 — Burada evvelâ C memleketinin ihtilâf kaidelerinin hadisede hakikaten B memleketinin kanunlarına selâhiyet vermesi ihtimalini ele alalım.

Hadise evvelki misale benzeyecek ve hâkim için şöyle bir mesele ortaya çıkacaktır: Kendi memleketinin ihtilâf kaidelerini, (Yani B memleketi kanunlarına selâhiyet veren kaideleri) sırf hadisede A memleketinin kanunlarına (Yani yabancı bir memleket kanunlarına) hile yapıldığı için tatbikten sarfınazar etmeli midir? etmemeli midir?

[11] Rép: No. 49
[12] Rép: No. 50

Bu, kısaca, yabancı bir kanuna hile yapılmış olmasının mahkemenin kanundaki ihtilâf kaidelerinin tatbikini bertaraf edip edemeyeceği meselesi demektir ve evvelki mülâhazalarımız sebebiyle hâkim, bunu, kendi ihtilâf kaidelerinin tatbik edilmemesini intaç edecek değerde bir sebep telâkki etmiyecek ve mezkûr kaideleri tatbik edecektir. Yani B memleketinin mevzuatını tatbik edecektir ki bu da hile faillerini memnun edecek ve hileyi müeyyidesiz bırakacaktır. [13].

Fakat burada şu hususu incelemek lâzımdır:

Filhakıka bazen üçüncü memleket, yabancı kanuna karşı yapılan hileyi müeyyide ile karşılar. Fakat bunun vaki olabilmesi için kanuna karşı hile yapılan memleketin âmme intizamı telâkkisinin üçüncü memleketin âmme intizamı telâkkisine uygun olması lâzımdır. Fakat bu müeyyide, yabancı kanunun nüfuzunu himaye arzusundan değil, aşağı yukarı aynı âmme intizamı mefhumuna sahip oldukları için birinin kanununun ihlâli, diğer memleketin de âmme intizamını ihlâl edeceğinden dolayı tatbik edilir. Meselâ; İspanyol hâkimleri 1932 den evvel iki İtalyan'ın Fransa'da hileli bir surette istihsal ettikleri boşanma ilâmını tanımayacaklardır. Zira, bu, bizzat İspanyol vatandaşları için de bir kötü misal olacaktır.

Fakat üçüncü memleketin âmme intizamı telâkkisi ve kanunları, kanunu hile ile ihlâl edilen memlekette farklı ise, her iki memleket arasında hukukî telâkki iştiraki yoksa tabiatıyla bu üçüncü memleket hileye lâkayd kalacaktır. Meselâ; İtalyan'ların Fiume'de istihsal ettikleri boşanma, boşanma müessesesini kabul eden bütün memleketlerde muteberdir. Zira, bu memleketlerle İtalya'nın hukukî görüşleri ve âmme intizamı telâkkileri farklıdır.

2 — Üçüncü memleketin ihtilâf kaideleri A memleketinin kanunlarına selâhiyet verirse: Yani kanunu hile ile ihlâl edilen memleketin kanunlarına selâhiyet verirse bu takdirde, kanuna hile nazariyesine gitmeğe lüzum yoktur. Zira hile kendiliğinden tesirsiz kalacaktır. Meselâ; A memleketinde azamî faiz nisbetinin tahdide tâbi olduğunu farzedelim. Taraflar faize had tanımayan B memleketinde fahiş faizli bir mukavele yapsalar ve mukaveleden doğan ihtilâf da C memleketinde mevcuubahs olsa. Eğer C memleketinin ihtilâf kaideleri (Bu memleket ister fahiş faizi kabul etsin, ister faizi tahdide tâbi tutsun) A memleketinin kanunlarını selâhiyetli kılmış ise, hile nazariyesine gidilmeden sırf C memleketinin ihtilâf kaidelerinin tatbiki neticesinde hile semeresiz kalacak ve faiz indirilecektir. Yani burada, C memleketi, kendi ihtilâf kaidelerini tatbik ederken, A memleketinin kanunlarını da himaye etmiş olur.

Cörlüyor ki, ecebî kanununa karşı gösterilen himaye, başka, başka saiklerle yapılan hareketlerin adeta tesadüfî bir in'ikâsı suretinde tecelli ediyor.

Kanuna hile nazariyesinin temeli, NİBOYET'in teklif ve temenni ettiği gibi [14] sırf âmîr bir hükümün müeyyidesi olmak esasına dayansaydı bu himaye bütün yabancı kanunlara doğrudan doğruya ve şuurlu bir şekilde istisnasızca bahşedilecekti.

87 — Hileli niyet unsurunun rolü ve ehemmiyet derecesi:

Kanuna karşı hile mefhumunun ikinci unsuru olarak "muayyen bir âmîr hükümden kurtulma vakiasını,, göstermiştik.

Acaba bu vakıa "kasden,, mi yaratılmış olmalıdır? Yani failin âmîr hükümden kurtulması behemahal bir "kaçma niyeti,, nin tahakkukunu mu teşkil etmelidir?

Vakıa bu mesele ilk bakışta tereddüdü mucip bir nokta değil gibi görünür ve "kast ve niyet,, unsurunun tabiiyle şart olduğu sanılır. Filhakika nazariyenin ilk zamanlarında bu mefhumu pek fazla kıymet verilmiş ve kanuna hilenin müeyyidelenmesinin hemen yegâne sebebi onun "hileli bir niyet,, e mukarin olmasında görülmüştür. Sübjektivist telâki dediğimiz bu görüşün mensupları arasında PFAFF, BARTHELMES, HOFFMANN, ve MESSİNA zikredilir. Keza İtalyan hukukçusu PACCHIONI ve Fransız müellifi DESBOİS bu kanaatin müdafilerindedir.

Bu görüşe taraftar olanlar, kanuna hile teşkil eden muamelelerin ancak yapılmalarına âmîl olan "illetin gayrı meşruluğu,, yüzünden hükümsüz sayılabileceği fikrinden hareket etmektedirler. Şu halde bu niyet ne zaman gayrı meşrur? İşte kanuna hile meselesinin ancak muayyen evsftaki kanunlara tevccüh eden hileler hakkında varid olup diğer evsftaki kanunlara vaki hilelerin mübah addedilmesi gerektiği yolundaki tezlerin bir çoğu bu hareket noktasından işe başlamıştır. Bütün bu mesele illetteki gayrı meşruluğa istinad edince derhal şöyle bir soru ortaya çıkıyordu: **Acaba istisnâsız her âmîr hükümden kaçma niyeti gayrı meşru mudur?** Buradan hareket edilince mesele başka bir veçhe arz ediyordu: Kanunların hakkaniyet bakımından kıymetlendirilmesi haledilmeden bu suale cevap verilemezdi. Zira ortada bahis konusu olan mefhum bir "gayrı kanunilik,, değil, bir "gayrı meşruluk,, idi. "illicite,, yani gayrı meşru bir illet için, alelâde bir kanuna karşı gelmek, ona hile yapmak, ondan kaçmaya çalışmak halleri kâfi görülmüyordu. Ayrıca bu kanunun falan veya filân mahiyette olması da aranıyordu. Netekim DESBOİS, bu bakımdan yaptığı tefrikde daha DOMAT zamanındaki tabii ve sun'î kanunlar (yahut teknik kanunlar) ayrımına kadar gider ve ancak tabii kanunların tecellisi mahiyetinde olan müşbet

[14] Niboyet - a.g.e. No. 460 Sh: 576

hukuk maddeleri aleyhâne vâki hilelerin gayrı meşru niyete müstenid olmakla hüküm tevliid edemeyeceklerini kabul eder. Netice itibariyle **bir kaçma niyetine gayrı meşru denebilmek için, kendisinden kaçınılan kanunun mutlaka ya ahlâki bir vazifenin müeyyidesi ya âmme intizamının bekçisi olması lâzımdır.** Zira bütün âmir hükümlerden kaçma niyetini gayrı meşru saymak, bu nazariye taraftarlarına göre pek tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Bu nazariye taraftarlarının niyet unsuruna fazla kıymet vermeleri, hem kanuna hile hallerinin hemen hepsinde bir kaçma kasdının bulunuşundan hem de böylelikle kanuna bile meselesine sağlam bir müsbet hukuk müeyyidesi temin edileceğindedir. Filhakika bütün dava, illetteki gayrı meşruluğa istinad ettirilirse kanunlarda illeti gayrı meşru olan mukavelelerin hükümsüz olacağına dair maddeler bulmak kabil olur (B. K. 19/2, 20 keza Fransız Medenî kanunu madde: 1131, 1133 ve ayrıca Fr. M. K. madde: 6).

Fakat, ileri sübjektivistlerin aradıkları “falan veya filan neviden bir kanundan kaçma kasdı,, yerine alelîtlak bir âmir hükümden kaçma kasdını ikame edersek acaba böyle bir şartın (gayrı meşruiyetini kabulle beraber) her “kanuna hile hali,, için zarurî olduğunu idia edebilir miyiz? Sonra, bu kaçma kasd ve niyetinin mutlaka bir suiniet eseri olduğu da müdafaa edilebilir mi? Fail, yaptığı işin gayrı meşru olduğunu bilmese ve filân madde yerine kendisini falan maddenin tatbik sahasına sokmanın bir gayrı meşru hareket olduğunu zannetmese buna gene “suiniet,, deyebilir miyiz? Bu meseleler, objektivist teorinin itirazlarını teşkil eder ki bunlara ilerde temas edeceğiz. Burada, sübjektivist teorinin en geniş telâkisi ile bu “niyet,, unsuruna verdiği önemi belirtmek istemekteyiz. Filhakika, PACCHIONI, bir mahkeme kararını tenkid eden notunda bu unsurun ehemmiyetini tebarüz ettirmiştir:

“Herşeyden evvel şunu nazara almak lâzımdır ki, müteaddit hallerde muayyen bir içtimal veya iktisadi netice bir kanun tarafından meşru olarak kabul edildiği halde diğer bir kanun tarafından menedilir. Vazı kanunlar bunu hiçbir tenakuza düşmeksizin yaparlar.: Meselâ kanun beyi - bilvefaya cevaz verir, fakat “*pacte commissoire*,, ı da meneder. Halbuki bunlardan biri diğerinin neticesini temin eder. Aradaki fark, yani meşru olan beyi - bilvefa ile gayrı meşru beyibilvefa arasındaki fark, ancak niyetin araştırılmasıyla yapılabilecektir., [1].

DESBOIS'da aynı noktayı işaretle, bu “niyet,, unsurunun gayrı - meşru ile meşru arasındaki hududu çizen yegâne kıstas olduğunu söyler [2]. Bundan başka, sübjektivistlerde bir husus daha dikkati çekmektedir:

[1] Catania İstinaf mahkemesi 15 - Nisan - 1910 tarihli kararın notu (DESBOIS dan naklen. Adı geçen eser. § 6)

[2] DESBOIS - a.g.e. § 3 Sh: 37

DESBOIS'nun açıkça belirttiği gibi, bunlar muamelenin yapılmasına âmîf olan "saik,, le, hukukî muameleyi tahakkuk ettirmeye yani hukuken buna bir varlık kazandırmaya matuf olan "niyet,, i aynı şey telâkki etmektedirler. Kanuna karşı hilede niyetin gayri meşruluğunu izah ederken bu muameleyi yapanın hakikî saiki ile, bu muamelenin hukuk alemine doğmasına matuf niyeti birbirinden tefrik etmemektedirler (*Intention - motif*). Halbuki bir muamelenin yapılmasına âmîl olan saikler, tabir caizse niyetlerin daha gerisinde, daha arka plânda bulunurlar ve umumiyetle hukukun, niyetlerle meşgul olsa dahi saikleri araştıramıyacağı iddia edilir. Kanuna karşı hilede gayri meşru olan husus, niyet, değil belki saiktir. Mamafî bu mesele üzerinde duracak değiliz.

Objektivist teoriye gelince:

Kanuna karşı hile meselesinin karşılaştığı en büyük itiraz, bu meselenin yargıçları, tarafların derunî iradelerini, hareketlerine âmîl olan saikleri araştırmaya sevketmesi olduğundan, objektivist teori, bu nazariyeyi bu gibi mahzurlerinden kurtarmağa çalışır.

Filhakika bu nazariyenin hareket noktası başkadır. Artık suiniet sahibi ferdin cezasını bulması, yahud kanun tarafından hiçbir himaye görmemesi lüzumundan değil, belki "âmîr hükümlerin gizli veya açık, vasıtalı veya vasıtasız olsun, hiçbir zaman ve hiçbir suretle ihlâl edilmemeleri lüzumu,, ndan hareket edilmektedir. Bu fikrin taraftarları arasında REGELSBERGER, OTTOLENGHI, ENDEMANN, DERNBURG, ROTONDI ve kısmen konuyu hususî bir şekilde tetkik etmiş olan LIGEROPULO zikredilebilir.

Keza Roma jurisconsültlerinin de objektivist bir prensiple hareket ettikleri ve "niyet,, unsurundan ziyade "ihlâl edilen kanun,, zaviyesinden işi ele aldıkları görülür (yukarda n: 16 Sh: 29).

Bu fikrin en ileri temsilcilerinin noktâi nazarlarını belirtmek bakımından OTTOLENGHI ve BONFANTE'nin aşağıdaki pasajları bilhassa kayda değer: "Eğer kanuna karşı hile, kanununun alelade ihlâlinden, ancak kanunun daha az aşıkâr bir ihlâlini teşkil etmesi bakımından tefrik ediliyorsa, bunun, neden dolayı kanunu bertaraf etmek niyetinin mevcudiyetine tabi kıldığı anlaşılıyor. Bir muamelenin kanuna hile olarak yapılıp yapılmadığı araştırıldığı zaman, sadece onun, kanun koyanın iradesine muhalif olup olmadığı sorulur. Yani kanunun gayesine aykırı olup olmadığı. Binnetice, ya aktedilen muamele kanun koyanın iradesine mugayirdir ve buna karşı hiledir ve binaenaleyh batıldır, hattâ taraflar kanunu bertaraf etmeği düşünmemiş olsalar dahi. Yahud da kanunun mana ve ruhuna uygundur o halde muteberdir, hattâ taraflar sırf kanunu ihlâl niyetiyle bunu yapmış olsalar dahi,, [3].

