

ALMANYA'DA TESCİL EDİLMİŞ EŞCİNSEL HAYAT ORTAKLIĞINDA
VERASET İLAMININ ALINMASI VE BU İLAMA DAYANILARAK
TÜRKİYE VE ALMANYA'DA BULUNAN TEREKENİN
PAYLAŞILMASI

Dr. Hatice Selin PÜRSELİM DOĞAN* /**

Özet

Eşcinsellik, Kıta Avrupası'nda geçmişte katı bir şekilde yasaklanmıştı. Ancak günümüzde Aile Hukuku'nda yer alan yeni bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır. Eşcinsellerin resmi olarak birlikte yaşamalarına dair düzenlemeler yapılmakta; bu düzenlemelerle, cinsel ayrımcılığın ortadan kaldırılması hedeflenmektedir. Eşcinsel hayat ortaklıkları, evlilik kurumuna paralel bir kurum olup, evlilik kurumundan farklı özellikleri haizdir. Ülkemizde eşcinsellerin

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (Juristische Fakultät der Marmara Universität Istanbul, Lehrstuhl für Internationales Privatrecht) [hselinpurselim@marmara.edu.tr]

** Bu makale, Alman Akademik Değişim Servisi'nin (DAAD) sağladığı burs ile Berlin Hür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı; Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı; Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Medeni Usul Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Müdürü Sayın Prof. Dr. Helmut Grothe'nin danışmanlığında hazırlanmıştır. Sayın Prof. Dr. Helmut Grothe'ye ve Anabilim Dalı Başkanım Sayın Prof. Dr. Sibel Özel'e çalışmama sağladıkları destek ve gösterdikleri ilgi için teşekkür ederim.. (Dieser Artikel entstand mit freundlicher Unterstützung des Deutschen Akademischen Austausch Dienstes (DAAD), des Dekans der Freien Universität Berlin sowie des Instituts für Internationales Privatrecht, Internationales Zivilverfahrensrecht und Rechtsvergleichung der Freien Universität Berlin unter Leitung von Prof. Dr. Helmut Grothe. Ich bedanke mich sehr bei Herrn Prof. Dr. Grothe für sein Interesse und seine Unterstützung. Außerdem bedanke ich mich auch sehr herzlich bei Frau Prof. Dr. Sibel Özel (Leiterin des Lehrstuhls für Internationales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Marmara Universität Istanbul) für ihr Interesse und ihre Unterstützung).

yasal olarak birlikte yaşamalarına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir Alman ve bir Türk vatandaşı Almanya'da tescil edilmiş hayat ortaklığı kurabilir (EGBGB md. 17b). Alman vatandaşının ölmesi halinde, Türk hayat ortağı, Alman hayat ortağının resmi mirasçısı olacaktır. Türk vatandaşının ölmesi halinde, Alman vatandaşının mirasçı olup olamayacağı düşünülebilir.

Anahtar kelimeler: *Eşcinsel birliktelik, tereke, eşcinsel hayat ortaklığı, tescil edilmiş hayat ortaklığı.*

OBTAINING HEIRSHIP CERTIFICATE FOR REGISTERED PARTNERSHIP OF SAME-SEX MARRIAGE IN GERMANY AND SHARING OF THE ESTATE IN GERMANY AND TURKEY BASED ON THIS HEIR'S CERTIFICATE

Abstract

Homosexuality, which was strictly forbidden in Continental Europe in the past, is now a new institution in Family Law. Regulations are made for homosexuals to live together legally. The aim of these regulations is to eliminate sexual discrimination. Although civil partnership is an institution parallel to marriage, it has different characteristics. In our country, there are not any regulations for homosexuals to live together legally. A German citizen and a Turkish citizen may enter into a registered partnership in Germany (EGBGB Artikel 17b). In the case of the death of German partner, the Turkish partner will be the official heir of the German partner. In the case of the death of the Turkish partner, it may be considered whether the official heir will be the German partner or not.

Keywords: *Same sex relation, heritage, civil partnership, registered partnership.*

Giriş

Günümüzde, Avrupa ülkelerinde ve Amerika'da, eşcinsellerin resmi olarak birlikte yaşamalarına dair düzenlemeler yapılmaktadır. Bu şekildeki düzenlemelerle, cinsel ayrımcılığın ortadan kaldırılması hedeflenmektedir.

Alman Hukuku'nda, eşcinsellerin resmi olarak birlikte yaşamaları, evlilik olarak değil, tescil edilmiş hayat ortaklığı şeklinde düzenlenmiştir. Tescil edilmiş hayat ortaklığının evlilikten farkı şu şekilde izah edilebilir: Hollanda'da, Belçika'da ve İspanya'da eşcinseller, "evlilik birliği" kurabilmektedirler. Hollanda'da 01.04.2001, Belçika'da 01.06.2003 ve

İspanya'da 03.07.2005 tarihinden itibaren cinsiyet farklılığı, evlenme şartlarının arasında sayılmamaktadır. Evlilik birliğinin, bir kadın ve bir erkek tarafından kurulması şartının, evlenme şartlarının arasında sayılmaması, yasal olarak eşcinsel evliliklerin de yolunu açmıştır. Bu ülkelerde, eşcinseller, evlilik müracaatı yapabilir; bir kadın ve bir erkek nasıl evleniyorsa, aynı usulle evlenirler. Almanya'da ise, eşcinsellerin evlilik başvurusu yapması ve evlenmesi kanunen mümkün değildir. Zira Alman Medeni Hukuku'na göre, evlilik akdinin tarafları bir kadın ve bir erkektir. Alman kanun koyucu, evlilik akdinin bir kadın ve bir erkek tarafından kurulacağını temel prensibini korumuş, ancak özel bir yasa hazırlayarak eşcinsel birliktelikleri tescil edilmiş hayat ortaklığı adı altında tanıma yoluna gitmiştir. Eşcinseller için özel olarak hazırlanan yasada, evlilik birliği örnek alınmıştır. Eşcinsel birliktelikler, evlenme memuru huzurunda kayıt altına alınacak; tarafların böyle bir kayıt yaptırmadan birlikte yaşamasının herhangi bir hukuki sonucu (bakım yükümlülüğü, miras, nafaka, soyadı hakkı gibi) olmayacaktır.

