

Evlenmeden doğan kanun ihtilâfları

Asistan Jale Güral

GİRİŞ

Kadın ile erkeğin, yeni bir aile kurmak ve birbirlerine karşı sadakat ve muavenette bulunmak üzere meşru bir surette birleşmeleri, demek olan evlenme; (1) Devletler hususî hukuk alanında en çok kanun ihtilâflarına meydan veren akitlerden biridir. Bu gün artık, jus connubium yerli ve yabancı farkı gözetilmeden herkese tanınan bir hak mahiyetini almıştır. Fakat evlenme akti hakkında, muhtelif Devlet kanunları arasında bir birlik mevcut olmaması, her devletin evlenmenin sıhhati, evlenme aktinin inikadı için gerek esas ve gerekse şekil bakımından türlü türlü hükümler koymuş olmaları; kanun ihtilâflarının doğumuna sebebiyet vermektedir. Modern hayatın icapları dolayısıyla devletler arasında gittikçe artan sıkı münasebetler ve temaslar, muhtelif devlet vatandaşları arasındaki evlenmelerin çoğalmasını mucip olarak bu ihtilâfları daha da girift bir hale sokmaktadır.

Evlenmeden doğan kanun ihtilâflarının hallinde birçok müşkül-ler kendini gösterir. Evlenme ile meydana gelen aile; devletin temelini teşkil ettiğinden onun sağlam bir surette kurulmasını ve teşkilâtlanmasını her devlet kendi güvenliğinin başında görür; bunun için de kendi vatandaşlarının hariçte bile aktedecekleri evlenmelerin, sadece kendi kanununa tâbi olmasını ister. Bundan başka prensip olarak kabul edilen aslı şartlara Millî kanunun, surî, şartlara mahalli kanunun uygulanmasına da aynı görüş ve âmme intizamı gaygusuyle bir çok tahditler kor. İşte bütün bunlar itilâfların çoğalmasına ve yeknesak bir şekilde halledilmesine mâni teşkil eder.

Evlenmenin aslı şartları:

Prensip: Millî kanunun tatbikidir:

Evlenmenin aslı şartları, evlenme aktinin kurulabilmesi ve sıh-

(1) E. Arsebük: Sa. 546.

hati için lüzumlu olan şartlardır. Bu şartlar denlebilir ki bir taraftan müstakbel evlileri göz önünde tutarak onları hattâ kendi kendilerine karşı himaye ve kurulacak evlilik birliğini sıyanet, diğer taraftan da cemiyetin içtimaî, ahlâkî ve bazen dinî telâkkileri başka bir deyimle intizamı âmmesi nazara alınarak konmuş olan hükümlerdir. Bunun içindir ki muhtelif Devletler arasında önemli farklar gösterir.

Evlenmenin aslî şartları prensip olarak, evleneceklerin Millî kanununa tâbidir. Bu prensip Lâhey anlaşmasının birinci maddesiyle teyit edilmiş ve bazı istisnalar hariç bütün kara Avrupa devletleri kanunlarıyla, Çin ve Japon kanunu tarafından kabul olunmuştur (2).

Türk kanun vazı tarafından kabul edilmiş olan sistem de budur. Bu, sarîh olarak kapitülasyonların lâğvı üzerine 1915 (1330) da neşredilen «Memaliki osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki kanunu muvakkatin» 4 üncü maddesinde tasrih edilmiştir. Madde şöyle der: «..... Şu kadar ki gayri müslim teb'ayı ecnebiyeye müteallik olup ta akit ve feshi nikâh ve tefriki ebden ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye ve rüş ve mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyete müteallik bulunan dâvaların mehakimi osmaniyede rüyet edilebilmesi... şartlara mütevakkıftır, ve bu suretle intizamı âmmei Devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadarların hükümeti metbuaları kavaninine ve ihtilâfı kavanin halinde hukuku hususiyei düvel kavaidine tevfiikan muamele olunur». (3). Bu madde yabancıların, şahsî halleri hakkında kendi Millî kanunlarının tatbiki lüzumunu beyan ettikten sonra alâkadarların muhtelif tabiiyette bulunması halinde de çıkacak ihtilâfın hallini D. H. H. havale eder (4).

Bundan anlaşılıyor ki bu vaziyette de yine alâkadarların kendi Millî kanunları uygulanacaktır. Çünkü D. H. H. ca kabul edilmiş prensip budur.

Muvakkat kanunda Türklerin ecnebi memleketlerde şahsî halleri ve dolayısıyla evlenme ehliyetleri bakımından hangi kanunlara tâbi olacakları hakkında bir hüküm yoktur. Diğer kanunlarımızda da böyle bir hükme tesadüf edemedik. Fakat hem D. H. H. prensipleri ve hem de Türkiyenin D. H. H. sistemi bakımından yabancı

(2) Fransız medenî K. M: 170, 171; Alman meriyet kanunu M: 1314, İsviçre meriyet K. M: 59/7 C: Audinet: Sa. 177.

(3) Sevig: Türk kanunlar ihtilâfı sentezi: Sa. 36 vd; Droit International privé Turc, Repertoire cilt 7. Sa. 264; Sicilli Kavanin, cilt 16: Sa: 658.

(4) Sevig: Türk kanunlar ihtilâfı sentezi. Sa. 11.

memleketteki Türklerin, kendi Millî kanunlarına tâbi olmaları icap eder (5), (6).

Fransadaki vaziyet bizdekinin aksidir. Fransız Medenî kanunu M. 171/1 Fransızların evlenme ehliyetlerinin kendi millî kanunlarına tâbi olacağını tasrih eder; fakat ecnebilerin bu hususta tâbi olacakları kanunu göstermez. İsviçre kanun koyucusu ikili bir yol takip eder. Meriyet kanunu M. 59/7 c ile İsviçrede evlenecek yabancıların, aslı şartlar bakımından kendi Millî kanunlarına tâbi olduklarını kabul etmekle beraber aynı, maddenin 7 f fıkrasında İsviçrelilerin, yabancı memleketlerde mahallî kanuna uygun olarak aktettikleri evlenmelerin; kanuna karşı hile yapılmış olmadıkça; İsviçrede muteber olacağını kabul eder. Demek oluyor ki İsviçre kanunu bazı hallerde aslı şartları akit mahallî kanununa «Lex loci»ye tâbi kılar.

1889 tarihli Cenubî Amerika Devletleri arasında akte edilmiş olan Monteviyedo mukavelesiyle aslı şartlara «Lex Loci» nin tatbiki kararlaştırılmış ve bu husus bazı Cenubî Amerika Devletleri kanunlarına girmiştir (7).

Şimalî Amerikada evlenmenin aslı şartları umumiyetle «Lex loc» ye tâbidir (8).

Aşağı yukarı bütün Anglo Sakson memleketleriyle, Norveç ve Denimarkada aslı şartların ikametgâh kanununa (Lex Domicilli) ye tâbi oldukları kabul olunur. Fakat evlenmenin aslı ve surî şartları arasındaki farklar İngiliz Jurisprudansı tarafından kesin olarak tesbit edilmiş değildir (9).

Muhtelif kanun sistemleri arasındaki bu farklılardan dolayıdır ki çok vakit bir melekete kanununa göre evli telâkki edilen iki kimse; diğer bir memleket kanununa göre böyle telâkki olunmayabilirler; veya bir memleket kanununa göre muteber addedilen bir evlenme diğer bir yerde batıl olabilir.

(5) Metr Salem de aynı fikirdedir: Répertoire; cilt 7 Sa. 262 de der ki: Türk kanununun; şahsî hal bakımından yabancı mahkemelerin kazai salâhiyetini tanımaması ve ecnebi mahkemelerden verilen ahvali şahsiyeye dair ilâmın Türkiyede hiç bir suretle infaz kabiliyeti olmaması bakımından da; yabancı memleketteki Türklerin şahsî hallerinin kendi kanunlarına tâbi olması lâzımdır.

(6) Bc hususta bak Sevig aynı eser. Sa. 37 vd; Usul kanunu M. 540/nu 4.

(7) Répertoire; cilt: 9 Sa: 28; Audinet: Sa: 178.

(8) T. Healy: Sa: 480.

(9) Répertoire; cilt: 6 Sa: 38.

ASLÎ ŞARTLARA TATBİK EDİLECEK MİLLÎ KANUNUN ŞÜMULÜ:

Evlenmenin aslî şartlarını; evlenme ehliyeti (evlenmenin müsbet şartları) ve evlenmeye mâni sebepler (evlenmenin menfi şartları) diye iki kısma ayırmak icabeder.

Evlenme ehliyeti; evlenmenin teşekkülü için mevcut olması gerekenli şartlardır.

Evlenmeye mâni sebepler ise sahi bir evlenmenin vücuduna mâni olan hallerdir.

a) Evlenmenin sıhhati için aranılan ehliyet: Prensip: Millî kanun.

İngilterede ikametgâh kanunu. Fakat İngilterede; bir İngiliz ile evlenecek yabancıların ikametgâh kanununa göre olan ehliyetsizliği; eğer kendisi İngiliz kanununun aradığı ehliyeti haiz ise nazara alınmaz (10).

Türk ve İsviçre kanun koyucusu evleneceklerde dört ehliyet şartı arar: yaş; temyiz kudreti; akıl sıhhati; tarafların rızası.

1 — Yaş: Mk. 88. Bir kimsenin hangi yaşta evleneceğini Millî kanunu tâyin eder. Çünkü vücudun maddî olgunluğu ve fikrî inkişafı bakımından tesbit edilmiş bulunan evlenme yaşları; memleketten memlekete ve iklime göre değişir. Bunun içindir ki her memleketin hususî vaziyeti, iklimi, iktisadî ve manevî bünyesi göz önünde tutularak tâyin edilmiş olan bu yaşlar; yalnız o memleket ahali-sine tatbik edilebilir.

Türkiyede yaş kaddi erkekler için on yedi, kadınlar için on beştir. Bazı fevkalâde hallerde bu yaş yargıcın hükmiyle kadın için on dört erkek için on beşe indirilebilir. Mk. 88/2. Fakat bu, Türkiyede evlenecek olan ve kendi millî kanununda böyle bir hüküm bulunmayan yabancı devlet vatandaşlarına tatbik edilemez.

Belçika, Holanda, İtalya, Portekiz ve Fransada evlenme yaşı erkekler için on sekiz; kadın için Belçika, Fransa ve İtalyada on beş; Holanda ve Portekizde on altıdır. Fransız kanunu bu yaş hadlerinin bazı hallerde bir dispans ile daha aşağı inebileceğini kabul eder M. 144.

Bazı memleketlerde yaş haddi pek aşağı derecededir. Meselâ İspanya kanununa göre erkek on dört kız on iki yaşında evlenebilir (11).

(10) Pillet: Sa: 555.

(11) A. Kemal: Sa: 4521.

İngilterede evlenme yaşı kadın ve erkek için yirmi bir yaş olarak tespit edilmiştir. Fakat erkekler on yedi ve kadımlar on beş yaşında kanunî mümessillerinin rızalarıyla evlenebilirler (12). Kanunun aradığı bu yaşı doldurmadan yapılan evlenmeleri İngiliz hukuku batıl addeder (13).