[3] OTTOLENGHI - La fraude à la loi et les questions des divorces entre Italiens naturalisés à l'Etranger. Turin 1908 (Desbois: 23)

Görülüyor ki, nasıl açık ihlallerde, alelâde kanuna aykırılık hallerinde faile “böyle bir kanunun mevcut olduğunu bilerek ve sırf buna aykırı olsun diye mi hareket ettin?., diye sorulmadan gereken müeyyide tatbik ediliyorsa, vasıtalı bir ihlâl demek olan kanuna hile hallerinde de failin “böyle bir kanundan kaçmak niyetile mi hükmü ihlâl ettiği, yoksa tamamen hüsnü niyetle mi böyle bir ihlâl durumunu yarattığı., araştırılamaz. Aynı fikrin diğer bir ifadesini BONFANTE’da buluruz: “Yargıcın hileli muameleler karşısında bir tepki göstererek müdahalede bulunmasına ancak şu hallerde cevaz vardır: Teşrii hüküm, kolayca tek bir *fonction*’a irca edilebilir ve bu *fonction* mübhem, çift manalı ve münakaşaya mütehammil mahiyette değildir. Yahutda, hiçbir niyet taharrisine lüzum kalmadan, kullanılan vasıtaların ve dercedilen şartların neticesi, açıktan açığa bir adalet prensibinin ihlâlini teşkil eder., İşte bu gibi hallerde failin ne niyetle hareket ettiğini aramak lüzumsuzdur [4].

Objektivistler, kanuna karşı hilenin, adetâ nevi cinsine mahsus bir hile tipi gibi muhtar ve müstakil bir mefhum olduğunu reddederler ve bunu “âmir hükümlerin hususî bir ihlâl tarzı., olarak kabul ederler. Binaenaleyh, bu nazariyenin, artık, sübjektif unsurların taharrisini intaç eden tehlikeli bir yol olmadığını idia ederler.

Fakat bu nazariyenin en mühim iddiası “hilesiz hile., denen garip halleri izah tarzıdır [5]. Bu meseleyi inceleyen LİGEROPOULO, “niyet., ve “hileli niyet., mefhumlarına verilmesi gereken manayı belittikten sonra (yani hileli niyetin mutlaka, failde, yaptığı işin gayri meşruiyetini müdrük olmak manasına değil de, yaptığı işin kendisine elverişli olan bir hukukî durum yaratacağını ve onu falan veya filân kanundan kurtaracağını bilmek halinin mevcudiyetini ifade ettiğini tesbit ettikten sonra) bu en geniş manadaki “niyet., in, “kaçma veya hile niyeti.,nin hadisedeki ehemmiyetini şu şekilde tesbit eder:

Meselâ kira - satış akidleri, yahut rehin yerine yapılan beyi - bilvefa akidleri gibi hilelerde, yargıç, sadece bu akidlerle doğan hukukî duruma bakarak, bu durumun bir memnuiyetten kaçma neticesini ifade ettiğini ve binaenaleyh “kanuna hile., teşkil ettiğini kabul edebilir mi?

Filhakika, yargıç burada şunu arayacaktır: tarafların niyetlerinden mücerred olarak, bu yapılan muameleler bir satış veya bir rehin akidinin neticelerini doğurmakta mıdır? Eğer, buna kanaat getirirse, taraflara bu akidleri hakikaten falan kanundan kaçmak için mi, yoksa tamamen hüsnüniyetle (daha doğrusu böyle bir kasddan mücerred olarak mı) yaptıklarını sormıyacaktır. Çünkü, âmir hükümlerin ihlâli, niyetle değil netice ile meydana gelmiştir. Ve bu netice

[4] BONFANTE - Rivista di diritto commerciale 1906. p: 189 (DESEOIS'dan n: Sh: 28. not: 1)

[5] LİGEROPOULO - adı geçen eser: n: 24 ve n: 44

ise, vâkidir. Hâkimin arayacağı husus, tarafların elde etmiş oldukları neticenin, memnu neticeye muadil olup olmadığıdır. Bu muadelet tamsa, niyet meselesi ile uğraşmağa lüzum yoktur. Zira bu niyet bu objektif şartlardan zaten istidlâl edilmektedir. Meseleyi birâz daha açıklayalım: Yukarda (n: 35 Sh: 67) de izah ettiğimiz gibi eğer yapılan kira - satış akdi normal icar bedeli ile ve yalnız kira-ya karşı yapılmış bir satış vadi ile meydana gelmişse ve bu kira bedelleri malın satış bedeline (semenine) mahsup edilmeyecekse, yargıç, ortada satış akdine muadil bir neticenin istihsal edilmiş olmadığını görecektir ve bu akdi iptal edemeyecektir. Fakat, kira bedellerinin, hakikatte satış bedelinin taksidlerini teşkil edecek şekilde tertip edildiği bir muamele karşısında kalınca, bu akdin Fransa'da memnu olan mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışın bütün neticelerini aynen meydana getirdiğini görecektir ve bunu iptal edecektir.

Mamafih aynı müellif, hile niyetinin, kanuna hile hallerinin hepsinden çıkartılabilecek lüzumsuz bir unsur olduğu yolundaki ileri fikri reddeder ve bir tasnif yapar [6].

Muayyen sarıh bir âmir hükümden kaçarak, başka bir âmir hükmün sahası dahiline girmek suretiyle yapılan muamelelerde helki bu objektif teorinin aradığı şartlarla iktifa mümkündür. Yani:

1) Meşru bir muamele

2) Bu muamele ile elde edilen memnu bir netice varsa, bu neticenin ne niyetle elde edilmiş olduğu araştırılmaksızın, kanuna hileden bahsedilebilir.

Fakat öyle hile halleri de vardır ki bunların, bir "ihlâl,, telâkki edilmeleri sırf "kötü bir niyetle,, yapılmış olmalarına bağlıdır. Bu niyet yoksa, muamelelerin muteber olduğunu kabul zarureti vardır. İşte LİGEROPOULO'nun tasnifinde ikinci hile kategorisini teşkil eden hileler yani **tek bir metnin, fazla mutlak bir şekilde yazılmasından istifade suretiyle yapılan hilelerde niyet unsuru şarttır.** Meselâ, ortaklık mallarını boşanmaya karar verdikten sonra ve fakat mahkemeye başlanmadan evvel karının haklarına hile suretiyle satan kocanın halinde (yukarda 59 mükerrer), hakkında müşavir tayini hükmü henüz verilmemiş olan müsrifin ehliyetinin hudutsuzluğundan istifade ile müstacel satışlar yapması halinde, yahud müzakere edilmekte olan bir âmm kanunu hükümlerinden kurtulmak için acele tasfiye tedbirleri alan ruhban cemiyetlerinin halinde bir "hile niyeti,, aramak şarttır. Bu gibi haller, böyle bir niyetten âri olarak tahakkuk ettiği takdirde tamamen muteberdir.

Hülâsa, LİGEROPOULO, sarıh ve teville müsait olmayan maddelerden, başka maddelere iltica suretiyle yapılan hilelerde niyetin aranmasının şart olmadığını, fakat tahrir tarzı itibariyle fazla mutlak olan ve her iki türlü de tefsir ve teville

müsaid görünen maddelerin ruhundan kaçıp lâfızlarına sığınmak suretiyle vâki hilelerde behemahal bir kasd unsurunun bulunması gerektiğini ileri sürmektedir.

Filhakika kanun koyan bazı maddelerinde kanuna hilenin bazı hususî nevilerini müeyyidelerken yalnız muayyen neticelerin husulünü menetmekle iktifa etmiş fakat bunların ne niyetle yapıldıklarını araştırılmasına lüzum göstermemiştir. Bazan da, muayyen halleri, sırf muayyen kötü saiklerle yapılmaları halinde müeyyidelemiştir.

Bu itibarla içtihatların da, kanun koyana imtisalen, her hile halini kendi hususî şartları içinde tetkik etmesi, **ve hukuk nizamına karşı vâki tecavüzün, tahassül eden neticeden mi, yoksa âmîl olan niyetten mi ileri geldiğini takdir etmesi lâzımdır.** Bütün hile halleri hakkında müşterek bir kıstas ileri sürülemezle beraber, hakkın suiistimaline yaklaşan ve muayyen bir metne o metnin normal gayesinde farklı bir maksadla istinâddan ibaret olan hilelerde "hileli niyet,, unsurunun mutlaka aranması gerektiğine hükmedilebilir.

Şunu da kaydetmemiz lâzımdır ki, kanuna karşı hile addedilen muamelelerin, herhangi bir kasddan âri olarak, tesadüfen veya kendiliğinden meydana gelmeleri hali, ancak nazari bir tecrid mahsulüdür. Gerçeklikte failler, hemen daima, bir kaçma niyeti ile hareket ederler ve zaten bu tip muameleler, hukukî bilginin halk arasında yaygın olduğu muhitlerde taammüm eder. Yani, yaptığı işi fail, tamamen müdriktir. Ve bir maddeden kaçmak arzusunun gayrı meşru telâkki edileceğini bilememek hali de fazla nazari bir safiyet tasavvurudur. Sosyal hayatın realitesi nazara alındığı zaman, bütün hile hallerinin daima musammem ve mürettep olduğu görülür. Kanun koyanın hileyi takip arzusu, **yalnız emirlerinin her ne suretle olursa olsun ihlâl edilmemesini istemesinden değil, tıpkı suiniyet erbabını, hakkını suiistimal eden hak süjesini himayesiz bırakmaktaki makasdı gibi, âmîr hükümleri hileli bir şekilde tesirsiz bırakmaları da sırf bu davranış tarzlarından dolayı himaye etmemek arzusundan ötürüdür.**

Şu halde hileli niyetin şart olmadığı ve objektif netice kıstası ile iktifa olunması gerektiği yolundaki iddia ancak, mahkemeleri tesbiti güç hususların taharrisine mecbur etmemek bakımından bir faydayı haizdir. Yoksa kanuna karşı hilenin, kanundan kaçma hallerinin gayrı meşruiyetini yalnız "ihlâl,, neticesine değil, aynı zamanda "hileli niyet,, in gayesine eriştirmemek arzusuna da bağlamak lâzımdır. Nazariye hakikî temelini ancak bu çift gerekeçeden alır. Aksi takdirde kanunların ihlâli memnuiyeti kavramı, bu nazariyenin ihdasını lüzumsuz kılar. Hülâsa, bizce **hile saiki** de, **ihlâl neticesi** kadar mühimdir. Ancak bu saikin vücudünü objektif neticelerden istidlâl ile iktifa etmek lâzımdır. Aksi takdirde hiçbir hile halinin isbat edilmemesi neticesi doğacaktır. Zira taraflar, veya münterid fail mütemadiyen meşru olan zevahire istinâdda ısrar edeceklerdir.

88 — Kanuna karşı hilenin müeyyidesi:

Müeyyide meselesi. nazariye hakkındaki görüşlerin nevine göre farklı hal suretleri kabul eder.

Sübjektivist görüş, yukarda izah ettiğimiz gibi, kanuna hileyi esasen niyetteki gayrı meşruluğa yani hile kasdına istinad ettirdiği için, bu meselenin halli basittir: Fransız Medenî kanununun 1131 inci maddesi illetsiz, yahut asılsız bir illete veya gayrı meşru bir illete müstenid vecibelerin hüküm ifade edemeyeceğini bildirir. Keza İsviçre ve Türk Borçlar kanununun 19/2 ve 20 nci maddeleri aynı mealde hükümleri ihtiva eder. O halde kanuna karşı hile teşkil eden muameleler mutlak butlanla malûl addedilecekler demektir. Filhakika Fransız. Alman ve İsviçre içtihatlarında bu tarzda müeyyidelendirme halleri çöktür.

Mutlak butlan müeyyidesininin tatbiki her ilgili tarafından istenebilir. Dava hakkından vazgeçme caiz değildir. Yapılan muamele hiçbir hüküm tevliid etmez. Kanuna hileden hususî menfaatlarında mutazarrır olan kimse varsa, bu kimse, umumî hükümler dairesinde, hukuka aykırı bir fiilden dolayı zarar gördüğünü ispat ederek tazminata hükmettirebilir.

Objektivist görüşe göre, kanuna karşı hile herhangi bir âmir hükümden kaçma demektir. Âmir hükümlerin hiçbir yolla ihlâl edilemeyecekleri esasına göre bu ihlallerin de önlenmesi lâzımdır. Önleme nasıl olmalıdır?

Burada herşeyden evvel Hukuk sahasında olduğumuzu ve bir Ceza meselesini incelemediğimizi unutmamak lâzımdır. Vakıa âmir hükümlerin ihlâl edilmeleri lüzumu üzerinde fazla durmak, âdeta ihlâl hallerini cezâi müeyyidelerle karşılamayı tensip etmek gibi görünürse de hakikat böyle değildir. Hususî hukuk münasebetlerini tanzim eden kanun maddeleri muayyen bir menfaatlar muvazenesini temine matufturlar. Bu maddelerin ihlâli, bu muvazenenin şu veya bu şekilde sarsılmasını intaç eder. Burada mutlaka mameleki bir zararın vücudü şart değildir. Fakat, hususî menfaatlara kanun koyanın tanıdığı himaye nisbetini değiştirmek neticesine varan bu gibi vasıtalı ihlaller bilhassa bu bakımdan tehlikelidirler.

