

MAL REJİMLERİ VE BUNLARDAN DOĞAN KANUN İHTİLÂFLARI

Dr. Osman BERKİ

Malûm olduğu üzere evlenmenin tevlihdettiği hükümler iki büyük kısma ayrılır. Bu hükümlerden bir kısmı karı kocanın hal ve ehliyetine taallûk eder. Bu hükümler eşlerin ahvali şahsiyesini «statut personnel» tadil eyler. Arşulusal bakımdan karı kocanın tâbiyetlerinin farklı olmasından doğan kanun ihtilâfları «Conflit des lois» nispeten kolay bir sureti hal bulmaktadırlar. Filhakika evlenmenin şahsi hükümlerini «effets personnels» idare etmek için salâhiyettar bir kanunun aranmasında müellifler ve mahkeme içtihatları «jurisprudence» alâkadarların milli kanunlarına «loi nationale» müracaat etmek hususunda ittifak etmektedir. Yalnız féodalite ananesine sadık kalan İngiliz ve Amerikan hukukşinasları tetkiki ile meşgul olduğumuz kanun ihtilâflarının halli meselesinde milli kanunun tefevvukunu tanımıyorlar.

Bütün medeni memleketlerde evlenme karı kocanın şahsi hallerine tesir icra ettiği gibi onların mamelekleri «patrimoine» üzerinde de tesir icra etmekten geri kalmamaktadır. Evlilik birliği «Union conjugale» karı koca malları arasında menfaatler birliğini yaratır; bu menfaatler birliği «Union d'intérêts» ya kanun veya bizzat karı koca tarafından tanzim olunur.

Karı koca malî vaziyetlerini bir mukavele ile tanzim ettikleri takdirde kanun bunların iradenin muhtariyeti prensipinden «Principe de l'autonomie de la volonté» istifade etmelerini mümkün kılmış oluyor demektir.

Filhakika birçok memleketlerde kanunlar mal rejimlerine taallûk eden mukavelelerin, daha umumi bir prensip olan mukavelelerin serbestisi esasından «Principe de la liberté des conventions» çıkan, serbestisini kabul etmektedirler.

Şu halde doğacak olan kanun ihtilâfı şu olacaktır.

Rasyonel ve arşulusal olarak karı kocanın serbestce malî münasebetlerini tanzim eden ve rejimi intihap serbestisi hudutlarını gösteren kanun hangi kanundur?

Sonra evlenme mukavelesinin «Contrat de mariage» şekillerini hangi kanun idare edecektir?

Ve nihayet karı koca evlenme akdinin inikadından sonra evlenme mukavelesi yapabilecekler midir? Veya kabul ettikleri rejimi tadil edebilecekler midir?

Diyebiliriz ki mal rejimleri devletler hususi hukukunda çok nazik ve müdîl meselelerin, kanun ihtilâflarının doğmasına sebeb olurlar. Çünkü bugünkü hukuk

mevzuatında karı koca arasındaki malî münasebetlerin tanzimindeki fikir ayrılığı büyüktür. Bu ayrılık yalnız teferruata taallük etmez, aynı zamanda karı kocanın malları üzerindeki tesir hakkındaki prensiplere de taallük eder.

Bu itibarla mal rejimlerinden doğabilecek kanun ihtilâflarına geçmeden evvel bu ayrılığı tebarüz ettirebilmek maksadiyle Roma ve İslâm kukuklarının vaziyetine kısa da olsa bir göz attıktan sonra bugünkü mevzuatın bu hususa mütedair hükümlerini gözden geçirmeyi zait addetmiyoruz.

1 — Mal rejimleri «Régime matrimoniaux»

I — Roma hukukunda mal rejimleri:

Roma hukukunda vaziyete tamamen nüfuz edebilmek için iki türlü evlenmeye temas emek icabeder:

1 — Le Mariage Cum manu [1];

2 — Le mariage Sine manu [2];

1 — Le mariage Cum manu.

Burada evli kadın «femme mariée» kocasının veya kocasının paterfamilias'ının hâkimiyeti altına düşer. Bu nevi evlenmede kadın kocasının ailesi içersine girer. Eğer kocası ailenin reis'i ise kadının vaziyeti nihayet bir kızın vaziyeti gibidir. Eğer aile reisi kocası değil de kocasının babası ise kadının vaziyeti bir torunun vaziyetinin aynıdır. B'naenaleyh, çocuklarının kızkardeşi addolunur ve onlarla birlikte kocasına vâris olur. Şu izahattan anlaşılacağı üzere mariage Cum manu halinde yalnız bir mamelek mevcuttur. Kadının bütün malları «paterfamilias» ın, aile reisi'nin, mamelekine dâhil olur. Şu hale nazaran bu nevi evlenmede mal usulünden bahsetmek imkânızdır.

2 — Le mariage sine manu:

Bu nevi evlenmede eğer kadın alieni jüris idiye kocasının ailesi içine girmez. Asıl ailesi içinde kalır. Ve bütün mallarını muhafaza eder. Eğer sui jüris idiye kocasının hâkimiyeti altına düşmez, tamamen müstakil olarak kalır. Yalnız vasisinin «tuteur» kontrolü altındadır. Koca vâsi olabilir.

Görüldüğü gibi bu evlenme şekli Mariage Cum manu ya taban tabana zıttır. Mariage sine manu da tam ve mutlak mal ayrılığına «Séparation de biens» tesadüf etmekteyiz. İlâve edelim ki bu usul Romada tahfif edici bir rejim olarak cihaz usulünü «dot» ihtiva etmektedir.

II — İslâm hukukunda mal rejimleri:

İslâm hukukunda nikâhın hükmüne taallük eyliyen hususlardan maada şahsiyette bir gûna tebeddül husule gelmez. Kadın evlenmeden evvel haiz olduğu hukuki vaziyeti muhafaza eder. Binaenaleyh evlenmeden evvel ve sonra iktisabettiği mallar üzerinde serbestce tasarruf salâhiyetine malikdir. Bey, şıra, hibe, rehin, İrtihan icar ve isticar gibi emsali tasarrufları yapabilir. Kefil, vekil, mütevellî ve

[1] Mariage avec puissance.

[2] Mariage sans puissance.

vasi olabilir. Evlenmekle tevris ve tevarüs hakkına da hâlel gelmez. Hulâsa zevciyet münasebetlerini ihlâl etmemek şartı ile haiz olduğu haklardan istifade ve onları istimal edebilir. Koca buna müdahale etmek hakkını haiz değildir.

Görülüyor ki ahkâmı islâmiyede evlenme karı kocanın mevcut ve ilerde iktisabedilecek malları üzerinde veya bunların idare tarzlarında hiçbir tesir yapmıyor. Koca karısının malı üzerinde bir hakka sahip olamadığı gibi bunu herhangi bir şekilde idare etmek bakımından da hiçbir salahiyeti haiz değildir. Koca karısından vekâlet almak şartı ile malını idare, alacaklarını istifa salâhiyetine malik olur. Eğer karısının izin ve icazetiyle bunları idare etmiş ise hesabını vermeye, ledelicap beraet zimmetini vesaiti adiyeye ile ispata mecburdur. Fakat örf ve âdet tamamen bu hükme mutabık değildir.