Yaş meselesi hakkında yeni fakat makul olmıyan bir fikir ileri sürülmüştü. Bu fikre göre Millî kanunun evlenme yaşı olarak kabul eylediği yaş, mahallî kanunun kabul eylediğinden çok büyük olduğu hallerde mahallî kanun tatbik edilmelidir. Fakat bu görüş tarzı umumiyet üzere kabul edilmez (14).

Küçüklerin evlenebilmeleri için ana ve babalarının rızası şarttır Mk. 90, Fr. 148. Mk. Bizim kanunumuza göre aranılan rıza ana ve babanınkidir, bu hususta aralarında ihtilâf çıkarsa babanın reyi tercih edilmez. Halbuki Fransız kanunu böyle bir vaziyette babanın reyini kâfi görür.

İngiliz hukukunda da aranılan muvafakat ana ve babanınkidir.

Ana ve babanın muvafakat etmemesine karşı bizde müracaat edilecek hiç bir makam yoktur. Kanunî mümessillerin rızası alınmadan yapılan bir evlenme ancak nisbî butlan ile batıldır. Fakat böyle bir butlan Mk. 120 de gösterilen hallerin tahakkuku ile ortadan kalkar.

İngiliz hukukunda; ana ve baba ile vasi arasında hiç bir fark gözetilmeksizin evlenmeye muvafakat etmemeleri halinde; mahkemeye müracaat olunabileceği kabul olunur. Mahkemenin bunlar yerine vereceği muvafakat üzerine evlenme icra edilir. (15). Fakat İngiliz mahkemeleri; kanunen aranılan ana baba veya vasinin evlenmeye rıza göstermesi şartını; umumiyetle bir formaliteden ibaret olduğu şeklinde tefsir ederler ve muvafakat alınmadan aktedilen evlenmelerin butlanı cihetine gitmezler (16). Yabancılar ana baba ve vasilelerinin rızalarını almada da kendi Millî kanunlarına tâbidirler. Kanunun kendisine böyle bir mecburiyet tahmil ettiği yabancı; bu muvafakati almadıkça evlenme ehliyetini haiz sayılamaz. Lâkin İngiliz mahkemeleri burada şöyle bir tefrik yaparlar: Yabancıların kanunu yani Lex domicilii tarafından aranılan bu muvafakata; o kanunda evlenmenin sıhhatine tesir edecek bir mahiyet atfedilmişse; bu mu-

(12) Jenks: a short history of English law: Sa: 180.

(13) Jenks: the book of English law. Sa: 283.

(14) N. Metya: Sa: 125.

(15) Jenks: a digest of English civil law: Sa: 1054 vd.

(16) Cheshire: Sa: 229 vd.

vafakat alınmadan akte edilen evlenme batıldır; lâkin eğer aranılan bu muvafakat bir formalite mahiyetinde ise böyle bir formaliteyi aramıyan bir memlekette muvafakat alınmadan yapılmış bir evlenme muteberdir. Bir İngiliz mahkemesi Simonin dâvası diye anılan bir davada, İngilterede Fr. Mk 154 mucibince lâzımgelen muvafakat alınmadan evlenmiş olan iki Fransızın bu evlenmenin butlanı dâvasını Fr. Mk. 154 üncü maddenin aradığı muvafakatin bir formalite olduğundan bahisle reddetmişti (17).

İkametgâh kanunu mucibince sarfınazar edilmesi mümkün olan bir muvafakate İngilterede evlenmenin aslı şartlarından ziyade surî şartı nazariyle bakılır (18).

2 — Temyiz kudreti: Taraflarda, evlenme akdinin şumul ve mânasını kavriyacak bir kabiliyet aranır. Mk. 89 za göre ancak mümeyyiz olanlar evlenmeye ehildir.

Millî kanun mahcurların hangi şartlar altında evlenebileceklerini tesbit eder.

Bizim kanunumuza göre mahcurlar; akıl hastası olmamak şartıyla, ancak vasilerinin muvafakatiyle evlenebilirler. Mahcurun; vasiinin izin vermekten imtinâ halinde Mk. 404 mucibince vasi aleyhine sul mahkemesine muracaata hakkı olduğunu kabul edebiliriz.

Temyiz kudretini haiz olmıyan bir kimsenin aktelediği evlenme mutlak butlanla batıldır Mk. 112/3.

3 — Akıl hastalığı: Mk. 89. Bir akıl hastasının evlenip evlenmeyeceği meselesi umumiyetle bir kamu intizamı meselesi olarak telâkki edildiğinden mahallî kanuna tâbidir. Bizim hukukumuzda göre akıl hastaları evlenemez. Binaenaleyh Türkiyede; kendi Millî kanunu müsait olsa bile; bir akıl hastasının evlenmesine müsaade edilmemek lâzım gelir.

İngiliz hukuku da akıl hastalığının evlenmeye mâni teşkil edeceğini ve böyle bir hastanın aktelediği evlenmenin batıl (void marriage) olacağını kabul eder. İngiliz hukuku aynı zamanda evlenme anında sara ve zührevî (venereal disease) hastalıklara müptelâ olanların da evlenmeyeceğini ve bu hastalıkların bir nisbî butlan (Voidable) sebebi teşkil edeceklerini de öngörür (19).

B — EVLENMEYE MÂNİ SEBEPLER: Prensip Millî kanunun tatbikidir. İngilterede ise mâni sebeplerden hısımlık ve diğer bütün

(17) Cheshire: Sa: 229 vd.

(18) Répertoire: cilt 6 : Sa: 40.

(19) Cheshire: Sa: 333.

mutlak ve nisbî ehliyetsizlikler Locus — regit — actum kaidesine tâbi tutulmuştur (20). Asli şartlara ikametgâh kanununun tatbik prensibine bu bir istisna teşkil eder. Medenî kanunların tâyin ettiği mânilerden bir kısmı hem evlenmenin icrasına mânidir ve hem de bu mânilerden birinin mevcudiyetine rağmen aktedilmiş evlenmenin butlanını muciptir. Bunlara butlanı mucip sebepler (Empechements diriments, mutlak butlan sebepleri) denir. Diğer bir kısım sebepler ise butlanı mucî polmıyan mâniler veya âdi sebeplerdir, bunlara (Empechements prohibitifs) denir. Bu sebeplerin mevcudiyeti evlenmenin icrasına mânidir, fakat bu sebeplerin mevcudiyetine rağmen aktedilmiş bir evlenme sonradan artık bunlara müsteniden feshedilemez (21).

Türk ve İsviçre kanunlarına göre evlenmeye mâni olan mutlak butlan sebepleri şunlardır:

1 — Evvelki bir evliliğin mevcudiyeti (çok evlilik, poligami): Bütün medenî cemiyetlerde tek bir kadınla evlenme mecburiyeti kabul edilmiştir; yalnız islâm hukukunun cari olduğu memleketlerde poligamik evlenmeler mevcuttur. Çok evlilik her memleketçe bir kamu intizamı meselesi olarak telâkki edildiğinden; ecnebinin Millî kanunu böyle bir evlenmeye müsait olsa bile; bunun tekrardan evlenmesine müsaade edilemez.

Medenî kanunumuzda ikinci bir evliliği mutlak bir butlan sebebi olarak telâkki etmiş, ve sonradan aktedilmiş olan ikinci evlenmenin batıl olacağını Mk. 112/1 tasrih etmiştir. Türk ceza kanununda da bu prensibi teyideden bir hüküm vardır Ck. 237. Fakat medenî kanun bu ikinci evliliğin Mk. 114 deki şartlar altında sahi bir evlenmeye inkılâp edebileceğini de öngörür.

Fransız mednî kanunu da 147 inci maddesinde monogamik evlenme esasını kabul ettiği gibi, çok evliliği ağır cezaî müeyyedeye tâbi tutmuştur (22). İngiliz hukuku da ikinci bir evliği mutlak butlan sebebi olarak telâkki eder.

Burada bir noktaya, müktesep haklara temas etmek lâzımdır. Bir kimse yer yerde; gerek doğrudan doğruya kendi millî kanunu tarafından ve gerekse bu kanuna uygun olarak verilen bir hükümle; iktisabetmiş olduğu durumu haiz olmalıdır (23). Binaenaleyh kendi kanununa uygun olarak yabancıнын memleketinde, aktetmiş olduğu

(20) Répertoire: cilt 6. Sa: 39.

(21) S. Gönensay: Sa: 24.

(22) Weiss: Sa: 284.

(23) Audinet: Sa: 234.

poligamik evlenmeler böyle bir esası kabul etmiyen bir yerde de muteber olmalı, ve onun kendi kanunlarına uygun olarak iktisab ettiği bu duruma her yerde hürmet edilmelidir. Bu prensip umumiyetle her memleketçe kabul ve tatbi kedilmektedir. Fakat ecnebilere münhasır olan bu haktan poligamik evlenmeyi kabul etmemiş devletler tabası istifade edemez.

2 — Hısımlık: Âmme intizamına muhalif olmamak şartıyla Millî kanuna tâbidir. Yakın hısımlar arasında evlenme, aşağı yukarı her devirde tabiat kanunlarına ve ahlâka muhalif addedilerek menedilmiştir. Bununla beraber evlenmeye mâni hısımlık dereceleri hakkında muhtelif devlet kanunları arasında bir ahenk yoktur. Bazı memleketlerde pek uzak hısımlarla bile evlenme memnuiyetine rağmen, bazıları bu hususta çok liberal davranır. Bu memnuiyet hakkındaki kanun hükümleri daha ziyade sıhhi sebepler ve evlilik birliğini sıyanet maksadiyle konmuş olduğundan, her memlekette kamu intizamından telâkki edilir; bunun için de evleneceklere daha müsait olan kendi Millî kanunlarının tatbik edilmesine müsaade edilmez.

Bütün kanunlar; mutlak olarak düz hat üstündeki gerek kan ve gerekse sıhri hısımlarla her derecede evlenme memnuiyetini kabul ederler. Mk. 92/1, Mk. 112: İmk. M. 100: Fr. Mk. 161. İngiliz hukuku da böyle bi revlenmeye müsaade etmez.

Bizim kanunumuz civar hısımlar arasındaki evlenme memnuiyetini: kardeşlerle, teyze, hala, amca ve dayılara: sıhri hısımlar arasında da evlilik nihayet bulmuş olsa bile kaytın baba ve analarla damat ve gelin ve karı ve kocanın yarım evlâtlarıyla evlenmelerine hasreder.

İngiliz hukuku bu hususta daha titiz davranır. Civar ve sıhri hısımlar arasındaki evlenme memnuiyeti her ikisine de şamil olmak üzere üçüncü dereceye kadardır, bu derece de memnuiyete dahildir. Bu memnuiyete rağmen yapılmış evlenmeler bizim hukukumuzda olduğu gibi orada da batıldır (24). İngilterede hısımlıktan mütevellit mâniler diğer bütün mânilerde olduğu gibi Lex - loci'ye tâbidir.

Evlenmede en liberal davranan Almanyadır. Alman kanunu yeğen ile evlenmeye müsaade eder (25). Fransada böyle bir evlenme ancak bir dispansla mümkündür (26). Lâkin Türkiyede, bir alman kamu intizamı dolayısıyla yeğeni ile evlenemez. Böyle bir evlenme aktedilmiş olsa bile Mk. 112 mucibince batıldır.

