

## AB'NİN AİLE VE MİRAS HUKUKU ALANLARINDA DÜZENLEME YETKİSİ

*Bilgehan ÇETİNER\**

### ABSTRACT

*The European Community takes nowadays more responsibility in Civil Law. It's because of the fact that the divergences between the law systems of the member countrys take an negative influence over the Using of the main rights of the European Contract. This Problem shows itself also in the family law and the law of succession. The European measures of alignment are generally specified towards certain legal problems and therefore do not create an entirely uniform family law or law of succession. It has been however argued if it belongs to the competences of the European Community to take over this task. Although the European Contract hasn't got an exact norm which is fit for this task, it's generally accepted that these Problems can not be solved without an initiative of the Community.*

*Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Yetki, Aile Hukuku, Miras Hukuku*

*Keywords: European Union, Competence, Family law, Law of Succession.*

### GİRİŞ

Avrupa'nın bir Medeni Kanun'a sahip olması projesi gerek hukukçular ve gerekse diğer ilgili çevrelerde farklı tepkilerle karşılaşmıştır. Almanya'da bu fikre karşı çıkanlar özellikle Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) toplumsal birleştirici özelliğine vurgu yaparken, diğerleri hazırlanacak metnin mevcut geleneksel kodifikasyonların, Fransız *code civil* örneğinde olduğu gibi, yerlerini almakla beraber istenen ölçüde ihtiyaçlara karşılık veremeyeceği ve menfaat dengelerini yeterince koruyamayacağı endişesini taşımaktadır.<sup>1</sup>

\* Heidelberg Üniversitesi, Doktora öğrencisi.

<sup>1</sup> Böyle bir projeye endişeyle bakanlar için bkz. Lequette, Rec. Dalloz Chriques 2002, 2212.

Ortak bir Avrupa Sözleşmeler Hukuku oluşturulması tartışmaları ise halihazırda sona ermiş görünmektedir, zira AB Komisyonu 2003 Kasım ayında yayınladığı Aksiyon Planı ile bu yönde şimdiye kadar yapılan çalışmaları özetleyip bundan sonra yapılabilecekler hakkında öneriler getirmekle artık bu alanda geri dönüşü olmayan bir yola girildiğinin altını çizmektedir.<sup>2</sup>

Aile ve Miras Hukukunda yapılan çalışmalar şu ana kadar daha çok yukarıda bahsedilen Sözleşmeler Hukukuna ilişkin çalışmaların gölgesinde kalmıştır. Bu şu anlama gelmektedir, gerçekleştirilecek ilk evre Özel Hukuk Kodifikasyonunda Aile ve Miras Hukuku yüksek ihtimalle kapsam dışı bırakılacaktır. Ancak bu durum bu alanlarda hiç bir hareketliliğin olmadığı anlamına gelmemektedir. Bunun en iyi örneği yeni kurulan *Avrupa Aile Hukuku Komisyonu*'dur. Gerek Avrupa Sözleşmeler Hukuku gerekse Avrupa Aile ve Miras Hukuku oluşturulması çalışmaları netice itibariyle AB'nin müktesebatı olarak gerçekleşeceğinden akla ilk gelen soru acaba AT organlarının bu konularda insiyatif alma ve düzenlemeler yapma yetkisi mevcut mudur? Bu bağlamda ele alınacak ilk konu AB'nin mevcut müktesebatına göre hangi alanlarda ve hangi kapsamda düzenleme yapma yetkisi vardır. Ayrıca incelenecek diğer bir husus AB'nin bu alanlardaki mevcut yetkilerinin Aile ve Miras Hukukunun tamamını mı yoksa belirli bir kısmına mı inhisar olduğudur.

## AVRUPA HUKUKU ÖNKOŞULLARI

Kamu Hukuku anlayışına göre devletin belirli organlarına kamu yararına münhasır görevlerin ifası ve buna ilişkin gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi için yasama, yürütme ve yargı yetkileri tanınmıştır.<sup>3</sup> O halde yetki temelinde devletin ancak belli organ veya organlarının yasama faaliyetinde bulunması mümkündür. AT Sözleşmesinin 7. Maddesi, 281. maddeye göre tüzel kişiliğe sahip AT için yetkili organları tespit etmektedir. Bu organlar ancak AT Sözleşmesinde kendilerine tanınan yetkiler ölçüsünde hareket alanına sahiptirler. Supranasyonel bir tabiata sahip olan AT için "kanun koyma (veya yasama)" üye ülkeleri ve topluluk organlarını bağlayıcı düzenlemeler yapma anlamına gelmektedir. AT Sözleşmesinin 249. Maddesi 2. Fıkrası Tüzüklere genel geçerlilik, 3. Fıkrası Yönergelere ulaşılmak istenen amaç bakımından, 4. fıkrası ise imzalayan her bir taraf için bağlayıcılık atfetmiştir. Aynı maddenin 1. Fıkrasına göre de Tüzük, Yönerge ve Kararlar ancak görevlerin ifası ve AT Sözleşmesinin belirlediği kıstaslara göre çıkarılabilirler.

AT Sözleşmesinde bir çok ülkenin anyasalarında yer alır şekliyle bir yetki kataloğu mevcut değildir. Bunun yerine AT Sözleşmesi üye ülkelerin herşeyden yetkili olmaları kıstasından yola çıkmakta ve bunların yetkilerini Topluluğa

<sup>2</sup> Avrupa Sözleşmeler Hukuku için Aksiyon Planı, Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht, Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg.

<sup>3</sup> Stettner, *Kompetenzlehre*, 1983, s. 35.

devrettikleri ölçüde yasama yetkileri yönünden kısıtlanacakları sonucuna varmaktadır. Sözleşmenin 5 Maddesi Topluluğun ancak uç şartın aynı olayda mevcudiyeti halinde yetkisi dahilinde davranmış olacağını belirtmektedir. Bu şartların incelenmesinden elde edilecek sonuçlar ayrıca Topluluğun Aile ve Miras Hukukunda düzenleme yapma yetkisi olup olmadığı sorusunun cevabının aranması sırasında da önemli rol oynayacaktır.

## I. Sınırlı Yetki İlkesi (Madde 5 1. Fıkra)

### 1. Genel Koşulları

Topluluk Sözleşmesi 5 Maddesi, 249 Maddenin 1 Fıkrasının da zımnen içerdiği sınırlı yetki ilkesini düzenlemektedir<sup>4</sup>. Bu şu anlama gelmektedir: Kanun koyucu organlar Konsey, Komisyon ve Avrupa Parlamentosu yalnızca Sözleşmenin Topluluğu açıkça yetkili kıldığı alanlarda ve yine yalnızca ongoduğu kanun koyma aracı ile düzenlemeler yapabilirler<sup>5</sup>. Bu prensip bir yetki temelini mevcudiyeti yanında doğru yetki temelini seçimini de gerektirmektedir. Bu ayrıca farklı yetki temellerine bağlanan farklı oylama türleri açısından da gereklidir<sup>6</sup>. Seçilen yolun doğruluğunun bir diğer koşulu ise seçilen yetki temelini yeterliliğidir<sup>7</sup>.

#### a. Yetki temelini yeterli gerekçelendirilmesi

Bu kritere göre kanun koyucu organları buldukları yetki temelini somut olarak gerekçelendirmelidirler. Bunun temelinde yatan düşünce ise seçilen yetki temelini Sözleşmede tespit edilen hedeflerden biri veya birden fazlasını gerçekleştirilmesini sağlama zorunluluğudur. Aksi takdirde sınırlı yetki ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır ki bunun yaptırımı yapılan düzenlemenin bir yokluk davası neticesinde Sözleşmenin 230 ve 231 Maddeleri gereği yok hükmünde kabul edilmesidir. Avrupa Toplulukları Mahkemesi bu konuda seçilen yetki temelini objektif ve mahkemece kontrol edilebilecek faktörlere dayanması gerektiğini ve faktörlerden en önemlilerinin ise yapılan düzenlemenin amaç ve içeriği olduğunu belirtmektedir<sup>8</sup>.