III — Muasır devletler mevzuatında mal rejimleri:

Devletlerin büyük bir kısmının mevzuatına göre karı kocanın malî münasebetleri kanunla ve mukavele ile tanzim olunmuştur. Meselâ Türk mevzuatında aynı sureti halle tesadüf etmekteyiz. Filhakika Medeni Kanunumuza göre mal rejimlerini şöyle bir tasnife tâbi tutabiliriz.

1 — Alelâde rejim «Régime ordinaire»;

2 — Fevkalâde rejim «Régime extraordinaire»;

1 — Alelâde rejim de ikiye ayrılır:

A — Mukavelevî, akdî rejim «Régime conventionnel»

B — Kanuni rejim «Régime légal»

A — Mukavelevî, akdî rejim iki kısma ayrılmaktadır:

a — Mal birliği «Union de biens»;

b — Mal ortaklığı «Communauté de biens»:

Mal ortaklığı umumi mal ortaklığı «Communauté universelle», mahdut mal ortaklığı «Communauté réduite» munhasır mallara munhasır ortaklık «Communauté réduite aux acquêts» ve uzatılan mal ortaklığı «Communauté prolongée» diye dörde ayrılır.

2 — Fevkalâde rejimde iki kısma ayrılmaktadır:

A — Kanuni mal ayrılığı «Séparation de biens légale»

B — Kazai mal ayrılığı «Séparation de biens judiciaire»

A — Kanuni mal ayrılığı ya mecbur: «obligatoire» veya ihtiyari «facultatif» olur.

B — Kazai mal ayrılığı ihtiyari olmak üzere üç hali ihtiva eylemektedir.

1 — Alelâde rejim «Régime ordinaire»

Alelâde rejimin ikiye ayrıldığı bir evvel söylemiştik. Bunlardan birisi mukavelevî, akdî rejim, diğeri kanuni rejim idi.

Karı koca arasında evlenme mukavelesi «Contrat de mariage» yapılmadığı takdirde alelâde kanuni rejim bahis mevzuu olur. Medeni Kanunumuza göre

bu usul mal ayrılığı usulüdür. İsviçre hukukunda ise âlelâde kanuni rejim mal birliği: «Union des biens» usulüdür.

Mal ayrılığı usulünde karı kocadan her biri kendilerine ait olan malların mülkiyet «propriété» idare «administration» ve intifa «jouissance» maliktir. Malları üzerinde diledikleri şekilde tasarruf etmek hakkını haizdirler. Medeni Kanunumuzun 186 ncı maddesi mal ayrılığını şöyle tarif etmektedir: «Karı kocadan her birinin bütün mallarının mülkiyet, idare ve intifa haklarını muhafaza etmesine mal ayrılığı denir.»

Mezkûr maddeye göre karı mallarının idaresini kocasına bırakabilir. Bu takd'rde evliliğin devamı müddetince hesap sormaktan vazgeçtiği ve mallarının bütün gelirini ev masraflarına karşı kocasına bıraktığı farz olunur. Yine aynı madde hükmüne göre karı kocasına bıraktığı idare hakkını her zaman geri alabilir.

Karı koca evlenme mukavelesi yapmışlarsa mukavelevi usul «Régime Conventionnel» mevzu bahis olur.

Karı koca evlenme mukaveleleriyle kanunun tâyin ettiği usullerden birini kabul edebilir. Bunlar mal birliği «Union des biens» ve mal ortaklığı «Communauté de biens» usulleridir.

Mal birliği usulünde karı kocanın evlenmeden evvel mal'k oldukları mallar ve haklar ile evlendikten sonra herhangi bir suretle iktisat ettikleri mallar, iktisabı mütaakıp kanun mucibince kendiliğinden karı koca birliğinin malı olur. Birliğe dâhil olan mallar iktisadi bir küll teşkil eder. Bu birliğin şahsiyeti mevcut değildir. Binaenaleyh karı kocadan her birinin malları hukukan ayrı bir mevcudiyettir. Bu usulde karının biri mahfuz mal'ar «biens réservés» [3], diğeri şahsi mallar «biens personnels» ismini alan iki nevi malı mevcut olabilir. Bu malların mülkiyeti karıya aittir. Fakat mahfuz malları üzerinde karının idare ve intifa hakkı bulunduğu halde şahsi malları üzerinde bu hakka malik değildir. İdare ve intifa hakkı kocaya aittir.

Ortaklık usulünde karı kocanın malları iştirak hâlinindedir. Yani bu malların heyeti mecmuası kısmen kocanın ve kısmen karınınır. Burada müşterek mülkiyet «copropriété» müvacehesinde değiliz. Mal ortaklığında iştirak hâlinde mülkiyet «propriété commune» mevcuttur.

[3] Mahfuz mallar üç surette tesis olunur; ya evlenme mukavelesiyle veya üçüncü şahısların yapmış oldukları teberrüflarla «libéralités» veyahut kanun hükmü ile «par l'effet de la loi». Şu mallar Medeni Kanunumuzun 183 üncü maddesi mucibince mahfuz mallardır.

a - Karı kocadan her birinin zati eşyası «Les effets exclusivement destinés à l'usage personnel d'un epoux».

b - Karının iş veya sanatının icrasına yarayan mallar «Les biens de la femme qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie».

c - Karının ev işleri haricindeki çalışmasının mahsulü «Les produits du travail de la femme en dehors de son activité domestiques».

İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi Medeni Kanunumuzda da mal ortaklığı usulü dört kısımda toplanabilir:

a — Umumi mal ortaklığı «Communauté universelle»

Bu ortaklık kari kocanın bütün mallarına şâmil olan ortaklıktır.

b — Uzatılan ortaklık «Communauté prolongée»

Medeni Kanunumuzun 225 inci maddesi mucibince hayatta kalan kari veya koca, müteveffadan olan çocuklarıyla «Les enfants issus du mariage» birlikte ortaklığa devam edebilir.

Şurasını kaydedelim ki yalnız umumi mal ortaklığı değil diğer mal ortaklıkları da uzatılabilir.

c — Mahdut ortaklık «Communauté réduite»:

Medeni Kanunumuz 233 üncü maddesiyle şöyle bir hüküm vaz'etmektedir. Kari, koca, evlenme mukavelesiyle bazı malların bilhassa gayrimenkullerin ortaklıktan çıkarılmasını şart ederek, mahdut bir mal ortaklığı usulü kabul edebilirler.