(24) Jenks: a digest of English law: Sa: 1060 vd.

(25) N. Metya: Sa: 124.

(26) Weiss: Sa: 482.

Hısmlıktan doğan memnuiyetleri iki kısma ayırmak mümkündür (27):

a) Mutlak memnuiyetler: Bunların hiç bir suretle ortadan kalkması mümkün değildir. Bu mânilere rağmen aktedilmiş bir evlenme de Lex - loci mucibince daima batıldır. Bizim hukukumuzdaki hısmlıktan mütevellit mânilerin hepsi mutlak mânilerdir. Bunun yalnız bir istisnası evlâtlıkla evlenmeye dair olan mâniidir, evlâtlıkla evlenme halinde evlenme sahih bir evlenmedir; ancak evlâtlık rabitası ortadan kalkar Mk. 121. Alman medenî kanununda da evlâtlıkla evlenme hakkında aynı hüküm caridir (28).

b) Mutlak olmıyan ve bir dispansla ortadan kaldırılması mümkün olan müniler: Bu dispans devlet reisi veya papa tarafından verilir (29). Amerikada boşanmış bir kadın eski kayın biraderiyle evlenebilir, halbuki Fransada böyle bir evlenme ancak devlet reisinin vereceği bir dispansla mümkündür Fr. Mk. 163.

Acaba bir dispansla ortadan kalkması mümkün olan bu gibi mâniler ecnebilere de tatbik edilmeli midir? Meselâ bir Almanın Fransada yeğeniyle evlenmesine müsaade edilmeli midir?

Bunun yabancılara tatbikine aleyhtar olanlar; alelâde idarî bir dispansla ortadan kalkması mümkün bu gibi mânilerin kamu intizamından addedilemeyeceğini ileri sürerler. Fakat böyle bir memnuiyetin yabancılara da uygulanması lehinde olanlar ise weiss'e göre haklı olarak şöyle derler: Kanun koyucu bu gibi kimseler arasındaki evlenmeyi umumî olarak menederken, bu şahısların özel menfaatlarından ziyade âmmenin menfaatini göz önünde tuttuğu açıktır ki bu da dispansların kamu intizamiyle ilgili olduğunu gösterir. Bu sebeplerledir ki Fransada yeğeni veya kayın biraderi ile evlenmek isteyen yabancı, kendi kanununun müsaadesine rağmen dispans almak zorundadır (30).

Audinet, mutlak olmıyan mânilerin âmme intizamından olmadıklarını kabul eder (31). Bize de b u fikir daha mülâyim gelmektedir.

Evlenmeleri bir dispansla mümkün olan kimseler acaba böyle bir memnuiyet bulunmıyan bir memlekette evlenebilirler mi? Ev-

(27) N. Metya: Sa: 124.

(28) Arsebük: Sa: 651.

(29) N. Metya: Sa: 124.

(30) Weiss: Sa: 482, 483: bu dispans evleneceklerin mensu polduğu devletten değil. Fransız hükümetinden alınacaktır.

(31) Sa: 187.

lenme memnuiyetleri kamu intizamından olduklarından bu soruya müsbet cevap vermek lâzımdır. Nusret Beyde aynı fikirdedir (32).

Din ayrılığı, ırk ayrılığı veya bazı mezheplere girmekten mütevellit mâniler diğer memleketlerde kamu intizamına muhalif addedildiklerinden tatbik edilmezler.

İngiliz hukuku da bu gibi mânilerden mütevellit ehliyetsizliğin İngilterede nazara alınmayacağını kabul eder (33).

Avusturya kanunu hıristiyanla hıristiyan olmayanlar arasındaki evlenmeleri; Sırp kanunu da hıristiyanlarla yahudiler arasındaki evlenmeleri meneder. Lâkin bir sırbın böyle bir memnuiyet bulunmayan bir memlekette meselâ türkiyede bir yahudi ile evlenmesi pekâlâ mümkündür. Lâkin bu evlenmenin kendi memleketinde muteber addedilmesi çok şüphelidir.

Siyasî mahiyeti haiz olan mâniler: Meselâ hanedan mensuplarının hariçten evlenmelerini meneden kanunlar hakkında da aynı prensip tatbi kolunur. Mamafih bu hususta iki nazariye vardır:

a) Siyasî mâniler istatü personel olduğundan Milli kanuna tâbidir. Ancak bu mâniler herhangi bir memleketin esas teşkilât kanununa muhalif olursa tatbik edilmezler. Umumiyetle kabul edilen görüş budur. Türkiyede de bu gibi mâniler hakkında bu nazariye tatbik olunur (34).

b) Bu memnuiyet bir istatü personel meselesi değil bir esas teşkilât meselesidir. Herhangi bir devlet bu mânileri tanımazsa diğer devletin esas teşkilâtına tecavüz etmiş olur. Bu nazariye ancak bazı monarzik devletler tarafından kabul edilmişti (35).

Bu siyasî mâniler meyanına bazı memurların ve askerlerin evlenmeden evvel izin alma mecburiyeti veya muayyen bir yaş dolmadan evlenme memnuiyetleri de girer. Alman medenî kanununun 1315 inci paragrafı mucibince asker kaçakları ve hattâ askerler ve bazı memurlar müsaade almadan evlenemezler (36).

Türkiyede de hariciye memurlarının ecnebilerle evlenmemeleri ve bu memurların evlenmeden evvel hariciye nezaretinden izin almaları hakkında 24/8/1325 tarihli bir iradei seniye vardır (37).

(32) N. Metya: Sa: 124: Devlet veya papanın vereceği dispans üzerine evlenmeleri mümkün olan kimseler hakkındaki bu mâniler diğer memleketlerde nazara alınmaz.

(33) Répertoire: cilt 6. Sa: 39.

(34) N. Metya: Sa: 123.

(35) N. Metya: Sa: 123.

(36) Nibayet: Se: 525.

(37) Sicilli kavanin: cilt 16. Sa: 51; 25/6/927 tarih ve 1154 No. 11

Aynı şekilde bilûmum muvazzaf zabitlerle askerî memurların 25 yaşını ikmal etmeden evlenmeyecekleri hakkında 929 tarih ve 1434 No. lı bir kanun da vardır (38).

Böyle siyasî bir maksatla konmuş olan mânilerin diğer memleketlerde nazarı itibara alınmaması lâzımdır (39).

EVLENECEKLERİN AYRI AYRI TABİİYETTE BULUNMALARI HALİ:

Bu vaziyette de prensip olarak her birisi kendi milli kanununa tâbidir. Fakat burada şöyle bir sual varit olabilir: acaba bu takdirde kadın evlenme ile kocasının tabiiyetine gireceğinden; kadına da kocanın kanununun uygulanması yerinde olmaz mı?

Bazı yazarlar bu fikri müdafaa etmektedirler (40). Cheshire'e göre taraflardan her birinin evlenme ehliyeti, ve evlenmenin sıhhati evlilik birliğinin ikametkâhı kanununa (matrimonial domicil) tâbi olmalıdır; çünkü evlilik, hükümlerini ikametgâh olarak seçilen mahalde vücuda getirecektir. Evlilik birliğinin ikametgâhı kanunu da, evlenmenin akabinde kocanın ikametgâhı olarak itihaz edeceği mahaldeki kanundur (41).

Fakat bunlara karşı haklı olarak şöyle itiraz edilmektedir: Birlik, bilhassa vatandaşlık birliği ancak sahih ve muteber bir şekilde aktedilmiş bir evlenme neticesinde meydana gelir, evlenmenin aktine kadar da eşlerden her biri kendi tabiiyetini muhafaza eder. Binaenaleyh böyle bir birlik kurulmadan eşlerden birini diğerinin kanununa tâbi tutmak haksızlık olur (42). Zaten bir çok kanunlarda, evlenme ile kadının kocasının tabiiyetine geçmesini kabul etmez. Türk vatandaşlık kanununa göre «ecnebiyle evlenen Türk kadını yine Türk kalır» (43).

hariciye vekâleti memurin kanunu madde 13. Gerek iradei seniye ve gerekse kanun izin almadan evlenmenin müeyyidesi olarak hariciye memuriyetinden azil ve müstafi addedilmeyi gösterirler.

(38) Sicilli kavanin: Cilt 20, ve 939 tarih ve 3663 No. lı kanun. Bu kanun üçüncü maddesiyle bu kanunun, medenî K. evlenmeye dair olan hükümlerine bir tesiri olmadığını kabul eder. Şu halde kanunun bu hükmüne muhalif olarak evleneceklerin akitleri muteberdir. Yalnız muhalefet edene askerî C. K. 147 mucibince ceza görürler: Arsebük: Sa: 609 vd.

(39) Pillet: Sa: 555.

(40) Bu meyanda olmak üzere bak Bartin Sa: 125.

(41) Cheshire: Sa: 219 vd.

(42) Weiss: Sa: 484, 485; Pillet: Sa: 558. vd; Audinet: Sa: 181.

(43) Fransız kanunu da böyledir: T. Lombard. Sa: 37.

Bu mesele hakkında şöyle bir teklifte de bulunulmuştur. Eşlerin şahıslarını himayeye dair olan hususlarda, her biri kendi Millî kanununa tâbi olmalıdır, yaş, kanunî mümessillerin muvafakati gibi; evlilik birliğinin himayesi için konmuş hükümlerde ise «ehliyet-sizlik, evlenmeye mâni sebepler» gibi kadın kocanın kanununa tâbi olmalıdır. Lâkin böyle bir tefriki kabul pek de yerinde olmadığı gibi (44) yeni bir çok ihtilâfların bilhassa «qualification» ihtilâflarının doğumuna da sebep olabilir; çünkü bir kanuna göre şahsî himayeye matuf hükümler, diğeri için böyle bir mahiyeti haiz olmayabilir.

Macar kanununda bu görüşe yaklaşan şöyle bir hüküm vardır: M 108: Yaş ve ehliyetin tâyininde eşlerden her biri kendi Millî kanununa tûbidir; fakat diğeri bütün hususlarda her biri diğeri kanununda da aranılan şartları yerine getirmelidir (45).

İngilterede de; İngilizle evlenecek, ikametgâhı hariçte olan bir yabancı, kendi kanununa göre olan ehliyetsizliği; eğer bu yabancı İngiliz hukukunun aradığı şartları haiz ise nazara alınmaz (46).

Apatritlerin evlenmelerinde tâbi olacakları kanun:

Apatritler yahut haymatlozlar hiç bir devletin tabiiyetinde olmayan vatansızlardır. İlk umumî harpten ve bilhassa Rus ihtilâlinde sonra sayıları çok artmıştır. Bunların istatü personellerinin ve dolayısıyla evlenme ehliyetlerinin ikametgâh kanununa; ikametgâhlarının mevcut olmaması halinde ise sakin buldukları mahal kanunlarına tâbi olmaları umumiyetle kabul olunur. Fransa, Rus ve Ermeni mültecileri hakkında bu sistemi tatbik etmektedir (47).

Haymatlozların istatü personelleri bakımından eskiden vatandaş buldukları kanuna tâbi olmaları, bazıları tarafından ileri sürülmüşse de bu görüş kabul edilmemiştir.