“Eşcinsel Birlikteliklere Karşı Ayrımcılığın Sona Erdirilmesine Dair Kanun: Hayat Ortaklıkları”¹ isimli yasa 16.02.2001 tarihinde hazırlanmıştır². İlk zamanlarda yasanın, Alman Anayasası'na aykırı olduğu fikri doğmuş olsa da, Alman Anayasa Mahkemesi, 17.7.2002 tarihli kararında tescil edilmiş hayat ortaklıklarının Alman Anayasası'na aykırı olmadığına hükmetmiş; bu tür birliktelikleri “aliud zur Ehe” yani “farklı evlilik” olarak nitelendirmiştir³.

Alman kanun koyucu, eşcinsellere yönelik düzenlemeleri yaparken oldukça dikkatli ve planlı davranmıştır. Eşcinsellerin Almanya'da hayat ortaklığı kurmalarını sadece Hayat Ortaklığı Kanunu ile sınırlamamış; Alman Milletlerarası Özel Hukuku'nda da (Einführungsgesetz

¹ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften. Kanun, Alman doktriniyle paralel olarak, çalışmamızda kısaca Hayat Ortaklığı Kanunu şeklinde ve LPartG kısaltması ile anılacaktır.

² BGBl I 2001, 26, RegE BT-Dr 14/4545; Rechtsausschuss BT-Dr 14/4550; bkz. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/045/1404545.pdf>, 01.12.2010; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/045/1404550.pdf>, 01.12.2010.

³ Bkz., Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfG) I. Senato, 17.7.2002 tarihli kararı, I BvF 1/01-17.7.2002, Nr. 1-147, paragraf 103. Karar metni için bkz., http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20020717_1bvff000101.html, 12.12.2010; BVerfG NJW 2002, s. 2543.

zum Bürgerlichen Gesetzbuch/EGBGB) bu düzenlemeye kanunlar ihtilafı kuralı olarak yer verilmiştir. Hukuki bir aksaklık yaşanmaması adına, iki düzenleme de Almanya'da eşzamanlı olarak 01.08.2001 tarihinde uygulamaya girmiştir.

Ülkemizde eşcinsellerin yasal olarak birlikte yaşamalarına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Eşcinsel hayat ortaklığını düzenleyen Alman kanunlar ihtilafı kuralına (EGBGB md. 17b) göre Almanya'da kurulan ve taraflardan birinin Türk vatandaşı diğerinin Alman vatandaşı olduğu bir hayat ortaklığında, Türkiye'de ve Almanya'da bulunan terekenin nasıl paylaşılması gerektiği düşünülebilir. Çalışmamızın amacı eşcinselliğin tartışılması veya özendirilmesi olmayıp, böyle bir hukuki problemin çözümüne yönelik düşüncelerden oluşmaktadır.

I. Türk Hukuku'nda Hayat Ortaklığı Kavramı

A. Genel Olarak

5718 sayılı Kanun'da kanunlar ihtilafı kuralları üzerinde bir inceleme yapıldığı takdirde, Alman kanunlar ihtilafı kuralları ile birçok kanunlar ihtilafı kuralının paralel olduğu görülecektir. Türk kanunlar ihtilafı kuralları arasında düzenlenmeyen dikkat çekici kurallardan biri, Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığına (Eingetragene Lebenspartnerschaft) dair kanunlar ihtilafı kuralıdır.

Kanımızca, Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda böyle bir düzenlemeye yer verilmemesinin nedeni, tescil edilmiş hayat ortaklığı kurumunun Türk maddi hukukunda hiçbir şekilde yer almamasıdır. Zira bu kurum Türk maddi hukukunda düzenlenmiş olsa idi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) ilgili düzenlemenin yapılması bir zorunluluk oluşturacaktı. 4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Medeni Kanun'da evlilikte başvuru makamını düzenleyen md. 134, "birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar" diyerek, evliliğin kadın ve erkek arasında yapılacağını herhangi bir şüpheye yer vermeden vurgulamıştır. Hayat ortaklığı kurumunu düzenleyen özel bir yasamız da bulunmamaktadır. Böylece, Alman Hukuku'ndaki "farklı evlilik" (aliud zur Ehe) düzenlemesinin aksine, hukuk sistemimizde aynı cinsten kişilerin resmi birliktelik kurmasına yer verilmemiştir.

B. Eşcinselliğin Yasaklanması

Türk Hukuku'nun, eşcinsellerin resmi olarak birlikte yaşamasını, Medeni Kanun'da ve MÖHUK'ta düzenlememiş olması, eşcinsellerin birlikte yaşamasının yasak olduğu anlamına veya eşcinsel olmanın yasak olduğu anlamına gelmemektedir. Türk hukuk tarihinin hiçbir aşamasında (Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyeti dâhil olmak üzere), eşcinselliği yasaklayan veya cezalandıran hukuki bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴. Her ne kadar yasal olarak bir düzenleme yapılmasa da, kamuoyunda eşcinsellik ve eşcinsel birliktelikler Türk örf ve adetleri ile Türk aile yapısına aykırı kabul edilmektedir⁵.

⁴ BAUER/BERGER/HUTTER, s. 4. Ayrıca bkz., AVERY, s. 109.