ç — Müktesep mallara munhasır ortaklık «Communauté réduite aux acquêts»

Medeni Kanunun 234 üncü maddesine göre kari koca, ortaklığa dâhil olacak mallarla yalnız evliliğin devamı esnasında iki tarafın şahsi mallarının ve bunlardan birinin istibdali suretiyle elde edecekleri malların hasılatıyla kocanın yine evliliğin devamı esnasında ivazsız olmayan her türlü kazancından ve kadının kanunen mahfuz mallarından bulunmayan bu kabül kazançlardan teşekkül etmesini, evlenme mukavelelerinde kabul edebilirler. Bu mallara müktesep mallar denir.

Medeni Kanunumuz bir de cihaz usulünü «Régime dotale» hükme bağlamıştır. Filhakika mezkûr kanunun 236 ıncı maddesine nazaran kari koca, evlenme mukavelesiyle cihaz usulünü kabul edebilirler. Bu usul karının kendi mallarının bir kısmını aile masrafına medar olmak üzere kocasına terk ettiği malların mal ortaklığı usulüne göre müşterek mal olacağı veya koca cihazın mülkiyetine dahi müstakil olarak malik bulunacağı evlenme mukavelesinde tasrih edilmiş olmadıkça, cihaz ihtihaz olunan mallar hakkında mal birliği usulünde karının şahsi mallarının tâbi olduğu hükümler cari olur.

2 — Fevkalâde rejim «Régime extraordinaire»:

Fevkalâde rejimin kanuni ve kazai mal ayrılığı diye ikiye ayrıldığını söylemiştik.

Kanuni mal ayrılığı biri mecburi «obligatoire» diğeri ihtiyari «facultatif» olmak üzere iki hal arz etmektedir. Medeni Kanunumuz yalnız mecburi olan hali almış ve bu suretle İsviçre Medeni Kanunundan ayrılmış bulunmaktadır.

Filhakika Medeni Kanunun 174 üncü maddesi mucibince kari koca, mukavele ile başka bir usul kabul etmiş olsalar bile birinin iflâsından müflîs veya diğer tarafın alacaklıları zarar gördükleri surette fevkalâde mal ayrılığı usulü tatbik olunur.

Kazai mal ayrılığı ihtiyari olmak üzere üç hali ihtiva eylemektedir.

Bu haller şunlardır:

- a — Karının talebiyle,
- b — Kocanın talebiyle,
- C — Alacaklıların talebiyle,
- a — Karının talebiyle

Medeni Kanunun 175 inci maddesi mucibince karı koca, mukavele ile başka bir usul kabul etmiş olsalar bile karının talebi üzerine aşağıdaki hallerde mal ayrılığına hükmolunur:

- Koca, karısının ve çocuklarının infak ve iâşesini ihmal ederse,
- Karının şahsi malları için istediği teminatı vermezse,
- Kocanın veya mal ortaklığı usulünde ortaklığın borç ödemekten aczi sabit olursa,

b — Kocanın talebiyle:

Kanunu Medenimizin 176 ıncı maddesine göre koca, mukavele ile başka bir usul kabul etmiş olsalar bile kocanın talebi üzerine aşağıdaki hallerde mal ayrılığına hükmolunur.

- Karının borç ödemekten aczi sabit olursa;

Ortaklığa veya birliğe giren mallar üzerinde koca tarafından yapılabilmemesi kanuna veya akde göre kadının iznine bağlı olan tasarruflar için karı sebebolmaksızın muvafakatten imtina ederse;

Karı şahsi malları için teminat isterse;

c — Alacaklıların talebi ile:

Medeni Kanunun 177 nci maddesinin hükmüne göre karı kocadan biri aleyhinde yapılan hacizde zarar gören alacaklıların talebi üzerine mal ayrılığına hükmolunur.

Evlenme mukavelesi «Contrat de mariage»

Evlenme mukavelesinin akdedilebilmesi için lâzım gelen ehliyet «Capacité» Medeni Kanunun 172 nci maddesinde zikredilmektedir:

Bu maddeye göre evlenme mukavelesi akit, veya tadil yahut feshetmek isteyen kimsenin temyiz kudretini haiz olması şarttır. Küçük ile mahcurun kanuni mümessilleri tarafından mezun kılınmaları lâzımdır.

Evlenme mukavelesinin şekline gelince: Bu hususta 173 üncü madde şöyle bir hüküm vaz'etmektedir. «Evlenme mukavelesinin akdi veya tadili veya feshi resmî şekilde olmak ve iki taraf ile kanuni mümessilleri tarafından imza edilmek lâzımdır. Evliliğin devamı sırasında yapılan evlenme mukaveleleri mahkemenin de tasvibine iktiran etmek lâzım gelir.»

Görülüyor ki evlenme mukavelesi evlenme akdinin inkızasından evvel yapılabileceği gibi evliliğin devamı sırasında da yapılabilir. Şu kadar ki bu ikinci halde mezkûr mukavelelerin hüküm tevlihedebilmesi için mahkemenin tasvibine iktiran etmesi şarttır.

Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarının kabul ettikleri mal usullerini, etüdümüzün haricine çıkmamak için, kısaca gözden geçirdikten sonra başlıca devletlerin mevzuatı üzerinde duralım.

Fransada akdi, mukavelevi bir usul mevcut değilse, tâbiri diğerle karı koca evlenme mukavelesi yaparak kanunda mevcut usullerden birini kabul etmemişlerse kanuni rejim olarak mal ortaklığı «Communauté légale de biens» kabul edilmektedir. Bu memleket mevzuatına göre akdi usul ya mal ayrılığı usulü «Régime de la séparation des biens» veya müktesep mallara münhasır ortaklık «Communauté réduite aux acquêts» veyahut cihaz usulü «régime dotal» dir.

Almanya'da koca, karısının mallarını idare eder ve bu malların intifaina maliklidir. Halbuki kadın mahfuz mallarında serbestçe tasarruf edebilir. Bu usul akdedilen bir mukavele ile bertaraf edilerek menkul ve müktesep mallara mütaallik tam bir mal ortaklığı «Communauté de biens meubles et des acquêts» tesis olunabilir.

İngilterede koca gayrimenkul malları idare ve intifa eder; Karısının menkul servetine «fortune mobilière» maliklidir. Şu kadar ki bu servet kanun veya mukavele mucibince evlenme hediyelerinden maada nikâhın inikadından sonra kadının iktisabettiği mallar ve bilhassa kadının aldığı ücret mahfuz malları teşkil eder.

Bulgaristanda karı kocanın malları bakımından vaziyetlerini tanzim ve idare eden bir kanun mevcut değildir. 1904 te Bulgar meclisine verilen ve kanuniyet iktisabedemiyen proje umumî hatları itibariyle Bulgar medeni hukukunun membarlarını iktibas ettiği hukuk mevzuatının hükümlerini kabul etmekteydi.

Bulgaristanda mallar bakımından karı kocanın vaziyetleri ve hakları örf ve âdete göre veyahut muhtelif dinî cemaatlerin vaz'ettikleri kaidelerle taayyün eder. Hatırlatalım ki Bulgar örf ve âdet hukukuna göre karı koca arasındaki usul çok serbesttir. Bu hukuk tam bir mal ayrılığı prensipini ilân etmektedir.