Birden ziyade milliyeti haiz olanların tâbi olacakları kanun: Muhtelif devletlerin vatandaşlık kanunlarının aynı olmaması ve birbirine zıt hükümleri muhtevi bulunmaları dolayısıyla bir kimsenin aynı zamanda birden ziyade devletin vatandaşı olması mümkündür.

Armazon Carry «dette de change» adlı kitabında bu kimselerin polîçe hukukundaki ehliyetlerinin tâyini için iki halin göz önün-

(44) Audinet de aynı fikirdedir: Sa: 181.

(45) Audinet: Sa: 181 : 1894 tarihli kanun.

(46) Pillet: Sa: 556.

(47) Répertoire: cilt: 9. Sa: 28.

de tutulması icap ettiğini ileri sürer: Bize bu gibi kimselerin evlenme ehliyetinin de aynı suretle halli mümkün gibi görünüyor:

1 — Eğer bu gibi kimseler Lex fori (48) mucibince bu kanunun tabiiyetini haiz addedilebiliyorsa Lex fori tatbik edilmelidir.

2 — Eğer birden ziyade tabiyeti olan şahıs Lex fori mucibince; bu devlet tabiiyetini haiz değilse; kendisine fiilen haiz olduğu vatandaşlığın atfı lâzımgelir. Bu fiili vatandaşlık da ekseriyetle ikametgâh mahallî vatandaşlığıdır.

Bir takım yazarlar da haiz olunan tabiiyetlerden hangisi böyle bir şahsı ehil addediyorsa o kanunun tatbik edilmesi lehindedirler. Bizece bu son fikrin kabulü ihtilâfları çoğaltacak mahiyettedir.

EHLİYETİN İSPATI:

Kendi Millî kanunlarına göre evlenme ehliyetini haiz olduklarını ispat müstakbel eşlere düşer (49). Bunu ispat oldukça zordur; çünkü bu hususta eşlerin yalnız kendi Millî kanunlarının metnini ibraz etmeleri kâfi gelmez; Onlar aynı zamanda kanunlarının aradığı bu ehliyeti haiz olduklarını da ispat mecburiyetindedirler. Bu hususun her türlü beyyine ile ispatına müsaade edilmelidir (50 - 51).

Türkiyede ilân yapılması için kendisine müracaat edilen evlendirme memuru; evleneceklerin evlenme ehliyetini haiz olup olmadıklarını veya evlenmelerine mâni bir sebebin mevcut olup olmadığını tahkik zorundadır Mk. 99. Türkiyede yabancılar ehliyetlerini her türlü vasıtalarla ispat edebilirlerse de fiiliyatta bunun konsoloshanelerinden alacakları vesikalarla yapılması talep edilmektedir (52).

La Heye anlaşması M. 4 ehliyetin konsoloslardan alınacak vesikalarla veya herhangi bir şekilde ispat edilebileceğini kabul eder.

Alman ve İtalyan hükümetleri temsilcilerini böyle vesikalar vermekten menetmektedir (53). Weiss, konsoloshaneler tarafından verilen bu gibi vesikaların hatadan âri olamayacağı cihetle, böyle bir vesikanın mevcudiyetine rağmen yabancı bir memlekette aktedilmiş

(48) Sa: 460 vd; yalnız burada tabiiyetle Lex foriden bahsedilemeyeceğine göre bu kanunun Lex Loci olması lâzımgelcektir. Aşağıda geçecek bütün lex foriler bu şekilde anlaşılmalıdır.

(49) La Heye anlaşması: M. 4.

(50) Pillet: Sa: 567.

(51) Fransa adalet bakanlığının 1831 tarihli bir sirküleri evlendirme memurlarına; yabancıardan doğum veya son ikamet mahallî idarî makamlarından alınmış bir serti.k.a aramak mecburiyetini tahmil eder: Weiss: Sa: 484.

(52) Répertoire: cilt: 7, Sa: 264.

olan bir evlenmenin Millî mahkemeler tarafından iptal edilebileceğini söyler (54).

MİLLÎ KANUNUN TATBİKİNDE KAMU İNTİZAMI MESELESİ:

Evlenmenin aslî şartlarına Millî kanunun uygulanması prensibi, sık sık bir memleketin ahlâki, içtimai telâkkilerine, daha genel bir deyişle kamu intizamına aykırı olduğundan bahisle; ortadan kaldırılır. Amme intizamının evlenme sahasındaki rolü çok ehemmiyetlidir. Niboiyet'ye göre bunun önemi kamu intizamının mahiyet ve tatbik alanlarının her devletçe aynı şekild ekabul edilmemiş olmasından ileri gelir. 1905 tarihli La Heye konferansında kamu intizamının tatbik sahasında yeni bir sistem kabul edilmiş ve her devletin; herhangi bir kanuna ihtiyaç kalmadan diplomatik yollarla, kendi memleketeinde nelerin âmme intizamından addedilmekte olduğunu bildirmesi kararlaştırılmıştır (55).

Evlenmeye âmme intizamının iki şekilde müdahalesi mümkündür:

1 — Millî kanunun müsaade eylediği bir evlenmeye mâni olmak suretiyle: Millî kanunun, Lex loci tarafından ahlâk ve fertlerin hürriyet ve serbestisi bakımından çok önemli sayılan bazı kaidelere aykırı hükümleri bulunması halinde kendini gösterir. Bu kaideler; halefet suretiyle akte edilmiş bir evlenme o memlekette tamamiyle bir iskandal addolunur (56).

Böyle bir evlenme akit mahalli kanununca batıldır; üçüncü şahıs vaziyetinde olan devletler bunu sahi olarak taynıp tanımamakta muhtardırlar. Millî kanun nazarında ise bu evlenme muteberdir. Her Devlet âmme intizamına muhalif olan aşağıdaki evlenmelere; Millî kanunun müsaadesine rağmen mümanaat edebilir:

a) Bigami: Her yerde kamu intizamından telâkki olunur; ve Millî kanunun tatbikine müsaade edilmez. Meselâ bir Mısırlı Türkiyede ikinci bir defa evlenemez.

Burada şöyle bir sual bahis mevzuu olabilir: kendi memleketi kanunlarına göre usulü dairesinde boşanmış bir yabancı, boşanma

(53) Weiss: Sa: 485.

(54) Weiss: Sa: 485.

(55) Niboiyet: Sa: 543.

(56) İtalyan Kanunu M: 102 de bunu açıkça gösterir: İtalyadaki yabancılar evlenme mânileri hakkında yerlilerin tâbi oldukları kaidelere uymak zorundadırlar.

memnuiyeti olan bir yerde eşinin sağlığında tekrardan evlenebilir mi? Fransız yargıtayı Fransada boşanma memnuiyeti olduğu zamanlarda (57) buna 1860 tarihinde müsbet cevap vermişti (58).

Fakat buna rağmen 1920 de bir Fransız mahkemesi, Fransada usulü dairesinde boşanmış bir fransızın; o zamanlar boşanma memnuiyeti olan İspanyada; ikinci defa aktetmiş olduğu bir evlenmenin batıl olduğuna karar vermişti. Pillet'in de işaret eylediği gibi bu karar şayanı hayrettir. Çünkü boşanma memnuiyeti olan bir memlekette böyle bir evlenme belkide kamu intizamı gaygusuyla batıl addolunabilir. Fakat böyle bir memnuiyet kabul eylemiş olan bir memleket vatandaşının akteylediği bir evlenmenin bilhassa kendi memleketinde batıl olduğuna hükmedilmesi herhalde hiç de doğru olmasa gerektir (59).

Bizce; boşanma memnuiyeti olan bir memlekette, bunu kabul etmemiş ve usulü dairesinde boşanmış bir devlet vatandaşının tekrardan evlenmesine müsaade edilmemesi bile yerinde değildir. Çünkü her devlet, müktesep haklara bilhassa bunlar usulü dairesinde kazanılmışsa riayet etmek zorundadır (60).

b) Hısnılıktan doğan memnuiyetlere ki bunlara yukarıda temas etmiştik.

c) Zina yapmış olan eşin şeriki cürmiyle evlenmesi ile eşlerden birinin hayatına kastetmiş olanla diğer eşin evlenmesi bazı memleketlerde intizamı âmmeden telâkki edilir ve Millî kanunun müsaadesine rağmen böyle bir evlenmenin aktedilmesine müsaade edilmez; aktedilmiş böyle bir evlenmede Lex loci mucibince batıl sayılır.

Zinada bulunanla evlenme memnuiyetini A M K. 1312 paragrafiyla kabul eder, bununla beraber bu memnuiyetten muafiyet istihsalî mümkündür (61).

d) İddet müddetleri: tekrar evlenmek isteyen dul veya boşanmış kadınlara tahmil edilen bekleme müddetleridir. İntizam âmmedendir, çünkü bütün yazarların da kabul ettiği gibi bu müddetler nesebin sıhhati bakımından konmuşlardır (62).

(57) Audinet: Sa: 185.

(58) Fransada boşanma 1816 tarihli kanunla code civilden çıkarılmışsa da 1884 tarahli kanunla tekrar iade olunmuştur: Weiss: Sa: 480.

(59) Aynı fikir: bak: Weiss: Sa: 481 vd.

(60) İlk evliliğin ortadan kalkıp kalmadığını tâyin edecek kanun yabancının Millî kanunudur: Audinet: Sa: 187.

(61) Asrebük: Sa: 628.

(62) Weiss: Sa: 981; N. Metya: Sa: 124; Audinet: Sa: 188.

Mk. 95. Kadına boşanma veya ölüm tarihinden itibaren 300 günlük bir bekleme müddeti tâyin eder. Bu müddetin 95/2 de gösterilen hallerin sübutu halinde ortadan kalkması mümkündür.

A M K. 1313 üncü paragrafiyle kadına 10 aylık bir bekleme müddeti tahmil eder (63). Fr. Mk. de M. 228 ile 300 günlük bir müddet kabul eder Weiss bu müddetin Fransada evlenmek isteyen yabancı kadına da şamil olması lâzımgeldiğini söyler (64).

Aynı suretle bir ecnebi kendi kanununda böyle bir müddetin mevcut olmamasına rağmen Türkiyede bu müddetlere riayet zorundadır; fakat şu var ki bizim kanunumuz bu müddetlere uyulmadan aktedilen evlenmeleri batıl saymadığından böyle, bir evlenme Türk kanunu nazarında muteberdir. Hariçteki bir türkün de akit mahallî kanunun iddet müddeti hakkındaki hükümler mutlak bulunmadığı hallerde Mk. 95 muhalefetle aktelediği bir evlenmenin Türkiyede muteber addi lâzımdır.

A. Kemal; iddet müddeti Millî kanuna tâbi ise de bu kaydın mutlak olduğu memleketlerde, neseb işleri umumî intizama ve ah-lâka tâbi meselelerden sayıldığı cihetle; Millî kanunun daha kısa bir müddet tâyin etmiş olması halinde bu kanun yerine Lex loci'nin tat-bik olunacağını kabul etmektedir (65).