Tütün Mamulleri Reklamı Yasağı Yonergesini (5 10 2000) yok hükmünde ilan ederken Yüksek Mahkeme, gerekçesini seçilen yanlış yetki temeli ile (olayda Sözleşmenin 95 Maddesi) Sözleşmenin 152 Maddesi 4 Fıkrası c bendinde düzenlenen Sağlık alanında her tür harmonizasyon önlemini

<sup>4</sup> Streinz/Strein, EUV/EGV Art 5 EGV, Rn 7, Gallies/Ruffert/Gallies, Art 5 EGV, Rn 8

<sup>5</sup> Bkz Streinz/Strein, EUV/EGV, Art 5 Rn 7

<sup>6</sup> Bkz Calhess/Ruffert/Gallies, Art 5, Rn 9

<sup>7</sup> Bkz Avrupa Konseyi Edinburg Zirvesi (13 12 1992) Sonuç Bildirgesi, Bull EG 12-1992, I(14 f), Nr 117

<sup>8</sup> Bu konudaki ilk kararlar, EuGH, Rs 45/86, Komisyon/Rat (Gümrük ayrıcalıkları, "Zollpräferenzen"), Slg 1987, 1493, Rn 11, EuGH, Rs C 164, 165/97, EP/Rat (Ormann Korunması, "Schutz des Waldes"), Slg 1999, 1139, Rn 12

yasaklayan hükmün devre dışı bırakılmasına dayandırmış ve bu durumun Sözleşmenin 5. Maddesi ile öngörülen sınırlı yetkisine aykırı bulmuştur.<sup>9</sup>

## aa. Topluluk Organlarına Yetki Verilmesi

### i. Topluluk Sözleşmesi ile Verilen Açık Yetkiler

Topluluğa ve Birliğe verilen yetkiler konu alanları tespitinden yada Özel Hukuk Kamu Hukuku ayırımından değil, bizzat fonksiyon tanımlamalarından çıkarılabilir.<sup>10</sup> O halde bir yetki veriminin mutlaka temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesine (Sözleşme Madde 40 ve 44 Fıkra 4 Bent g), ortak pazarın sorunsuz yürütülmesine (Sözleşme Madde 94 Fıkra 1) veya iç pazarın işlemesine (Sözleşme Madde 95 Fıkra 1) hizmet etmesi gerekir.<sup>11</sup> Görüldüğü gibi Sözleşmedeki kanun koyma yetkileri fonksiyonel olarak belirli amaçların gerçekleştirilmesine yöneliktirler ve tek başlarına oylama tarzını belirleyecek yada düzenleme türü yönünden sınırlayacak veya harmonizasyon önlemlerini tamamen dışlayacak durumda değildirler (örneğin Sözleşme Madde 152 Fıkra 4 Bent c de sağlık alanına ilişkin olduğu gibi).

### ii. “Implied Powers” Teorisi

AT Hukukunun “implied powers” Doktrinine göre, bir Topluluk organına açıkça verilen yetki mantıklı ve amaca uygun kullanımı için gerekli tüm durumları içermelidir.<sup>12</sup> Bu doktrin böylelikle Alman öğretisine konusal bağlantı nedeniyle doğan federal yetkiler ve ilhak yetkileri yönlerinden benzetmektedir.<sup>13</sup> Bununla birlikte bu doktrin mutlaka açık bir yetki verilmesini gerektirmektedir.

### iii. Sözleşmenin 308 Maddesine Göre Genel Yetkilendirme

AT Sözleşmesinde açıkça düzenlenen çok sayıda yetki ve bunları destekleyen ve tamamlayan “implied powers” doktrini yanında Sözleşme 308. Maddede genel bir düzenleme yapma yetkisi öngörmektedir.<sup>14</sup> Bu yetki de bütün diğer Sözleşmede öngörülen yetkiler gibi Madde 5’in tespit ettiği sınırlamalara tabidir. Avrupa Toplulukları Mahkemesi bu maddenin amacını Topluluğun amaçlarını gerçekleştirirmede yetersiz kalması hallerinde yardımcı olmak için açık veya sıhri olarak tanınan yetkiler olarak açıklamaktadır.<sup>15</sup> O halde Sözleşme 308. Madde ancak tek başına bir yetkinin “implied powers” dahilinde dahi Sözleşmenin Ortak Pazar çerçevesindeki amaçlarının

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-376/98, Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. 1996, I-5755.

<sup>10</sup> Jarass, *EuGRZ* 1994, 209; Schmidt-Aßmann, *DVBl.* 1993, 931.

<sup>11</sup> Bkz. Gebauer, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, 1998, S. 124 vd.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. 8/55, Belgium/Hohe Behörde der EGKS, Slg. 1955-1956, S. 197 (312); EuGH, verb. Rs. 281, 283-285/85, Deutschland/Kommission, Slg. 1987, S. 3203 (3253 f.)

<sup>13</sup> Bkz. Bleckmann, *Europarecht*, 6. Auflage, 1997, Rn. 799; Boeck, *Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen*, 2000, S. 47.

<sup>14</sup> Kavramsal açıdan bkz. Grabitz/Hilf/ v. Bogdandy, Art. 308, Rn. 1.

<sup>15</sup> EuGH, Gutachten 2/92 (OECD), Slg. 1995, S. I-521 (560).

gerçekleştirilmesine imkan vermemesi durumunda devreye girebilir.<sup>16</sup> Yani Sözleşmenin 308. Maddesinden faydalanma Ortak Pazarın kuruluşu ve işlemesi ile işlevsel bir bağın mevcudiyeti halinde mümkündür.<sup>17</sup>

## 2. Aile ve Miras Hukuku Açısından Sınırlı Yetki İlkesi

### a. Aile ve Miras Hukuku ile Sözleşme Amaçları

#### aa. Avrupa Toplulukları Mahkemesi İçtihatları

Topluluk Sözleşmesinin 220. Maddesine göre Avrupa Toplulukları Mahkemesi Sözleşmenin uygulanması ve yorumlanmasında hakların korunmasını güvence altına almaktadır. Buna göre mahkeme geniş anlamda Topluluk Hukukunu ilgilendirmeyen konularda görevsizlik kararı vermelidir. Öte yandan mahkeme maddi anlamda Aile Hukukuyla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili şu ana kadar birçok karara imza atmıştır.

#### i. Grant Olayı<sup>18</sup>

Grant olayında Yüksek Mahkeme bir trenyolu şirketinin heteroseksüel birlikteliklere tanıdığı ayrıcalıkları homoseksüel çiftlere tanımak zorunda olmadığına ve bunun Sözleşmenin 141. Maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bir yandan homoseksüel birlikteliklerin yalnızca birkaç üye ülkede heteroseksüel evliliklere eşdeğer tutulduğunu ve bunun sonucunda seksüel yönelimler yönünden bir eşitlik prensibinden söz edilemeyeceğini tespit ederken, diğer yandan da Sözleşmenin 141. Maddesinin de dayandığı 13. Maddenin yalnızca cinsiyet ayrımını yasakladığını, cinsel yönelimler nedeniyle yapılan ayrımcılığın bu madde kapsamına girmediğini belirtmektedir.

#### ii. Verb. Rs. C-122/99 P ve C-125/99 P, D ve İsveç/Konsey<sup>19</sup>

Bu kararında Yüksek Mahkeme ilk kez kayıtlı bir birlikteliği ele almıştır. Bakanlar Konseyi bu olayda kendi bünyesinde çalışan ve kayıtlı bir birliktelik yaşayan memura, evli memurlar için öngörülen bir bütçe ek ödeneğinin yapılmasını reddetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre „Evlilik“ bütün üye ülkelerde iki ayrı cinsiyetten kişinin kurduğu bir birliktelik anlamına gelmektedir. Kayıtlı birlikteliklere ilişkin düzenlemeler bunların yasal olduğu ülkelerde dahi normal evliliklere ilişkin düzenlemelerden ayrıdır. Bundan dolayı evlilik ve kayıtlı birliktelik eşit tutulamazlar. Grant olayında olduğu gibi Mahkeme burada da cinsiyet ve cinsel tercih ayrımını esas almıştır.

<sup>16</sup> EuGH, verb. Rs. C-51, 90 u 94/89, Großbritannien u.a./Rat, Slg. 1991, S. I-2757 (2790 f.); EuGH, Rs. C-271/94, EP/Rat, Slg. 1996, S. I-1689 (1710 f.).

<sup>17</sup> Bkz. Nicolaysen, *Europarecht* 1, 1991, S. 134.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-13/94, Grant/South-West Trains Ltd., Slg. (1998), I-636.

<sup>19</sup> EuGH, Slg. (2001), I-4319.

### iii. Carpenter Olayı<sup>20</sup>

Carpenter olayında Yüksek Mahkeme bir Filipin vatandaşının İngiltere'den sınır dışı edilmesini ele almıştır. Filipinli eş bir İngiliz vatandaşı ile evlidir ve işsizdir, evde çocuklarla ilgilenmektedir. Carpenter ise müstakil bir iş kadınıdır ve hizmet sektöründe Avrupa çapında faaliyette bulunan bir firma sahibidir. Böylelikle Sözleşmenin 49. Maddesi ile güvence altına alınan hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğünden faydalanmaktadır. Yüksek Mahkeme kararına göre Sözleşme ile garanti altına alınan temel hürriyetlerin uygulanması önündeki engellerin kaldırılması için üye ülke vatandaşlarının aile hayatlarının korunması da güvence altına alınmalıdır.<sup>21</sup> Buna göre evli çiftin ayrılmak zorunda bırakılması Carpenter'in aile hayatı ve dolayısıyla bir temel özgürlükten yararlanması için gerekli koşullar üzerinde olumsuz etkisi olacaktır. Carpenter'in eşiyle yurtdışı seyahatine çıkması ve yurt dışında ikametgahının engellenmesi halinde bu özgürlüğün kullanımına zarar verilmiş olacaktır. Genel avukat Stix-Hackl sonuç yazısında belirttiği gibi, ailenin korunması ve aile hayatına saygı gösterilmesi Avrupa Birliği Sözleşmesinin 6. Maddesi 2. Fıkrası ve onun dayandığı İnsan Hakları Konvansiyonunun 8. Maddesi ile de güvence altına alınmıştır.<sup>22</sup>