Buraya kadar verdiğimiz izahat, karı kocanın malî münasebetlerine taallük eden prensip ve hükümlerin birbirine uymadığını pek vazih bir şekilde göstermektedir. Bu prensip ve hüküm ayrılıkları devletler hususi hukukunda derhal tesirini gösterir ve bundan birtakım kanun ihtilâfları meydana gelir ki bunları ikinci paragrafda tetkika başlayacağız.

§ 2: Mal rejimlerinden çıkan kanun ihtilâfları:

Mal rejimlerinden doğan kanun ihtilâfları birkaç gurup etrafında toplanabilir:

I — Karı koca evlenme mukavelesi yapmamışlardır. Bu takdirde hangi kanun bunların mal rejimlerinde tatbik edilmek icabedecektir?

II — Karı koca evlenme mukavelesi akdetmişlerdir. Bu mukavelenin hükümleri ve değişebilip değişemeyecekleri meselesi ortaya çıkacaktır..

III — Evliliğin devamı esnasında karı kocanın tâbi oldukları hukuki sistem «système juridique» değiştiği takdirde yukardaki iki hal müşkil bir vaziyet

İktisabeder. Farz edelim ki karı koca tâbiyetlerini «nationalité» veya ikametgâhlarını «domicile» tebdil etsinler; acaba tâbiyet veya ikametgâhdaki bu tahavvül karı kocanın malî münasebetleri üzerinde bir tesir icra edecek midir.

IV — Evlenme mukavelesi şekil bakımından hangi kanuna tâbidir?

V — Mal rejimleri dolayısıyla mevzuubahis olan miras haklarının tâbi olduğu kanun hangi kanun olacaktır? Bunları sırasıyla tetkik edelim.

I — Karı koca evlenme mukavelesi yapmamışlardır:

Karı koca evlenme mukavelesi yapmadıkları takdirde bunların mameleki münasebetleri hangi kanuna tâbi olacaktır?

Bu mesele garbî Avrupa ilmi içtihat «Doctrine» ve mahkeme içtihatlarında bir çok münakaşalara sebeb olmuş bulunmaktadır.

Fransa nazariyesi mal rejimlerine taallük eden her hususu borçlar hukukuna «Droit des obligations» ithal etmektedir. Bu nazariyeye göre mal rejimi daima; ya sarîh «expresse» (Evlenme mukavelesi yapıldığı takdirde) veya zımni «tacite» (evlenme mukavelesi yapılmadığı takdirde) bir mukaveleden doğar. Binaenaleyh bunlara devletler hususi hukukunun borçlar hakkındaki prensipleri tatbik edilir. Yani iradenin muhtariyeti prensipi burada rol oynar.

Eğer evlenme mukavelesi karı kocanın iradelerini göstermiyorsa bunların evlenme akdinin inikadı esnasında kabul etmeyi istedikleri kanun aranmak lâzımdır. Bu kanun ekseriya evlilik birliğinin ikametgâhı kanunu «Loi du domicile matrimonial» yani karı kocanın evlenme akdinin inikadından sonraki ilk ikametgâhları kanunu «Loi du premier domicile des époux» dır.

Fransız mahkeme içtihatlarına nazaran bu karine «présomption» tarafların iradelerini meydana çıkarmak hususunda kâfi değildir. Bunun içindir ki bazan evlenme akdinin inikadettiği mahal kanunu «Loi du lien de la célébration du mariage Lex loci celebrationis» müstakbel karı kocanın millî kanunları «loi national des futurs époux» ve nihayet kocanın evlenme akdinin yapıldığı andaki millî kanunu «Loi nationale du mariage au moment de la formation du mariage» tatbik edilmektedir.

Büyük harbe takaddüm eden senelerde 17 Temmuz 1905 tarihli La Haye mukavelesinin - ki biraz sonra tetkik edeceğiz - tesiriyle Fransız mahkeme içtihatları daha fazla kocanın millî kanununun «Lex patriae du mariage» tatbiki lehinde vaziyet almıştır. Buna mucip sebebolarak, evlenmekle kocanın aile reisi olması gösterilmektedir.

Dumaulin'in iradenin muhtariyeti nazariyesinin yapıbaşında mal rejimlerini aile hukukuna sokan diğer bir nazariye yer almıştır. Bu nazariye taraftarlarından olan Profesör Niboyet iradenin muhtariyeti prensipini tatbik eden Fransız mahkeme içtihadını kabul etmemekte ezcümle şöyle demektedir. «Mahkeme içtihadının sistemi müdafaa edilemez. Bu sistem ne nazari bakımından ve ne de tatbikat noktasından doğru bir sistem değildir.

Nazari bakımdan, Londrada evlenme mukavelesi yapmaksızın evlenen iki Fransız intihap hakkına malik iken Pariste mukavelesiz evlendikleri takdirde kanuni mal ortaklığıyla «Communauté légale» idare edilmeleri kabul olunamaz. Kanun vazı kanuni rejimden kurtulmak için karı kocanın evlenme mukavelesi yapmalarını istemiştir. Binaenaleyh dahilî hukukta âmir olan bir kanun devletlerarası hukukunda bu mahiyetini kaybedemez. Kanuni rejim hakkındaki kanun, karı kocanın mukavelelerinin zımnî serbestisi «Liberté tacite» dahiline giremez. Bu rejim karı kocaya mecburi olarak tatbik edilmek lâzımdır. Kanuni rejim - içtimai bir zaruret teşkil eder. Her evli ferdin bir mal rejimine malik olması lâzımdır. Bu rejim kanuni rejimdir. Bunun için alâkadarların fikri alınmaz. Bunlar cebren bu rejime tâbi kılınır.

Açıkça söylemek lâzım gelirse, evlenme mukavelesi yapmamış olan karı kocanın kanuni rejimi ile vasiyetsiz miras, tâbiri diğerle kanuni miras arasında «Succession ab intestat» fark göremiyoruz. Kimse, kanuni mirasta müteveffanın «le de cujus» zımnî niyetini araştırmayı hatırandan geçirmez. Amelî bakımdan mahkeme içtihadının sistemi «systeme de la jurisprudence» tatbik edilecek kanuni sistemi bilmek imkânsızlığı içinde bulunan karı koca için olduğu kadar üçüncü şahıslar için de gayrikabili müsamaha ve çok sıkıcı vaziyetler doğurur. Binaenaleyh herhangi bir hal sureti bu tereddüde müreccah olur. Şu halde muayyen ve tanınmış olan millî kanunun «loi nationale» bu yolda bir avantajı vardır. Bu kanun karı kocaya olduğu kadar üçüncü şahıslara da emniyet verir. [4]

Fransız müelliflerinden Weiss de millî kanunun tatbiki taraftarıdır. [5]

Valéry bilâkis iradenin muhtariyeti prensipinin tatbikına taraftar görünmekte ve hâkimin tarafların hakikî iradelerini «la véritable volonté des parties» meydana çıkaracak bütün hal icaplarını nazarı itibara almak mecburiyetinde olduğunu söylemektedir. [6]

Diğer memleketlerde ve bilhassa Almanyada karı koca arasında mevzu bahis olan malî münasebetler meselesi aile münasebetlerinin daha geniş bir şekli olarak mülahaza edilmektedir. Binaenaleyh bu münasebetler evlenmeyi idare eden kanuna, yani şahsî kanuna «Lex personalis loi personnelle» tâbi kılınmakta idi. [7] Unutmamak lâzım gelir ki ekseriya kocanın şahsî kanunu galebe çalacaktır. Çünkü bu kanun son zamanlara kadar karı kocanın müşterek aile statüsünü teşkil etmekte idi.