2 -- Millî kanunun müsaade etmediği bir evlenmenin icrasını mümkün kılma suretiyle;

a) Millî kanunun, din, ırk ayrılığı bakımından koyduğu mâ-niler Lex - loci tarafından nazarı itibare alınmaz, meselâ bir Avusturyalı, Millî kanununun memnuiyetine rağmen Türkiyede hristiyan olmıyan bir şahısla evlenmesi pekâlâ mümkündür. Seine mahkemesi, bir sırbın Fransada bu şekildeki bir evlenmesinin sahi olduğuna karar vermişti (66).

b) Boşanma yasağı olan bir memleket tebiasının; böyle bir memnuiyet olmıyan bir yerde tekrardan evlenip evlenemeyeceği meselesi münakaşalıdır: Boşanma memnuiyeti; böyle bir yasak bulunmıyan bir memlekette kamu intizamından telâkki edilerek boşanmış kimsenin yeniden evlenmesine müsaade edilmelidir. Fakat boşanma; Millî kanun ve Lex foriye tâbi olduğundan, fiilen böyle bir kimsenin

(63) Arsebük: Sa: 619.

(64) Weiss: Sa: 482.

(65) Sa: 4525.

(66) T. Healy: Sa: 484.

boşanmasına ve dolayısıyla evlenmesine imkân olamayacaktır (67).

c) Dinî tarikatlara girme, ile, siyasî, mânilerin akit mahallî kanununca, nazara alınmıyacağını görmüştük. Bu mânilerden birinin mevcudiyetine rağmen akte edilen evlenme, Lex - loci'ye göre muteber, fakat millî kanun nazarımda batıldır. Diğer devletler bu evlenmeyi tanıyıp tanımamakta muhtardırlar. Bu keyfiyet kanunlarının böyle bir memnuiyeti koymuş olup olmamasına göre değişeceğinden ortaya yeni yeni kanun ihtilâfları çıkacaktır.

LA HEYE ANLAŞMASININ ASLÎ ŞARTLAR HAKKINDAKİ HÜKÜMLERİ:

La Heye anlaşması; 1902 de evlenmeden doğan kanun ihtilâflarının halli için garbî ve cenubî Avrupa devletleri arasında akte edilmişti (68). Bu mukavelename birinci maddesinde Millî kanunun sarîh olarak başka bir kanuna atıf yapmadığı hallerde evlenme hakkı (droit de contracte mariage) müstakbel eşerin Millî kanunlarına göre düzenlenir» demektedir; ve bu suretle ehliyet ve evlenmeye mâni sebeplerin Millî kanuna tâbi olduklarını tasrih etmekle beraber atfa da yer vermektedir. Alman meriyet kanununun 27 inci maddesinde atfı kabul eden şöyle bir hüküm vardır: «Evlenmenin inikadı tarafların mensup olduğu Devlet kanununa tâbidir, fakat bu devlet kanunu mucibince Alman kanununun uygulanması lâzımgelirse bu son kanun tatbik edilir» (68 a).

Türkiyede ikamet eden bir İngilizin burada evlenmek istediğini farzedelim: Bizim sistemimize göre ehliyet bakımından kendi kanununa tâbidir; halbuki İngiliz kanunu ehliyetin Lex - domiciliye tâbi tutarak Türk kanununa atıf yapar, Türk hukuku da birinci derecedeki atfı kabul ettiğinden onun tatbik edilmesi lâzımdır (69, 70).

(67) 1330 tarihli muvakkat kanun M. 4; Boşanma ve ayrılıktan doğan kanun ihtilâflar: O. Berki: Adliye ceridesi 1945 Ekim Sa: 976; N. Metya: Sa: 133.

(68) Bu anlaşma Fransa, Almanya, Avusturya - Macaristan, Belçika, İspanya, İtalyan, Holanda, Portekiz, Romanya, İsveç, İsviçre, Lüksemburg, arasında imzalanmıştı.

(68a) Audinet: Sa: 179.

(69) M. R. Sevik, atfın hatta münhasıran istatü personel meselelerinde bile kabulünün doğru olmayacağı kanaatindedir: Sa: 345; Dudinet'de atfın aleyhindedir. Sa: 179.

(70) Y. Karayalçın, Türkiyede D. H. H. ile uğraşanların çoğunun bir dereceli atfın kabulü lehinde göründüklerini söyledikten sonra atfı kabul eden

Acaba bu madde ile ikinci derecedeki atıf da kabul olunmuş mudur? Meselâ ikametkâhı Fransada olan bir İngilizin Türkiyede evlenmesine tatbik edilecek kanun hangi kanundur? Türk kanunu İngiliz kanununa, bu kanunda ikametgâh kanunu olan Fransıza kanununa atıf yapmaktadır. Böyle bir vaziyet karşısında nasıl bir hal çaresinin kabulü lâzımdır?

İki dereceli atıfta; tatbiki icabeden kanun Lex - fori (Lex - loci) den başka bir kanundur. Bu vaziyette yabancıları kendi kanunlarının himayesinden daha fazla bir himayeye tâbi tutmaya mahal olmadığından bizce doğrudan doğruya Lex fori binnetice misalimizde Türk kanunu uygulanmalıdır. Zaten doktrinde atfın kabul edilip edilmemesi meselesi çok münakaşalı olduğu gibi aleyhinde bulunanlar da pek çoktur (71).

Pillet; konferansın hazırlayıcı malzemesinden anlaşılacağı üzere birinci maddedeki bu kaydın yalnız atfı ihtiva etmediğini, aynı zamanda İsviçre gibi Millî kanuna sadık kalmakla beraber kendi vatandaşları için akit mahallî kanununun tatbikine de yer veren bir devlet tebeasının; bu suretle Lex loci'ye uygun olarak aktelediği bir evlenmenin diğer âkit devletler tarafından da sahih olarak kabulünü, derpiş ettiğini söyler (72).

Birinci madde vasfa (qualification) na da temas etmektedir (73). Evlenme hakkı ne demektir, bundan ne anlaşılacak lâzımdır? Çünkü bu mefhum içine hem medenî hukuk tarafından aranılan ehliyet ve konulan mâniler, ve hem de diğer bazı siyasî mülâhazalarla konmuş olan mâniler de girebilir (74). Netekim Almanya ile Fransa ve Belçika arasında çıkan böyle bir vasıf ihtilâfından dolayıdır ki bu son iki devlet 1914 de anlaşmayı feshettiklerini ihbar (dénoncer) etmişlerdi (75).

La Heye anlaşması yabancıların evlenmesine mâni sebepleri iki kısma ayırır: Birinci kısımdaki mâni sebepleri üç grupta toplamak mümkündür M. 2/1; Akit mahallî kanunu kendi hükümlerine muhalif olan bu evlenmeleri menedebilir:

bir de yargıtay kararına işaret etmektedir: Adliye ceridesi sayı 1945 Kasım Sa: 1051.

(71) Nüboyet: Sa: 973 vd; Audinet: Sa: 179.

(72) Sa: 509.

(73) Qualification herhangi bir müessesenin hukukî mahiyetini tayindir: Nüboyet Sa: 496.

(74) Nüboyet bu bakımdan da bu anlaşmayı tenkit etmektedir.

(75) Nüboyet: Sa: 521 vd.

- 1 — Hısımlıktan mütevellit mutlak mâniler;
- 2 — Eşlerden birinin zinası dolayısıyla bozulan evlenmelerde, zinada bulunan eşin şeriki cürmiyle evlenmesine mâni olan hükümler.
- 3 — Eşlerden birinin diğer eşin hayatına kastedenle evlenmesine dair olan mâniler.

Lâkin bu mâniler ancak mutlak oldukları nisbette yabancılara tatbik olunur. 2 inci maddede nazarı dikkati celbeden şöyle bir hüküm vardır: «Bu mânilerin mevcudiyetine rağmen evlenmenin; Millî kanun veya atıf yapılan kanun tarafından sahîh olarak kabulü halinde, akit mahallî kanununca da batıl addedilmeyecektir». Bu madde ile kamu intizamı telâkkisine bir yenilik getirilerek vatandaşlar için mutlak butlan sebebi teşkil eden mâniler yabancılar için âdi birer mâni sebep mahiyetini almaktadır.

İkinci kısımdaki mânileri de iki grupta toplamak mümkündür: M. 2/2.

1 — Akit mahallî kanununca kabul edilmiş dinî mânilere (Empechement d' ordre religieux muhalif evlenmeler.

2 — Çok evlilik.

Bu mânilere mutlak mâniler diyebiliriz, çünkü ikinci madde mucibince bunlar evliliğin Lex loci mucibince butlanını icabettirir.

Üçüncü madde Millî kanun veya atıf yapılan kanunun dinî sebeplere müsteniden menettiği evlenmelere Lex loci'nin müsaade edebileceğini kabul eder. Yabancı devletler böyle bir evlenmeyi tanıyıp tanımamakta aynı maddenin ikinci fıkrasıyla serbesttirler. Bu evlenmenin Millî kanununca muteber addedilip edilmeyeceği her halde çok şüphelidir.

La Heye anlaşması evlenmeden doğan kanun ihtilâflarını yeknesak bir şekilde halletmiştir denilemez. Pillet de mukaveleyi; bütün bu yukarda temas ettiğimiz hükümlerinin fiiliyatta birçok güçlüklerle ve hoş olmayacak vaziyetlere meydan vereceğinden dolayı tenkit etmektedir (76).

La Heye anlaşmasının tatbik sureti: Bu husus sekizinci maddelerle tesbit edilmiştir. Bu maddelere göre:

- 1 — Bu anlaşma âkit devletlerin yalnız Avrupa kıtasındaki topraklarında tatbik edilecek.
- 2 — Bu mukavele, âkit devletler topraklarında icra kılınan ve

tarafardan en az biri âkit devletlerden birine mensup olan evlenme akitlerinde cari olacak.

3 — Akit devletlerden birine ait olmıyan bir kanunu tatbik mükellefiyeti âkitlere tahmil edilmeyecektir.

Görülüyor ki bu şartlarda ihtilâfların halinde ikili bir sistemin doğumuna sebebiyet verecek mahiyettedir.

EVLENMENİN SURİ ŞARTLARI

Evlenmenin surî şartları tarafların rızalarıyla inikat edecek olan evlenme akdinin; sahih bir evlenme mahiyetini haiz olabilmesi için riayeti mecburî şartlardır. Lombard'ın da işaret ettiği gibi evlenmeye tam mânasiyle rızai bir akit göziyle bakılamaz, evlenme akdi; daha ziyade şekle bağlı bir akit mahiyetini haizdir (77). Çünkü muteber olabilmesi için akte üçüncü bir şahıs olan resmî bir makamın iştiraki lâzımdır Mk. 109 (78).

Evlenme akdinin tâbi olduğu şekil bakımından devletleri 4 gruba ayırmak mümkündür:

1 — Medenî evlenme ile dinî evlenmeyi birbirinden tamamen ve açıkça ayıran devletler: Türkiye, Fransa, Almanya, İsviçre gibi.

2 — Dinî ve medenî evlenmeyi aynı zamanda kabul eden devletler: İngiltere ve İtalyada; bu iki evlenme şekli aynı zamanda kabul edilmiştir, evlenecekler bu iki şekilde birini intihapta serbesttirler. İspanya, Avusturya ve Portekizdeki vaziyet bundan biraz daha farklıdır. Oralarda katolik olanlar için dinî nikâh, katolik olmıyan için de medenî nikâh kabul olunmuştur.