### iv. Baumbast Olayı

Hernekadar Baumbast olayı esas itibariyle İkametgah Hukuku ile ilgili bir sorun gibi görünse de mahkeme kararı ve genel avukat Goelheld savunma yazıları Avrupa Hukukundaki Aile Hukukuna ilişkin gelişmeleri gözler önüne sermek açısından incelenmeye değerdir.<sup>23</sup> Buna göre bir Alman vatandaşı olan Baumbast işi gereği çocuklarının ikamet ettiği İngiltere'de onlarla birlikte oturamamaktadır. Mahkeme kararına göre Baumbast ve bir amerikan vatandaşı olan eşi R'nin bu durumda çocukların bakımını üstlenen ebeveyn olarak korunması gerekir.<sup>24</sup> Genel avukat bu durumu şuna dayandırmaktadır; Topluluk Hukuku serbest dolaşım alanında iki grup kurallar bütünü içermektedir: Yürütülen iktisadi faaliyetle direkt ilişki içinde olan hükümler ve ilk grup hükümden faydalanan kişinin aile bireylerinin haklarını belirleyen hükümler. Son grup hükümler yalnız 60'lı yılların aile anlayışından yola çıkmaktadır.<sup>25</sup> Avukat Goelheld bu noktada Topluluk kanun koyucusunu o günden bu güne değişen iş ve aile durumlarını serbest dolaşım bağlamında tekrar ele almamasından dolayı eleştirmekte ve mevcut hukuki durumun zamanın gereklerinin gerisinde kaldığını ve dolayısıyla „gerici“ olduğunu

<sup>20</sup> EuGH, Rs. C-60/00, Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department, Slg. (2002), I-6279.

<sup>21</sup> EuGH, ibid, Rn. 38; bu kararın eleştirisi için bkz. Mager, JZ 2003, 204 f.

<sup>22</sup> Bkz. Stix-Hackl sonuç savunma yazısı (13.9.2001), Rs. C-60/00, Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department, Slg. (2002), I-6279, Rn. 81 f.

<sup>23</sup> Bkz. Ayrıca Reich/Harbacevica, CMLR 2003, 618, 625 f.

<sup>24</sup> EuGH, ibid. Rn. 73.

<sup>25</sup> Avukat Goelheld'in Sonuç yazısı, Rs. C-413/99, Baumbast und R/Secretary of State for the Home Department, Slg. (2002), I-7091.

belirtmektedir.<sup>26</sup> Diğer bir dikkat çekici olan yön ise evliliği ve belirli bir süreden beri devam eden ilişkileri İnsan Hakları Konvesiyonunun 8. ve Avrupa Birliği İnsan Hakları Bildirgesinin 7. Maddesine göre eşdeğer kabul etmesi ve tıpkı Carpenter olayında olduğu gibi aile hayatına saygıyı Topluluk Hukuku prensiplerinden birisi olarak kabul etmesidir. Ayrıca buradan yola çıkarak Sözleşmenin 39. Maddesi'nde düzenlenen işçilerin serbest dolaşım hakkı ile 18. Madde'de düzenlenen Birlik vatandaşlığı hakkını ailenin korunması temelinde ilişkilendirerek Baumbast'a İngiltere'de ikametgah hakkı tanınmasını talep etmiştir. Yüksek Mahkeme de bu görüşleri aynen benimsemiş ve evli eş kavramı yerine „kişilerin fiilen bakımını üstlenen kişi“ kavramını (die Personensorge tatsächlich wahrnehmenden Person) kullanmaya başlamış ve böylelikle boşanma sonrası dahi çocukların bakımını üstlenen ebeveynlere Sözleşmeye göre hak talebinde bulunmalarının yolunu açmıştır.

#### v. Hubbard Olayı<sup>27</sup>

Avrupa Toplulukları Mahkemesi Hubbard olayında Miras Hukukuna ilişkin önemli bir karar vermiştir. Dava konusu olayda Almanya'da vasiyetname tenfiz görevlisine denk gelen bir İngiliz görevlice talep edilen *cautio iudicatum solvi*'nin (mahkeme masrafları güvencesi ödentisi) Sözleşmenin 49. ve 50 Maddelerinde düzenlenen hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğünü ihlal etmesi mevzu edilmiştir. Yüksek Mahkeme kararında Topluluk Hukukunun ve özellikle de temel özgürlüklerin geçerliliği ve uygulamasının iç hukuka dair bir düzenlemeyle sınırlanamayacağına vurgu yapmıştır. Buna Miras Hukuku da dahildir.

#### bb. AB Organlarının Tutumları

##### i. Tüzük ve Yönergeler

Bu konuda ilk dikkati çeken 1347/2000 nolu Evliliğe ve Evli Çiftlerin Ortak Çocuklarına İlişkin Mahkeme Kararlarında Yetki, Tanıma ve Tenfize dair AB Tüzüğüdür (Brüksel II).<sup>28</sup> Bu tüzük hernekadar Yargılama Hukukuna ilişkin konuları düzenliyor olsada evlilik ve boşanma konularının Birlik vatandaşları açısından öneminin Toplulukca tespiti açısından önemlidir. Tüzük dayanağını Sözleşmenin 61. Maddesi c Bendi (dolayısıyla 65. Madde) ve 67. Maddesi 1. Fıkrası'ndan almaktadır. O halde bu Tüzük esas itibariyle kişilerin serbest dolaşımını güvence altına almayı amaçlamaktadır.<sup>29</sup>

Yönergeler açısından konumuzla bağlantısı en kuvvetli olanı 2003/86/EG sayılı Ailelerin Biraraya Getirilmesi Yönergesidir.<sup>30</sup> Aile biraylerinin biraraya getirilmesi herşeyden önce Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunun 8.

<sup>26</sup> Sonuç yazısı, Rn. 87.

<sup>27</sup> EuGH, Rs. C-20/92, Hubbard/Hamburger, Slg. (1993), I-3777.

<sup>28</sup> Tüzük 1347/2000, Abl L 160/19 v. 30.6.2000.

<sup>29</sup> Tüzük Gereçekleri 1, VO 1347/2000.

<sup>30</sup> Yönerge 2003/86/EG, Abl L 251/12 v. 3.10.2003.

Maddesi ve AB Temel Haklar Bildirgesi ile güvence altına alınan Ailenin Korunması ve Aile Hayatına Özen Gösterilmesi İlkesinin bir gereğidir. Yönerge Topluluk Sözleşmesinin 63. Maddesi 3 nolu Bendine dayanılarak çıkarılmıştır. Dolayısıyla bu yönerge ağırlıklı olarak 3. ülkelerden gelen aile yakınlarının İkametgah Hukukundan kaynaklanan sorunlarıyla ilgilenmektedir. Bu Yönerge de tıpkı bir önceki Tüzük gibi Avrupa'da hürriyet, güvenlik ve hukuk ortamının yaratılması çerçevesinde kişilerin serbest dolaşımına yönelik alınmış bir önlemdir. Burada önemli olan bir diğer nokta ise Avrupa Toplulukları Mahkemesi kararlarında daha önce tanınan temel özgürlüklerin engelsiz uygulanabilmesinin bir gereğinin de ailenin korunması ve aile hayatına özen gösterilmesi olduğu fikrinin Avrupa Konseyince de tanınmasıdır.<sup>31</sup>

Bu konudaki bir diğer Yönerge ise Birlik Vatandaşlarının ve Aile Bireylerinin Üye Ülke Topraklarında Serbest Hareket Etme ve İkamet Hakkına Dair 2004/38/EG sayılı ve 29.4.2004 tarihli Yönergedir.<sup>32</sup> Bu yönergenin düzenleme gerekçeleri ile Baumbach olayında avukat Goelhoed'in savunduğu ve Topluluk Mahkemesince benimsenen tezler arasındaki paralellik dikkat çekicidir. Buna göre Sözleşmenin 39. Maddesi ile güvence altına alınan iş gücünün serbest dolaşımı esası ile 18. Maddede düzenlenen Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım hakkı birlikte ailevi hakların geliştirilmesi ve güçlendirilmesi amacının gerçekleştirilmesine hizmet etmektedirler. Bu sonuç ayrıca serbest dolaşımı esas alan ve temel özgürlükleri düzenleyen diğer Sözleşme hükümlerince de desteklenmektedir. Bu bağlamda Yönerge yetki temeli olarak ayrıca Sözleşmenin 12. Maddesi (vatandaşlık esasından kaynaklanan ayrımcılığın yasaklanması), 18. Maddesi (Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım hakları), 40. Maddesi (iş gücünün serbest dolaşımı), 44. Maddesi (İkamet Özgürlüğü) ve 52. Maddesini (hizmetlerin serbest dolaşımı) saymaktadır.