Alman Medeni Kanununa medhal kanunun «loi d'introduction au code civil allemand» 15 inci maddesi şöyle bir hüküm vazetmiştir. «Eğer evlenme akdinin inikadı zamanında koca Alman tâbiyetini haiz ise karı kocanın malî münasebet-

[4] Niboyet, Manuel de droit international privé, 2e édition, P. 833—834.

[5] Weiss, Manuel de droit international privé, 9e édition, p. 506.

[6] Valéry, Manuel de droit international privé, p. 1112—1138.

[7] Şahsî kanun «Lex personalis» ya ikametgâh kanunu «Lex domicile - loi du domicile» veya millî kanun «Lex patriae - loi nationale» dir.

leri Alman kanunlarına tâbidir. Ecnebi karı koca Almanyada ikamet ettikleri takdirde malî münasebetleri kocanın evlenme esnasında tâbiyetini haiz olduğu devlet kanununa tâbidir. [8]

Birçok kanun metinleri «textes législatifs» aynı sureti halli kabul etmiş bulunmaktadır. Bunlar arasında bilhassa 1898 tarihli Japon kanunu (Madde: 15) [9], Portekiz Medeni Kanunu (Madde: 1107), 1918 tarihli Çin Kanunu (Madde: 10) zikredilebilir. [10] 1926 tarihli Polonya Kanunu, karı kocanın malî münasebetlerini müşterek millî kanunlarına «loi nationale commune» tâbi tutuyor. İsveçte prensip itibarıyla karı kocanın malî münasebetlerini idare eden kanun millî kanundur. İsveç mahkeme içtihatlarına göre 1905 tarihli La Haye mukavelesinin kabul ettiği esaslar mukaveleye dâhil olmıyan devletlerin tâbiyetini haiz olan karı kocanın mal rejimlerine de tatbik edilmektedir. [11]

Guatamala mevzuatına göre aynı tâbiyette olan ecnebi karı kocanın mal rejimleri evlenmenin inikadı ânındaki müşterek şahsi kanunlarına tâbidir.

17 temmuz 1905 tarihinde La Haye de Fransa, Almanya, Belçika, İtalya, Hollanda, Portekiz, Romanya ve İsveç arasında inikadeden mukavelelerin ikinci maddesinin birinci fıkrasına nazaran evlenme mukavelesinin ademi mevcudiyeti halinde, evlenmenin karı kocanın menkul ve gayrimenkul malları hakkındaki hüküm ve neticeleri evlenmenin inikadı ânındaki kocanın millî kanunu ile idare olunur. [12]

Bu hususta bazı misaller verelim:

Fransız tâbiyetini haiz bir kadın Fransada veya Almanyada, evlenme mukavelesi yapmaksızın, bir Almanla evlendiği takdirde Alman Medeni Kanununun 1363 üncü ve mütaakıp maddelerinde hükme bağlanan rejime tâbi olacaktır. Eğer bir İtalyanla yahut bir Romanyalı ile evlenecek olursa tâbi olacağı rejim mal ayrılığı rejimi olacaktır. Bir Holândalı yahut Portekizli yahut da İsveçli ile evlendiği takdirde kanuni rejim olan umumi mal ortaklığına «Communauté universelle» tâbi olur. (Holânda Medeni Kanunu madde 174, Portekiz Medeni Kanunu madde 1098 ve 1108 1/temmuz/1898 tarihli İsveç Kanunu)

La Haye mukavelesinin ikinci maddesinden istihraç edileceği veçhile evlenme ânındaki, kocanın millî kanun mecburi salâhiyeti prensipi «principe de la

[8] Le droit international privé de l'Allemagne «Répertoire de droit international», T. VII. p. 336,

[9] Le droit international privé du Japon «Répertoire de droit international», T. VI. p. 545,

[10] Le droit international privé de la Chine «Répertoire de droit international», T. VI, p. 205,

[11] Le droit international privé de la Suède «Répertoire de droit international», T. VII. p. 139.

[12] Fransa 20 Ekim 1917 de La Haye mukavelesini fesh eylediğini alâkadar devletlere bildirmiştir.

Compétence obligatoire de la loi nationale du mari» teyidedilmektedir. İradenin muhtariyeti prensipi katı surette bir tarafa bırakılmıştır.

1863 tarihli Saksonya Medeni Kanunu mal usullerini ikametgâh kanununa «Loi du domicile» tâbi kılmaktadır. Aynı sureti hal Estonya ve Letonya kanunları tarafından da kabul edilmiştir. İngiltere ve Amerika mahkeme içtihatları malî münasebetleri mahallî kanuna «Lex loci» tâbi kılmaktadır.

Devletler mevzuatında diğer bir sistem mevcuttur. Bu sisteme göre karı kocanın kendi aralarındaki evlenmenin iktisadi hükümleri bir kanuna, ve bunların üçüncü şahıslarla olan münasebetleri başka bir kanuna tâbi kılınmaktadır.

Birinci halde, yani karı kocanın kendi aralarında mevzuubahis olan münasebetleri halinde; malî münasebetlere tatbik edilecek kanun alekser millî kanun «loi nationale»; ikinci halde yani üçüncü şahıslarla olan münasebetlerine tatbik edilecek kanun karı kocanın ikametgâhları kanunudur.

Şu hale nazaran dahillî mal rejimi «Régime matrimonial interne».

— ki karı kocanın kendi aralarındaki malî münasebetleri idare eder - ile haricî rejimi «Régime matrimonial externe - ki karı kocanın üçüncü şahıslarla olan malî münasebetlerini tanzim eder - birbirinden tefrik edilmektedir.

Bu sistemi kabul eden mevzuat arasında Arjantin ile İsviçre mevzuatını zikredebiliriz. Burada ehemmiyetine binaen İsviçre mevzuatı üzerinde bir parça durmak faydalı olur.