⁵ Kıta Avrupası'na baktığımızda, yasal serbesti konusunda Türkiye'ye en yakın olan ülke İtalya'dır; ancak faşizm zamanında İtalya'da eşcinsellik yasaklanmıştır; bkz., BAUER/BERGER/HUTTER, s. 4. Almanya'nın eşcinsellik konusundaki tarihi gelişimi dikkat çekicidir. Almanya ve Avusturya'nın 1532 tarihli ilk ceza yasası (*Constitutio Criminalis Carolina* § 116), eşcinsel ilişkiyi suç saymıştır ve ölümlü (ateşte yakılma) cezalandırmıştır. 1872 tarihli Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch/StGB), 1935 yılında (Naziler döneminde) ağırlaştırılmıştır. İlerleyen süreçte § 175'e yönelik değişikliklere gidilse de (yaş sınırlaması gibi), bu uygulamanın yürürlükten kaldırılması 1994 tarihli Ceza Hukuku düzenlemesi ile olmuştur. 1994 yılından itibaren Almanya'da eşcinsellik hiçbir şekilde suç olarak görülmemektedir. Benzer yasaklara geçmişte birçok Avrupa ülkesinde rastlanmaktadır; ancak bugün hemen her Avrupa ülkesi, eşcinsellere karşı ayrımcılığı önlemeye ve temel hak ve özgürlükler açısından bireyler arası eşitliği sağlamaya yönelik pozitif hukuk düzenlemelerine sahiptir. Tarihi gelişim için bkz., PUFF, s. 17, 30 vd.; HOFFMANN/HUTTER/LAUTMANN, s. 257. Almanya'nın eşcinsellikle ilgili düzenlemeleri için bkz., REINLE, *Das Mittelalterliche*, s. 165 vd.; WAHL, s. 10; REINLE, *Homosexuellen* s. 314; SCHNEIDER-LASTIN/PUFF, *Quellen*, s. 119 vd.; SCHNEIDER-LASTIN/PUFF, *Homosexualität*, s. 79 vd. (kısaltma: Spätmittelalter); BAUER/BERGER/HUTTER, s. 4. Ancak diğer yandan, 2004 yılında Avrupa Birliği üyeliğine kabul edilen Litvanya'da eşcinselliğe yönelik önemli yasaklar gündemdedir. Litvanya Parlamentosu (Seimas), 16 Haziran 2009 tarihinde bir tasarı düzenlemiştir. Tasarıya göre, okullarda ve gençlerin bulunduğu kamuya açık alanlarda eşcinsellik hakkında konuşmak, eşcinselliği teşvik etmek veya teşviki için finansal yardımda bulunmak, para cezası (580Avro-2900 Avro) veya hapis cezası ile cezalandırılacaktır; bkz., <http://www.equal-jus.eu/node/69>; madde metinleri için bkz., Litvanya İdare Kanunu md. 214/30 (Article 214(30) in the Administrative Code): http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=344468&p_query=&p_tr2=, Litvanya Ceza Kanunu madde 301 I (Article 310(1) in the Penal Code): http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=344470&p_query=&p_tr2=, <http://www.lithuaniantribune.com/2010/11/15/lithuanian-parliament-seeks-to>

II. Alman Hukuku'nda Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığı

A. Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığı Kavramı

Batı hukuklarında, birlikte yaşayan eşcinsellere karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemeler ve bu birliktelikleri yasal bir zemin içerisinde değerlendirme çabası, yeni hukuki ihtiyaçlara neden olmuş ve evlilik kurumu esas alınarak⁶, bu kuruma denk kurumlar hazırlanmıştır⁷. Almanya, “Eşcinsel Birlikteliklere Karşı Ayrımcılığın Sona Erdirilmesine Dair Kanun: Hayat Ortaklıkları” isimli yasayı 16.02.2001 tarihinde hazırlamış⁸ ve 01.08.2001 tarihinde yürürlüğe koymuştur⁹. Tescil edilmiş hayat ortaklığı kurumu, Alman Milletlerarası Özel Hukuku'nda ilk olarak EGBGB md. 17a çerçevesinde 01.08.2001'de düzenlemiş; ancak daha sonra kanunlar ihtilafı kuralı, 11.12.2001'de EGBGB md. 17b'de yeniden ele alınmıştır.

Tescil edilmiş hayat ortaklığı kurumu, Alman Aile Hukuku'na yeni katılan bir kavram olup, eşcinsel iki kişinin resmi makam huzurunda bir birliktelik kurmasını ifade etmektedir¹⁰. Taraflar, evlilikte olduğu gibi yetkili resmi memur huzurunda ve en fazla iki şahit eşliğinde, memurun sorduğu soruya evet diyerek birlikteliklerini kurmaktadır.

Hayat Ortaklığı Kanunu (LPartG) § 23, Alman eyaletlerine, bir yetkili makam belirlemeleri suretiyle bu birlikteliği kurma hakkını vermektedir. Taraflar, yazılı veya sözlü olarak, yetkili makama başvurmalıdır (EGBGB md. 17 b). Yetkili memur, taraflara, ayrı ayrı hayat ortak-

ban-gay-prides/ 11.10.2010.

⁶ DETHLOFF, s. 2598; SCHERPE, s. 212 vd.

⁷ Hayat ortaklığının evlilik sayılmadığı görüşü için bkz., DURAL, s. 179.

⁸ BGBl I 2001, 26, RegE BT-Dr 14/4545; Rechtsausschuss BT-Dr 14/4550; bkz. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/045/1404545.pdf>, 01.12.2010; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/045/1404550.pdf>, 01.12.2010.

⁹ Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Kanun Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrecht), BGBl I 2004, 3396; RegE BT-Dr 15/3445; Rechtsausschluss BT-Dr 15/4052. Metin için bkz., http://www.bmj.bund.de/files/-/817/Novelle_LPartG.pdf, 01.10.2010. Kanunun Anayasa'ya uyum süreci için bkz., SCHOLZ, s. 393.

¹⁰ BASEDOW/HOPT/KÖTZ/DOPFFEL, s. 391 vd.; LANGENFELD/HEISS/BORN, Rn. 129, 130; SCHOTTEN/SCHMELLENKAMP, Rn. 237b; RIECK, Rn. 31; JAUERNIG, Rn. 5; WELLENHOFER, s. 705; SCHWAB, s. 385; SCHOLZ/STEIN, Rn. 306a; SIEHR, Rn. 200; FRANK, s. 35.

lığını kurmak isteyip istemediklerini soracaktır. Tarafların bu soruyu olumlu yanıtlamaları ile birlikte, memur, hayat ortaklığının o andan itibaren kurulduğunu açıklamakla yükümlüdür¹¹. Kimlerin hayat ortaklığı kuramayacağı Hayat Ortaklığı Kanunu § 1 III'de sayılmaktadır. Buna göre, evli olan, ergin olmayan (evlilikten farklı olarak, 18 yaşından küçükler mahkeme kararı ile hayat ortaklığı kuramazlar) veya hâlihazırda hayat ortaklığı tarafı olan kimseler; düz çizgi hısımları; tam ya da yarım kardeşler hayat ortaklığı kuramazlar. Taraflar, gerçek anlamda bir hayat ortaklığı yaşamak istemediklerini beyan ettikleri takdirde, bu beyan hayat ortaklığını kurmaya engel kabul edilir. Evlilikten farklı olarak, hayat ortaklarının yükümlülükleri aileye karşı değil; birbirlerine karşıdır¹². Kanun koyucu, evlilik birliği içerisinde üçüncü kişinin çocuğunun müştereken evlat edinilmesini mümkün görürken (Alman Medeni Kanunu § 1741 II 2), hayat ortaklığında tarafların, üçünü kişinin çocuğunu müştereken evlat edinmelerine izin vermemiştir¹³. Bu durum, evlilik ve hayat ortaklığı arasındaki nerdeyse tek hukuki farktır¹⁴. Hayat ortaklığının sona ermesinde, mahkeme boşanma kararı değil, iptal kararı (Auflösung) verecektir¹⁵. 01.01.2005 tarihinden itibaren geçerli olan Hayat Ortaklığı Kanunu § 15 II 2'ye göre, iptal kararını vermeye yetkili olan mahkeme Aile mahkemesidir.

B. Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığına Uygulanacak Hukuk

Bir Türk vatandaşının ve bir Alman vatandaşının Almanya'da kurdukları tescil edilmiş hayat ortaklığı, EGBGB md. 17b'ye göre hükme bağlanacaktır. EGBGB md. 17b I'e göre, ihtilafa, tescilin yapıldığı ülkenin maddi hukuku uygulanacaktır. EGBGB md. 17b I, bağlama noktasını hayat ortaklığının kayda geçirildiği yani tescil edildiği ülkenin hukuku olarak belirlemiştir¹⁶. Bu durumda, olaya uygulanacak hukuk, tescilin

¹¹ STUBER, s. 190; RÖTHEL, *Praxis-Kommentar BGB*, s. 7 vd.; DÖRNER, *Partnerschaften*, s. 147; THORN, s. 959.

¹² Karş. § 1353 BGB ile § 2 LPartG; ayrıca bkz., MUSCHELER, s. 230.

¹³ Hayat ortağı, tek başına bir çocuğu evlat edinebilirler. Ancak iki hayat ortağı, bir çocuğu birlikte evlat edinemezler. Ayrıca bkz., ANDRAE, s. 493.

¹⁴ Alman Vergi Hukuku kaynaklı mali ödemeleri kapsayan farklar yasa çalışmaları ile giderilmeye çalışmaktadır.

¹⁵ RÖTHEL, *Praxis - Kommentar BGB*, s. 9; ANDRAE, s. 499; LOOSCHELDER, s. 32 vd.

¹⁶ SCHOTTEN/SCHMELLENKAMP, Rn. 237; WAGNER, s. 282 vd.; HENRICH, s. 138; EVERTS, s. 598; KEMPER/SCHULZE, Rn. 2 vd.; GRZIWOTZ/

Alman resmi makamları huzurunda yapılması halinde, Alman Hukuku'dur. Alman kanun koyucu, EGBGB md. 17b'yi düzenlerken çok dikkatli davranmış; milli hukuk, mutad mesken veya yerleşim yeri bağlama noktalarına yer vermemiştir. Almanya dışındaki bir ülkede hayat ortaklığı kurumu kurmuş olan bir Alman vatandaşı için bağlanılacak hukuk, tescilin yapıldığı ülkenin hukukudur; Almanya'da hayat ortaklığı kuran çift için uygulanacak hukuk ise Alman Hukuku olacaktır.

III. Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığının Miras Yönünden Sonuçları

A. Genel Olarak

Kamu düzeni açısından, bir hakkın kazanılması ile daha önceden usulüne uygun olarak kazanılmış bir hakkın etkilerini doğurması birbirinden farklıdır¹⁷. Önceden usulüne uygun olarak kazanılmış hak, kamu düzenine aykırı olabilir. Ancak kamu düzenine aykırı olarak kazanılmış hakkın etkilerinin, kamu düzenine aykırı olmaması halinde, bu hakkın etkilerinin tanınması “kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi teorisi” ile açıklanmaktadır¹⁸. Misal olarak tek eşliliğin kabul edildiği Türkiye’de kamu düzeni meselesi açıklanırken verilen en çarpıcı örnek Arap Hukuklarında rastlanılan poligami ve bu poligamiden doğan sonuçların Türk kamu düzeni ile çatışıp çatışmayacağı meselesidir. Somut olaya göre, poligamiyi benimseyen bir hukuk düzenine bağlı olan kişi, Türkiye’de ikinci/üçüncü/dördüncü bir evlilik yapamaz. Çünkü bu evlilik Türk kamu düzeni (MÖHUK md. 5) engellemesi ile karşılaşacaktır. Oysa Türkiye’de yaşayan Suudi erkeğin Türkiye’de bulunan eşleri, erkeğin kendilerine bakmadığını beyan ederek evlilik içi nafaka davası açtıkları zaman, Türk hâkim, Suudi erkeğin tüm eşleri için nafakaya hükmedilmesine karar vermektedir¹⁹. Türk Hukuku’nda poligamik evliliklerin mutlak olarak yasaklanmasına rağmen, yabancı ülkede, o ülkenin hukuk düzenlemesine uygun olarak yapılmış olan poligamik evlilikten doğan nafaka taleplerinin Türkiye’de kabul edilmesi, Türk kamu düzeninin hafifletilmiş etkisinin (effet atténué de

SCHNITZLER, Rn. 2-3.

¹⁷ Bkz., DEMİR GÖKYAYLA, s. 144 dipnot 83; s. 148.

¹⁸ DEMİR GÖKYAYLA, s. 154.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., NOMER, s. 169; ÇELİKEL, s. 157 vd.; TEKİNALP, s. 160; ÖZEL, s. 175; DEMİR GÖKYAYLA, s. 31.

l'ordre public) sonucudur²⁰. Başka bir örnek, evli bir İranlı, kendi milli hukukunun izin vermesine rağmen, Türkiye'de ikinci/üçüncü/dördüncü bir evlilik yapamaz; şayet izin verilmemesine rağmen evli İranlı erkek, Türkiye'de başka bir kadın ile evlenirse, bu evlilik mutlak butlan ile batıl olacaktır. Kendi ülkesinde dört eşi olan bir İranlı erkeğin çocukları arasında Türkiye'de bir miras meselesi ortaya çıktığı zaman, bu çocuklar için İran Hukuku uygulanacaktır²¹. Bu durum da, kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi ile açıklanmaktadır.