## ii. Avrupa Konseyi

Belçikan'ın dönem başkanlığı sırasında Laaken'de yapılan AB Konsey toplantısı (14/15.12.2001) sonuç bildirgesinde üye ülkelerdeki aynı konulara ilişkin farklı hukuki düzenlemelerden kaynaklanan sorunların aşılması için çabalara hız verilmesinin altı çizilirken, özellikle Aile Hukukunda yapılacak harmonizasyon çalışmalarının önemine vurgu yapılmıştır.<sup>33</sup>

Bundan önce zaten AB Konseyi Özel Hukuk Kurulu 29.10.2001 tarihli Üye Ülkelerin Özel Hukuk Hükümlerinin Uyumlu Hale Getirilmesi İhtiyacı Raporu yoğun bir şekilde Aile Hukuku ile ilgilenmiştir.<sup>34</sup> Bu raporda özellikle Sözleşmeler Hukuku için geçerli olan ekonomik mülhazaların Aile ve Miras Hukuku için geçerli olamayacağı ancak kişilerin serbest dolaşım hakkından ve

<sup>31</sup> Bkz. Yönerge Gerekçeleri 1, 2.

<sup>32</sup> Abl L 158 v. 30.4.2004.

<sup>33</sup> Avrupa Konseyi Laaken Zirvesi Sonuç Bildirgesi, SN 300/1/01, Nr. 45.

<sup>34</sup> Ratsdokument 13017/01 v. 29.10.2001.



gerçek bir hürriyet, güvenlik ve hukuk alanı yaratma iradesinden Aile ve Miras Hukukuna ilişkin önlemlerin çerçevesi çıkarılabileceği belirtilmektedir.<sup>35</sup> Konsey ayrıca günümüzde Topluluk içerisinde her geçen gün artan bir hızda oturma yeri değişikliklerinin gündeme gelmekte olduğunu ve bunun aynı zamanda iç pazarın hızlı gelişiminin bir göstergesi olduğu tespitini yapmaktadır. Dolayısıyla üye ülkelerdeki Aile Hukukuna ilişkin hükümlerdeki farklılıkların serbest dolaşım esasına ne ölçüde engel olduğunun tespiti büyük öneme sahiptir.<sup>36</sup>

### iii. AB Parlamentosu

AB Parlamentosu'nun Aile Hukukuna ilişkin ilk önemli kararı 14. Aralık 1994 tarihli Uluslararası Aile Yılı vesilesiyle aldığı Ailenin ve Aile Benzeri Birlikteliklerin Korunmasına dair karardır.<sup>37</sup> AB Parlamentosu bu kararda Talilik Prensibi gereği aileye ilişkin konularda öncelikle üye devletlerin yetkili olduklarını tespit ettikten sonra Topluluk Sözleşmesi ile garanti altına alınan serbest dolaşımın uygulanabilmesi ve iç pazar hedefinin gerçekleştirilebilmesi için Avrupa boyutunda da Aile Hukukuna ilişkin konuların ele alınması gereği vurgulanmıştır. Sonuç itibarıyla AB Parlamentosuna göre Aile Hukukunun gerek milli ve gerekse Avrupa ekseninde modern aile yaşamının beraberinde getirdiği fonksiyonel ve yapısal değişimlere uyum sağlaması gerekir.

AB Parlamentosu'nun 20 Ocak 1997 tarihli Küçüklerin Evlat Edinilmesi Alanına İlişkin Hukukun İyileştirilmesi ve Üye Devletler Arasındaki İşbirliğinin Geliştirilmesine dair kararı ile ilk kez bir AB organı Aile Hukukunun çekirdek alanlarından birine el atmıştır.<sup>38</sup> Bu kararda Parlamento evlat edinme yaşı (8. Nokta) ve evlat edinme süreci (9. Nokta) bakımından üye devletlerin hakları arasında somut uyumlaştırma çalışmaları yapılması talebinde bulunmakta ve Topluluğun şimdiye kadarki hareketsizliğini eleştirmektedir (11. Nokta).

### b. Topluluk Sözleşmesi'deki Somut Yetkiler

Bu yetkiler incelenirken özelden genele doğru giden bir yolun takip edilmesi gerekmektedir, zira özel bir yetki varken bir Topluluk organının genel bir yetki kuralına atıf yapması mümkün değildir. Bu bağlamda özel yetki hükümleri hukuk uyumlaştırılması ile ilgili daha genel bir hüküm içeren Sözleşmenin 95. Maddesine ve bu hüküm de yine kendisine göre daha genel bir hüküm içeren Sözleşmenin 94. Maddesine göre önceliklidir.

<sup>35</sup> Ratsdokument 13017/01, Rn. 3.

<sup>36</sup> Ratsdokument 13017/01, Rn. 19.

<sup>37</sup> ABİ. (1995) C 18/69.

<sup>38</sup> ABİ. (1997) C 20/176.

### aa. Topluluk Sözleşmesi Madde 40, 44 I ve 52 I

Sözleşmenin 40. Maddesi Konseye 251. Madde kriterlerine göre işçilerin serbest dolaşımının sağlanması konusunda Yönerge ve Tüzükler çıkarma yetkisi vermektedir. Ayrıca Sözleşmenin 44. Maddesi 1. Fıkrası ikamet özgürlüğünün ve yine 52. Maddesi 1. Fıkrası hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanması için Yönergeler çıkarma yetkisi vermektedir. Daha somut ifadeyle bu hükümler bağlamına üye ülkelerin iş yeri kaynaklarına ulaşımı veya işyerinin olduğu ülkede ikameti engelleyen veya bir üye ülke vatandaşının başka bir üye ülkede yerleşmesini veya bu ülkede hizmet sunmasını zorlaştıran veya imkansız kılan hukuki düzenlemelerini özgürlüklerin sağlanması temelinde uyumlu hale getirilmesi çalışmaları girmektedir. Konumuz açısından önemli olanlar ise Aile ve Miras Hukuku hükümlerinin ne ölçüde bu türden engellemelere kaynak teşkil edeceğidir.

Carpenter Olayında Topluluk Mahkemenin haklı olarak tespiti ettiği gibi kişilerin aile hayatını zedeleyecek türden düzenlemeler hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü ilkesinin tam anlamıyla uygulanmasını tehlikeye sokacaktır. Baumbach kararında görüldüğü üzere bu hakkın kullanımı Birlik vatandaşlarını her zaman doğrudan tesadüf etmeyebilir. Bu durumda akla gelen ilk sonuç aile bireyleri için kapsamı genişletilen temel haklar aynı zamanda "impleid powers" teorisi anlamında Aile Hukuku bağlamında bir yetki temeli oluşturulmasına yardımcı olabileceğidir.

### bb. Topluluk Sözleşmesi Madde 94 ve 95

Temel özgürlüklerin gerçekleştirilmesini hedefleyen somut düzenleme yetkilerinin uygulama alanı bulamadığı durumlarda Sözleşmenin 94. ve 95. Maddeleri gündeme gelir. Her iki maddenin de ortak önkoşulu ortak pazarın veya iç pazarın kuruluşu ve yürütümünü ilgilendiren bir konunun mevcut olmasıdır. „Ortak Pazar“ kavramıyla kastedilen Sözleşmenin 2. Maddesinden 4. Maddesine kadar sayılı olan amaçlardan ekonomik boyutu olanlarıdır.<sup>39</sup> Buna göre Sözleşmenin 13. Maddesinde düzenlenen Ayrımcılık Prensibine aykırı durumlara karşı ancak ortak pazarı ilgilendirdikleri ölçüde Sözleşmenin 94. Maddesi ile tedbir alınabilir. İç pazar kavramı ise Sözleşmenin 14. Maddesi 2. Fıkrasında tanımlanmıştır. Sözleşmenin 95. Maddesi ile de 2. Fıkarda belirtilen istisnaları dışında tüm iç pazarı ilgilendiren engellemelere karşı alınacak tedbirler için hukuki zemin hazırlanmıştır.<sup>40</sup> O halde Aile ve Miras Hukuku bakımından şu tespit yerinde olacaktır; bu hukuk dallarına dair alanların büyük bir kısmı 94. ve 95. Madde kapsamı dışındadır.

<sup>39</sup> Bkz. Opperman, *Europarecht*, 1999, S. 480; Lenz/Röttinger, Art. 94, Rn. 4.

<sup>40</sup> Oppermann, *Europarecht*, 1999, S. 482.