3 — Evlenme için dinî merasım icrasını mecburî tutan yani evlenmeyi dinî bir akit olarak kabul eden devletler: Yugoslavya, Bulgaristan, Yunanistan, İsveç gibi.

4 — Evlenmeyi tamamen rızai bir akit (solo - consansu) sayan ve evlenme için hususî bir şekil mecburiyeti koymıyan devletler: Birleşik Amerika devletlerinden bazılarında vaziyet böyledir (79). Rusyada; 1920 tarihli kanun, evlenme için hususî bir şekil kabul etmemiştir, evlilik tarafların rızasıyla yapılan bir tescille tezahür edebileceği gibi tescilsiz de meydana gelebilir. İskoçyada hem rızai evlenme ve hem de hususî bir şekle tâbi olarak yapılan evlenmeler

(77) Lombard: Sa: 42; Arsebük: Sa: 561; Jenks: the book of English law: Sa: 74.

(78) Evlendirme memuru... tarafların muvafakat cevapları üzerine evlenmenin her ikisinin de rızasıyla kanunen aktedilmiş olduğunu söyler.

(79) Newyork devletinde evlenme şekli birdir; Piflet: Sa: 544.

vardır. İskoçyadaki rızâî evlenme tarafların şahitler önünde rızalarını açıkça beyan etmeleriyle vücut bulur. Fakat 1856 dan beri bu şekilde bir evlenme için kanunen İskoçyada 3 haftalık bir ikamet şartı konulmuştur (80).

Suri şartlara prensip olarak Locus Regit Aktum kaidesi tatbik olunur. Bu prensip bütün Devletler tarafından kabul olunmuştur. Fransa ve İsviçre kanun koyucuları sarîh olarak vatandaşlarının ecnebi memleketlerde bu kaideye uygun olarak aktedecekleri evlenmelerin muteber olduğunu tasrih ederler: Fr. Mk. 170/1, İsviçre meriyet kanunu M. 59/7 f.

İngiliz hukuku da evlenmenin suri şartlarının L. R. A. kaidesine tâbi tutar; lâkin İngilizlerin; yabancı bir memlekette kendi millî kanunlarına uyarak akdettikleri evlenmeleri de muteber sayar. Fakat bunu evlenecek mahallin, evlenme akdini tanzim eden kaide-leri bulunmaması veya evlenme şeklinin Hıristiyanlığın aradığı şekilden hariç bir şekil, olması (İs a non chistian nature) haline hasreder (81).

Şekil şartlarına riayetsizliğin müeyyidesini Lex loci tâyin eder.

Türklerin de yabancı memleketlerde o memleket kanunlarına uygun olarak akdettikleri evlenmeler muteberdir (82).

Evlenmenin suri şartları bakımından bizim hukukumuz şu formaliteleri arar:

A) İlânlar İlândan maksat evleneceklerin evlenme kararlarını alâkadarlara bildirmek ve alâkadarların kanunî sebeplere müsteniden itiraz haklarını istimale meydan vererek evlenmeye bir mâni mevcutsa bunu meydana çıkarmaktır (83). İlânın bu mahiyeti göz önünde tutulursa onun da L. R. A. kaidesine tâbi olması lâzımgeldiği kolaylıkla anlaşılabilir. Çünkü evlenmeye mâni sebeplerin ekserisinin kamu intizamından telâkki edilerek butlan sebebi teşkil ettiklerini yukarıda görmüştük.

İlânın bu karakterini nazara alan bazı kanun koyucuları, vatandaşlarının L. R. A. kaidesine uygun olarak yabancı memleketlerde akdettikleri evlenmeleri muteber saymakla beraber; bu evlenmelerin icrasından evvel bir kere de kendi memleketlerinde ilân edilmesini isterler: Fr Mk. 170; Belçika, Macaristan ve İtalyan kanunları

(80) A. Kemal: Sa: 4530; cheshire: Sa: 325.

(81) Cheshire: Sa: 328; Jenks a diger of English law: Sa: 1059.

(82) M. R. Sevig: Sa: 363.

(83) S. Gönensay: Sa: 32.

böyle bir ilânın kendi memleketlerinde de yapılmasını arıyan kanunlardır. İspanya ve İsveç gibi bazı memleketler; kendi topraklarında yabancıların akdedecekleri evlenmelerin; yabancıların mensup olduğu devlette de ilân edilmiş olmasını isterler. İspanya kanunu M 91 bunu İspanyada iki seneden az bir zamandanberi yerleşmiş olan yabancılara; İsveç kanunu ise bu formaliteyi, ecnebinin Millî kanunun böyle bir ilân aradığı hallere hasreder (84). Şu halde bir Fransız; İsveçte kendi memleketinde evlenmenin ilân edilmiş olduğunu ispat etmedikçe evlenemez.

Yabancıların tâbi olduğu kanunun aradığı bu formalitenin yapılmamış olmasının müeyyidesi nedir? İlân yapılmadan akte edilmiş olan evlenme batıl mı addedilmelidir? Bu mesele; Fransada çok münakaşayı mucip olmuş, nihayet bunun bir butlan sebebi olmayacağı kabul edilmiştir. Belçika kanun koyucusu bu neviden bir tereddüde son vermek maksadiyle 170 inci maddeyi 1882 de: «ilânın Belçikada yapılmamış olmasının bir butlan sebebi teşkil etmeyeceği» şeklinde tâdil etmişti (85).

Medenî kanunumuzun 98 inci maddesinden, Türklerin hariçteki evlenmelerini Türkiyede ilân ettirmeleri lâzımgeldiği mânası çıkarılamaz (86).

İngiliz hukuku da evlenmenin ilân edilmesi lâzımgeldiğini kabul eder. Sivil evlenmelerde bu ilânın yirmi bir gün müddetle (superintendent register) ofisinde asılı kalmasını, dinî evlenmelerde ise ilânın üç pazar kilisede dinî merasimden sonra okunmasını öngörür (87).

Lex loci tarafından aranılan ilân yapılmadan icra edilen evlenmeler muteber midir? Bu soruya cevap verebilmek için şöyle bir tefrik yapmak lâzımgelir:

a) Eğer akit mahallî kanunu, ilânsız yapılan evlenmelerin batıl olmayacağını tasrih etmişse; Mk. 123 gibi; bu evlenme o memlekette muteber olduğu gibi yabancıların kanunu böyle evlenmeleri batıl saymamışsa orada da muteberdir. Gerek akit mahalli ve gerekse Millî kanun mucibince sahih olan bir evlenme de her yerde sahih olarak kabul olunur (88) Binaenaleyh Türklerin; böyle bir memle-

(84) Audinet: Sa: 194.

(85) Audinet: Sa: 194.

(86) M. R. Sevig: Sa: 363.

(87) Jenks: a digest of English law: Sa: 1050 ve 1052.

(88) Cheshire: Sa: 233.

kete ilân yapmadan akdettikleri evlenmelerin de Mk. 98 mucibince muteber addi lâzımdır (89).

b) Fakat eğer yabancının Millî kanunu ilânı evlenme akdinin esaslı unsurlarından addederek, ilânsız evlenmeleri batıl saymışsa evlenme yalnız orada hükümsüzdür. La Heye anlaşmasının beşinci maddesinin üçüncü fıkrası da aynı hükmü havidir: «Millî kanunun ilânlar hakkındaki hükümlerine riayet edilecektir, fakat bu ilânların yapılmasını şolması, evlenmenin ancak hükmüne riayet edilmiş olan memleketler butlanını icap ettirir.

B) Evlenme akdinin inikadı için yapılması ilâzımgelen formalite: L. R. A. kaidesine tâbidir. Lâkin bu konuda dinî evlenmeyi kabul etmiş devletlerle medenî evlenmeyi kabul etmiş olanlar arasında bir ayırma yapmak lâzımdır:

1 — Medenî evlenmeyi kabul eden devletler; daha liberal davranarak vatandaşlarının, mahallî kanuna uygun olarak akdettikleri evlenmeleri muteber sayarlar; hattâ bu evlenme dinî bir şekilde akte edilmiş olsa bile.

Çünkü bu memleketlerde evlenme akdinin tâbi olduğu usul doğrudan doğruya bir şekil meselesi addolunur.

Dinî ve medenî nikâha aynı kıymeti atfeten memleketlerden birinde bu iki şekilden birine uygun olarak vücut bulmuş bir evlenmede muteberdir. Weiss ve Niboyet'de bu fikirdedir (90). O halde bir Türkün İngilterede din' şekild eaktetmi şolduğu evlenmenin memleketimizde muteber olması lâzım gelecektir. Weiss ve Audinet solo-vonsansu evlenmeleri kabul etmiş bir devlette bu şekle uyarak iki Fransızın yapmış olduğu evlenmenin de muteber olacağı fikrindedirler, fakat Weiss bu şekildeki bir evlenmenin ispatının müşkül olduğunu da ilâve eder (91).

L. R. A. kaidesine muhalif olarak yapılmış olan evlenmeler batıldır. Mogolistanda bir Belçikalı papas tarafından akte edilmiş bir evlenme Paris mahkemesi tarafından bu sebeple iptal edilmiştir (92).

İngilterede; bir İngiliz kadınıyla evlenecek bir yabancı erkeğin; evlenme akdi esnasında, bu evlenmenin yabancının memleketince tanınıp tanınmayacağını ve erkeğin kaunu mucibice yapılması icabede formalitelerin yapıp yapılmadığını ve Hariciye vekâletinden

(89) M. R. Sevig: Sa: 364.

(90) Weis: Sa: 487, Niboyet: Sa: 273.

(91) Weiss: Sa: 486, Audinet: Sa: 191.

(92) Neboiyet: Sa: 273.

(secretary of state) izin alınıp alınmadığını, evlendirme memuru tahkik mecburiyetindedir (93).

İngiliz hukuku L. R. A. kaidesine göre akte edilen evlenmeleri, monogomiyi kabul etmiş bir memlekette akte edilmiş olmaları şartıyla muteber sayar. Westlake, hattâ daha ileriye giderek poligomik bir evlenmeye İngilterede sahih bir evlenme nazariyle bakılamıyacağını da söyler (94).

Portakiz hükûmeti de vatandaşlarının L. R. A. ma tâbi olarak akte edecekleri evlenmeleri bu evlenme şeklinin Portekiz kamu intizamına muhalif olmaması şartıyla tanır (95).

İsviçrede yabancı erkekler meriyet kanununun 59/7 c mucibince ikamet ettikleri kanton hükûmetinden alacakları müsaade üzerine evlenebilir, böyle bir müsaade; yabancının mensup olduğu devletin bu evlenmeyi sahih olarak tanıyacağını bildirmiş olması halinde; verilmemezlik edilemez. İkamtegâh sahibi olmıyan yabancılar için de aynı hüküm caridir, yalnız müsaadeyi verecek makam, evlenmenin icra edileceği kanton hükûmetidir. Kadınlar için böyle bir kayıt yoktur.