Tetkikimizin birinci bölümünde yaptığımız tasnif, kanuna karşı hile teşkil eden muamelelerin, kanun vazınının bu himaye nisbetini ne kadar değiştirdiğini gösterecek durumdadır. Bilhassa zayıf durumda olanları, borçluyu, alacaklıyı, şirketlerde hileli ekseriyetin oyunlarından korunmak istenen şirket menfaatlarını himayeye matuf hükümlerin cümlesi aleyhine yapılan hileler, kanun koyanı, kendi gaye ve niyetleri ile telif kabul etmeyen bir menfaatlar nizamına âlet etmek neticesini doğurur. Kanun koyan falanın menfaatinin filân mülâhaza ile filânın menfaatına tercih etmiştir. Kendisinin hâkim prensiplerine nazaran, kanunların, ancak bu tercihi teyid etmeleri, tahakkukunu temin etmeleri lâzımdır. Halbuki

kanuna hile yollarıyla vazı kanunun tertip ettiği menfaatlar muvazenesi ve himayesi şekli tamamen tersine çevrilir ve üstelik bütün bunlar da bizzat kanun namına yapılırsa, kanun koyanın bu gibi hareketleri cezaî vasıtalarla değil. fakat hukukî yollarla izaleye, tesirsiz bırakmaya çalışması lâzımdır. Kanun koyan, ferdi zekâların icad edebilecekleri türlü tertibatı derpiş edemeyeceğini muteriftir. Bu gibi umulmadık kaçamak yollarının zuhuru halinde kanun koyanı yargıç temsil edecek ve onun ana prensiplerine göre vâki kaçmaları yakalayacak ve menfaatların himayesini eskisi gibi aynı nisbet ve derecede tevzi edecektir. Yani hile failini hilesinden istifade ettirmeyecektir. O kadar.

Halbuki butlan müeyyidesi, hukukî müeyyidelerin en ağırıdır. Muayyen bir âmir hükümden kaçma, onun ihlâli demektir. Açık ihlâller hangi müeyyide ile karşılanıyorsa, vasıtalı ihlâllerinde aynı müeyyide ile karşılanması lâzımdır. Zira faile hileli bir surette kaçtığından dolayı daha ağır bir müeyyide tatbik etmek, eski medenî ceza mefhumuna avdet etmek olur. Fakat eğer kaçınılan maddenin müeyyidesi, yani açık ve vasıtasız ihlâl halindeki müeyyidesi zaten butlan ise, hile sureti ile vâki ihlâlin müeyyidesi de butlan olacaktır. İşte objektivist görüşün müeyyide hakkındaki noktâi nazarı bundan ibarettir.

Mamafih, LIGERPOULO, muayyen bir madenin mutlak tahrir tarzına sui-niyetle istinad suretiyle yapılan ve bir hakkın suiistimali manzarasını arzeden hileler hakkında, gayrı meşru illet hasebiyle mutlak butlan müeyyidesinin tatbik edilebileceğini kabul eder. Bu suretle yapılan muameleler, hakikatte hiçbir kanuna istinad etmemektedirler, zira istinad edilmiş gibi gösterilen madde aslında ruhu tahrif edilerek kullanılmıştır. Halbuki sarıh bir âmir hükümden kaçıp başka bir âmir hükümün tatbik sahasına girme halinde yapılan muamele şeklen bir kanun maddesine müstenittir. Fakat gaye başka bir maddeden inhiraftır. İşte yapılacak şey, inhiraf edilmek istenen maddeyi tatbikten ibarettir.

Müeyyide hakkındaki görüşleri ana hatlarıyla arzetmiş bulunuyoruz. Kanatımız itibariyle ikinci görüşü daha elverişli ve hukuk fikrine uygun bulduğumuzu kaydedelim. Fikrimizce bu görüşün diğer bir faydası da, kanuna hile suretiyle yapılan muamelelerin her zaman iptali kabil cinsden muameleler olmamalarıdır. Birinci bölümde gördüğümüz birçok hallerde eğer yalnız iptal müeyyidesi tatbik edilseydi birçok hile halleri müeyyidesiz kalırdı: Hileli telsik muamelelerini mahkemeler iptal etmemişler ancak yapılmaları ile istihdaf ettikleri gayeyi temin etmelerine mani olmakla iktifa etmişlerdir. Boşanma maksadıyla tabiiyet tebdilinde, hâkim bu tabiiyet tebdilini boşanmak istemeyen eşe karşı hükümsüz saymıştır. Fakat tabiiyet tebdilinin diğer icaplarını tanımıştır yani, hileli bir tabiiyet ihraz eden süjeyi, bilcümle hukuku ile tekrar eski tabiiyeti içine almamıştır. Keza, süjenin kendi arzusu ile eski tabiiyetine avdeti halinde, yabancı tehalîği zama-

nunda geçeri müddeti de olduğu gibi tanımıştır. Yani vâki tabiiyet tebdilini hiç olmamış gibi telâkki etmemiştir. Bu tabiiyet tebdili hakkında yargıcın takındığı durum, bu tedbirin, âmîr bir hükmün (boşanma meannuyetinin) tatbiki-ne mani olamayacağını beyandan ibarettir. Yani, kaçmayı hükümsüz kılmaktır. Yoksa kullanımları vasıtayı değil. Zira bu vasıtanın Hukuk nizamına olan zararı ancak bir kaçmayı mümkün kılmamasından ötürüdür. Yoksa bu muameleler haddi zatında meşrudurlar. Hülâsa, yargıcın tatbik edeceği müeyyide vasıtalı ihlalleri önlemeye yetecek miktarda ve çapta olmalıdır.

Keza kira - satış akidlerinde, bu akidler batıl addedilmemiş, müşterinin iflâsı halinde alacaklılarına karşı kabili dermeyan olmadıkları kabul edilmiştir.

Türk hukuku bakımından mevzu bir başka yenilik arzetmez. Yalnız Medeni Kanunun 1 inci madesindeki takdir hakkı belki hâkimin müeyyide hususundaki tereddüt ve çekingenliğini tahfif eder. Netekim Sayın Hocam Prof. ARSEBÜK "Kanuna karşı hile objektif bir nazariyedir ki bütün kudretini hâkimin takdir hakkından alır. Fîlhakika âmme kanunlarına tearuz eden herhangi bir hukukî hadisede hâkim, tarafların iradesinden ziyade kanunun gayesini nazara almak, ve bu gayeyi ihlâl kasdıyla tezahür eden irade beyanlarına hüküm izafe ettirmemek mecburiyetindedir. Bu itibarla hükmünden kaçınılmak istenen kanun bir hal tarzını değil, belki takdir hakkının hareket noktasını teşkil edecektir. Demek ki kanuna karşı hilede haksız bir fiil mahiyeti vardır. Hâkimin haiz olduğu geniş takdir hakkına inzıam eden kanunî prensipler sayesinde bizde, diğer herhangi bir memleketten daha kolayca bu gibi hareketlerin önüne geçilebilir,, demektedir.

E — Kanuna karşı hile nazariyesinin tenkidi münakaşası :

Evvelce işaret ettiğimiz gibi, tabir caizse bir nevi mevzuat - ötesi bir mevzu olan kanuna karşı hile hakkında birbirine zıt birçok görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin bir kısmı dar ve şekilci hukuk fikirlerine bağlılıktan; bir kısmı bilakis sosyal hayattaki tekâmülün kanun maddelerinin zincirlerle bağlanamayacağı ve birçok kanuna aykırı gibi görünen muamelelerin yeni bir inkilâbın ve tekâmül safhasının mübeşşiri addedilmesi gerektiği yolundaki ileri fikirlere olan incizaptan mütevellittir. İşin garip tarafı kanuna karşı hileyi red eden doktrinlerin bu kadar birbirine zıt kaynaklardan mülhem olmalarıdır. Bu mevzu hakkında pek çok şey söylenmiş olduğundan biz meseleyi iki esaslı bölümde tetkiki ve teferruat üzerinde fazla durmamayı tercih ediyoruz. Çünkü çok defa muayyen bir mantikî mukaddemden hareket vakıası, gerçeklikteki zaruretleri ihmal ettirek zihni hiç de elverişli olmayan hukukî neticelere sürüklemektedir. Bunun için

nazariyenin münakaşasında gözönünde tutmamız gereken ve bize bir nevi ney-
rengi noktası vazifesini görecek olan sosyal gerçekliği ve kanuna hilenin bu
gerçeklikteki akislerini hatırdan çıkarmamız lâzımdır. Nazariye hakkındaki
görüşler lehde ve aleyhte olmak üzere ikiye ayrılabilirse de bir kısım müellifler
mutavassıt bir mevki ihraz etmişler; nazariyeyi muayyen hususlarda kabul ve
fakat muayyen hususlarda red etmişlerdir. O halde bunları da nazara alarak
teori hakkındaki görüşleri üç grupta hülâsa etmemiz kabildir.

89 — Nazariyenin reddine taraftar olanlar ve itirazlarının mesnet- leri:

Nazariyenin gerek iç hukukta gerek devletler hususî hukukunda muhtelif
aleyhtarları vardır. Dabillî hukukta bilhassa kanunların hâkimin elile değiştiril-
mesi yahut kanun boşluklarının kazai kuvvet tarafından doldurulması aleyhine
hissedilen bir cereyan kanuna karşı hileyi kuvvetlerin ayrılığı prensibine muhalif
bulur. Hâkim hiçbir zaman teşriî bir kuvvete sahip olmamalıdır. Bir kanuna karşı
hile nazariyesinin hâkimden istediği faaliyet, artık sadece bir geniş tefsir faaliyeti
değil, bizzat teşriî bir faaliyettir [1]. Hülâsa bu fikirde olanlara göre kanuna
karşı hileyi önleyecek makam gene bizzat kanun vazıdır. ve bu iş kanunların
iyi bir şekilde kaleme alınmalarile, iyi bir tarzda formüle edilmelerile yapıla-
bilir. Hâkimlerin kanuna hile hallerini müeyyidelemeğe kalkmaları selâhiyetle-
rini tecavüz teşkil eder [2]. Bu esaslı itirazı kaydettikten sonra umumiyetle kanuna
karşı hilenin kabul edilmemesine sebep olarak gösterilen mabzurları ve bunlara
müteveccih tenkitleri üç grup etrafında toplayabiliriz.

1 — **Hukukî ve mantıkî bakımdan yapılan itirazlar:** Her hukukî müey-
yide kanun namına tatbik edilir. O halde kanun koyanın bu müeyyidenin tatbikini
sarahatle emrettiğini, hiç değilse zımnen behemahal bunu arzu etmekte olduğunu
isbat etmek lâzımdır. Fakat acaba kanun koyan kanuna karşı hile hallerinin
müeyyidelenmesini istemiş midir? Yukarıda paragraf 76 da izah ettiğimiz gibi
kanuna hileyle aleyhtar olanlar vazı kanunun umumî bir kanuna hile müeyyidesi
koymamış olmasını ve bu hile hallerini ancak münferit bazı hususî haller için
derpiş edişini esas itibarile bu nazariyeyi kabul etmediğine hamlederler. Zira
kanun koyan için umumî bir kanuna hile müeyyidesi koymaya hiçbir mani
yoktur [3]. Diğer taraftan bilhassa devletler hususî hukukunda bu nazariyeyi
red edenler nazariyenin tamamen bir dairei faside manzarası arzettiğini iddia
ederler. Zira fert kendi mevzuatının herhangi bir maddesine değil de gene kendi

[1] ROTONDİ - a.g.e. Sh: 324

[2] ROTONDİ - a.g.e. Sh: 326

[3] P. ARMINJON - Clunet 1920. Sh: 415

P. ARMINJON - Précis de Droit int. privé. 1925 Sh: 189

mevzuatının devletler hususî hukukuna ait bir ihtilâf kâidesine tâbi olmayı tercih etmiş olabilir. Gerek iç hukuk maddeleri gerek devletler hususî hukukuna ait ihtilâf kaideleri aynı kanun vaznının kabul ettiği hükümlerdir. Yani aynı teşrîhi makamın emirleridir. O halde birine veya ötekine dahil olmakta veya dahil olmayı tercih etmekte bir gayrı meşruluk tasavvur edilemez [4]. Diğer taraftan herhangi bir muamelede hâkim, tarafların bu muameleyi yapmaya objektif olarak selâhiyettar olup olmadıklarını aramakla mükelleftir. Yoksa bu muameleyi ne maksatla, hangi saikle yaptıklarını araştırmakla değil. Bu, kanunun aramadığı bir şartı daha talep etmek, yani vaznı kanunun iradesini aşmak demektir. Bilhassa Devletler Hususî Hukukunda pek girift fiilî ve hukuikî münasebetlerin tanzimine yeni bir şart daha sokmak, yani ihtilâf kâidesinin ancak tabîî bir şekilde meydana gelmiş olan kanun çatışmalarına hasredilip, mürettep hadiselerle tatbik edilemeyeceği şartını ilâve etmek işleri büsbütün müşkilleştirmekten başka bir şey yapamaz. [5]

2 — **Maslahat bakımından yapılan tenkitler:** Bu tenkitler evvelâ saiklerin araştırılmasına taallük eden bütün mevzularda müteveccih itirazları ihtiva eder: Yargıç ne zaman muamele failinin saiklerini aramaya kalksa derhal kolaylıkla keyfiliğe düşmek tehlikesine maruz kahr. Diğer taraftan bu saiklerin tesbiti her zaman kolay olmayacağından muhtelif kanuna hile hallerine birbirinden farklı neticeler terettüp ettirilmiş olur: Bir kısmı bu sıfatla müeyyedelemir, bir kısmı saikler iyi tahkik edilemediğinden muteber sayılır. Böylece aynı çeşit hadiseler hakkında farklı hükümler tatbik edilmiş olur.

Diğer taraftan kanuna karşı hile ile malûl olan bir muamele hükümsüz bırakılınca bu muameleye müteferri olarak yapılmış olan diğer bâzı muameleler muteberliklerini muhafaza edeceklerinden ortada garip bir vaziyet zuhur eder: tabiiyet değiştirip boşanmış olan karı kocanın boşanmaları hükümsüz fakat yeni tabiiyetlerinin muteber olması gibi. Böylece kanuna hile müeyyedesî yüzünden aynı şahsın melez bir şahsî statüye sahip olduğu görülür. Bu noktaya bilhassa işaret eden PERROUD bu gibi hallerde iptali gereken şeyin bizat tabiiyet muamelesi olduğu halde kimsenin bunu düşünmediğini iddia eder. Zira onun fikrinde meselâ boşanmak yahut daha kolaylıkla bir vasiyetname yapmak için tabiiyet değiştirmiş olan ferdin hareketinde, takbihe değer muamele, bu tabiiyet tebdilidir. Yoksa bu tabiiyetten istifade ile yaptığı ve onun sadece bir neticesi olan boşanma veya vasiyet muamelesi değil. Onun için kanuna hile, yapılan bu hileli telsiktir. ve bunun iptali lâzımdır. Yoksa vasiyetin iptali veya boşanmanın tanınmaması değil [6].