1891 tarihli İsviçre federal kanununun [13] 19 uncu maddesi mucibince İsviçrede bulunan ecnebilerin dahillî mal rejimleri evlilik birliğinin ilk ikametgâhı kanununa «Loi du premier domicil conjugal» tâbidir. Evlilik birliğinin ilk ikametgâhı kanunu ilk müşterek kanundur. Yoksa evlenme akdinin inikadettiği mahallî kanunu değildir. Müşterek ikametgâh mevcut değilse, İsviçre hukuku istisnai olarak kocanın evlenme anındaki ikametgâhını nazarı itibare almaktadır.

İsviçre hukukuna nazaran şunlar dahillî mal rejimine girerler:

- a — Kocanın, karının mallarından istifade onları idare hakkı,
- b — Aile mallarından tasarruf salâhiyeti;
- c — Kocanın ve karının mallarının tayıni;
- d — Kadının şahsi malları için teminat talebetmek hakkı;

Haricî mal rejimi bakımından İsviçrede ikamet eden ecnebler hali hazır ikametgâhları kanunlarına tâbi olacaklardır. Binaenaleyh İtalyada mal ayrılığı rejimi altında evlenen ve İtalyan tâbiyetini haiz olan karı koça İsviçre ye gelir gelmez mal birliği usulüne tâbi olurlar.

İsviçre hukukuna göre şu, haricî mal rejimine girmektedir:

Karının, kocasının alacaklıları hakkında koca aleyhine yapılan haciz veya iflâsı halinde hakları.

[13] Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil citoyens établis ou en séjour.

İsviçre mevzu hukuku «droit positif» iki tahfif edici hal kabul etmektedir.

a — Ecnebilere dahili mal rejimi noktasından İsviçre mevzuatını kabul eylemek hakkı verilmiştir. Rejimin değişmesi İsviçre salâhiyettar makamlarının tasvibiyle vâkı olmak zaruretindedir. (1891 tarihli kanunun 20 inci maddesi)

b — Üçüncü şahıslar, karı kocanın ikametgâhlarının değişmesinden [14] asla zarar görmezler (1891 tarihli kanunun 21 inci maddesi)

Mal rejimine tatbik edilecek hukuk ne olursa olsun İsviçrede ikamet eden ecnebilere İsviçre Medeni Kanununun 182, 183, 184 ve 185 inci maddeleri, yani kazai ve kanunî fevkalâde rejimlerin tatbik edilip edilmeyeceği meselesi münakaşaya mucip olmuş bir mesedir.

Federal mahkeme kanunî fevkalâde rejimin âmme intizamına «ordre public» taallûk ettiği cihetle, ecnebilere de tatbik edileceği içtihadında bulunmuştur. Aynı mahkeme fevkalâde kazai rejimin de ecnebilere tatbik edilmesi lâzım geldiği hakkında kararlar vermiş ise de; Federal mahkemenin bu noktai nazarı bütün müellifler tarafından kabule şayan görülmemiştir. [15]

II — Karı koça evlenme mukavelesi akdetmişlerdir. Bu takdirde karı kocanın, akdi malî münasebetleri karşısında bulunuyoruz demektir.

Burada her şeydan evvel evlenme mukavelesi akdetmek için lâzım gelen ehliyetin «Capacité» hangi kanunla taayyün edeceğini tetkik etmek icabeder.

Bu ehliyetin tarafların millî kanunlarıyla idare edilmesi şüphe götürmez. Binaenaleyh İsviçre tâbiyetinde olan karı kocanın herhangi bir ecnebi memlekette evlenme mukavelesi akdedebilmeleri için İsviçre Medeni Kanunun 180 inci maddesi mucibince temyiz kudretini haiz olmaları şarttır.

Farz edelim ki karı kocadan biri İtalyan tâbiyetinde diğeri de Fransız tâbiyetindedir. Bu takdirde İtalyan tâbiyetini haiz olanın ehliyeti İtalyan Medeni Kanununa, ve Fransızın ehliyeti de Fransız Medeni Kanununa göre tâyin ve tesbit olunacaktır.

La Haye mukavelesi de üçüncü maddesinde evlenme mukavelesi akdetmek için karı kocadan her birinin ehliyetinin evlenme akdinin inikadı zamanındaki millî kanunla tâyin edileceğini kabul etmektedir. [16]

Şimdi tetkik edilmesi lâzım gelen diğeri bir meselede şudur:

[14] Bu madde aynen şöyledir: «Les droits acquis par les tiers à domicile conjugal par des actes juridiques particuliers, ne sont nullement modifiés par un changement de domicile des époux».

[15] Federal Mahkemenin bu içtihadını doğru bulmayan müellifler arasında bilhassa Neuchâtel üniversitesi hukuk fakültesi profesörlerinden Max Petitpierre zikredilebilir: Max Petitpierre, droit international privé de la Suisse «Répertoire de droit international T. VIII. p. 162»

[16] La Haye mukavelesinin 3 üncü maddesi aynen öyledir. «La Capacité de chacun des futurs époux pour conclure un contrat de mariage est déterminée par la loi nationale au moment de la célébration du mariage»

Hangi kanun bir evlenme mahkemeleri yapmak imkânını göstermek ve bu mukavelelerin sıhhat ve hükümlerini irae etmek hususunda salâhiyettardır?

Kontinantal Avrupa mevzuatı, mahkeme içtihatları ve doktrinine nazaran bu kanun akdi olmıyan malî münasebetlere tatbik edilecek olan kanun yani tarafların şahsî kanunlarıdır.

Burada üzerinde durulması icabeden diğer bir mesele de tarafların mukavelelerini istedikleri herhangi bir kanuna tâbi kılabilip kılamıyacakları meseledir.

Bazı hukuk mevzuatı vardır ki bunlar herhangi diğer bir devlet kanununun kabul eylediği mal rejimini kendi tâbiyetinde olan şahısların seçebileceğini kabul etmektedir. Bu mevzuat arasında Fransız mevzuatı zikredilebilir.

Halbuki Alman ve İtalyan hukuku buna cevaz vermemektedir. Yalnız Alman hukuku Fransız hukukunun kabul eylemiş olduğu esasî istisnai bir şekilde tevzî ediyor. Fihakika Alman Medeni Kanununun (B. G. B) 1433 üncü maddesine göre Alman tâbiyetini haiz olan ve ecnebi memleketlerde ikamet eden kocanın ikametgâhı kanunun kabul eylediği rejim alınabilir.

17 temmuz 1905 tarihli La Haye mukavelesi bu hususta millî kanunu salâhiyettar addetmektedir. Eğer millî kanun buna, yani başka bir memleket kanununun hükme bağladığı rejimi kabule müsaitse karı koca mukavelelerini şu veya bu devlet kanununa tâbi kılabilirler. Eğer millî kanun buna müsaade etmiyorsa böyle bir imkâna malik değildirler demektir. Bu hususta mezkûr mukavelelerin 5 inci maddesini aynen nakledeyim:

«Evlenme mukavelesinin sıhhati ve hükümleri kocanın evlenme akdinin inikadı zamânındaki millî kanun ile idare edilir. Eğer mukavele (yani evlenme mukavelesi) evliliğin devamı esnasında inikademiş ise karı kocanın mukavelelerinin yapıldığı andaki millî kanunlarıyla idare olunur. Aynı kanun (yani millî kanun) karı kocanın diğer bir kanuna atıf yapabilir yapamıyacakları serbestisini gösterir. Eğer atıf yapmışlarsa atıf yapmış oldukları kanun, evlenme mukavelesinin hüküm ve neticelerini tâyin eder».