### i. Mal Rejimi

Mal rejiminin yasal düzenlemesi bakımından Avrupa'da iki temel sistemin varlığından söz edebiliriz<sup>41</sup> Roma Hukuku ekseninden olan ülkeler daha çok Fransa örneğini takip etmekte ve sınırlı mal ortaklığını yasal mal rejimi olarak tanımaktadırlar Alman Hukuku ise bu konuda kazanç ortaklığı, hesaplaşma koşulu ve yargı içtihatlarıyla tanınan hesaplaşma hakkı ile bağlı mal ayrılığı rejimini kabul etmiştir Aynı örneği ayrıca Yunanistan, Avusturya ve bazı İskandinav ülkeleri takip etmiştir Mal ortaklığının yönetimi bazı durumlarda Fransa örneğinde olduğu gibi sorunlar doğurabilecektir, mesela eşlerden birisi ortak malların yönetimini bloke eder ve böylelikle bir Alman şirketinin yapacağı yatırımı engellemiş olması halinde Diğer taraftan Alman Hukukundaki hesaplaşma sistemi de özellikle boşanmadan sonra malvarlığı durumları ile ilgili belirsiz bir dönem yaratabilir İngiliz Hukukunda ise mal rejimi yasal olarak düzenlenmemiştir Mal ilişkilerini düzenlemek eşlerin sorumluluk alanına giren bir konu olarak düşünülmüştür 1970 yılında yasa koyucu hakime boşanma halinde mülkiyet ilişkilerini düzenleme imkanı tanımıştır<sup>42</sup> O halde eşlerden birisinin çok sayıda sınır ötesi işle iştigal etmesi çiftin mal varlığının yönetimi ve hangi eşin ne için ve ne ölçüde sorumlu olacağı konularında sorunların doğmasına yol açacaktır<sup>43</sup> Dolayısıyla farklı mal rejimi sistemleri iç pazarın işlenmesi bakımından olumsuz etkiler doğurabilecek niteliktedirler

### ii. Miras Hukuku

AB vatandaşlarının artık çeşitli nedenlerle farklı üye ülkelerde gayrimenkuller edinmeleri, yatırımlar yapmaları nedeniyle Miras Hukuku AB içerisinde sınırları aşan bir niteliğe kavuşmuştur Farklı kriterlerden hareket eden millî Devletler Hususî Hukuku hükümleri çoğu zaman ortaya çıkan problemlerin çözümünde yetersiz kalabilmektedir Örneğin menkul-gayrimenkul mal ayırımı esas kabul edildiği durumlarda mirasın arabasının Almanya'da evinin İspanya'da bulunması iki farklı hukukun uygulama alanı bulmasını beraberinde getirecektir

Terekenin mirasçılara geçişi konusunda da üye ülkelerde farklı düzenlemelerle karşılaşmak mümkündür Fransa'da örneğin olumden sonra tereke doğrudan yaşayanların üzerine geçer Yani herhangi bir kabul şartı yoktur Mirasçılarım birden fazla olması halinde ise vasiyetnamede farklı bir düzenleme olmadığı surette kolektif bir mirasçı ortaklığı kurulur Avusturya'da da gerçı terekenin doğrudan mirasçılara geçişi ongorulmuştur ancak Fransa'dan farklı olarak ayrıca mirasçılarım açık rızası talep edilmektedir İngiltere'de ise tereke öncelikle bir temsilcinin eline teslim edilir ve bu kışı daha sonra mirasçılar arasında bunu paylaşılır

<sup>41</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Hennich/Schwab, *Eheliche Gemeinschaft*, 1999

<sup>42</sup> Bkz. Martiny, *Towards a European Civil Code*, 1998, S. 175 vd

<sup>43</sup> Pintens, *FamRZ* 2003, 417-425

Bunun dışında üye ülkelerdeki eşlerin birbirine mirasçılığı, evlilik dışı birliktelik yaşayanların mirasçılığı, acil mirasçılık ve saklı hisseye ilişkin hükümler arasında çok büyük farklılıklar mevcuttur ancak bunların incelenmesi konumuzun kapsamını aşmaktadır.<sup>44</sup> Burada önemli olan bütün bu konuların ortak pazar ile olan ilişkilerinin tespit edilebilmesidir, zira Miras Hukukunun asıl konusu mal ve hizmetlerin değiş tokuşu değildir.<sup>45</sup> Ancak Ticaret ve Şirketler Hukuku ile Miras Hukuku arasında bir bağlantı kurulması mümkündür.<sup>46</sup>

### cc. Topluluk Sözleşmesi Madde 65

Sözleşmenin 61. Maddesi adım adım ilerleyecek bir özgürlük, güvenlik ve hukuk ortamı oluşturulmasından bahsetmektedir ve özel hukuka ilişkin işbirliği çalışmaları bakımından c Bendinde Sözleşmenin 65. Maddesine atıf yapmaktadır. Aynı şekilde AB Konseyi'nin Özel Hukuk Kurulu'nun 21 Ekim 2001 tarihli raporunda da Aile Hukukuna ilişkin olarak Topluluğun yetkilerini araştırırken Sözleşmenin 4. Kısımına yani 61. Madde ve devamına atıf yapılmaktadır.<sup>47</sup> Ancak Sözleşmenin 65. Maddesi metni dikkatlice okunduğunda maddi hukuk anlamında Aile veya Miras Hukuku uyumlaştırma çalışmaları için Topluluğa tanınan bir yetki bulunmadığı anlaşılmaktadır.<sup>48</sup> Bu Madde daha çok Uluslararası Aile ve Miras Hukuku alanlarında yapılacak uyumlaştırma düzenlemelerine hizmet etmektedir. Bundan dolayıdırki bu konularda çıkarılan Brüksel II AB Tüzüğü'nün dayanağını bu Madde teşkil etmiştir.

Özel Hukuk Kurulu'nun raporunda ilginç olan nokta Sözleşmenin 4. Kısımının kurumsal çerçevesinin tartışmaya açmasıdır. Bu şu şekilde yorumlanabilir; Konsey 4. Kısımda Aile Hukukuna ilişkin bir yetki temeli oluşturma amacı içerisindedir. Ancak buradan çıkarılabilecek bir diğer sonuç ise bu kısımdaki hükümlerin mevcut halleriyle Topluluğa herhangi bir yetki vermedikleridir. Ayrıca Sözleşmenin 65. Maddesine dayanılarak çıkarılan Brüksel II Tüzüğü uygulama alanını Özel Hukukun sınır aşan sorunları ile sınırlandırmıştır. Konsey Tüzük Gereççeleri'nin 4. Maddesinde tespit edilen farklı düzenlemelerin kişilerin serbest dolaşımını ve iç pazarın sorunsuz işleyişini etkilediğini belirtmektedir. O halde Sözleşmenin 65. Maddesinde yapılacak ufak bir değişiklik Aile ve Miras Hukukunda Topluluğun düzenleme yapabilesinin önünü açacaktır.

<sup>44</sup> Ibid.,

<sup>45</sup> Bkz. Tillmann, FS Oppenhoff, 1985, S. 503; Leipold, FS Söllner, S. 652.

<sup>46</sup> Bkz. Pintens, FamRZ 2003, 502, Fn. 239.

<sup>47</sup> Ratsdokument 13017/01, Rn. 3.

<sup>48</sup> Bkz. Basedow, AcP 2000, 477.

### dd. Topluluk Sözleşmesi 293. Madde

Sözleşmenin 293. Maddesi'nin de bu haliyle Aile ve Miras Hukukunda yapılacak düzenlemelere yetki temeli oluşturması düşünülemez. Bu Maddenin amacı ortak pazarın işleyişini hukuki düzenlemeler yapmak yoluyla kolaylaştırmaktır.<sup>49</sup> Madde 293 daha çok retorsiyon haklarının harmonizasyonu için öngörülmüştür, zira bu maddenin ilk bendinde her ülkenin kendi vatandaşları için öngördüğü şartlar dahilinde haklardan faydalanma ve hakların korunmasından bahsetmektedir.<sup>50</sup>

### ee. Topluluk Sözleşmesi Madde 18 II

Sözleşmenin 18. Maddesi 1. Fıkrası Birlik vatandaşlığını düzenlemektedir ve ekonomik bir faaliyet amacı olsun olmasın bütün kişilerin serbest dolaşım hakkına sahip olduklarını belirtmektedir. Bunun uygulanmasına yönelik tedbirleri almak için 2. Fıkra ile Topluluğa düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Birlik Vatandaşları ve Aile Bireylerinin Haklarına dair Yönerge örneğin hukuki dayanaklarından birisi olarak Sözleşmenin 18. Maddesi 2. Fıkrasını esas almıştır. Bu Yönergenin temel amaçlarından birisi de aile bireylerine kendilerine münhasır serbest dolaşım hakkı tanımadır. 18. Maddenin kapsamı içerisine esas olarak serbest dolaşım ve buna ilişkin usul ve yöntemler girmektedir. Dolayısıyla Aile ve Miras Hukukuna ilişkin düzenlemelerde bu maddenin bir yetki temeli oluşturup oluşturamayacağı şüphelidir.

Aile Hukukuna ilişkin bir üye ülkede verilen mahkeme kararının bir diğerinde tanınması bağlamında düşünüldüğünde Sözleşmenin 65. Maddesinden çok 18. Maddesinin 2. Fıkrası daha uygun bir hukuki temel oluşturmaktadır.<sup>51</sup> Çünkü bir boşanma kararının üye bir ülkede tanınmaması kişilerin serbest dolaşımını önemli ölçüde sınırlayacaktır. Gerçi Nice Sözleşmesinin 67. Maddesi 5. Fıkrası Topluluk Sözleşmesinin 65. Maddesi temelinde yapılacak Aile Hukukuna ilişkin düzenlemeleri üye ülke istekleri doğrultusunda yalnızca Sözleşmenin 4. Kısmı ile sınırlamaktadır, ancak Madde 67 V 'in temel amacının da Oybirliği Prensibine uygulama alanı kazandırmak olduğu unutulmamalıdır.<sup>52</sup>

Topluluk Hukukunun işleyiş tarzı, Sözleşmece garanti altına alınmış bir temel özgürlüğün gerçekleşmesine engel bir durumun ortaya çıkması ve üye bir devletin bu engeli aşabilmek için düzenleme yapabilmemesinin uygun olmaması şeklinde özetlenebilir. İşte bu noktadan hareketle Aile ve miras Hukukuna ilişkin hükümlerin Sözleşmenin 18. Maddesi temelinde ele alınıp alınamayacağına karar verilmelidir.