[4] ARMINJON - Clunet 1920 Sh: 416

[5] PERROUD - Clunet 1926 Sh: 18 ilâ 26

[6] PERROUD - Clunet 1926, Sh: 29

3 — Tekâmüle aykırılık iddiaları:

Bütün âmir mahiyetteki kanunlara mutlak bir şekilde riayet edilmesini istihdaf eden bu nazariye, hukukun sosyal hayata intibakını güçleştirmekte ve kanunların fiili hayatta tatbik edilmeyerek ihmal edilerek tabii bir surette ömürlerini doldurmalarına mani olmaktadır. Bu nazariye ile, yaşama kabiliyetini kaybetmiş kanun maddeleri zorla yaşatılmaya, yürütülmeye çalışılır. Halbuki sosyal hayatın icaplarına ayak uydurmaya, yürütmeye çalışılır. Halbuki sosyal hayatın icaplarına ayak uyduramayan köhnelmiş metinlerin resmen ilgalarına kadar herçebadabat tatbik edilmeleri hukuk tekâmülünü durdurur. Burada İngiliz hukukçusu FOX'un bir sözünü zikredelim: "Kanundan kaçmak eğer milletin menfaati icabı ise kanundan kaçıhr. Şimdiye kadar daima öyle olmuştur, şimdiden sonra da daima öyle olacaktır., Tarafkların âmir hükümlerin boşluklarından istifade suretile icat ettikleri yeni hukuki şekillere, eski âmir hükümlere karşı uzaktan uzağa ve dolayısıyla bir mügayeret arzetmeleri yüzünden cephe almak manasız bir hukuki taassuba delâlet eder [7]. Hülâsa, kanuna karşı hile nazariyesi mevcut âmir kaidelerin tarafkların iradesile yavaş yavaş yıpratılıp yerine yenilerinin kaim olmasına mani olur ki bu mahzur tekâmül bakımından kolaylıkla hoş görülmeyecek bir engel teşkil eder. Devletler Hususî Hukukundaki hilelerde daha garip bir hal görülür: Bir Devlet ne sebeple olursa olsun kendi teb'ahından çıkmış olan bir kimseyi artık kendi kanunlarile takibetmemeli onun muamelelerile ilgilenmemelidir [8].

89 Mükerrer — Nazariyeyi kısmen kabul eden doktrin:

Burada kanuna karşı hilenin ancak muayyen nevideki kanunlara karşı yapılan hileler hakkında iddia edilebileceğini kabul eden hukukçuları bilhassa zikretmiyoruz. Vakti bunların durumu da netice itibarile nazariyenin kısmî bir kabulüne müncer olmaktadır. Fakat bunlar nazariyeyi esas itibarile ancak o kanunlar hakkında tatbiki gereken bir teori olarak aldıklarından nazariyeyi parçalamış sayılamazlar. Bu gibi müellifler kanuna hile nazariyesinin ancak âmme intizamına taallük eden veya ahlâki vazifelerin müeyyidelerini teşkil eden hükümler hakkında mevzuubahs olduğunu iddia ederler. Fakat şimdi göreceğimiz müellifler bu nazariyeyi muayyen muameleler hakkında kabul edip muayyen muameleler hakkında reddederler ki bu hal nazariyenin hakikaten kısmî bir kabulü ve kısmî bir reddini teşkil eder. Ezcümle ARMİNJON yalnız "Locus regit actum., kaidesinin tatbik sahasında bu nazariyeyi

[7] PERREAU - Les attentions par actes juridiques aux lois impératives et prohibitives (Rev. trim. 1923 Sh: 291)

[8] FERROUD - La Fraude à la loi en Droit International Privé (Clunet. 1926 Sh: 24)

kabul eder. Buna mukabil ahvali şahsiye meselelerinde bu nazariyenin tatbik edilemeyeceğini iddia eder. Meselâ tabiiyet tebdilinin boşanma maksadına matuf olması ile, daha kolay ve kazançlı ticaret yapmak maksadına veya yabancı bir devlette hizmet etmek maksadına matuf olarak yapılması arasında ne fark vardır, diye sorar. Tabiiyet tebdilinin muayyen bir menfaat kaygusile yapılması halinde hileli telâkki edilmediğine işaret ettikten sonra, bunun bir boşanma imkânını temin için yapılması halinde ne sebeple hileli telâkki edilebileceğini soruşturur. Ve bu gibi tabiiyet tebdillerinde ancak bir üçüncü şahsın mutazarrır olması halinde bir müeyyideyi gerektirebileceğini kabul eder [9].

90 — Kanuna karşı hile nazariyesini kabul eden doktrin ve aleyhte serdedilen itirazların reddi:

Vakıa bütün tetkikimiz bu nazariyenin değeri, lüzumu ve hukuk alemindeki rolü hakkında az çok müsbet bir fikir verebilecek mahiyettedir. Bununla beraber burada nazariye aleyhine vakı itirazlara kısaca temas etmemiz faydadan hâli olmayacaktır.

1 — **Hukukî ve mantıkî bakımdan yapılan itirazların reddi:** Kanun vaznının kanundan kaçma hallerini tasvip edip etmediği suali başlı başına bir manasızlıktır. Muayyen bir hususu emreden vaznı kanunun: "bu husustan açıktan açığa kaçılmasını asla tasvip etmem. Fakat bir yolunu bulup, zevahiri kurtarmak şartile kaçma hallerinin müeyyidelenmesini de asla istemiyorum," diyeceğini tasavvur etmek dahî imkânsızdır. Aleyhtar olanlar bunu, kanun koyanın hile hallerini ancak münferit maddelerde tesbit etmiş olmasının mefhumu muhalifinden istidlâl ediyorlar. Halbuki bu tarîk istidlâl her zaman doğru netice vermez. Yapılacak şey içtimalî bir gerçekliği tanzim mevkiinde olan vaznı kanunun, bu işi başarabilmek için koyduğu normların ihlâlini hoş görüp görmeyeceğini gene bu gerçekliği gözönünde tutmak şartile araştırmaktır. Kanun koyan müsbet maddelerle acaba yalnız bu maddelerin açık ve aşikâr ihlâllerini mi önlemek istemiştir? Dahiyane icatlarla emirlerinin sıfıra indirilmesini kanun vaznı tasvip mi eder? ve sayet tasvip ettiği kabul olunursa kanun koyanın ancak safderun ve beceriksiz vatandaşlara mı hitap ettiği neticesine varılacaktır?

Meselenin, gerçekliğin mantığına uymadığı aşikârdır. Mamafih bunun hukuk mantığı bakımından da bir manasızlık olduğunu isbat edebiliriz. Kanun koyan makam teker teker bütün müşahhas ihlâl hallerini takip edemeyeceğini baştan tahmin ettiği için birçok umumî müeyyideler vaz etmiştir: Âmme intizamına, ahlâk veya adaba muhalif anlaşmaların muteber olmayacağı ve bilhassa İsviçre

ve Türk vazı kanunlarının ifade ettiği gibi âmir kanun hükümlerine mugayir akitlerin hüküm ifade etmeyeceği, hakkın suiistimalinin himaye görmeyeceği gibi müeyyideler işte vazı kanunun hususî şartlarını tahmin edemeyeceği namütenahi ihlâl nevilerini derpiş etmek için konmuştur. Birçok memleketlerin kanunlarında umumî mahiyette kanuna hile müeyyidesi yer almıştır. Şu halde vazı kanunun, kanuna hileyi umumî olarak önlemek istemediği yolundaki iddianın hiçbir hukukî ve mantikî mesnedi yoktur. Bil'akis münferit hile hallerinin tesbiti vazı kanunun umumî bir prensibi kabul etmekte olduğuna delâlet eder. Esasen bu hususlar büyük kanunnamelerin hazırlanması sırasındaki çalışmalardan da istidlâl edilebilir. Netekim Fransız Medenî kanununun hazırlanması sırasında POTHALIS: "Kanun hükümleri hiçbir zaman bertraf edilmemelidir: (*Les dispositions de la loi ne doivent jamais être éludées.*)" demiştir. Böylece vazı kanunun kanuna karşı hileye müsamahakâr olduğu neticesi asla istihraç edilemez. Esasen bu gibi itirazlar, hukuka aykırı olduğu müsellem olan birçok muamelelerin şu veya bu maksatla hukukî kalıplara sokulup memnuiyetten kurtarılması gayesiyle ileri sürülen iddialarda kendilerine mesnet bulurlar ki bu gibi idiaların objektif kıymetleri yoktur. Bir nevi KANUN GÜMRÜĞÜNDEN MENFAAT PAKETLERİNİ KAÇIRMAK halini ifade eden kanuna hile dolaplarının müdafaasında, umumiyetle malî kaçaklıkların müdafaalarındaki iddialara benzeyen itirazlara rastlanır. Bu itirazların kökü objektif bir hakikatin isbatı arzusu değil belki muayyen menfaatların lâıyk olmadıkları himayelere mazhariyetini temin kaygusudur. Onun için bilhassa pratikte revaç bulan bu gibi menfi mülâhazaların altında saklı olan tarafgirane saikleri aramak lâzımdır.

2 — **Maslahat bakımından yapılan itirazların reddi:** Herhangi bir muamelemin kanuna karşı hile teşkil etmesi dolayısıyla müeyyidelenmesinden muamele failinin düşeceği müşkül durumu nazariyenin reddi için bir sebep olarak göstermek biraz garip kaçmaktadır. Bir ferdin hileli bir telsik neticesinde melez bir statüye sahip olması, neticede onu müteessir eden ve muamelelerini müşkülleştiren bir hal olabilir. Fakat bu halin müsebbibi kendisidir. Ve hukuk nizamının hilesine müsaade etmemekle ona karşı gayrı adilâne davranmış, değildir. Saiklerin araştırılması meselesine gelince; hukukun birçok sahalarında objektif kıstaslara râğbet edildiği ve mesuliyet nazariyesinin gittikçe kusurdan riska doğru inkişaf ettiği doğrudur. Faildeki saiklerin aranması meselesinin kanuna karşı hile nazariyesinin sâklet merkezini teşkil etmediğini bilhassa objektivist görüşü izah ederken tebarüz ettirmiştik. Esasen bu saiklerin vücudüne ancak objektif bir neticenin varlığından intikal edileceğini ve bu objektif neticenin de bir âmir hükmün tatbik sahasından kasten ve sun'î şekilde çıkma vakıasında tezahür ettiğini göstermiştik. Mesuliyet sahasında risk nazariyesi nasıl şu veya bu kusurlu hareket esasından ziyade, şu veya bu vakî zararın telâfisi lüzumundan hareket

ediyorsa, kanuna karşı hile nazariyesi de belki failin denuri niyetlerinden ziyade failin ve iradi olarak bir kanunun tesirsiz bırakılmasından hareket etmektedir. Yani teşbih caizse buradaki hareket noktası da âmîr bir hükmün şu veya bu dolapla hükümsüz kılınması gibi objektif bir neticedir. Niyet unsurunun kanuna karşı hilenin ancak muayyen bir nev'inde esas rolü oynadığını görmüştük. Bu itibarla gerek hileli muamelenin iptali dolayısıyla tahaddüs edecek karışık hukuki durumlar ve gerek saiklerin araştırılması dolayısıyla hâkimin düşeceği keyfilik tehlikesi yolundaki itirazlar nazariyesi red ettirecek kadar kuvvetli değildir. Diğer taraftan saik ve niyet araştırılması meselesi hukukun hiçbir zaman tamamen vaz geçemeyeceği bir husustur. Vakıa hukukun ahlâktan kesin hudutlarla ayrılması gerektiği iddia edilebilir; fakat sosyal gerçeklik insanların hatırı hareketlerine taallük eden normlar arasında böyle bir kesin uçurum mevcut olmadığını gösteriyor. Ahlâki ölçülerin hukuka müdahale etmemesi fikri, bugün için her şeyden evvel gerçeklikteki bir imkânsızlığın talebi mahiyetinde telâkki edilmektedir. Hukukun ahlâki kıymetlerle ve idée'lerle olan münasebeti hiçbir devirde inkâr edilememiştir, ve hukuk kendi mekanizmasını yürütebilmek için birçok ahlâki prensipleri kendi müeyyideleriyle teyid etmek ve onlara dayanmak ihtiyacını hissetmiştir. Hakların hudutları, kanun maddelerinin ruh ve maksatları daima bu müşterek ölçü ile çizilmiştir. Bu itibarla hukuk, hak sùjelerinin haklarını istimal ederken, kanunlardan istifade ederken hangi niyetle hangi maksatla hareket ettiğini bazı hallerde araştırmak hakkını haizdir, hatta bu, onun için bir vazifedir. Ne bir sübjektif hak, ne de bir kanun maddesi ahlâk ve hukuk nizamına aykırı bir maksada alet olarak kullanılamayacaktır. Hukuk bütün müeyyideleriyle bu iki nizamı aynı zamanda korumakla mükelleftir. Bu meselelerin mübalâğa edilmesi ve hiçbir şüpheyi davet etmeyen tamamen ciddi ve hüsnüniyetle yapılmış muamelelerin, saiklerinin araştırılması yüzünden ve bazen yanlış tahlil edilmesi neticesinde butlan tehlikesine maruz kalacaklarının iddia edilmesi hakikate mutabık bir tez değildir. Hâkim tamamen meşru görünen bir muameleden durup dururken şüphe etmeyecektir, ve tamamen meşru bir muameleyi ehemmiyetsiz bir karineye dayanarak iptal etmeyecektir. Kanuna hile müeyyidesini hâkimin tatbik edebilmesi için çok ciddi ve ağır şartların birleşmesi icap eder. Teşbih caizse bu müeyyide hastanın ancak ölüm tehlikesi karşısında kaldığı zaman yapılabilecek olan bir operasyon gibidir. Yani hukuki nizamın olan hürmet ve riayet prensibini kurtaracak olan son çaredir ve âmîr hükümlerin nihaî bekçisi demektir.