III — Acaba evliliğin devamı esnasında karı koca arasında mevcut mameleki münasebetler tadil edilebilir mi?

Bu hususu tetkik ederken her şeyden evvel bu münasebetlerin kanun tarafından tanzim edildiği, yani karı kocanın akdi rejimle birbirlerine bağlı olmadıkları, halî nazarı itibara alalım:

Alman hukuk edebiyatı «Littérature juridique allemande» ile 1896 tarihli Alman Kanununun mevkii meriyete girmesinden evvel muhtelif Alman devletlerinin mevzuatında karı kocanın şahsî kanunlarının değişmesi halinde mameleki münasebetlerin tadil edilebileceği imkânı kabul edilmekte idi. Bu temayül halen Estonya ve Letonya kanunlarında da mevcuttur. Mamafih Fransada ve Almanya da müelliflerin kısmı âzami aynı zamanda birçok kanun metinleri kanun tarafından tesbit edilen mameleki münasebetlerin değişmezliği prensipin «Principe

de l'immutabilité des rapports patrimoniaux» ilân ediyor. Guatamala kanununun 175 inci maddesi de aynı prensipi teyid etmektedir.

17 temmuz 1905 tarihli La Haye mukavelesi de aynı prensipi kabul eylemektedir. Mukavelenin ikinci maddesinin ikinci fıkrası şöyle bir hüküm sevk ediyor. «Karı kocanın veya bunlardan birinin tâbiyetinin değışmesi mal rejimleri üzerine tesir icra etmez.» [17]

Farz edelim ki karı kocanın malî münasebetleri kanunla değil ve fakat mukavele ile tâyin edilmiş olsun; yani aralarında kanuni rejim değil akdi usul cari bulunsun bu münasebetler evliliğin devamı esnasında değıştirilebilir mi?

Birçok hukuk mevzuatına nazaran evlenme mukavelesi ancak evlenme aktinin inikadından evvel yapılabilir, ve bilâhara tadil olunamaz. Fransız, Belçika, İtalya ve İsveç mevzuatında vaziyet bu merkezdedir. Halbuki Alman hukukuna, İsviçre Medeni Kanununa ve onu takiben Türk Medeni Kanununa [18] göre evlenme mukavelesi evlenmeden evvel yapılabildiği gibi evlenmeden sonra da yapılabilir.

Muhtelif hukuk mevzuatının kabul eylemiş olduğu sistemler arasında tahaddüs edebilecek kanun ihtilâflarını nasıl halletmek icabeder? Umumiyetle bu hususta salâhiyettar olması lâzım gelen kanun karı kocanın şahsi kanunları, hususiyetle millî kanunları olmak lâzımdır. Nitekim La Haye mukavelesi de aynı noktai nazarı kabul eylemiştir. [19]

Filhakika mukavelenin dördüncü maddesine göre karı kocanın millî kanunları evliliğin devamı esnasında evlenme mukavelesi yapabilir yapamayacaklarını ve mukavelelerini fesih veya tadil edilip edemeyeceklerini tesbit eder.

Görülüyor ki La Haye mukavelesi mal rejimine müteallik mukaveleleri karı kocanın serbestisine terk etmemiştir. Mukavelenin kabul eylemiş olduğu bu sureti hal hiç şüphesiz mantiki ve doğrudur. Hakikaten değışmezlik kaidesi karı kocanın himayetlerini istihdaf eden bir kaidedir. Bu dahilî hukukta riayeti mecburi olan bir kaidedir. Binaenaleyh dahilî hukukta âmir olan bir kaidenin beynelmilel münasebetlerde bu vasfını kaybetmemesi lâzımdır.

Bahsetmekte olduğumuz kaidenin hukuki mahiyeti üzerinde epeyce münakaşalar olmuştur. Bazan ehliyet statut'sü «statut de capacité» bazan akitlerin şekilleri statut'süne ithal edilmiş, bazan da karı koca tarafından sarahaten veya zimnen

[17] Bu fıkra şöyledir: «Le changement de nationalité des époux de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le Régime des biens»

[18] Medeni Kanununumuzun 172 nci maddesi evlenme mukavelesinin tadil edilebileceğini gösteriyor. Filhakika zikri geçen maddeye göre «evlenme mukavelesini akd veya tadil veyahut fesh etmek isteyen kimsenin temyiz kudretini haiz olması şarttır. Küçük ile mahcurun kanunî mümessilleri tarafından mezun kılınmaları lâzımdır.»

[19] La loi nationale des époux décide s'ils peuvent, au cours du mariage, résilier ou modifier leurs conventions matrimoniales. Le changement que serait fait au régime des biens ne peut avoir d'effet retroactif au préjudice des tiers».

kabul edilmiş olan mal rejimlerine dâhil olan ve esasa taallük eden bir kaide addolunmuştur.

La Haye mukavelesinin 4 üncü maddesinin birinci fıkrası mal rejimlerinin değişmezliği meselesini mecburi olarak karı kocanın millî kanunlarına tâbi kılmakla bu sonuncu fikre yani değişmezlik kaidesi, hakkın esasına taallük eder fikrine iştirak etmiş oluyor. Burada mukavelelerin serbestisi prensibinin tahdidî «limitation» bahis mevzuudur.

Şu halde değişmezlik meselesi mal rejimlerinin umumi teşkilâtına girmektedir. Fakat âmir bir mahiyeti haiz olduğu derecede böyledir. Binaenaleyh değişmezlik hususunda beynelmilel ve âmir olarak salâhiyetli olan kanun, mukavele yapmaksızın evlenen karı kocanın kanunî rejimini idare eden kanun, tâbirî diğerle bunların millî kanunları olacaktır.

Karı kocadan biri evliliğin devamı esnasında tâbiyetini tebdil ederse eski ve yeni kanunlardan hangisi karı kocanın millî kanunları olarak addedilmek lâzım gelecektir?

La Haye mukavelesi meseleyi, eğer karı koca birlikte tâbiyetlerini tebdil etmişlerse yeni millî kanunları, ve yalnız biri tâbiyetini tebdil ederse eşlerin son müşterek kanunu lehinde hallediyor.

Burada diğer bir müşkilât kendini gösterebilir. Eğer karı koca evlenmenin inikadı esnasında aynı tâbiyeti haiz değilseler bu takdirde salâhiyettar kanun olarak hangisini tatbik etmek lâzım gelir?