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-398/92, Mund, Slg. (1994), I-467, Rn. 11.

<sup>50</sup> Pintens, *FamRZ* 2003, 503.

<sup>51</sup> Aynı şekilde Spellenberg, *FS Schumann*, 2001, s. 427.

<sup>52</sup> Spellenberg, *FS Schumann*, 2001, s. 427.

## i. Evlat Edinme Hukuku

Evlat Edinme Hukukunda son zamanlarda önemli değişikliklerin olduğu göze çarpmaktadır. Ancak halen evlat edinme sistemi bakımından üye ülke hukukları arasında çok sayıda fark bulunmaktadır. Örneğin bazı ülkeler yalnızca tam evlat edinme sistemini benimserken (İngiltere, Hollanda, Avusturya), diğer bazı ülkeler farklı koşullar altında basit evlat edinme sistemine de izin vermektedirler (Fransa, Almanya).<sup>53</sup> Devletler Hususi Hukuku ise evlat edinmek isteyenlere uygulanacak maddi hukuk koşulları bakımından evliliğin geçerli olduğu yer hukukunu ki bu üye ülkelerin büyük bir kısmında eşlerin ortak ikametgahı hukukuna tekabül etmektedir, esas almaktadır.<sup>54</sup> Bu bakımdan evlat edinme isteğinde olan bir çift için hangi üye ülkede oturuyor olduklarının büyük bir önemi vardır. Maddi Hukuk bakımından ise üye ülkeler bu konuda farklı koşullar öne sürmektedir; örneğin Avusturya'da babanın 30 ve annenin 28 yaşını doldurmuş olmaları ve her ikisinin de evlat edinecekleri çocuktan 18 yaş büyük olmaları gerekir, İtalya ve Avusturya hemcinsleri ile evli olanlara bu imkanı vermezken, Hollanda ve İsveç'te bu mümkündür vs.<sup>55</sup> Avrupa Parlamentosu 5 Eylül 2003 tarihli Temel Özgürlüklerin AB İçerisindeki Son Durumu Kararı'nda bu son noktayı ele almış ve hem cinsleri ile evli olanların evlat edinmeden mahrum bırakılmalarını ayrımcılık olarak nitelemiş ve Sözleşmenin 13. Maddesine aykırı bulmuştur.<sup>56</sup> Parlamento aynı kararında üye ülkelerden bu yöndeki düzenlemelerini değiştirmelerini ve Topluluk organlarından bu konuda gerekli tedbirleri almalarını talep etmiş, aksi takdirde serbest dolaşımın zarar göreceği tespitinde bulunmuştur.

Görüldüğü üzere Sözleşmenin 13. Maddesinin geniş yorumu, 18. Maddenin güçlendirilmesi, Yüksek Mahkemenin Baumbast İçtihatı ve AB Parlamentosunun evlat edinme ile ilgili kuralların serbest dolaşım üzerinde etkili olduğu yönündeki net tavrı Sözleşmenin 18. Maddesinin 2. Fıkrasının Evlat Hukukuna ilişkin yapılacak düzenlemeler açısından uygun bir hukuki temel oluşturacağı savını güçlendirmektedir.<sup>57</sup>

## ii. Miras Hukuku

Miras Hukuku bakımından da Devletler Hususi Hukuku düzenlemeleri maddi hukuk üzerinde etkili olacak sorunlar içermektedir. Bu düzenlemeler bakımından üye ülkeler arasında kabaca iki grup oluşturmak mümkündür: Ölümün sonuçlarını ölenin vatanına göre belirleyen hukuklar (örn. Almanya Art. 25 EGBGB) ve bu sonuçları ölenin son ikametgahı hukukuna tabi tutan

<sup>53</sup> 1998 den itibaren birlikte evlat edinmek isteyen kişilerin evli olmaları şartını koşan tek ülke Hollanda'dır.

<sup>54</sup> Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 2000, s. 714 f, 828 f.

<sup>55</sup> Bkz. Bergmann/Ferid/Henrich, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 2003.

<sup>56</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments zur Lage der Grundrechte in der Europäischen Union, A5-0281/2003, Nr. 77.

<sup>57</sup> Aynı yönde Hartkamp/Martiny, *Towards a European Civil Code*, 1998, s. 852 f.

hukuklar (örn Fransa, İngiltere, Belçika)<sup>58</sup> Bu durum netice itibarıyla tereke üzerine uygulanacak hukukun menkul ve gayrimenkul mallar bakımından farklılıklar göstermesine ve gayrimenkul tereke yönünden eşlerin zarar görmelerine yol açabilir. Ayrıca evli olmayan ancak birlikliliklerini kayıt altına aldirmiş olan çiftler bakımından Fransa örneğinde olduğu gibi miras haklarından tamamen yoksun kalma durumu ortaya çıkabilir.<sup>59</sup> Alman Noter Enstitüsü'nün AB'ne üye ülkelerde Miras Hukukuna ilişkin Devletler Hususî Hukuku düzenlemelerine yönelik araştırmasının sonucunda AB boyutunda yapılacak bir Uluslararası Miras Hukuku düzenlemesinde miras bırakanın son ikametgahı hukukunun esas alınmasını önermektedir.<sup>60</sup> Ancak böyle bir durumda dahi bazı sorunlar çözüme kavuşturulmuş olmayacaktır, zira evli veya sadece kayıtlı çiftler mümkün olduğunca Fransa gibi ülkeleri son ikametgah yeri olarak seçmekten kaçınacaklardır. Bu da sonuçta söz konusu maddî Miras Hukuku hükümleri bakımından Sözleşmenin 18 Maddesi anlamında kişilerin serbest dolaşım özgürlüğü için bir engel teşkil edecektir.

#### ff. Topluluk Sözleşmesi Madde 308

Daha öncede vurgulandığı üzere Sözleşmenin 308 Maddesi diğer bütün sözleşme yetki kurallarına göre ikincil bir yetki düzenlemesi içermektedir. Yani eğer tüm mevcut yetki düzenlemeleri Aile ve Miras Hukuku alanlarını kapsam dışı bırakmış ise bu maddenin uygulanabilirliği araştırılabilir. 308 Madde kendisi temel alınarak yapılacak düzenlemeler bakımından ortak Pazar çerçevesinde Sözleşmede öngörülen amaçlardan birinin gerçekleştirilmesi şartını koşmaktadır. Bu durum düzenleme alanını tekrardan pazar ilişkisi kısıtı ile sınırlamaktadır. Bu Sözleşmenin 94 ve 95 Maddesi için söylenenlerle karşılaştırılabilir, zira bu hükümler de ortak pazarın gerçekleştirilmesi ve işlenmesi temelinden hareket etmektedirler. Topluluk Mahkemesi İçtihatına göre tek başına pazar ilintisi, 94 ve 95 Maddelerin uygulanması için yeterli olmayacaktır.<sup>61</sup> Böylelikle iç pazarın işleyişini doğrudan hedef almayan Aile ve Miras Hukuku hükümleri Sözleşmenin 308 Maddesi temelinde ortak bir düzenlemeye tabi tutulabilir.<sup>62</sup>

### II. Talilik ve Gereklilik Prensibi (Topluluk Sözleşmesi Madde 5 II, III)

#### 1. Genel Olarak

##### a. Talilik Prensibi

Sözleşmenin 5 Maddesi 2 Fıkrası Topluluğun mutlak yetki alanına girmeyen konularda düzenleme yapılabilmesi için düzenlemenin amacının üye

<sup>58</sup> Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 2000, S. 852 f.

<sup>59</sup> Bkz. Hartkamp/Verbeke/Leleu, *Towards a European Civil Code*, 1998, s. 178 f.

<sup>60</sup> Deutsches Notarinstitut, *Etude, Executive Summary*, 2002, s. 8 f.

<sup>61</sup> EuGH, Rs. C-376/98, *Deutschland/Rat*, Slg. (2000), I-8419, Rn. 84.

<sup>62</sup> Aynı yönde Basedow, *AcP* 2000, 476, karşı görüş için bkz. Pintens, *FamRZ* 2003, 503, ona göre 308 Madde hiçbir şekilde uygulama alanı bulamaz.

ülkeler çapında gerçekleştirilebilmesinin mümkün olmaması (negatif kriter) ve bu amaca etki ve çerçevesi itibariyle Topluluk düzeyinde daha kolay ulaşılabilecek olunmasını (pozitif kriter) şart koşmaktadır. Bu hükmün uygulamasına yönelik ölçüt ve kriterler için Amsterdam Sözleşmesinin Talilik Protokolünde düzenlenmiştir.