3 — **Hukukun tekâmülüne aykırılık hakkındaki itirazların reddi:** Bu itirazlara evvelâ köhneleşmiş kanunlar hakkındaki iddiaları bakımından bir cevap verelim. Bu gibi kanunlar her memlekette vardır, ve bunların yürürlükten kalkması daha ziyade, vaz edildikleri zaman, tanzimini istihdaf ettikleri sosyal münâ-

sebetlerin bilâhare ortadan kalkması sebebile vâki olur. Diğer taraftan bu gibi kanunların açıkça ihlallerini dahi mahkemeler, bu kanunların artık sosyal bir ihtiyaca cevap olmamaları ve zaten kanun koyanın daha yeni ve daha mütakâmil eserleri olan diğer kanunlardaki prensiplerle tearuz etmeleri yüzünden umumiyetle şu veya bu bahane ile müeyyidelemezler. Şu halde açık ihlallerinin dahi müeyyide ile karşılanmadığı bazı hükümler aleyhine vâki vasıtalı ihlallerin evleviyetle müsamaha göreceği tabiidir. Sonra hukukî tekâmülün bu vasıfta olmayan yani hayatiyetini bugün dahi muhafaza eden âmir hükümlere karşı yapılacak dolambaçlı ihlallerle vâki olacağını iddia etmek ve bilhassa vâki olmasını tavsiye etmek hukuk fikrile kabılı telif bir tez değildir. Vâkıa hukukî olaylar kanun koyanın emir ve direktifleri istikametinde inkişaf etmeyebilir, fakat bu, hiçbir zaman âmir hükümlerin kaçamaklı bir şekilde ihlâli demek değildir. Bugüne kadar malûm olan hukukî şekillerin dışında yeni hukukî şekiller pratik hayatın bir icadı olarak hukuk âlemine dahil olabilir. Esasen kanun koyanlar bunu daima derpiş etmişlerdir. Kanunlarda hukukî münasebetlerin çeşitleri ve adetleri değil, ancak prensipleri tesbit edilmiştir. Fakat yeniden icat edilecek olan hukukî şekillerin bu prensiplere muhalif olmamak gibi bir hudutları vardır. Türk ve İsviçre borçlar kanununun 19 uncu maddesi ve bilhassa yeni İtalyan Medenî kanununun 1322 nci maddesi bunun tipik tezahürlerini teşkil eder: “Madde: 1322 - Taraflar hususî surette tanzim edilmiş olan tiplere dahil bulunmayan akitleri de yapabilirler, ancak bunlar hukuk nizamının himayesine lâyık olan menfaatları güçleştirmeye matuf bulunmamalıdır., görülüyor ki kanuna hile nazariyesi hukukî tekâmüle mani olmak değil, olsa olsa bu tekâmülün meşru bir çerçevede dahilinde seyrini temin etmekle muttasıftır. Hukukî prensiplerin temellerinden sarsılması ve değiştirilmesi meselesi ise konumuzun dışında kalır ve bunların değiştirilmeleri münferit ve kaçamaklı ihlallerle değil, mevzuu sahamızın dışında kalan kollektif tepkilerle vâki olur. Bu itibarla kurnaz bir ferdi zekânın kendi arzu ve menfaatlarını temin için kullandığı meşru kisveli bir alet demek olan kanuna hile ile, bu gibi hukukî inkılâpların vasıtası olan kollektif fikir cereyanları birbirine karıştırılmamalıdır. Kanuna hile yapan fert, ne hukukî tekâmüllü tacil etmeyi, ne de mevcut hukuk prensiplerinin kusurlarını tashih etmeyi düşünür. O yalnız kendisine, camiyyaya dahil diğer hak sâhiblerinden ayrı, mümtaz bir durum bahşetmek ve falan veya filân maddeyi kendi hesabına ve kendi nefsi hakkında ilga etmek arzusundadır, ve yaptığı muamelenin neticesi de hakikaten budur. Muayyen âmir hükümler bu ferde tesir edemezler. Zira bu fert kendi mahirane vasıtalarıyla bir nevi muafiyet yaratmıştır. Görülüyor ki kanuna karşı hile, kanun koyanla kanuna itaat etmemek isteyen ve bu itaatsizliği mahirane bir şekilde ketmeden fert arasındaki mücadelenin ifadesidir ve bu mücadelerde gerek ahlâk gerek hukuk nizamı bakımından ferdin müdafaasını muhik gösterecek sebepler bulunmamaktadır.

F — Hilei şer'îye

91 — İslâm hukukunda "Hilei şer'îye meselesi,":

1 — Genel mülâhazalar:

Tetkikimizin başındanberi, kanuna karşı hile ile İslâm hukukundaki hilei şer'îye arasında herhangi bir ayniyet iddiasından çekindiğimiz her halde fark edilmiştir. Bu çekinme; sadece böyle bir ayniyeti inkâr manasına gelmemelidir. Bu durumun sebebi şudur:

Evvelâ İslâm hukukunda hilei şer'îyenin nasıl doğduğu ve nasıl telâkki edildiği hususunda hakikî menşe teşkil eden Arapça mahezlerden, şahsen vasıtasızca müstefit olacak durumda olmadığımızdan bu mevzu hakkında herhangi bir iddiada bulunmağa asla cür'et edemedik.

Saniyen, şimdiye kadar yeni Arap müelliflerinden [1] ve yeni Türk hukukçularından bazılarının [2] bu iki mefhumu birbirine irca ettiklerini müşahade etmemize mukabil sayın Hocamız Arsebük'ün bu müşâbehete muarız olduklarını görmek, meselenin mahiyeti hakkında bizi büsbütün tereddüde düşürdü.

Yukarıda işaret ettiğimiz gibi bu tereddüdü kat'i olarak giderebilmek için ise Arap kaynaklarından doğrudan doğruya tetkiklerde bulunmamız lâzımdı ve bu bizim için imkânsızdı. Bu durum karşısında bu kaynaklardan vasıtalı bir surette edindiğimiz malûmatla iktifa zorunda kaldık [3]. Tetkiklerimizin, bizi herhangi bir kat'i neticeye sevk edecek derinlik ve genişlikte olmadığını baştan itiraf ederek, mevzu hakkında, bu cüz'i araştırmaların sonunda edindiğimiz kanaati, hiçbir mutlakiyet iddiasında bulunmadan, arzetmeyi muvafık görüyoruz.

2 — İslâmda "Hilei - şer'îye,, tabiri ve mefhumu:

Bu tabirin, kanuna yani mahsus tabiriyle şeriata karşı irtikâp edilen hile manasına gelmeyip; "şerî çareler,,i ifade ettiğini ve aynı mefhum hakkında "mahlası -şer'î,, dahi dendiğini yukarda (no: 10 Sh: 16 not: 3) izah etmiştik. Böylece kanunî ve şer'î çare manasına gelen hilei -şer'îye tabirinin bir garp diline meselâ Fransız'caya tercemesi icap etse buna herhalde "fraude à la loi,, hatta "fraude légale,, değil, belki "moyen légal,, veya "solution légale,, yahut nihayet "expédient légal,, demek gerekir. Fakat bu mülâhazalar ancak tabirin lâfzi tercemesine maksurdur. Şu halde acaba hilei şer'îye mefhumunun da kanuna karşı hile kavramı ile aynı şekilde alâkasız olduğunu iddia edebilir miyiz?

[1] BAZ, Jean - Essai sur la fraude à la loi en Droit Musulman. 1938

[2] F. H. SAYMEN - Kanuna karşı hile istimali Sh:

[3] Arapça me hazlardan faydalanmamı temin eden Sayın meslektaşım Asistan Bay Niza-mettin NEFTÇİ'ye teşekkürü borç bilirim.

Kanaatımızca bu meseleye doğru bir cevap verebilmemiz için, herşeyden evvel iki ehemmiyetli mülahazayı hatırdan uzak tutmamamız lâzımdır:

a) Herhangi bir hukukî hadise veya müesseseyi, daima dahil bulunduğu hukuk sistemi ve hatta bu hukuk sisteminin de mensup bulunduğu fikir âlemi, kıymetler dünyası içinde tetkik etmek ve bu ölçülere göre takdir etmek lüzumu.

b) Herhangi bir hukukî usulü, müesseseyi tenkidi bir şekilde tahlil ederken, yalnız onun suiistimal halleri veya mahzurları bakımından değil, aynı zamanda bu müessesenin doğuş sebepleri ve karşıladığı ihtiyaclar bakımından da muhakeme yürütülmesi lüzumu. Tâki bir usulün yalnız kötü neticeleriyle veya zamanla tahrif ve tagyire maruz kalmış olan bünyesiyle ölçülmesi gibi bir kıstas hatasına düşülmesin. Her müessesenin kendi hukuk düzeninde oynadığı bir rolü vardır ki bunu inkâr ilmi bir hata olur.

a) İslâmî Hukuk telâkkisine göre hilei şer'îye:

Filhakika bu mefhumu, içinde doğup yaşadığı Hukuk ve Kültür dünyasından tecrid ederek bugünün kıymetlerine göre münakaşa edersek yanlılabiliriz. Çünkü buna teveih edeceğimiz itirazların birçoğu, belki bizzat bu mefhumu değil fakat onun mensup bulunduğu Hukuk Sistemine ait olacaktır.

İslâm'da hilei şer'îye, hususî şahsın Hukuk Nizamından kaçmak için icad ettiği bir dolap değil, bizzat bu Hukuk Nizamının koruyucusu olan müctehit, müftî ve kadı gibi hukukçuların, kesin şerî hükümleri müşahhas bazı hadiselerin muğdiliyetine tatbik için icad ettikleri bir usuldür. Netekim mecellenin en esaslı kaynağını teşkil eden "el Esgbah ven' Nezair,, de İbni - NÜCEYM, hilei şer'îye hakkında şöyle izahat vermektedir: "Hile, işleri tedvirde bir hazakat manasına gelir ki bu da taklîbi fikir ile maksuda ermeği temin eder. Ulemamız hilenin manası hususunda ihtilâfa düşmüşlerdir,, [4]. Mezkûr eseri şerh eden HAMEVÎ ise bu ihtilâf hakkında şu malûmatı veriyor: "Ulemamızın dediklerine göre bir hakkı iptal etmek veya o hakkı şüpheli göstermek veyahut batıl bir şeyi muteber gibi göstermek için istimal edilen yahut başvuru her hile mekruhtur. Bir haramdan kaçmak için veya bir helâle erişmek için kullanılan hileler iyidir. Bu nevi bir hilenin caiz olmasının aşl şü âyettir: "Elinde bir demet tut da onunla vur, ve yemininde durmamazlık etme,, (sureisadda "ve huz biyedike diğşer fadribbihî velâ tahnes innâ vecednâhu sâhiren ni'melabdü innehü ebvab,,) [5]. Bu, Eyyüp aleyhisselâma yemininden kurtulması için inzal edilen bir âyettir.

[4] İbni - NÜCEYM - El Esgbah ven Nazâir. (Matbaai - Âmiri, Hierî 1290 tabı. Sh: 291)

[5] Bak: Dersi amdan Elmâlılı Muhammed Hamdi YAZIR - Hak dîni Kuran dil. 1938 Cilt: 5 Sh: 4102 "bu hadiseden sonra buna "Eyyüp, ruhsatıdonmıştir.

Zira Hazreti Eyyüp karısına yüz deynek vurmaya yemin etmişti. İşte hilenin meşruiyeti hususunda İmamı Muhammed bu âyete istinat etmiştir. Halbuki HISAF buna istinad etmez. Çünkü HISAF'a göre bu ayet mensuhur. Binaenaleyh gereğince amel olunamaz. Halbuki meşayihin ekseriyeti bu ayetin mensuh olmadığına mütefikler. Ulemanın bir kısmı bunun gereğince amel olunurken böyle bir hilenin yapılmasında bütün deyneklerin bir araya bağlanması icabedeceğini söylemektedirler.

İbni -ABBAS'ın dediğine göre ise Hacerle Sare arasında bir kavga çıkmış. Sare Hacer'in bir uzvunu kesmeğe yemin etmiştir. Allah da bunun üzerine karıların arasını bulmak için cebraili Hazreti İbrahim'e göndermiştir. Sare (ben bir kere yemin ettim bundan nasıl kurtulurum?) demiş. Allah Cibril vasıtasile Hazreti İbrahim'e şu vahiyde bulunmuştur: Sare'ye söyle. Hacer'in kulağını delsin,, ve işte kulak delme âdeti buradan kalmaz,, [6].

Elimize geçen mahdut eserlerde hilei şer'iyenin menşei ve meşruiyeti hakkında başka bir mesnede tesadüf edemedik [7]. J. BAZ'ın bu günkü İslâm memleketlerinde yapılan hilei şer'iyelere tahsis ettiği eserinde ise bunun esas itibarile yalnız İslâm hukukçularına has olmayan "casuistique,, iptilâsının tesirile meydana geldiği ve behemahal müşahhas hâdiseleri şer'i şekillere uydurmak zaruretinden doğduğu iddia edilmektedir.