Bu hususta şu hal suretleri hatıra gelebilir:

- a — Kocanın millî kanunu «loi nationale du mari»
- b — Karı kocanın millî kanunlarının aynı zamanda tatbiki.
- c — İkametgâh kanunu «loi du domicile»

IV — Evlenme mukavelesinin şekli şartları «condition extrinsèque du contrat de mariage.

Şekil bakımından evlenme mukavelesi umumiyetle herhangi bir mukaveleye benzer. Binaenaleyh burada tatbik edilmesi lâzım gelen kaide «Locus Regit actum» kaidesidir. Şu hale nazaran meselâ Türkiyede inikadedecek olan evlenme mukaveleleri medeni Kanununun 173 üncü maddesinde bahis mevzuu olan şekle uygun olmak icabeder. Mezkûr maddeye göre evlenme mukavelesinin akdi veya tadilî veya feshî resmî şekilde olmak ve iki tarafın kanunî mümessilleri tarafından imza edilmek lâzımdır. Evliliğin devamı sırasında yapılan evlenme mukaveleleri mahkemenin de tasvibine iktiran etmek lâzımdır. «Locus Regit actum» kaidesinin tatbiki mecburi «obligatoire» olmayıp ihtiyari «facultatif» olduğunu söyleyen müellifler de vardır.

17 Temmuz 1905 tarihli La Haye mukavelesi de aynı noktayı kabul etmiştir. Bu mukaveleye göre evlenme mukavelesinin şekli gerek millî kanuna «lexpatrial» gerekse mukavelenin inikadedtiği yer kanununa tâbidir. Şu şartla ki

millî kanunun ecnebi memlekette akdedilen mukavele için aradığı formaliteye her halde riayet edilmek lâzımdır.

Evlenme mukavelesinin şeklinin karı kocanın millî kanununa tâbi kılınması imkânı âmme intizamına taallûk eden bazı hallerde bertaraf edilebilir. La Haye mukavelesi bu halleri saymaktadır. Bu hallerden birinin mevcudiyeti takdirinde mukavelenin yapıldığı memleket kanununun şekle mütâallik olan bükümlerini tatbik etmek lâzım gelecektir.

Bu haller şunlardır:

1 — Gayrimenkuller buldukları mahal kanunu tarafından hususi bir rejim altına vaz' edilmiş iseler;

2 — Akit devletlerden her biri mal rejimi üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilmek için bazı hususi formalitenin yerine getirilmesini isteyebilir.

3 — Akit devletlerden her biri kendi topraklarında bir meslek veya sanat icra eden evli bir kadınla münasebetlerinde üçüncü şahısları himaye gayesini istihdaf eden hükümler tatbik edebilir.

Akit devletler bu son iki halde tatbik edilecek kanun hükümlerini birbirlerine bildirmeyi taahhüdetmektedirler.

VI — Mal rejimleri dolayısıyla mevzuubahis olan miras hakları hangi kanuna tâbidir.

Mal rejimleri karı kocadan birinin ölümü halinde bunlardan sağ kalanın haklarının ne olacağına dair hükümler ihtiva etmektedir.

Meselâ Medeni Kanunumuza göre mal birliğinde iki taraf şahsi mallarının tefrikından sonra fazla bir şey kalırsa bu ziyadenin 1/3 ü karıya veya furuuna ve mütebakisi de koça veya mirasçılara ait olur. (M. K. M. - 210)

Mal ortaklığı halinde karı kocadan birinin vefatında ortaklık mallarının yarısı hayatta kalan karı veya kocaya intikal eder. Diğer yarısı hayatta kalan karı veya kocanın miras hakları baki kalmak üzere ölenin mirasçılara geçer.

Acaba bütün bu hükümleri idare edecek olan kanun hangi kanundur. Mirasa tatbik edilecek olan kanun «Lex Successionis» mı, yoksa mal rejimlerini idare eden kanun mu?

Hemen bütün müellifler bu hususta salâhiyettar kanun olarak mal rejimlerine tatbik edilen kanunu ileri sürmektedirler ki bu fikre iştirak bize mülâyim geliyor. Çünkü bu haklar mal rejimi statüsüne dâhil olan haklardır. Binnetice mal rejimlerini idare eden kanunun salâhiyeti kabul edilmek zarureti vardır. Ancak İsviçre mevzuatı hukukîyesi bu noktai nazarı kabul etmemiş, mal rejimlerinden tevellüdeden ve karı kocadan birinin ölümü dolayısıyla mevzuubahis olan haklara mirası idare eden kanunun tatbik edilmesi lâzım geldiği prensipini kabul etmemiştir. Ehemmiyetine binaen burada 1891 tarihli İsviçre federal kanununun 26 ıncı maddesini tetkik edelim:

Bu madde şöyle bir hüküm sevk ediyor: «kızı kocadan birinin ölümü dolayısıyla doğan ve aile hukukuna mütaalik bulunan miras hakları mirasa tatbik edilen kanunla idare olunur. Bu haklar sağ kalan eşin bilâhara ikametgâh değiştirmesiyle tadil edilmiş olmaz.»

Bu maddeden istihraç edileceği üzere mal rejimi dolayısıyla mevzu bahis olan bu haklar mirası idare eden kanuna yani İsviçre devletler hususi hukukunun kabul ettiği sisteme göre müteveffanın son ikametgâhı kanununa «Loi du dernier domicile du de cujus» tâbi olacaktır.

Eğer müteveffa bir «professio juris» yaparak mirası millî kanununa tâbi kılsa bu takdirde mal rejiminden doğan bu haklar müteveffanın millî kanunu ile idare olunur.

1891 tarihli İsviçre federal kanununun 26 ıncı maddesinin ihtiva ettiği ve biraz evvel tahlil ettiğimiz hüküm Berne ve Argovie kantonlarının hukuk mevzuatı nazara alınarak vaz'edilmiştir. Bu mevzuat sağ kalan eşi «Conjoint survivant» daha evvel ölen eşin «Conjoint prédécédé» külli mirasçısı «héritier universel» yapıyordu. Diğer mirasçılar ancak sağ kalan eşin yeniden evlenmesi veya ölümü halinde dermeyan edebilecekleri bir alacak hakkına «droit de créance» maliktiler.

26 ıncı maddeyi Rossel ve Mentha pek haklı olarak mirasın vahdet ve umumiyeti prensipi «Principe de l'unité et de l'universalité de la succession» ve müktesep haklara «droits acquis» hürmet prensipi bakımlarından zait addetmektedirler. [20]

Son olarak diyeceğiz ki karı kocadan sağ kalanın hakları mal rejimlerinden tevellüdediyorsa bu haklar mirası idare eden kanunla değil ve fakat mal rejimlerine tatbik edilen kanunla takdir edilecektir. Zira mezkûr haklar mal rejimleri statütüsünün mütemmim cüzünü teşkil ederler.

Dr. Osman BERKİ

[20] Rossel et Mentha, Manuel de droit civil suisse, 2e édition, T. III. p. 427.