### aa. Mutlak Yetki

Talilik Prensibi ancak Topluluğun mutlak yetki alanına giren bir konu olmadığı zaman uygulama alanı bulmaktadır. Topluluk Sözleşmesinde milli anayasalardan farklı olarak Topluluk ve üye ülkeler arası bir yetki dağılımı katalogu mevcut değildir. Bundan dolayı Sözleşme 5. Madde 2. Fıkra da yer alan “mutlak yetki” kavramı ile ne anlatılmak istendiği tartışmalıdır. Ancak üye ülkelerin Avrupa Topluluğunun herhangi bir tasarrufu olmadan harekete geçmelerinin mümkün olmadığı alanlar için Topluluğun mutlak yetki sahibi olduğu söylenebilir.<sup>63</sup> Bunlar içinde örnek olarak Ortak Gümrük Tarifesi oluşturulmasına ilişkin Sözleşmenin 26. Maddesi, AB teratoryumu içerisinde uluslararası trafiğin düzenlenmesi (Madde 71 I a) veya Topluluk para politikasının belirlenmesi (Madde 107 V, VI), Topluluk Memurunun statüsünün düzenlenmesi (Madde 283) sayılabilir.<sup>64</sup> Konumuz açısından önemli olan ise AB Komisyonunun Sözleşmenin 14. Maddesine göre engellerin kaldırılması ve özellikle 95. Maddede düzenlenen üye ülkelerin hukuklarının uyumlaştırılması çalışmaları yapma yetkileridir. Komisyonun kendi görüşü uyumlaştırma çalışmalarına ilişkin yetkisi mutlak yetki alanına dahildir.<sup>65</sup> Buna göre mutlak bir yetkiden söz edilebilmesi için iki unsurun mevcut olması gerekir. 1. İşlevsel unsur: Topluluk belirli bir görev için üstlendiği tek başına sorumluluk nedeniyle hareket yükümlülüğünün olması, 2. Maddi unsur: Üye ülkeler Topluluğun nihai düzenleme yaptığı bir konuda tek başlarına hareket etme haklarını kaybederler.<sup>66</sup> Avrupa Toplulukları Mahkemesi ise Komisyonun bu görüşüne, Sözleşmenin 95. Maddesine göre uyumlaştırma çalışması yapmak asıl mevcut milli düzenlemeler arasındaki farklılıklar nedeniyle gereklidir, gerekçesiyle karşı çıkmaktadır.<sup>67</sup> Yüksek Mahkemeye göre Komisyonun görüşünün kabul edilmesi halinde 95. Maddenin uygulanması için yalnızca iç pazarla kurulacak herhangi bir bağlantı yeterli olacaktır ki bu maddenin amaç ve mantığına aykırı bir durum ortaya çıkaracaktır. Sonuç itibariyle şu söylenebilir, Sözleşmenin 5. Maddesi 2. Fıkrasında yer alan diğer kriterler bağlamında ancak Topluluğun Aile ve Miras Hukunda düzenleme yapma yetkisi ele alınabilir, zira Topluluğun bu alanlara ilişkin bir mutlak yetkisi mevcut değildir.

<sup>63</sup> Bkz. Streinz/Streinz, Art. 5 EGV, Rn. 17.

<sup>64</sup> Bkz. Streinz/Streinz, Art. 5 EGV, Rn. 18.

<sup>65</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament v. 27. 10.1992, Bull. EG 10-1992, S. 118 (123).

<sup>66</sup> Callies, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, 1999, S. 77 vd.

<sup>67</sup> EuGH, Rs. C-377/98, Biopatentrichtlinie, Rn. 30 f., abgdr. EuZW 2001, 69.



## bb. Talilik Prensibi Kriterleri

### i. Negatif Kriter<sup>68</sup>

Bu kriter daha çok üye ülkelerin yetki alanını koruyucu bir yaklaşımdan hareket etmektedir. Bu bağlamda somut olarak kontrol edilecek husus sözkonusu düzenlemenin amaçlarının üye ülkeler yanında yeterli ölçüde gerçekleştirilebilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Komisyonun uygulamada yaptığı Etkinlik testi kapsamında araştırılan en önemli faktör üye ülkelerin amaca uygun gerçek ve finansal araçlara sahip olup olmadıkları sorusunun cevabıdır.<sup>69</sup>

### ii. Pozitif Kriter

Bu kriter ise esas itibarıyla Topluluk düzenleme alanını gözetmektedir. Burada Topluluk Sözleşmesinin 2, 3 ve 4. Maddelerinde Topluluk amaçlarının gerçekleştirilmesi için çizilen hareket alanı ile etki alanı sınır ötesine taşınan bir problemin dengeye oturtulmasıdır. Yapılacak mülahalalarda özellikle Talilik Protokolü ile tespit edilen esaslar göz önünde tutulmak zorundadır. Bunlar içerisinde en önemli olanları 5. noktada belirlenen ölçütlerdir. Buna göre öncelikle üye ülkelerce yeterli ölçüde düzenlenememiş uluslararası bir düzenleme söz konusu olmalıdır, ayrıca üye ülkelerin tek başlarına düzenleme yapmaları veya Topluluğun hiçbir düzenleme yapmamasının Topluluk Sözleşmesinin ihlali anlamına gelmesi gerekir ve nihayet Topluluğun harekete geçmesi yoluyla düzenleme açısından açık avantajların ortaya çıkması gereklidir.

## b. Gereklilik Prensibi (Topluluk Sözleşmesi Madde 5 III)

Gereklilik Prensibi ek bir yetki sınırlayıcı kriter olarak Talilik Prensibini tamamlamaktadır. Daha çok alınacak Topluluk önleminin türü ve çerçevesine ilişkindir ve düzenlemenin yoğunluğunu için ölçüt teşkil eder.<sup>70</sup> Talilik Prensibi için uygulanan Talilik Protokolü bu konuda da bir "düzenleme aracı hiyerarşisi"<sup>71</sup> anlayışı temelinden yola çıkarak şu tespiti yapmaktadır: Özenli Denge Prensibine göre Topluluk, üye ülkelerin yetkilerine en az zarar veren araçla amacı en uygun şekilde gerçekleştirmek zorundadır.<sup>72</sup> Bu düzenlemenin biryandan bağlayıcı etkisini diğer yandan düzenleme derinliğini belirleyicidir. Aynı Protokolün 7. Noktası Topluluk organlarını düzenleme tarzı ve çerçevesi itibarıyla üye ülke milli hukuklarına saygılı olmakla yükümlü kılmaktadır. Buna göre Topluluk hukuki düzenlemelerine riayet şartıyla milli hukuk hükümleri yapısı ve işleyiş tarzı her durumda dikkate alınmak zorundadır. Aynı çerçevede dikkat edilecek bir diğer faktör Birlik vatandaşlarının menfaatleridir. O halde

<sup>68</sup> Bu kavram için bkz. Callies, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip*, 1999, S. 104.

<sup>69</sup> Mitteilung der Kommission, SEK (92) 1990 endg.

<sup>70</sup> Lenz/Langguth, Art. 5 EGV, Rn. 30.

<sup>71</sup> Callies/Ruffert/Callies, Art. 5 EGV, Rn. 51.

<sup>72</sup> Streinz/Streinz, Art. 5 EGV, Rn. 51.

Sözleşme amaçlarının gerçekleştirilmesinde yerel, bölgesel veya milli hassasiyetler göz önünde bulundurulmak zorundadır.

## **2. Talilik ve Gereklilik Prensipleri ve Toplululuğun Aile ve Miras Hukukuna İlişkin Yetkileri**

### **a. Üye Ülkeler Bazında**

AB Konseyi, Üye Ülkelerin Özel Hukuklarının Uyumlaştırılması İhtiyacına İlişkin Raporu'nda<sup>73</sup> Aile ve Miras Hukukunun çok güçlü bir şekilde ülkesel ve bölgesel hukuk sistemlerinin kültür ve geleneklerinin etkisi altında olduğu sonucuna varmıştır. Tarihsel gelişimleri bakımından hernekadar Avrupa ülkelerinde bu hukuk alanlarında paralellik olsada dinsel ve özellikle mezhepsel farklılıklar ve toplum yapısı Aile ve Miras Hukukundaki gelişmelerin her bir ülkede farklı hız ve yapıda olması sonucunu doğurmuştur.<sup>74</sup> Örneğin katolik ülkelerde boşanma müessesesinin hukuk sistemine girmesi oldukça uzun bir süreçten sonra gerçekleşebilmiştir. Ayrıca yine boşanma örneğinden yola çıkılırsa ülkeler arasında farklı düzenlemelerin olduğu göze çarpmaktadır (basit boşanma, kusura dayanan boşanma vd.). Buna rağmen son yıllarda ülkeler arasındaki aile anlayışı, ahlaki değerler bakımından olan farklılıklar ortadan yavaş yavaş kalkmakta ve artık tüm Avrupada genel geçerliliği olan standartlar oluşmaktadır.<sup>75</sup>

### **b. Avrupa Topluluğu Bazında**

#### **aa. Hukuki Araçlar**

Topluluk Sözleşmesinin 249. Maddesine göre tüzük, yönerge ve kararlar hukuki bağlayıcılığı haizdir. Ancak bunlar konumuz açısından önemli olanları tüzükler ve yönergelerdir, zira kararlar sadece muhatabı için bağlayıcı özelliğe sahiptir. Talilik Protokolüne göre düzenleme yapılırken yönergeler tüzüklere tercih edilmelidir. Bununla birlikte özellikle Özel Hukuk Uyumlaştırma çalışmaları bakımından tüzük ve yönergenin farklı sonuçları dikkate alınmalıdır.