Yabancı, bir memlekette, Millî kanunun aradığı şekle uygun olarak akte edilmiş bir evlenme muteber midir? Bundan L. R. A. kaidenin mecburî veya ihtiyarî olup olmadığı meselesi ortaya çıkar. Bu mesele çok münakaşalıdır. Eğer evlenecekler ayrı ayrı tabiiyette iseler mesele yoktur, ancak L. R. A. kaidesine göre evlenmelidirler. Fakat aynı tabiiyette iseler ne olacaktır? Eğer bu kaideye mecburî bir mahiyet atfedilirse yabancıların ancak akit mahalli kanununa uygun olarak aktetikleri evlenme muteber addedilecektir. İsviçre kanun koyucu L. R. A. nın bu mahiyeti haiz olduğunu kabul ederek meriyet kanununun 59/7 c fıkrasıyla, İsviçredeki; evlenmelerin inikadında riayeti lâzım gelen şeklin İsviçre kanununun kabul ettiği şekil olduğunu tasrih eder. Bazılara L. R. A. nın ihtiyarî bir karakteri olduğunu kabul ederler; meselâ Alman hukuku, yalnız hariçte yapılacak evlenmeler için L. R. A. kaidesine bu karakteri tanır (96).

Fransız mahkemeleri bu kaidenin mecburî olduğunu kabul ederler (97).

(93) Cheshire: Sa: 327.

(94) Cheshire: Sa: 316, 319.

(95) Répertoire cilt IX: Sa: 31.

(96) Répertoire: cilt IX: Sa: 33.

(97) Répertoire: ict 9. Sa: 33; halbuki Lombard Fransız Jurispridanının buna fakültatif bir karakter atfettiğini söyler. Sa:42.

Bu kaideye mecburî (obligatoire) mahiyeti atfetmenin daha doğru olduğu kanaatindeyiz, zaten bu bizim hukukumuzun ruhuna da daha uygundur (98, 9z).

Weiss, Pillet, Von Bare gibi yazarlar ise, L. R. A. kaidesinin evlenme bahsinde de ihtiyarî (facultatif) bir mahiyeti olduğunu ileri sürerler. Bununla beraber Audinet bu kaidenin mecburî (Obligatoire) oluşunu kabul edenlerin daha fazla olduğunu söyler (100).

Audinet bu meselede şöyle bir hal çaresine varıyor. Yabancı bir memlekette ikamet edenler L. R. A. kaidesine tâbi olmak zorundadırlar; bu memlekette ikamet etmeyip te sakin olanlar kendi Millî kanunlarına göre de evlenebilirler (101).

Weiss, Millî kanunları kamu intizamına muhalif olmamak şartıyla yabancıların bu kanuna uyarak aktettikleri evlenmelerin muteber addedilmesi lâzımgeldiğini beyan eder (102). Fakat yabancıların Millî kanununun dinî evlenmeyi kabul etmesi halinde, Fransada böyle bir evlenmenin muteber olmayacağını da ilâve eder.

2 — Dinî evlenmeyi kabul eden Devletler: Bu devletler evlenme akdi için icrası lüzumlu merasimi evlenmenin aslî şartlarından telâkki ederler; bu sebep dolayısıyla de vatandaşlarının yabancı bir memlekette Lex - loci'ye göre yapmış oldukları evlenmeyi muteber saymazlar.

Osmanlı imparatorluğu zamanında, gayri müslim teba arasındaki evlenmeler dinî idi. Bir Ermeninin İtalyada mahallî şartlara uygun olarak yaptığı bir evlenmenin muteber olup olmayacağı meselesi uzun müddet münakaşa konusu olmuştu. Hariciye nezareti L. R. A. kaidesine uygun olarak yapılan böyle bir evlenmenin muteber olduğuna karar vermişti; şûrayı devlet ise iki taraflı bir yol takip ederek Türklerin gerek mahallî şartlara ve gerekse Millî şartlara uyarak yabancı memleketlerde akdettikleri evlenmeler muteberdir demişti (103).

(98) Ceza kanunumuz evlenme kâğıdı ibraz edilmeden evlenmenin dinî merasimini icra edenlerle ettirenleri ceza müeyyidesi altına almıştır. M. 237. Zaten evlendirme memuru önünde akteilmemiş bir evlenmeye bizim hukukumuzda yok evlenme (matrimonum non existens) nazariyle bakılır: H. A. Göktürk: Sa: 285.

(99) N. Metya: Sa: 132.

(100) E. Audinet: Sa: 201; Weiss: Sa: 479.

(101) Sa: 204.

(102) Sa: 496.

(103) N. Metya: Sa: 122.

Dinî nikâhı kabul eden devlet vatandaşları için yapılacak şey L. R. A. kaidesine uyarak evlendikten sonra, bir de dinî nikâh yaptırmaktır. Türkiyede dinî merasim ancak medenî nikâhtan sonra yapılabilir (104). Fakat böyle dinî bir merasim yapılmamış olsa bile evlenme, Lex loci nazarında sahihtir. Dinî nikâhı kabul etmiş bazı devletler; vatandaşlarının Lex loci'ye uygun olarak akdettikleri evlenmeleri bu evlenme kendi topraklarında hükümlerini meydana getirmeyecekse; sahih olarak tanurlar Arjantin Avusturya devletleri bu meyandadır (105). Yunanistan Sırbistan ve Bulgaristan gibi bazı devletler ise medenî nikâhtan sonra dinî merasimi yapılmamış olan bir evlenmeyi muteber saymazlar (106).

Dinî evlenmeyi kabul eden devletlerin medenî nikâha karşı almış oldukları bu vaziyet, insanın en tabii bir hakkı olan evlenmeden tebalarını mahrum etmek gibi bir netice doğurması itibariyle şayanı tenkittir.

EVLENME AKDİNİN TESCİLİ: Bazı kanunlar vatandaşlarının hariçteki evlenmelerini; kendi memleketlerinde tescil ettirmelerini öngörür. Fransa, İtalya ve Belçika kanunları böyledir. Bu tescilin yapılmamış olmasının akit mahalli ile diğer memleketlerde evlenmenin sıhhati üzerine bir tesiri yoktur; eşlerin kendi memleketlerindeki müeyyidesini ise Millî kanunları tâyin eder. İsviçrede bu mecburiyeti vatandaşlarına tahmil eder; ve bu formalitenin yerine getirilmemesi halinde evlenmeyi yok (inexistant) addeder (107).

Türkiyede; hariçte yapılan evlenmelerin tescili hakkında «evlenme kayıtları ve bunları nüfus kütüğüne tescilleri hakkındaki 3686 sayılı ve 939 tarihli» kanunun üçüncü maddesinin ikinci fıkrasında sarahat vardır. Bu fıkra şöyledir «Türkiye haricinde yapılan evlenme akitleri konsolos tarafından hariciye vekâleti vasıtasıyla bildirilir. Ancak Türkiye haricinde konsoloshanelerden başka makamlarca yapılan evlenme akitlerinin bildirilmesi mecburiyeti kocaya aittir». 330 tarihli nüfus kanununun 28/2 inci maddesinde «hariçte vâki evlenmelerin koca tarafından getirilecek vesika üzerine şebender tarafından usulen deftere kaydile hariciye nezaretine ve oradan da dahiliye vekâletine gönderileceği» yazılıdır (108). Fakat her

(104) ck. 237.

(105) Audinet: Sa: 195.

(106) Audinet: Sa: 195.

(107) Audinet: Sa: 195.

(108) Sicilli kavanin cilt: 20; Sa: 780; Sicilli kavanin cilt 16, Sa: 608.

iki kanununda da kocanın bu mükellefiyetini yerine getirmemesi halinde müeyyidenin ne olacağı tasrih edilmemiştir. Bu müeyyide meselesi, böyle bir mecburiyet tahmil eden Fransada da pek çok münakaşayı mucip olmuş, fakat neticede bunun evlenmenin butlanını intaç etmişeyeceğine karar verilmişti (119). Evlenmenin butlanı bizim hukukumuzda da evlenmenin butlanını mucip sebepler tahdidî olarak tasrih edilmiş olduğundan herhalde böyle bir mükellefiyeti yerine getirmemenin müeyyidesi ancak cezaî mahiyette olabilir.

KANUNA KARŞI HİYLE: (Fraude à la loi: Evleneceklerin; kendi Millî kanunlarının bazı hükümlerinden kurtulmak maksadiyle hariçte evlenmelerine sık sık tesadüf edilir. Bazı kanunlar bu gaye ile aktedilmiş evlenmelerin; muteber sayılmıyacağını tasrih ederler. İsviçre meriyet kanununun M. 59/7 f fıkrasında böyle bir hüküm vardır. Kanuna karşı hiyle bazı memleketlerde hariçte aktedilmiş evlenmeleri iptal etmek için müracaat edilen bir çaredir. Mesele bir vakitler Fransada 170 inci maddenin aradığı ilân şartının yerine getirilmeden yapılmış evlenmeleri iptal için mahkemeler tarafından kullanılmakta idi (110).

Audinet; kanunun sarîh olarak kanuna karşı hile gayesiyle aktedilen evlenmelerin, batıl addedileceğini tasrih etmediği yerlerde buna baş vurmamanın daha doğru olacağına işaret eder (111). Taraf-ların tâbî oldukları kanunun hükmünden kurtulmak maksadiyle böyle bir evlenme aktedip etmediklerinin tesbiti çok defa müşkül ve hattâ bazen imkânsızdır; bu esebelerle ki kurulmuş ve içtimâî ve ailevî bir çok neticeler meydana getirmiş bir müesseseyi; belki de bir faraziye üzerine yıkmak herhalde pek de yerinde olmasa gerektir. Zaten bir evlenmenin iptali için buna başvurmaya pek lüzum da yoktur; eşlerin, Millî kanunlarının butlan sebeplerinden birine rağmen hariçte aktetmiş oldukları evlenme zaten sırf bu sebep dolayısıyla batıldır; alelâde mâni sebeplere rağmen yapılmış bir evlenmeyi sırf kanuna karşı hileye müsteniden iptal ise eşleri ve bu evlenmeden doğan çocukları çok ağır bir cezaya çarptırmak olur.

LA HEYE ANLASHMASINDA EVLENMENİN SURÎ ŞARTLARININ TÂBÎ OLACAĞI ANUN HAKKINDA HÜKÜMLER:

Anlaşma prensip olarak L. R. A. kaidesini kabul eder Beşinci

(109) Pilet: Sa: 551 vd; Weiss: Sa: 494; Niboyet: Sa: 725 vd.

(110) Niboyet: Sa: 273

(111) Audinet: Sa: 192.

madresinin ilk fıkrası bunu gösterir: «L. R. A. prensibine uygun olarak akte edilmiş bir evlenme her yerde muteberdir». Lâkin dinî nikâhı evlenmenin aslı şartlarından olarak kabul etmiş devletlerin ve bilhassa Rusyanın (112) şiddetli itirazları üzerine maddenin bu fıkrasına «dinî nikâhı kabul etmiş devletlerin; vatandaşlarının haricte buna riayet etmeden yapmış oldukları evlenmeleri; sahih olarak tanıyıp tanımamakta muhtar oldukları» hakkında bir kaydı ihtirazi konmuştu.

Anlaşmanın yedinci maddesiyle de «akit mahalli kanunlarına göre şekil bakımından batıl bir evlenmenin Millî kanun hükümlerine uygun olduğu takdirde diğer devletler tarafından muteber olarak kabul edilebileceği» hakkında bir hüküm konarak üçüncü şahıs vaziyetindeki devletler bu hususta muhtar bırakılmıştı.