Alman Hukuku'na uygun olarak kurulmuş hayat ortaklığından kaynaklanan miras meselesi söz konusu olabilir. Muris Türk/Alman vatan-daşı ise, mirasa -aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz- 1930 tarihli uluslararası sözleşme uygulanacaktır. Kanımızca, hayatta kalan tarafın veraset ilamı alması veya almaya çalışması, hem Türk hem de Alman hukuk düzenini yakından ilgilendirecektir; zira burada üzerinde durulması gereken husus hakkaniyete erişilip erişilmediği ile ilgilidir. Aşağıda, bu husustan doğan miras meselesi incelenecektir²².

B. Uluslararası Sözleşme

1. Genel Olarak

Türk ve Alman hukuk düzenlemeleri uyarınca, uluslararası sözleşmeler iç hukuka göre önceliklidir. Türkiye ile Almanya arasında 28.5.1929 tarihinde²³ imzalanmış olan "Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti arasında Konsolosluk Mukavelesi (Konsularvertrag zwischen der Türkischen Republik und dem Deutschen Reiche²⁴)" halen yürürlüktedir²⁵.

²⁰ DEMİR, GÖKYAYLA, s. 153 vd.. Yazar, Alman doktrininde kamu düzeninin hafifletilmiş etkisinin kabul edildiğini, ancak Alman mahkemelerinin doğrudan bu teoriden söz etmediğini, bunun yerine Indlansbeziehung (iç ilişki) teorisine atıf yapıldığını belirtmektedir; bkz. s. 149, 151. Kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., DEMİR GÖKYAYLA s. 144 vd.

²¹ Örnek için bkz., NOMER, s. 164, 169.

²² Ayrıca bkz., Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 10.10.1968, YAZICI/ATASOY, s. 791 vd.; ÇELİKEL, s. 159; DÖRNER, *Bundesrepublik, OLG (15. Zivilsenat)*, s. 49; BAETGE, Rn. 101.

²³ RG. 8.6.1930-1514.

²⁴ Aynı Sözleşme için bkz., Alman Resmi Gazetesi (Reichsgesetzblatt) 1930 II, s. 748. Almanca ve Türkçe orijinal metinler için bkz., http://www.dnoti.de/DOC/2005/RGBI_1930_748ff.pdf, 15.10.2010.

²⁵ RAUSCHER, s. 232; KROIB/HEIDEL/HÜBTEGE/MANSEL/NOACK, Rn.

Konsolosluk Mukavelesi'nin en sonunda, Mukavele'nin 20. maddesiyle bağlantılı olarak terekeye ilişkin hükümlerden oluşan 19 bentlik özel bir bölüm vardır. Türk Resmi Gazetesi'nde bu özel bölüm "Konsolosluk mukavenamesinin 20inci maddesinin merbutu Terekeye ait ahkâm" şeklinde; Alman Resmi Gazetesi'nde "Konsolosluk Mukavelesi'nin 20. maddesine ek olarak yapılan düzenleme: Veraset Anlaşması (Anlage zu Artikel 20 des Konsularvertrages: Nachlassabkommen)" şeklinde nitelendirmektedir. Alman doktrininde ve uygulamasında, Konsolosluk Mukavelesi'nin sonunda yer alan bu özel bölüm Veraset Anlaşması şeklinde adlandırmış; genel bir tabir olarak, Türk-Alman Veraset Anlaşması kavramını benimsemiştir²⁶. Çalışmamızda, mukayeseli hukukla paralel olmak ve Konsolosluk Mukavelesi ile olabilecek bir karışıklığı önlemek amacıyla, biz de bu özel bölümü Veraset Anlaşması şeklinde nitelendirmeyi uygun gördük.

Her iki ülkenin kanunlarında bulunan hukuki düzenlemeler göz önüne alındığında, Veraset Anlaşması'nın 14 ve 18. bentlerinin uygulanmasına gerek olmadığı doktrinde belirtilmektedir²⁷. İki ülke arasında uluslararası bir sözleşme olmasa idi, vakıya MÖHUK tatbik edilecekti. Ancak uluslararası mukavele, böyle bir ihtilafta öncelikli olarak uygulanacaktır.

2. Uygulanacak Hukuk

Veraset Anlaşması bend 14'e göre, menkul terekede veraset hakkına konu olan miras, miras bırakanın öldüğü anda vatandaşı bulunduğu ülkenin kanunlarına göre bölünüp tasfiye edilecektir (bend 14 I). Bu durumda, menkul bir tereke söz konusu ise, murisin öldüğü anda taşıdığı vatandaşlığa göre tasfiye işlemi yapılacaktır. Gayrimenkul tereke ise, gayrimenkulün bulunduğu ülkenin hukukuna göre ve miras bırakan gayrimenkulün bulunduğu ülkenin vatandaşıymış gibi düşünülerek, bölünüp tasfiye edilecektir (bend 14 II). Gayrimenkul terekenin tasfiyesinde, gayrimenkulün bulunduğu ülke hukuku esas alınarak tasfiye işlemi yapılacaktır. Bu noktada vatandaşlık kriteri bir önem taşımamaktadır.

4-10; OERTZEN/PAWLYTTA, Rn. 103-105; SCHOTTEN/SCHMELLENKAMP, Rn. 264; NOMER/ŞANLI, s. 507.

²⁶ RAUSCHER s. 232; KROIB/HEIDEL/HÜBTEGE/MANSEL/NOACK, Rn. 4-10; OERTZEN/PAWLYTTA, Rn. 103-105; SCHOTTEN/SCHMELLENKAMP, Rn. 264.

²⁷ NOMER/ŞANLI, s. 283-284, dn. 128; KRÜGER, s. 132, 158.

Türk vatandaşının öldüğü bir hayat ortaklığında, Tübingen'deki bankada parası, İstanbul'da ve Wittenberg'de evleri olduğunu varsayarsak, murisin Wittenberg'deki evi Alman Hukuku uyarınca mirasçılar arasında taksim edilecektir. Bankadaki hesabı ve İstanbul'daki evi ise, Türk Hukuku'na göre taksim edilecektir. Alman hayat ortağının daha önce ölmesi ihtimali de akla gelebilir. Bu durumda, Alman hayat ortağının Berlin'deki evi ve İstanbul'daki banka hesabındaki parası Alman Hukuku uyarınca miras paylarına ayrılacaktır. Türk hayat ortağı, Alman Hukuku uyarınca, "eş gibi" mirasçı olacaktır. Alman hayat ortağının Antalya'daki evi ise, Türk Hukuku'na göre miras paylarına ayrılacaktır.