#### **i. Yönergelerin Yatay Doğrudan Etkisi**

Yönergeler Sözleşmenin 249. Maddesi 3. Fikrasına göre ulaşmak istediği amaç bakımından hukuken bağlayıcı olmakla birlikte, üye ülke iç hukukuna mal etme yöntem ve aracı bakımından üye ülkelere seçim hakkı tanımıştır. Bu yolla üye ülke milli parlamentolarının da kanun koyma sürecine katkıları sağlanmak istenmiştir. Bu demokratik sürece uygun bir durumdur. Ancak üye ülkenin bir yönergeyi kendi iç hukukuna dönüştürmemesi halinde Avrupa Toplulukları Mahkemesinin kararına göre bu yönerge söz konusu ülke açısından doğrudan

<sup>73</sup> Ratsdokument, 13017/01.

<sup>74</sup> Bkz. Hohnerlein, ELF 2000/2001, 252; Antokolskaia, ERPL 2003, 37 vd.

<sup>75</sup> Antokolskaia, ERPL 2003, 43 f.

uygulama alanı bulacaktır.<sup>76</sup> Bunun için gerekli koşullar ise yönerge hükümlerine müracaat eden belirli bir kişinin olması ve yönergenin yeterince açık olması. Bu sonuç yalnızca söz konusu kişi ve „ihmalikar“ devlet arası ilişki bakımından geçerlidir. Ancak yatay boyutta yani kişiler arasındaki ilişkiler bakımından iç hukuka dönüştürülmemiş bir yönergenin doğrudan etkisi yoktur.<sup>77</sup> Bunun anlamı şudur yönergeler Sözleşme Madde 249 III'e göre yalnızca üye ülkelere yöneliktir ve sonuçta yalnız bunlar karşısında etkilidir.

Özel Hukuk ise kişiler arası ilişkileri düzenler, yani yatay alanda etkilidir. Yukarıda da işaret edildiği üzere iç hukuka çevrilmeyen veya eksik yahut yanlış çevrilen yönergelerin özel kişiler arasında doğrudan bir etkisi olmayacaktır. O halde Aile ve Miras Hukuku alanında yapılacak düzenlemelerde yönergeler milli hukuklarını korumada ısrarlı olacak ülkeler açısından amaca uygun bir düzenleme aracı olmayacaktır.

## ii. Tüzükler

Yönergeler dışında düzenleme aracı olarak Sözleşme Madde 249 II de ayrıca Tüzükler öngörülmüştür. Tüzükler milli hukuklar üzerinde öncelikli bir yasa etkisine sahiptirler. Tabii bu durumda Tüzük ile yapılacak bir boşanma veya hukuken tanınmış birliktelikler düzenlemesi Malta gibi boşanmayı tanımayan veya Polonya gibi halkı koyu katolik ülkeler açısından içinden çıkılması zor durumlar ortaya çıkaracaktır.

Ayrıca Talilik Protokolünün de açıkça öngördüğü gibi Avrupa Topluluğu yapacağı bütün düzenlemelerde milli hukuklara ve bunların temelinde yatan bölgesel ve milli hassasiyetlere saygılı olmak durumundadır. Buradan ortaya çıkan sonuç şudur ki üye ülkelere hareket alanı tanımaksızın kesin kurallardan oluşan bir Avrupa Aile ve Miras Hukuku Talilik ve Gereklilik İlkelerine aykırı olacaktır.

## C. SONUÇ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

### I. Devletler Hususi Hukuku Hükümlerinin Uyumlaştırılması

Her ülkenin kendi Devletler Hususi Hukuku olması yanında bunların farklı kriterlerden hareket etmesi aynı olaya farklı ülke maddi hukuklarının uygulanması sonucunu doğurmaktadır. O halde üye ülkelerin Aile ve Miras Hukunda düzenleme yetkileri korunmakla birlikte Devletler Hususi Hukuku hükümlerinin Avrupa çapında uyumlu hale getirilmesi ile her ülkede hakim aynı olayda belirli bir ülke hukuka göre karar verecektir. Bu yolla Özel Hukuk alanında belirli bir hukuki güvence sağlanmış olacak ve özellikle Aile ve Miras Hukukuna ilişkin bazı sorunlar çözüme kavuşturulmuş olacaktır.<sup>78</sup> Ancak tabiki maddi hukuka ilişkin bazı sorunlar devam edecektir.

<sup>76</sup> EuGH, verb. Rs. 6/90 ve 9/90, Francovich, Slg. (1991), I-5357.

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-91/92, Faccini Dori, Slg. (1994), I-3325; EuGH, Rs. 152/84, Marshall I, Slg. (1986), 723.

<sup>78</sup> Aynı yönde Taupitz, JZ 1993, 539.

## II. Avrupa Topluluğu Maddi Hukuk Uyumlaştırması

Şu ana kadarki tespitleri kısaca özetlemek gerekirse; Avrupa ülkelerinde Aile ve miras Hukuku hükümlerindeki farklılıklar kişilerin ikamet etmek için seçecekleri ülkeyi belirlemeleri kararı üzerinde olumsuz etki yapmaktadır. Bu olumsuz etki kişilerin Topluluk içerisinde serbest dolaşım haklarını önemli ölçüde sınırladığından Topluluğun mevcut AT Sözleşmesine göre veya Sözleşmeye eklenecek yeni hükümler ile bu alanda düzenleme yapması mümkündür. Ancak maddi hukuk bakımından yapılacak uyumlaştırma düzenlemelerinin önünde Talilik Prensibi engel olarak durmaktadır. Ayrıca bir Yönerge ile yapılacak düzenleme muhatabı olan üye ülkede gerekli siyasi iradenin oluşmaması halinde iç hukuka çevrilmemesi veya eksik çevrilmesi ve bireyler arası ilişkilerde etkisiz kalması sonucunu doğuracaktır ve bu durumda geriye yalnızca Tüzük ile düzenleme yapma zorunluluğu kalacaktır. Üye ülkelerin Devletler Hususi Hukuku hükümlerinin uyumlu hale getirilmesi ile sorunlar kısmen çözülmüş olsa da bu yolla serbest dolaşım hakkının yine de tam anlamıyla garanti altına alınabileceğini söylemek mümkün değildir. Bunun dışında birçok üye ülkenin Aile ve Miras Hukukuna ilişkin düzenlemeleri *ordre public* olarak karşımıza çıkmakta veya zorlayıcı hükümler içermektedir.<sup>79</sup> Bu durumda Devletler Hususi Hukukuna ilişkin mülahazalar sorununun çözümünde devre dışı kalabilecektir.

O halde öyle çözüm modelleri geliştirilmelidir ki hem Milletlerarası Özel Hukuk yönünden esneklik sağlasın, hem milli ve yöresel farklılıklara saygılı olsun ve hem de serbest dolaşımın önündeki engelleri kaldırabilecek durumda olsun. Bunun için en uygun olanı bir Tüzük ile sözleşme özgürlüğü (privat autonomie) temelinde bir maddi hukuk düzenlemesi yapılması; yani kişilere kendi dini, kültürel ve ahlaki değerlerini göz önünde tutarak yapılacak düzenlemeden farklı düzenlemelere gitme imkanı tanınması. Bunun benzer bir örneği İtalya'da mevcuttur. İtalyan Yasa Koyucusu Evlilik Hukukunu düzenlerken opsiyonel bir sistemi benimsemiştir. Yani kişiler isterlerse dini kurallara göre kurulacak ve işleyecek bir evliliği seçebilir ve bunu evlilik siciline kaydettirebilirler.<sup>80</sup> Aynı şekilde bir çift dini veya kültürel nedenlerle örneğin boşanma haklarını kısıtlamak isterse, bunu tüm Avrupa'da geçerli olacak bir evlilik sicilinde evliliklerine ilişkin farklı boşanma statüsü olarak kaydettirebilirler. Aynı şey mal rejimi, miras ve evlat edinme konularına ilişkin de söylenebilir.<sup>81</sup>

Bu yolla Topluluk içerisinde hukuki güvence sağlanmış olacaktır, zira Evlilik Hukuku örneğinde olduğu gibi seçilecek olan ve Topluluk Hukukunca güvence altına alınmış olan evlilik statüsü kişilerin ikametgahlarından bağımsız olarak tüm AB üye ülkelerinde geçerli olacaktır. Ayrıca bu düzenlemenin Tüzük yolu ile yapılması Gereklik İlkesine daha uygun olacaktır. Netice itibarıyla AB temelinde yatan kültürel farklılıklara ve bireysel tercihlere saygı ilkesi ile Sözleşme amaçlarından serbest dolaşım hakkının gerçekleştirilmesi önündeki engeller bu şekilde kaldırılmış olacaktır.

<sup>79</sup> Bkz. Jayme, *Identite*, 1995, s. 227; Lemouland, *Rec. Dalloz Chr.* 1997, s. 136.

<sup>80</sup> Bkz. Bergmann/Ferid/Henrich/Wiedemann, *Länderbericht Italien*, 2003, s. 37 f.

<sup>81</sup> Benzer öneri Coester-Watfjen, *FS Peschel-Gutzeit*, These 3, s. 35.