Filhakika İslâmiyet, mensuplarının bütün ef'alini en ince teferruatına kadar tanzim etmek isteyen bir akide olduğuna göre, her mümine bütün harekâtını Allahın emirlerine uydurmak mecburiyetini tahmil etmektedir. İslâmiyette dinî ve dünyevî işler tefriki yoktur. Allahın emirleri her şeyden evvel insanların bu yer yüzündeki ef'al ve harekâtını tanzim için konmuştur. Bu hareketlerse hukukî, ahlâkî, dinî ve iktisadî münasebetler şeklinde bir tasnife tâbi tutulupta bunlardan yalnız bir kısmına dinî akidelerin müessir olacağı kabul edilmiş değildir. Mümin adam şu veya bu mahiyetteki bilcümle harekâtında Allahın emirlerinden ayrılmamakla mükelleftir. Bu emirlerse Allahın kitabı olan Kur'anda yazılıdır. Fakat acaba bu kitapta beşerin ihtimal dahilinde olan bilcümle hareket ve münasebetlerini derpiş edecek kadar mütenevvî kaideler var mıdır? Bu suale şöyle cevap verilir: Kur'andaki kaideler ancak nüzullerine sebep olan müşahhas hâdiselere maksur değildir. Bunlar genel prensipler, umumî hattı hareket kaideleridir. Ulema bu prensipleri usulüne uygun şekilde tefsir ve teşmil edecektir. O halde zahiren Kur'anda derpiş edilmemiş gibi görünen yeni hadiseler hakkında bir kıymet hükmü vermek Ulemaya düşer ve Ulema da malûm dört kaynakla bağlıdır. (Kur'an, Hâdis İcma' ümmet, kıyası fukaha). Biz bu noktalar üzerinde duracak değiliz. Bunları zikretmekten maksadımız yapacağı herhangi bir hareketin, tesis

[6] HAMEVİ - El Eşbah ven Nazâir mâ şerhihi gamız uyûnülbasâirül - Hamevî. Hc: 1290
[7] Fetavayı Hindiyeye, El Eşbah ven Nazâir, El Hiye! (HISAF'ın)

edeceği herhangi bir hukukî münasebetin behemahal "kitapta yerini bulmak,, ihtiyaç ve itiyadının her müslümanda yerleşmiş ve kökleşmiş olmasıdır. Bu, sadece bir zevahiri kurtarmak endişesinden doğma değildir. Müslüman kendi nefesine ve bizzat Allaha karşı da hareketini muhik kılmak, muhik göstermek "Justifier,, etmek ister. Bütün yenilikler, muad olmayan yeni münasebetler ancak "kitapta yeri bulunduğu,, takdirde vicdan-huzur ile tâtbiik edilebilir. Bu ihtiyaç ve itiyad, imanını kaybetmek ve farkında olmayarak günah işlemek hususundaki samimi bir korkudan doğabilir. Hayatî ve içtimai zaruretler ferdi çeşit çeşit münasebetlerde bulunmaya zorlar. Bu vaziyet karşısında fert telifi müşkül iki husus arasında kalır: Bu zorlamalara boyun eğmek zaruretile bu yüzden Allahın iradesine karşı gelmiş olmak tehlikesi. Vakıa İslâmiyette Allahla kul arasına giren bir ruhban sınıfı yoktur. Fakat böyle müşkül durumda kalan fert, caiz olup olmadığında mütereddit olduğu bütün hareketlerinde Ulemaya danışmak ihtiyaç ve itiyadındadır. İşte hilei şer'îye dediğimiz usul bu iki zıt durumu telif zorunda kalan ferde müctehit, müfti, kadî gibi yetkili kimselerin bir takım kurtarıcı meşru hareket tarzlarını tavsiye etmelerinden ibarettir. Görülüyor ki mefhumun esas bakımından kanuna karşı hileden çok uzaktayız. Burada bir şerait hükmünden kaçınılmak istenmiyor ve fert böyle bir kaçmayı emri vâki olarak yapmamıştır. O bütün bu şer'î hükümler dairesinde kendi hususî hali ve içinde bulunduğu zaruretin karşılanması bakımından nasıl hareket etmesi gerektiğini bu şer'î hükümlerin mütehasısı ve koruyucusu olan bir kimseye sormaktadır ve hattı hareketini bu yetkili kimse tâyin edecektir. O da bu tavsiyeye göre hareket edecektir. Vakıa bu hareketler zamanla teamül halini alır, fakat bu teamüllerin menseleri daima böyle olmuştur. Görülüyor ki mefhumun esas bakımından "kanuna karşı hile,, den çok uzaktayız. Bugün vazifesini müdrük bir avukatın müvekkilini içinde bulunduğu müşkülâtan kurtarmak için ona göstereceği hukukî çare yani meşru hareket tarzı ne ise İslâmın da esas itibarile hilei şer'îyesi oydu.

b) Hilei - Şer'îye'nin muhtelif tatbikatı ve suiüstimali:

Buraya kadar söylediklerimiz, bizi, bu meselenin bir müdâfii addettirmemelidir. Tatbikatta ve bilhassa İslâmın son zamanlarında bu meselenin ne derece suiüstimal edildiğini bilmiyor değiliz. Ancak bizim hilei - şeriye hakkında istihrac ettiğimiz netice bizzat İbni NUCEYM'in verdiği kıstasa müsteniddir:

"Hilei şeriye, işleri tedvirde bir hazakat manasına gelir ki, bu da taklibi-fikr ile maksuda ermeği temin eder..:

Şu halde bu tarife göre hilei - şeriye, bu gün kanun hükümlerinin hayatın icaplarına intibak ettirilecek şekilde tefsiri demektir. Halli murad olan müşkül için kanuni hükümlerden yardım beklemektir. Bundan başka bu mesele üzerindeki

ihtilâfa temas eden şârih HAMEVÎ ise; “bir hakkı iptal etmek veya o hakkı şüpheli göstermek veyahut batıl birşeyi muteber göstermek için müracaat olunan hile mekruhtur. Bir haramdan kaçmak veya bir helâle erişmek için istimal edilen hileler iyidir., demektedir. Şu halde Hilei - Şeriyenin ahlâkî ve hukukî değeri hakkındaki münakaşalar için kıstas olarak kabul olunacak bir temel var demektir. Bu kıstas acaba pratikte daima nazara alınmış mıdır? Her hilei - şeriyenin bir hakkı iptal edip etmediğine veya bir harama vusulü temin edip etmediğine bakılmış mıdır? İslâm memleketlerinde revaç bulan hilei - şeriye misalleri, acaba İbni - NÜCEYM'in, HAMEVÎ'nin tarif ve tasniflerine göre mi muamele görmüştür? Buna müsbet cevap vermemiz maalesef kabil değildir. Fakat bu, meselenin hakikî mahiyetine halel getirmez. Bu, kolaylıkla suiistimale müsait bir yolun, pratikte alabildiğine yayılması ve hikmeti - vücudünden uzaklaştırılması demektir.

Filhakika İslâm memleketlerinde öyle hilei - şeriyeler yapılmıştır ki, bunlar sadece lâyük bir kanun vazihine değil, doğrudan doğruya ilâhî teşriin vazihine yani açıkçası Allaha karşı hile teşkil eden çirkin kaçamak yollarından ibarettir ve kanuna karşı hile hadiselerinden bin beterdir. Fakat herhangi bir hukukî usulün değerini, onun suiistimali ile ölçmek ve onu ancak bu suiistimal hallerine tekabül eden “kanuna hile., ile aynı şey telâkki etmek doğru olmaz.

Fakat bütün bu mülâhazalarımız, “muteberlik., “helal veya haram., “batıl veya caiz olma., gibi kavramların, daima İslâm Hukukunun kıymetlerine göre tayini gerektiğini unutturmamalıdır. Bu günkü modern ve layık hukuk zihniyetinin ölçüleriyle islâmî müesseseleri kıymetlendirmeye kalkarsak garip yanlışlıklara düşeriz. Objektif ölçülere göre belki İslâmî Hukuk Görüşü hakkında bir kıymet hükmü vermek kabildir; fakat bu görüş ve sistemden tecrid edilerek onun münferid bir müessesesi hakkında modern hukuk anlayışına göre kıymet biçmek caiz değildir. Hilei şeriyeyi, bütün islâmî hukuk görüşü içinde, islâmî hukuk anlayışı içinde tetkik ve takdir etmek gerekir.

Bütün bu mülâhazalarımızı teyid edebilmek için bazı hilei şer'iyeye misallerini hatırlatmayı faydadan hâli görmüyoruz. Bunların bir kısmı Garp Hukukçularının “caiz olan kanuna hile., dedikleri hallere benzer ki böyle bir manasızlığın doğru olmadığını evvelce kaydetmiştik. (Yani gerek hilei şer'iyeye gerek caiz olan kanuna hile tabirleri haddi zatında gayri meşru bir mefhumu ifade etmezler.) Bir kısım ise tamamen kanuna hile misallerinin aynıdır. Burada bizim büyük bir hataya düştüğümüz zannedilebilir. Madem ki birçok misallerde bir ayniyet vardır o halde bu iki mefhum arasındaki ayniyet niçin red ediliyor denebilir. Ancak hadiseler ve vakıalar arasındaki ayniyet bu vakıaların muhtelif hukuk

sistemleri bakımından kıymetlendirilişleri arasında da bir ayniyeti icap ettirmez. Muayyen bir hareket falan sisteme göre suç telâkki edildiği halde filân sisteme göre meşru sayılabilir. Bizim üzerinde durduğumuz cihet muayyen bir hukuk sistemine tâbi ferdin, bu sistemin prensiplerini kendi hesabına ilgaya cür'et etmesi demek olan kanuna hile ile, gene bir başka hukuk sistemine tâbi ferdin kendisinin bizzat bu hukuk sisteminin gösterdiği şer'i çarelerden istifade etmesi demek olan hilei şer'îye arasındaki hukukî kıymet farkıdır.

Burada zikredeceğimiz misaller, mevsukiyeti umumiyetle kabul edilen bazı İslâm me hazlarından alınmıştır. Bu misallerde dikkatimizi çeken hususlar bilhassa muhtelif müçtehitlerin ve imamların aynı hukukî hâdise hakkındaki görüş ihtilâflarıdır ki bu ihtilâflar bize İslâm ulemasının hilei şer'iyenin bir suiistimal aleti olmamasına ne derece gayret ettiklerini göstermektedir.

92 — Bazı şer'î hile şekilleri:

1 — *Nikâh meselelerinde müracaat edilen şer'î hileler: (Talak dahil)*

a) Burada ancak tipik biriki hâdise ve usul zikredeceğiz. Tarihî ehemmiyetine binaen evvelâ İmamî AZAM zamanında geçen meşhur hadiseyi hatırlatalım.

Kûfe eşrafından birisinin bir düğün münasebetile ulemaya verdiği bir ziyafette şöyle bir hadise cereyan eder: Düğünde iki erkek kardeş iki kız kardegle evlendirilecektir, fakat o zamanki İslâmî telâkkilere göre eşler evlenmeden evvel birbirlerinin yüzünü göremezler. Yani erkek şahsen hangi kadını almakta olduğunu bilmez. Bunu ancak nikâhı müteakip öğrenir. Fakat hüviyet itibarile tanıdığı malumdur. Bahsedilen düğün gecesinde evlenecek delikanlılar yanlışlıkla birbirlerinin menkûhası olan kadınlarla zıfâf yaparlar, hadise büyük bir heyecan doğurur ve ziyafeteki ulemadan bu işe bir hal sureti bulmaları rica edilir. Yapılan tavsiyeler Fetavayı hindiye'de aynen şöyle nakledilmiştir: "... Bunun üzerine SÜFYAN ÜS SEVRİ şöyle demiştir: Hazreti Ali, böyle bir hadisede kocalardan her birine birer mihir ve kadınlara idde hükmettikten sonra, kadınların kendisile asıl nikâhın yapılmış olduğu adamlara verilmesini emretmiştir. Bu sırada EBU HANİFE mütemediyen parmağı ile sofranın kenarına vurmaktadır ve bu hal bir şey düşündüğüne delâlet ettiğinden yanında oturan kimse ona bu hususta bir fikri olup olmadığını sorar, buna SÜFYAN - ÜS - SEVRİ dehşetli kızar ve: "Ali'nin kazasından sonra söylenecek neşi bulunabilir?," der. Bunun üzerine EBU HANİFE emreder: "İki güveyi de bana getirin;," ve gelen güveylere sorar: "dâhul ettiğiniz kadınları sevdimiz mi?," onlar da evet derler ve hoşlandıklarını söylerler. EBU HANİFE bunun üzerine "pekalâ, herkes

kendisi ile nikâh kıyılmış olan kadını boşasın... der. Onlarda boğarlar. Bunun üzerine EBU HANİFE orada bu güveyleyi yanlışlıkla duhul etmiş oldukları kadınlarla nikâhlar ve haydi ailenize gidin der. Bu hale SÜFVAN ÜS SEVRİ kızarak EBU HANİFE'ye: "Bu senin yaptığın nedir?.. der. O da şu cevabı verir: "Bu yol düşmanlıktan uzaklaşmak ve anlaşmak için en iyi yoldur, zira zaunedermisiniz ki bu erkekler idde müddeti geçmesine rağmen karılarının vaktile kendi kardeşleriyle duhul etmiş olduklarını unutabilirler?. Bu suretle ben her iki tarafı kendi istediği kadınla evlendirmiş oluyorum, saniyen idde müddetine intizara lüzum kalmıyor, çünkü kadınlar zaten duhul ettikleri erkeklerle evleniyorlar., Bunun üzerine bütün ulema EBU HANİFE'nin fatanetine ve hüsnü teemmülüne hayran olurlar. [1].

Böyle bir hal tarzının bugünkü görüşlerimize göre takdiri bizi ne kadar farklı bir hükme sevk ederse etsin İslâmi kıymetlere ve İslâm dünyasındaki adetlere göre bu hal suretinin fevkalâde elverişli ve maslahata uygun olduğunu kabul etmemiz gerekir. Görülüyor ki bu hilei şer'îye'de tebarüz eden hususiyet herhangi bir âmir hükmü bertaraf etmek arzusuğundan ziyade, tahaddüs etmiş olan karışık ve pürüzlü bir duruma en uygun hukukî hal suretini bulma vakıasıdır.

b) Diğer bir hile şekli:

Bir adam öz kızını kölesi ile evlendirir. Fakat adam ölürse kız babasının varisi olacağından ve bu meyanda köle de kendisine intikal edeceğinden nikâh kendiliğinden zail olacaktır, çünkü İslâmda koca karının kölesi olamaz. Buna mani olmak için kızını evlendiren adam kölesinden bir miktar borç alır, kendisi köleye borçlu olarak ölürse, köle, kız tarafından tevarüs edilemez. Dolayısıyla kızın mülkiyetine de geçmez ve nikâh bâki kalır.