Sözleşme somut olaya uygulandığında, Alman Hukuku uyarınca Türk hayat ortağı mirastan eş sıfatı ile aynı oranda hak sahibi olurken, vakiya Türk Hukuku uygulandığında Alman hayat ortağının herhangi bir mirasçı sıfatı olmamaktadır. Bu durum kanımızca, adalete ve hakkaniyet ilkesine aykırı olacaktır.

3. Veraset İlamı

a. Türkiye'den Alınan Veraset İlamı

Veraset ilamının hangi ülkeden talep edileceği, Veraset Anlaşması'nda belirlenmiştir. Veraset Anlaşması'nın 15. bendine göre, menkul terekeye dair mirasçılık iddiası, istihkak davası veya mahfuz hisse iddiası gibi iddialar söz konusu ise, murisin öldüğü anda vatandaşlığını taşıdığı devlet mahkemeleri yetkilidir. Aynı iddiaların gayrimenkule yönelik olması halinde, gayrimenkul terekenin bulunduğu devlet mahkemeleri yetkilidir. Bend 15'de mahkemelerin yetki tespitinin yapılmasına ilave olarak, yetkilendirilen mahkemelerin vereceği kararların, diğer devlet tarafından da tanınacağına hükmedilmiştir. Misal olarak, Almanya'da sadece menkul malvarlığı olan bir Türk vatandaşı öldüğü zaman, Veraset Anlaşması'nın 15. bendine göre mirasçılık hakkının ispatı için Türk Mahkemesi yetkilendirilmiştir. Türkiye'de taşınmaz malvarlığı olan bir Alman vatandaşının ölmesi halinde, mirasçıların Türkiye'de mirasçılık haklarını ispat etmeleri gerekmektedir. Bend 15'de işaret edilen yetkili mahkeme gayrimenkulün bulunduğu devlet mahkemesi olan Türk Mahkemesidir. Bunun için mirasçılardan sadece bir taneisinin Türk mahkemesine başvurarak veraset ilamının çıkartılmasını talep etmesi yeterli olacaktır. Zira Türkiye'de taşınmaz malvarlığı olan

bir Türk vatandaşına mirasçı olan kimse, yetkili Türk mahkemesine başvurmak zorundadır.

Türk mahkemesinden alınan veraset ilamı, doğrudan Alman makamlarına sunulamaz²⁸. Veraset Anlaşması'nın 17. bendine göre Türkiye'nin Almanya'daki bir temsilciliği tarafından veraset ilamının tasdik edilmesi gerekmektedir. Şayet bu yol tercih edilmezse, veraset ilamına Apostille şerhi vurulması gerekir.

b. Almanya'dan Alınan Veraset İlamı

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Veraset Anlaşması'nın 15. bendine göre, menkul terekeye dair mirasçılık iddiası, istihkak davası veya mahfuz hisse iddiası gibi iddialar söz konusu ise, murisin öldüğü anda vatandaşlığını taşıdığı devlet mahkemeleri yetki kazanacaktır; aynı iddiaların gayrimenkule yönelik olması halinde, gayrimenkul terekenin bulunduğu devlet mahkemeleri yetkili olacaktır.

Almanya'da taşınmaz malvarlığı olan bir Türk vatandaşının ölmesi halinde, mirasçıların, Veraset Anlaşması'nın 14. bendine göre ölenin son yerleşim yerinde yetkili olan Alman mahkemesinden veraset ilamı almaları gerekmektedir. Alman mahkemesinden alınan veraset ilamı, doğrudan Türk makamlarına sunulamaz; bu nedenle, yukarıda belirttiğimiz üzere, Veraset Anlaşması'nın 17. bendine göre Almanya'nın Türkiye'deki bir temsilciliği tarafından ilamın tasdik edilmesi gerekmektedir. Şayet bu yol tercih edilmezse, veraset ilamına Apostille şerhi vurulması gerekir.

Almanya'da taşınır veya taşınmaz malvarlığı olan bir Alman vatandaşı öldüğünde, mirasçıların, Almanya'daki mirasçılık haklarını ispatlayabilmeleri için, Almanya'da düzenlenmiş bir veraset ilamı almaları gerekmektedir. Mirasçılar Almanya'da ikamet ediyorlarsa, murisin son ikametgâhı için yetkili bulunan Alman mahkemesine başvurarak veraset ilamı çıkartacaklardır. Mirasçıların yerleşim yerinin Türkiye olması halinde, Almanya'nın yetkili yurtdışı temsilciliklerine başvurmaları gerekmektedir.

Türkiye'de taşınır malvarlığı olan bir Alman vatandaşı öldüğünde, Veraset Anlaşması'nın 14. ve 15. bendine göre mirasçının Türkiye'de

²⁸ Bkz., ŞANLI, s. 303.

mirasçılık hakkının ispatı için Almanya'da düzenlenmiş olan bir veraset ilamı yeterlidir. Mirasçıların ikamet yeri Almanya ise, murisin son yerleşim yeri için yetkili bulunan Alman mahkemesine başvurulması gerekmektedir. Alman veraset ilamının Türkiye'de ispat kabiliyetinin olabilmesi için yukarıda bahsettiğimiz iki yoldan biri izlenmelidir (bend 17). Mirasçıların yerleşim yerinin Türkiye olması halinde, Almanya'nın yetkili yurtdışı temsilciliklerine başvurmaları gerekmektedir.