Mukavele beşinci maddesinin üçüncü fıkrasıyla de evlenme ilânlarına temas eder; maddeye göre «Millî kanunun ilân hakkındaki hükümlerine riayet edilecektir, fakat bu ilânların yapılmamış olması evlenmenin, ancak kanunlarına muhalefet edilmiş olan memlekette, butlanını icabettirir».

DİPLOMATİK VE KONSÜLER EVLENMELER:

Konsolos ve siyasî memurların haiz olduğu bu evlendirme memurluğu salâhiyeti; devletler arasında taammülen teessüs etmiş ve sonraları konsolosluk mukaveleleriyle de teyit edilmekte bulunmuştur (113). Konsolosların böyle bir salâhiyeti haiz olabilmeleri bu salâhiyetin kendilerine; hem kendi devletleri tarafından verilmiş ve hem de yabancı devletlerin bu yetkiyi tanımış olmasına bağlıdır; aksi takdirde konsolos bulunduğu memleketin idarî salâhiyetine tevavüz etmiş olur.

La Heye anlaşmasından sonra Holanda, İsveç gibi bazı devletler konsoloslarına ve siyasî memurlarına bu yetkiyi veren kanunlar yaptılar.

İspanya konsolosları bu salâhiyeti ancak evlendirme memuru bulunmayan yerlerde haizdirler (114). Brezilya kanunu evlendirme memurluğu yetgisini yalnız konsoloslarına tanır (115). Yunanistan, Bulgaristan, Yugoslavya kendi temsilcilerine böyle bir salâhiyet tanımazlar. İsviçre federal meclisi lüzum gördüğü memle-

(112) O zamanki Rusya Çarlık Rusyasıydı ve teokratik esaslara sıkı surette bağlıydı.

(113) Türkiye ile Ermenistan, Azerbaycan, Polonya arasında böyle anlaşmalar vardır: Répertoire cilt 7; Sa: 268.

ketler için konsoloslarına bu yetkiyi verebilir; fakat şimdiye kadar ancak Japonyadaki konsoloslarına böyle bir salâhiyet vermiştir (116).

Umumiyetle konsoloslar yalnız kendi tabaları arasında evlendirme yetgisini haizdirler. Fakat Almanya, İsveç ve İngiltere bu hususta daha liberal davranarak taraflardan yalnız birinin konsolosun vatandaşı olmasını kâfi görür (117). Fransa, Belçika, İtalya ve İsveç te bunun koca olması lâzımdır. Bununla beraber Fransız konsoloslarının böyle mikst bir evlenme yapabilmeleri; Fr. M. K. 170/1 mucibince bir kararname ile; bu yetkinin kendilerine verilmiş olmasına bağlıdır (118).

Weiss; Fransadaki ecnebi konsoloslarının evlendirme memurluğu salâhiyetlerinin yalnız kendi memleket vatandaşları arasında cari olacağını söyler (119). İngiliz, Alman ve Belçika konsolosları böyle mikst bir evlendirme için kendi devletlerinden hususi bir müsaade almak zorundadırlar; aynı zamanda böyle bir evlendirmeye buldukları memleketin müsaade etmiş olması da şarttır.

Türk konsoloslarına evlendirme memurluğu sıfatı 926 tarihli ve 505 sayılı kararname ile verilmiştir (120). Türkiye; Lozan muahedesi'nin 16 ıncı maddesiyle konsolosların; şahsî ahval işlerinde devletleri tarafından verilmiş olan salâhiyetlerine hâlel gelmeyeceğini kabul etmişti (21).

Kanunlarında konsolos ve diplomatlara bu yetkinin tanındığı hakkında bir hüküm bulunmayan devletlerin; memurlarına böyle bir salâhiyet verip vermediklerinin anlaşılması için; bu devletler tarafından takip edilegelmekte olan taamüle bakılması lâzımgeldiğine Pillet işaret eder (122).

(114) Weiss: Sa: 497.

(115) Audinet: Sa: 205.

(116) Audinet: Sa: 205.

(117) Répertoire cilt 6. Sa: 40 İngiliz siyasi temsilcilerine bu salâhiyet 1892 tarihli (Foreign marriage act) ile verilmiştir

(118) Fransız konsoloslarına bu salâhiyet Habeşistan, İran; Siam, Çin, Sırbistan ve Türkiye için tanınmıştır: «1901 tarihli kararname». Weiss: Sa: 495. Fakat bu kararnamedeki mucip sebeplerden anlaşılacağı üzere Türkiyedeki Fransız konsoloslarının bu yetkisinin artık sebebi hikmeti kalmamıştır: Répertoire: cilt 7: Sa: 267.

(119) Weiss: Sa: 497

(120) Sicilli kavanin: cilt 12 Sa: 656.

(121) Répertoire: Cilt 7; Sa: 268.

(122) Pillet: Sa: 580.

La Heye anlaşması altıncı maddesiyle diplomatik evlenmelere temas eder; bu madde şöyledir:

«Diplomatik veya konsüler bir memur tarafından; şekil bakımından kendi kanunlarına uygun olarak aktedilmiş bir evlenme; taraflardan hiç bir evlenmenin icra edildiği devlet tebeasından olmadığı ve bu devlet tarafından evlenmenin icrasına mümanaat edilmediği takdirde her yerde muteberdir.

Evlenmenin icra edildiği devlet; bu evlenmeye evvelden mevcut bir evlilik veya dinî bir moni dolayısıyla; kanunlarına muhalif olduğundan bahisle mümanaat edemez».

Umumiyetle konsolosun; bulunduğu memleket vatandaşlarından biriyle kendi tâbi bulunduğu devlet tebaası arasında konsoloslukta aktettiği bir evlenmeye hiçbir yerde muteber nazariyle bakılamaz. Bir Fransız mahkemesi (cour d'Anger) Fransada, bir Fransız ile bir İngiliz arasında İngiliz konsoloshanesinde aktedilmiş bir evlenmenin gayri mevcut olduğuna (inexistant) karar vermişti (123). İstanbulun işgali sırasında Rum ve Ermeni kızlarının e-nebi sefarethanelerindeki evlenmelerini Türkiye sahih olarak kabul etmemişti. Aynı suretle Fransız temyiz mahkemesi de 1840 da Fransız sefarethanesinde evlenmiş bir Türk kızının evlenmesinin batıl olduğuna karar vermişti (124).

Şekil bakımından konsolosun tatbik edeceği kanun kendi Millî kanunudur (125). Zaten konsüler evlenme, evlenmenin surî şartlarının Lex loci'ye tâbi olacağı kaidesine bir istisna teşkil eder. Bunu La Heye anlaşmasının altıncı maddesinden açık olarak anlamak mümkündür. N. Metya, «şekil bakımından Millî kanunun tatbiki için onun «evlenme kaidelerimize muhalif olmaması lâzımgeldiğini söyler ve bir konsoloshanede iptidaen yapılan bir dinî evlenmenin batıl olduğunu da ilâve eder (126)». A. Kemal bu hususta fikrini açık olarak söylememekle beraber «Millî kanuna göre dinî merasim icrası suretiyle evlenme mümkün olduğu takdirde, konsolosların nikâh akdi salâhiyeti devlete karşı bir sui istimal vesilesi olmamalıdır, medenî merasim icrası suretiyle evlenmeyi kabul etmiş bir devlet ülkesindeki konsoloshanedeki, dinî merasim icrası o memleketin umumî intizamını ihlâl eder» demek suretiyle Metya'nın görüşünü

(123) Pillet: Sa: 545.

(124) N. Metya S: 127.

(125) M. R. Sevig: Sa: 365; Weiss: Sa: 497; Audinet: Sa: 208.
Nişoijet: Sa: 729.

çevirtmekte olduğu hissini vermektedir (127). Halbuki Audinet ve Pillet; medenî evlenmenin cari olduğu bir memlekette bile konsoloshanelerinde dinî nikâhı kabul etmiş olan iki Devlet tebaasının kendi Millî kanunlarına göre evlenebileceklerini kabul ederler (128). Konsüler evlenmelerin menşeiinin; siyasi temsilcilerin eksteritorial (exterritorial) imtiyazdan istifadelerinin bir devamı gibi gören Pillet; böyle bir evlenmenin mümkün olmasının da ancak bu prensiple izah edilebileceğini de ilâve eder (129).

Fakat bu şekildeki dinî evlenmeler; ancak evlendirme memuru sıfatını haiz biri tarafından aktedilmeleri halinde muteberdir, meselâ bu sıfatı haiz bir konsoloshane papazı tarafından icra edilmesi halinde. Böyle resmî bir sıfatı olmayan bir din adamı tarafından konsoloshanede icra edilen evlenme muteber addedilemez. Paris mahkemesi bu şekilde Yunan sefaretinin kilisasında aktedilmiş olan bir evlenmeyi muteber saymamıştı. Konsoloshane dinî memurları evlendirme memuru yetgisine haiz olmadıkları takdirde, konsolos makamına geçmeleri de kabul olunamaz (130).

Konsüler evlenmelerde surî şartların; La Heye anlaşmasıyla da, Millî kanuna tâbî olacağını görmüştük. Bu anlaşma altıncı maddesiyle; ilânlar hakkındaki M: 5/3 deki ihtirazî kaydın konsüler ve diplomatik evlenmelerde de tatbik edileceğini kabul eder.

oKsnüler evlenmenin aslî şartlar bakımından tâbî olacağı konusunda yine millî kanundur.

Konsolos kendi Millî kanununu tatbik edecektir. O; bu kanunu tatbik ederken tabiidir ki kendi devletinin kamu intizamı kaidelerini göz önünde tutacaktır. Lâkin acaba mahallî kamu intizamını da dikkat nazarına almak zorunda mıdır? Burada şöyle bir ayırma yapmak mümkündür:

a) Konsolos; Millî kanunu tarafından menedilmiş olmasına rağmen; mahallî kanunca kamu intizamı kaygusuyla müsaade edilmiş bir evlenmeyi aktelemeyebilir. Bu hususta münhasıran kendi kanununu nazarı itibare alacaktır. Bir Sırp konsolosu dinî bir memnuiyet bulunmayan Türkiyede veya Belçikada kendi tebaasından olan bir yahudi ile bir hıristiyanı evlendirememelidir.

(126) N. Metya: Sa: 127.

(127) A. Kemal: Sa: 4537 vd.

(128) Audinet: Sa: 208; Pillet: Sa: 546.

(129) Pillet: Sa: 545.

(130) A. Kemal: Sa: 4536; Audinet: Sa: 208.

kanunun bu mânilerini göz önünde tutmak zorundadır. Çünkü böyle bir evlenme en evvel tesirlerini konsolosun bulunduğu memlekette gösterecektir (131). Fakat La Heye anlaşmasının altıncı maddesi bundan ikinci bir evliliği ve dinî mânileri istisna etmektedir.

Konsoloslar akdettikleri evlenmeleri re'sen tescil ederler (132).

(131) Pilet: Sa: 446; Audinet: Sa: 409; aynı fikirdedirler.

(132) Niboyet: Sa: 729.