Görülüyor ki bu hilei şer'îye de gene gerçek sosyal hayatta cereyan etmekte olan muayyen tipteki hadiselerin hukukî bir çaresinden ibarettir.

c) Gene nikâh aktinde yapılan diğer bir şer'î hile muhtelif imamların fikir ihtilâflarına sebep olmak bakımından burada zikre değer mahiyettedir: Bir adam bir kadınla evlenmek ister. Halbuki kadın bu adamla evlendiği takdirde onun kendisini bir başka memlekete götüreceğinden yahut üstüne ortak veya odalık alacağından korkar, bunun için kocası olacak erkeği yeminden gayrı bir vasıta ile bağlamak ister. Bu halin hilesi şehirden çıkarmamak şartına muallâk bir mehir tesmiyesi ile nikâhın kıyılmasıdır. Yani koca karyı şehirden çıkarırsa, boşmaksızın mihrî ödemeğe mecbur olur. Bu hadise hakkında kadı EBU ALİY-YÜN-NESEFİ şart koşulan mihrî miktarının "hayyizül ihtimal,, olmasını

yani maküliyet hudutları içinde tayin edilmiş bir miktar olmasını ister. Yoksa şart koşulan mihir kocanın esasen hiçbir zaman ödeyemeyeceği kadar fazla ise bu şart muteber olmaz ve koca karıyı şehirden çıkarabilir. Fakat böyle bir hile yapılmadan nikâh aktedilmişse kadının aynı maksadı temin etmesi için başka bir yol bulunamaz mı? Böyle hallerde umumiyetle şu hileye başvurulur: Kadın babasına, oğluna veya kardeşine bir miktar borçlu olduğunu beyan eder, bu takdirde kocası onu şehirden çıkarmak isterse bu alacaklılar mümanaat edebilirler. Bu hile hakkında muhtelif mütaalealar ileri sürülmüştür. Bu tarz hile ancak EBU YÜSÜF'ün fikrinde makbuldür, yoksa EBU MUHAMMED İBNİ HASAN'ın fikrinde makbul değildir. Zira bu fakih, kadının böyle bir ikrarının ancak kendisini ilzam edebileceğini kabul eder. Binaenaleyh böyle bir borç beyanına rağmen kocası kadını başka şehre götürebilir ve kadının, lehine ikrarda bulunduğu alacaklı buna mani olamaz. Zira kadının ikrarı kocayı ilzam etmez. Fakat bu hilenin bir mahzuru vardır. Koca karısının alacaklı olarak gösterdiği şahsa hakikaten alacaklı olup olmadığı hususunda bir yemin teklif edebilir. Hakikatte alacaklı sıfatını haiz olmayan böyle bir kimse tabiatile yalan yere yemin etmek istemeyecektir. İşte buna da bir hile bulmak lâzımdır. Bu da şudur: Alacaklı olarak gösterilecek şahıs, kadına herhangi bir elbise veya bir başka şey verir ve yüksek bir fiattan bunu sattığını söyler. Böyle olunca adam bu malın semeninin alacaklısı olur, ve yemin tevcih edilince bunu yerine getirebilir. Böylece kadının kocası gösterilen bu parayı ödemediği kadını şehirden dışarı çıkaramaz. Bundan başka kadının kendi yakınlarından bir kimseye kefil olduğunu beyan etmesi de aynı neticeyi temin eder, bu takdirde lehine kefalet edilmiş olan kimse kadının dışarı çıkarılmasına mani olabilir.

d) İslâm hukukunda geniş bir hile sahası da meşhur **hulle meseleleridir**. Malumdur ki karısının talâkı selâse ile boşanmış olan erkek ancak onun bir başka erkekle nikâhlanıp ayrılmasından sonradır ki yeni bir nikâh yapabilir. Halbuki bu usul oldukça ağırdır, ve esasen erkeği harekâtında ve sözlerinde takyid etmek için konmuş pek ciddi bir müeyyidedir. Diğer taraftan hulle suretile kadını alan erkeğin onu hiç boşamamak da elindedir. Bu takdirde eski kocanın durumu tehlikelidir. İşte bu vaziyeti düzeltmek için müteaddit hilelere başvurulur. Bunların en basiti hullede nikâh kıyılırken talâk hakkının kadına tanınması, yahut erkeğin kadına "seninle evlendikten ve bir defa dühul ettikten sonra benden talâkı - selâse yahut talâkı - bayin ile boş olacağım,, demesi yahut "seninle evleniyorum fakat iraden elinde olsun,, kaydını zikretmesidir. Fakat bunlara nazaran daha karışık bir hile şekli de şudur: Talâkı selâse ile kocasından ayrılmış ve fakat kendisi ile tekrar evlenmek arzusunda olan iyi bir aileye mensup bir kadın bu hulle meselesini imkân nisbetinde muhitinden gizlemek arzusundadır. Bunun hilesi şudur: Kadın itimad ettiği mahrem bir dostuna genç bir köle satın alı-

nacak miktarda parayı hibe eder. Dostu bu para ile genç bir köle satın alır, ondan sonra bu köle efendisinin iznile kadınla evlenir bundan sonra kölenin sahibi bu köleyi kadına hibe eder. Hibe edince nikâh münfesih olur ve kadın iddeti dolduktan sonra eski kocasile sahih bir nikâhla evlenir köleyi de vazifesi biter bitmez uzak bir memlekete gönderir sattırır.

e) Bu mevzuu bitirmeden evvel aleltilak bu gibi hilelerin muhtelif dünya görüşlerine ve hukuk sistemlerinin telâkkilerine göre birbirinden ne kadar farklı telâkki edileceklerine misal olmak üzere Jean BAZ'ın eserine yazdığı methalde zikredilen bir hadiseyi nakletmek istiyoruz. Bir gün Halife Harun Reşit, veziri ile sohbet ederken söz vezirin yeni satın aldığı bir genç cariyeye intikal eder ve Halife vezirden bu cariyeyi kendisine satmasını ister. Vezir red eder, Halife "O halde hediye et;," der. Vezir bunu da red eder. Bunun üzerine Halife bu cariyeyi satın alma veya hibe yolile elde edemediği takdirde karısının talâkı selâse ile boş düşmesi üzerine yemin eder. Buna mukabil vezir de asabileşir ve bu yollardan herhangi birile bu cariyeyi Halifeye verdiği takdirde kendi karısının talâkı selâse ile boş düşmesi üzerine yemin eder. Fakat sukûnet bulunca her ikisi de vaziyetin vahametini hissederler ve bağlandıkları yeminlerinden kurtulmak için zamanın kadısı ve müctehidi EBU YUSÛF'ü çağırıp çare sorarlar. EBU YUSÛF birinci çareyi bulur: Vezir yemininden dönmek ve aynı zamanda Halifeyi de yemininden nükkül ettirmemek için bahsi geçen cariye'nin yarısını satacak yarısını da hibe edecektir. Böylelikle cariye ne tamamen satılmış ne de tamamen hibe edilmiş olmadığından vezirin yeminine dokunulmamıştır. Diğer taraftan cariye satış ve hibe tarikle Halifeye intikal ettiğinden onun da dediği olmuştur. Fakat Halife sahip değiştiren cariyeler hakkındaki idde müddetini beklememek için bir çare daha sorar. EBU YUSÛF ikinci çareyi bulur: Cariye Halifenin kölelerinden birine nikâhlanacaktır. Köle akabinde cariye'yi tatlik edecektir. Bu takdirde köle sahibinin cariye'yi istifraş etmesi için beklemesine lüzum yoktur. Bu çare tatbik edilir fakat cariye'yi nikâhla alan köle onu boşamak istemez. Bu sefer işin büsbütün çıkmaza girdiğini gören Halife, EBU YUSÛF'den üçüncü çareyi sorar. O da derhal bulur: Halife kölenin sahibi sıfatile onu dilediği kimseye hediye edebileceğinden bizzat kendi cariyesine de (yani kölenin karısına) hibe edebilir. Bu takdirde aradaki nikâh kendiliğinden münfesih olur ve halife için bir müddet intizar külfeti ortadan kalkar çünkü cariye hür bir adandan değil bizzat Halifenin kölesinden ayrılmıştır.

Nakledilen bu hadisenin mevsubiyeti hakkında bir şey söyleyebilecek durumda değiliz [2]. Bunu burada tekrar etmekten muradımız modern ve eski, lâyük ve teokratik hukuk zihniyetinin birbirinden ne kadar farklı kıymetlere sahip olduğunu ve bu farklı kıymet ölçülerine göre yapılacak bir muhakemenin,

[2] Jean BAZ - a.g.e. Sh: 14 Not: 11 (NAUPHAL - Système législatif musulman: Sh den naklen)

zihni, birbirinden ne kadar farklı neticelere götürebileceğini işaretten ibarettir. Filhakika hâdiseyi evvelâ modern hukuk ve ahlâk telâkkilerimizle ölçelim:

1 — Halifenin, vezirinin cariyesine tamah etmesi ve her ne pahasına olursa olsun elinden almak istemesi evvelâ ahlâken çirkin sonra da hukuken mülkiyete hürmetsizliktir.

2 — Bir kadının yarısının satılması, yarısının hibe edilmesi baştan aşağı bir manasızlıktır. Aynı manasızlığa 18 inci asırda İsviçre'li yahudilerin köylülere yüksek faizle merkeplerin yarısını satmaları hadisesinde de tesadüf etmiştik. Bugünün hukuk telâkkisine göre ne şahıs satılabilir ne de tecezzisi imkânsız bir şeyin muhtelif aksamı farklı akitlere mevzu olabilir.

3 — Cariye şu veya bu şekilde vezirin elinden çıktıktan sonra vezirin yemininde hanis olmadığını kabul bugün için imkânsızdır. Çünkü satış ve hibe gibi muamelelerin yarı yarıya yapılmaları maksat hasıl olmamıştır. Cariye bu tabir ve tedbirlerin intihabına rağmen fiilen Halifeye geçmiştir.

4 — Halifenin, intizardan kurtulmak için cariyesini bir kölesile evlendirmesi evlenme müessesesinin mana ve maksadına aykırıdır ve bir nevi cebrî evlendirmedir.

5 — Evlilik vâki olduktan sonra kölenin karısını boşamamakta hakkı vardır. Kendisini karısına hibe etmek suretile bu hakkını istimalden mahrum edilmesi hem ahlâken çirkin hem de hukuken efendilik hakkının suiistimalidir. Demekki bu hadisede zikredilen üç hilei şer'iyenin üçü de bugünkü ölçülerimize göre hem çirkin hem manasızdır. Bunlar kanuna karşı hileden daha beterdirlir.

Fakat hadiseyi bir kere de o devrin bir insanı olarak o zamanki hâkim zihniyetin ölçülerile tahlil edelim.

1 — Cariye bir maldır. Herhangi bir insan dostunda hoşuna giden bir mal görürse bunu kendisine hibe etmesini veya satmasını ona teklif edebilir. Hususile bu insan bir Halife yani bir mutlak hükümdar olursa bu rica emir gibi telâkki edilmek gerekir.

2 — Cariye mal olduğundan satışı ve hibesi muteberdir. Yarı yarıya satılıp hibe edilmesi ise bütün "kasuistik", hukuk sistemlerinde görülen bir usuldür. Zira bu gibi sistemlerde hukukî imkânlar, şeni imkânlardan ziyade mantıkî ihtimallerle tayin edilir.

3 — Vezirin yemini gene aynı mücerret mantığa zebun hukuk telâkkisine göre bozulmuş değildir. Zira cariye ne satış suretile ne de yalnız hibe suretile elden çıkmıştır. Yani bu cariye ne tamamen satılmış ne tamamen hibe edilmiştir ki vezir yemininde hanis sayılabilin.

4 — Cariyenin bir köleye nikâhlanmasına gelince: Bir kere bunların ikisi de mal hükmündedir. Mal üzerinde ise malik her türlü tasarrufta bulunabilir, ancak bu mallar insan yaradılışında olduğu için onlara eza cefa ve işkence etmemek gibi ahlâki bazı kayıtlarla bağlıdır. Bir kölenin, sahibini müşkül bir durumdan kurtarmaya yardım için calî bir nikâha alet olmasında bir işkence mahiyeti yoktur. Bu, efendiye yardımdan ibarettir.

5 — Kölenin kendisine bu suretle nikâhlanmış olan karısını boşamamak hakkına gelince: Bir kere kendisi efendinin malî mesabesinde bir hizmetkârıdır. Vazifesi efendinin emirlerine harfiyen riayetdir. Hele bu efendi emirül müminin olunca; Şu halde cariyeyi boşamak köle için adeta bir hizmet borcudur. Esasen bu kız kendisine boşanmak üzere nikâh edilmiştir.

Bu hadisenin böyle birbirine zıt iki görüş zaviyesinden mütaleası şüphesiz ki pek mütebariz hatlarla ve pek kabataslak yapılmıştır. Maksadımız hileli şer'îye meselelerinde daima zamanının ölçülerine göre düşünmek lüzumunu belirtmekten ibarettir.

2 — Zekât meselelerinde hileler:

Bahsimizi bitirmeden evvel zekât meselelerindeki hilelere de bir nebze temas etmek arzusundayız. Bu günün malî hukuktaki hilelerine benzeyen zekât hileleri maatecessüf İslâm dünyasında son derece suiistimal edilmiştir. Fakat İslâm ulemasının hepsi zekâta karşı gösterilen bu şer'î çareler karşısında aynı durumu takınmamışlardır. EBU YUSÛF'un zekâtındaki bazı hilelere cevaz vermesinde mukabil MUHAMMED İBNİ HASAN'ın bu hilelerden nefret ettiği söylenir. Bu hususta Fetavayı Hindiyede şöyle denmektedir: "HİSAF'ın dediğine göre bazı kimseler zekâta hileyi mekruh görmüşlerdir. bazıları ise buna cevaz vermişlerdir... Fakat HİSAF'ın zekâta hileyi zikretmesinden maksat, böyle bir halde zekâtın vacip olmasına mani olmak içindir. Yoksa vacip olmuş bir zekâtı iskad için değil. Meselâ bir adam zekât nisabını itimad ettiği bir kimseye zekât senesinin bitiminden evvel hibe ederse, onu sene geçtikten sonra geri aldığı takdirde, o adam için zekât senesi, geri alma tarihine kadar devam etmiş sayılır. Arada geçen müddet hesaba katılmaz. Ve fakirleri ızzar için ikinci üçüncü sene gene aynı şeyi tekrarlırsa durum aynıdır. Ne zaman malını geri alırsa derhal zekât vacip olur,..