Veraset Anlaşması'nda belirtilen resmi makamlara başvuru yapılarak veraset ilamı talep edilecektir. Ancak Alman Hukuku'na göre verilen veraset ilamında Türk hayat ortağı mirasçı sıfatı ile yer alırken, Türk Hukuk sistemine göre verilen veraset ilamında Alman hayat ortağının mirasçılık sıfatı olmayacaktır. Örneğimizde, bir Türk ve Alman'ın kurduğu hayat ortaklığı ölümle sona ermiş olsun. Alman vatandaşının ölmesi halinde, Almanya'daki evi, Almanya'daki ve Türkiye'de bankada bulunan paraları için Alman Hukuku uygulanacaktır. Alman Hukuku'na göre, hayat ortakları evlilikteki eş gibi mirasçı olmaktadır. Buna göre, Alman mahkemesinden alınan veraset ilamında, Türk hayat ortağı, mirasçı sıfatı taşıyacaktır. Alman hayat ortağının Antalya'daki evi ise Türk Hukuku'na tabidir. Buna göre, Türk hayat ortağı, Almanya'daki ev, Türkiye'deki ve Almanya'daki menkuller üzerinde mirasçı olabilirken, Antalya'daki ev için mirasçılık sıfatı kazanamayacaktır. Çünkü Türkiye'den alınan veraset ilamında hayat ortağı gözükmeyecektir. Türk hayat ortağının ölmesi halinde, Türk vatandaşının Berlin'deki evi üzerinde Alman hayat ortağının mirasçılık sıfatı olacaktır; zira Almanya'daki gayrimenkuller için Alman Hukuku uygulanacaktır. Ancak murisin Almanya ve Türkiye'deki menkul malları ile İstanbul'daki gayrimenkulü için Türk Hukuku uygulanacaktır. Bundan dolayı, hayat ortağı veraset ilamlarında mirasçı olarak gözükmeyecektir²⁹ ³⁰. Böyle bir durumda, mirasın taksiminde problem çıkmaması için, Türk vatandaşının, vatandaşlıktan ayrılarak Alman vatandaşlığına geçmesi söz konusu olabilir. Ancak bu durumu hukuki bir çözüm olarak görmemekteyiz. Diğer bir ihtimal, tam anlamı ile mirasçılık haklarını sağlamasa da, tarafların vasiyetname hazırlamalarıdır.

²⁹ Veraset ilamı, ihtilafsız kaza niteliğindedir ve aksi ispat edilene kadar mirasçılık durumunu tespitiye yöneliktir. Veraset ilamı, kesin hüküm teşkil etmediği için, Türkiye'de tanınmasına veya tenfizine karar verilemez; bkz. NOMER/ŞANLI, s. 290, 291, 507; ÇELİKEL, s. 291; TEKİNALP, s. 284.

³⁰ Ayrıca bkz., ÖZEL, s. 173 vd.; DEMİR GÖKYAYLA, s. 36 vd.

Yukarıdaki farazi örneğimizde uyumsuzluk ve çelişki çıkmasının nedeni, yabancı unsurlu vakiyaya birden fazla hukuk sisteminin bir arada uygulanmasıdır. Hukuk sistemlerindeki farklılıklar nedeniyle, uyumsuzluk ve çelişki ile karşılaşılabilir. Bu sonuç, intibak (uyumlaştırma) kurumunun uygulanması ile çözüme ulaştırılabilir³¹. Alman Hukuk sistemi, Türk hayat ortağına hayat ortağı sıfatı ile mirasçılık hakkı tanımaktadır. Türk Hukuk sistemi, hayat ortaklığı kurumunu kabul etmemiştir; ancak taraflar arasındaki bu ilişkinin görmezden gelinmesi hakkaniyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu durumda, intibak yoluyla Alman hayat ortağına miras hakkının sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

IV. Miras Düzenlemesine İlişkin Alman Kanunlar İhtilafı

Kuralı (EGBGB md. 25)

Türkiye’de eşcinsellere yönelik resmi bir birlikte yaşama düzenlemesi olmadığından, bazı Türk vatandaşlarının, yurt dışına böyle bir birlikliği resmileştirmek için gitme ihtimali her zaman mevcuttur. İki Türk vatandaşının Almanya’da hayat ortaklığı kurması durumunda EGBGB md. 17b uyarınca Alman Hukuku uygulanacaktır³².

Taraflardan birinin Alman, diğerinin Türk olması ihtimali mevcuttur. Bu ihtimal göz önüne alınarak, Alman Yabancılar Hukuku’nda düzenlenen Aile Birleşmesi’nde ve Avrupa Birliği’nde kişilerin serbest dolaşımında önemli bir unsur teşkil eden Aileye Mensup Kişiler kavramına “eşi, “eşcinsel hayat ortağı” ile “reşit olmamış bekâr çocuğu” dâhildir denilmektedir³³.

Taraflardan birinin Alman, diğerinin Türk olduğu hayat ortaklığının Almanya’da tescil edildiğini ve 1930 tarihli uluslararası sözleşmenin **uygulanmadığını** farz edelim. Bu durumda, Alman Hukuku’ndaki düzenleme hakkında kısa bir çalışma yapmış oluruz: Alman hâkim, yabancılik unsuru içeren miras ihtilafına EGBGB md. 25’i uygulaya-

³¹ NOMER/ŞANLI, s. 131 vd.; TEKİNALP, s. 43 vd.

³² Karş. STRUM, s. 676.

³³ HAILBRONNER, s. 438. Yazar, Avrupa Birliği ile Türkiye arasında Eylül 1980’de imzalanan Ortaklık Konseyi’nin 1/80 sayılı kararının 7. maddesinde aileye mensup kişilerin tanımının yapılmadığını; kavramın içine hayat ortaklığının dahil edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