Zekât meselelerinde yapılan müteaddit hileler vardır ki bunlar üzerinde durmaya gerek esas konumuzun şumulü, gerek kitabımızın hacmi müsait değildir. Ancak şu kadarını söyleyelim ki hileli şer'îyenin ahlâki değeri hakkında İslâm Ulemasının daimî bir çekingenlik ve tereddütleri müşahade edilmektedir. Hususile son zamanlarda çığırından çıkmış olan hileli şer'îye tatbikatının ne bugünkü

ne de dünkü telâkilerle yani ne modern ne dinî hukuk ve ahlâk görüşleriyle müdafaa edilebilir bir tarafı kalmamıştır [3]. Tetkiklerimizde kanuna karşı hile ile bu mefhum arasında tebarüz ettirdiğimiz fark tekrar hatırlatalım ki yapılan muamelelerin şekil ve maksatları bakımından değil, bu hadiselerle verilen hukukî değer ve mana bakımındandır. Kanuna karşı hile ferdin kanun hükümlerine karşı bir isyanını saklar. Yani bir tarafta bütün bir hukuk nizamı öbür tarafta asî ve kurnaz fert vardır. Mücadele bu iki taraf arasındadır. Halbuki hilei şer'i-yede fert aynı hukuk nizamının muayyen emirlerinden kurtulmak için kendisine gene aynı hukuk nizamı tarafından (onun mümessili olan kadı veya müftü vasıtasile) gösterilen bir başka hal çaresini tercih etmektedir. Ona "bu muameleyi şöyle yaparsan müeyyideye maruz kalırsın fakat bu şekilde de yapılabilir. Eğer bu şekli tercih edersen hem istediğin olur hem müeyyideden kurtulursun," denmektedir. Tabir caizse, ve hilei-şer'îye kanuna hileye muadil telâkî edilirse kanuna hileyi burada bizzat kanun yapmaktadır. Bu itibarla kanun koyanın iradesinin ferdi zekâların kurnazlıklarına, ferdi iradelerin isyanına karşı himaye edilmesi meselesi burada rol oynamamaktadır. Ferdin karşısında bir tek hukuk sistemi vardır, hareketinde takip edeceği vasıtalı veya vasıtasız gizli veya açık yolları esasen bizzat bu hukuk sistemi göstermektedir. Bu bakımdan kendisile hukuk nizamı namına mücadele edilecek bir problem olan kanuna karşı hileden çok uzakta bulunuyoruz. Hilei şer'îye tenkili gereken ferdi bir ihlâl değil, olsa olsa suiistimale fazla müsait hukukî bir müesseseye, hukukî bir usuldür.

[3] Bu hususta bilhassa bak: ARSEBÜK - Medeni Hukuk. I. Sh: 126 ve aynı sayfa Not: 161 keza Sh: 142 Not: 28.

NETİCE

Tetkikimizin başındanberi her hususî hal ve mesele hakkında tercih ettiğimiz görüş noktasını sırası geldikçe belirtmeğe çalıştık. Böylece kanuna karşı hile meselesi hakkındaki şahsî kanaatlarımız esas itibarile tebarüz etmiş bulunmaktadır. Bununla beraber burada iltihak ettiğimiz telâkkinin ana hatlarını tekrarlamayı faydadan hâli görmüyoruz. Hususile yeni bir inkilâb geçirmiş ve hukukî telâkkilerinde cezrî bir değişikliğe maruz kalmış olan memleketimizde kanuna karşı hile meselesi zannımızca üzerinde durulmaya değer bir mevzudur. Hilei şer'îye dolayisile temas ettiğimiz hukukî zihniyet, hukukî hükümlerin hayatın zaruretlerine intibak ettirilmesi için türlü kombinezonlara mevzu olabileceğini kabul etmektedir. Vakıa bu hayatî zaruret mülâhazası haddi zatında meşru bir sebeptir, ve hukuk kaidelerinin bu zaruretlere intibak ettirilebilmesi esas itibarile takdire değer bir tekâmül eseridir. Fakat hukuk kaidelerinin bir kere şu veya bu mülâhazayla hükümsüz bırakılmasına alışılınca bu hükümler ve kaideler daha başka ve daha şahsî gayeler için de değiştirilmek ve hükümsüz kılınmak istenir. Bunun neticesinde hukuka tâbî olan sùjelerde hukukî normların behemahal tatbiki gereken bir takım kategorik emirler olmayıp, engel teşkil ettikleri takdirde kitabına uygun şekilde bertaraf edilebilen bir takım izafî prensipler olduğu zehabı uyanır. İşte hilei şer'îye meselesinin zamanla tahrif ve tağyire uğrayarak mahiyetini değiştirmesi bu yüzdendir. Yeni bir inkilâb yapmış ve ilâhî teşri yerine beşerî kanunları ikame etmiş bir memlekette hukuk kaidelerine karşı gösterilmesi gereken hürmet ve riayet meselelerinde biraz titiz davranmak zaruridir. Halbuki kanuna karşı hile meselesi sadece böyle bir maslahat tedbiri de değildir. Kanuna karşı hile nazariyesi nerede ve ne zaman olursa olsun hukuk nizamının en sonuncu bekçisidir. Bunu tetkikimizde muhtelif vesilelerle açıklamış bulunuyoruz. Cemiyet hayatında birçok manevî kıymetler muhtelif amillerin tesiri altında kalarak değişebilir yeni inkilâblara yeni kaynakmalara maruz kalabilir ve bu safhalarda cemiyet içinde bu gibi kıymetler hakkında rölâтивist bir görüşe sahip olanlar çoğalabilir. Fakat ne ahlâk ne estetik ne adap kıymetleri hakkındaki rölâтивizm, hukukî kıymetler hakkında saplanılacak bir rölâтивizm kadar tehlikeli değildir. Hukuk kaidelerinin, muhtevalarından mücerret olarak bizzat bir hukuk kaidesi olmak sıfatile muta telâkki edilmeleri temin edilmedikçe

hukuk nizamı kendisini emniyette hissedemez. Bu itibarla âmir hükümlerin tıpkı kategorik ahlâki emirler derecesinde sayılması sağlamaktır. İşte kanuna karşı hile nazariyesinin asıl rolü budur.

Pratikte bu nazariyenin nasıl tatbik edileceğine gelince: Vakıa birinci bölümde yabancı içtihatlardan müteaddit örnekler vermiş bulunuyoruz, ve nazariyenin objektivist telâkkisine taraftar olduğumuzu da belirtmiş bulunmaktayız. Fakat burada kanuna karşı hile teşkil eden bir muamelenin hangi yollarla isbat edilebileceğini ve hangi müeyyidelerle karşılanabileceğini şematik olarak göstermemiz faydadan hâli değildir:

1 — İsbat sureti bakımından:

Kanuna karşı hile teşkil eden muamele aleyhine her ilgili itiraz edebilir. Şu halde ilgili şahsın mutlaka **mutazarrır** olduğunu isbat etmesi icap etmez. İsbat vasıtaları bakımından tam bir delil serbestisi tanınmalıdır. Şu halde tahiriî beyine ibrazı şart değildir. Kanuna karşı hile teşkil eden muameleler hakkında mahkemenin her safhasında bu defî ileri sürülebilir çünkü bu yalnız bir vakıa meselesi değil belki esaslı bir hukuk meselesidir. Böylece herhangi bir muamelenin bu mahiyette olup olmadığını Yargıtayda dahi münakaşa kabildir. Diğer taraftan kanuna karşı hile meselesi yargıç tarafından resen nazara alınmalıdır. Aksi takdirde her iki tarafın da arzu ile yaptıkları bir hileyi mutlaka taraflardan birinin iddia veya defî şeklinde ileri sürmesi beklenirse pek az hileye mani olunabilecek demektir. Mamafih hile ile kendisinden kaçınılan kanunun hususiyeti daima gözönünde tutulmalıdır, ve her hususî hal için bu hale uygun bir hal sureti yaratılmalıdır.

2 — Müeyyide bakımından:

Herhangi bir muamelenin kanuna karşı hile olduğu sabit olunca tatbik edilecek müeyyidenin bebemahal butlan olmadığına evvelce işaret etmiştik. Yargıcın arayacağı şey bu hilenin hangi âmir hükmüne müteveccih olduğudur. Ve yapacağı şey de yapılan hileye rağmen bu âmir hükmü tatbik etmektir. Vakıa nazari olarak bu hal sureti çok basit görünebilir fakat tatbikatta durum çok müşkül ve muğdildir. Tarafların muamelenin şekli ve zahiri meşruiyetine dayanan iddia ve müdafaalarını red ve cerh etmek her zaman o kadar kolay olmayacaktır. Fransız hukukunda bunun muhtelif misallerini görmüştük. Hatta Fransa'da pek meşhur olan ve konu itibarile bizi ilgilendirmediği için nakletmediğimiz bir miras davasında savcı BAUDOUİN kanuna karşı hile teşkil eden bir muamelenin bu vasfını Fransız yargıtayı genel heyetine kabul ettirebilmek için onbeş yirmi sayfa süren iddianamesinin sonunda "efendiler cedle-

rimiz Allah bizi Parlemet'in hakkaniyetinden korusun derlerdi. Siz de o şekilde hareket ediniz ki biz hiçbir zaman Allah bizi yüksek heyetinizin hakkaniyetinden korusun; demeyelim,, demiştir. Kanunların ruhlarına karşı vâki tecavüzleri gayet kaypak hakkaniyet mülâhazalarile kapatmak temayülünü savcı bu asabi ifadesinde lâykile belirtmiştir [1].

Kanuna karşı hile hallerinin müeyyidesini bu şekilde kendisinden kaçılan kanunun muhtevasında aramak esası kabul edilmekle beraber biz tatbikat bakımından bir kolaylık teşkil edeceğine hükmettiğimiz şu ayırdı teklif ediyoruz:

a) Kanuna karşı hile teşkil eden muamele eğer aynı zamanda bir üçüncü şahsı ızzar etmişse haksız fiil veya hakkın suiistimali maddelerini tatbik uygun olur. Ancak haksız fiil maddesinin tatbiki sadece zararın tazminini icap ettirip kendisinden kaçınılmak istenen kanunun tatbikini temin etmiyorsa bu takdirde kanuna hile sıfatile bu müeyyideyi de uygulamak yani hadiseye kaçınılan maddeyi tatbik etmek lâzımdır.

b) Kanuna karşı hile teşkil eden muamele bir akit suretinde yapılmışsa yapılacak şey borçlar kanununun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasını tatbikten ibarettir çünkü bu fıkra yalnız vasıtasız ihlalleri değil bilcümle dolambaçlı ihlalleri de derpiş etmektedir. Hiç değilse nazariyenin kabulü halinde her âmir hüküm gibi bu maddenin de hem vasıtalı hem vasıtasız ihlalleri men ettiğini kabul etmek lâzımdır. Hülâsa kanuna hile teşkil eden akıtlarin hükümsüzlüğü asıldır.

c) Tek taraflı kanuna hile muamelelerinde mutazarrır olan kimse yoksa doğrudan doğruya kanuna hileden bahisle kaçınılmak istenen madde hükmü uygulanacaktır.

3 — Kanun koyan bakımından:

Kanuna karşı hile hallerinin muayyen sahalarda çoğalması kanun koyan için bir tehlike işareti teşkil etmelidir. Yapılacak şey kendilerinden kaçılan hukukî normların sosyal gerçekliklere olan intibak derecesini ve istihdaf ettikleri gayeyi tahakkuk ettirme kabiliyetlerini ölçmek olacaktır. İlmî bir şekilde bu mesele aydınlanınca kanun koyan iki şıktan birine hükmeder: Ya kanun tadile muhtaçtır, şu halde teşriî bir faaliyete mevzu olacaktır yahutta kanun, cemiyetin bugünkü ihtiyaçları veya ilerideki terakkisi bakımından zaruridir ve behemahal yürütülmesi lâzımdır. O halde kanun koyanın bu maddeyi ayrıca müeyyidelemek için yasak kanunu çıkarmasına lüzum yoktur. Zira kanuna karşı hile nazariyesi içtihatlarca kabul edildiğinden her âmir hüküm gibi bu madde de bu nazari-

yenin tatbikile korunacaktır. Burada kanun koyanın rolü; kanuna karşı hile hallerine karşı ilgisiz kalmaması ve bu hallerin bizzat kanundaki bir isabetsizlikten neşet edip etmediğini kontrol etmesi bakımındandır. Yoksa mütemadi yasak hükümleri koyarak yargıca her halde pek tehlikesiz olmayan bir takım umumî silâhlar vermek değil.

Kanun koyana bu vazifesinde hizmet edecek olanlarsa, bilhassa pratik hukukla ve Hukuk Sosyolojisiyle meşgul kimseler olacaktır. Kanunların sosyal hayata intibak kabiliyetlerini tatbikatçılar ve sosyologlar ölçebilir ve bu intibaksızlığın sübutu halinde kanunu mu, yoksa bizzat sosyal şartları mı tebdile uğraşmak gerektiğini ise, hukuk siyasetinin nâzımı sıfatiyle gene bizzat kanun koyan takdir eder. Yargıcın yapacağı iş, bu ihtimallere intizardan mücerred olarak, meriyette olan ve köhneleştiğine, maziye karıştığına hükmolunmayan bilcümle âmir hükümlere karşı vaki hileleri fırsat düştükçe rakipten ibarettir.