caktır. EGBGB md. 25, mirası düzenleyen Alman kanunlar ihtilafı kuralıdır³⁴. EGBGB md. 25 I'e göre, miras ölenin öldüğü andaki milli hukukuna tabidir. Türk vatandaşının öldüğünü varsaydığımız ihtilafta, Alman hâkim EGBGB md. 25 I uyarınca Türk Hukuku'nu uygular. Bu durumda, Türk vatandaşının Berlin'deki evi Türk Hukuku'na tabidir. Ancak EGBGB md. 25 II'ye göre, Almanya'daki gayrimenkuller için Alman Hukuku seçilebilir. Bu hukuk seçiminin konusu ve seçilecek hukuk bellidir; seçim sadece Almanya'daki gayrimenkuller için Alman Hukuku seçilerek yapılabilir³⁵. Şayet böyle bir seçim yapılmazsa, Türk Hukuku'na gidilecektir. Türk Hukuku meseleyi düzenlemediğinden, tarafların hayat ortaklığını kurduğu madde olan EGBGB md. 17b'ye bakılması gerekir. Yabancılık unsuru taşıyan tescil edilmiş hayat ortaklığına dair kanunlar ihtilafı kuralında (EGBGB md. 17b) II. cümle, tarafların hukukunda miras ve nafaka konularında bir düzenleme yoksa, bu konularda tescil yeri hukuku, yani Alman Hukuku uygulanır, demektedir. Böylece Alman maddi hukukuna ulaşılır. Hayat Ortaklığı Kanunu § 10, miras hukukuna yönelik düzenlemeleri içermektedir. Alman kanun koyucu, tescil edilmiş hayat ortaklığına ilişkin düzenlemeleri yaparken, bu kurumu evlilik kurumu ile uyumlu bir şekilde düzenlemeyi amaçlamıştır. Bu nedenle, müşterek evlat edinme hariç³⁶, diğer hususlarda iki kurum birbirine denk sayılmaktadır. Taraflardan birinin ölmesi halinde, miras, evlilik kurumunda olduğu gibi paylaştırılacaktır; yani hayatta kalan taraf, murisin "evlilik kurumundaki eşi ile aynı haklara sahip olarak" mirastan pay sahibi olacaktır. Hayat Ortaklığı Kanunu § 10 fıkra I'e göre, sağ kalan hayat ortağı, birinci zümre ile birlikte mirasçı olursa, terekenin dörtte birini; ikinci zümre ile veya büyükanne ve büyükbaba ile birlikte mirasçı olursa, terekenin yarısını miras hakkı olarak almaktadır. Fıkra II'ye göre, birinci ve ikinci zümrede hiç mirasçı bulunmuyorsa ve büyükanne ile büyükbabalar ölmüş ise, mirasın tümü sağ olan hayat ortağına kalır. Özetle, mirasın paylaşımı konusunda hayat ortakları ve evli eşler arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır; aksine Alman kanun koyucu dengeyi sağ-

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., BIRK, Rn. 21-22; EULE, s. 508; STEINMETZ, s. 64; PAPADIMOPOULOS, s. 442.

³⁵ Bu durum, sınırlı hukuk seçimi olarak nitelendirilmektedir, bkz., RAUSCHER, s. 233.

³⁶ RAINER/STAUDINGER, Rn. 56-59; SCHOTTEN/SCHMELLENKAMP, Rn. 237; FRANK, s. 36 vd.; DETHLOFF, s. 208; OLG, *Lebenspartnerin*, s. 2065.

lamak amacıyla iki kurumu mümkün olduğunca birbirine eşit düzenlemeye çalışmıştır. Aynı örnekte Alman vatandaşının öldüğünü varsayarsak, öncelikle EGBGB md. 25'e bakılır; md. 25 bizi Alman maddi hukukuna yönlendir. Bu durumda Alman muris için Hayat Ortaklığı Kanunu § 10 uygulanacaktır ve Türk hayat ortağı mirasçı olacaktır.

Bu ihtimallerde, uluslararası sözleşmenin **uygulanmadığını** varsayarak yola çıkmıştık. Ancak 1930 tarihli Uluslararası Sözleşme, hala yürürlüktedir ve iç hukuka göre öncelikli olarak uygulanır.

V. Miras Düzenlemesine İlişkin Türk Kanunlar

İhtilafı Kuralı (MÖHUK md. 20)

Şayet Almanya ve Türkiye arasında uluslararası bir sözleşme olmasaydı, ihtilafa MÖHUK uygulanacaktı. Olayımızdaki taraflardan birinin Türk olduğunu, ancak diğerinin Alman olmadığını varsayarsak, yabancılik unsuru taşıyan miras meselelerine MÖHUK uygulanır.

Mirasçılarının tespiti, miras hisseleri, ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği ve tasarruf oranı, tenkis davası, devletin mirasçılığı, mirasın açılması, mirasın iktisabı ve taksiminin hangi hukuka göre çözüleceğini MÖHUK belirlemektedir³⁷. MÖHUK md. 20 uyarınca, miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan gayrimenkuller hakkında Türk Hukuku uygulanacaktır. Kimlerin mirasçı olacağını gösteren tüm kurallar MÖHUK md. 20 I'e tabidir. Kanuni mirasçılarının ne oranda mirasçı olacağına yine MÖHUK md. 20 I karar vermektedir. Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke, devlete kalacaktır (md. 20 III).

Bir yabancı ile hayat ortaklığı kurmuş Türk vatandaşının ölmesi halinde, murisin terekesine Türk hukuku uygulanacaktır. Murisin yabancı olması halinde, Türkiye'deki taşınmazlar hariç kalmak üzere, terekeye kendi milli hukuku uygulanacaktır. Türk murisin kanuni mirasçılarının kimler olduğu ve miras hisseleri MÖHUK md. 20 I'e göre belirlenecektir; yani yabancı hayat ortağının mirasçı olup olmaması meselesi, MÖHUK md. 20 I'e göre belirlenecektir. MÖHUK md. 20 I, bu noktada bizi Türk maddi hukukuna götürmektedir. Türk Hukuku, eşcinsellere yönelik herhangi bir birlikte yaşama düzenlemesi yapmamıştır ve

³⁷ ÇELİKEL, s. 283; NOMER/ŞANLI, s. 284; TEKİNALP, s. 219; TANRIBİLİR, s. 729.

bu kurumu tanımamaktadır. Bu durumda, yabancı hayat ortağı, kendi hukukuna göre mirasçı olabilirken, Türk Hukuku'na göre böyle bir netlik bulunmamaktadır. Şayet sağ kalan, Türk murisin yabancı "eşi" olsa idi, MÖHUK md. 20 I'e göre kanuni mirasçı olacaktı.

VI. Düşünceler

A. Sistem Farkı Görüşü

Kanaatimizce, Türk hukukunda tescil edilmiş hayat ortaklıklarına dair bir düzenlemenin olmaması sistem farkı olarak değerlendirilmelidir ve Alman hayat ortağının örnekseme metodu ile eş statüsünde mirasçı sayılması gerekmektedir³⁸. Bunun en önemli gerekçesi adaletin sağlanmasıdır.

Şayet Alman hayat ortağı, kanuni mirasçı sıfatı ile mirasçı olamazsa, Türk murisin Alman hayat ortağından başka hiçbir mirasçısı olmaması ihtimalinde, mirasçısız tereke Türk devletine kalacaktır; Türk murisin başka mirasçıları olması halinde ise, miras bu mirasçılara kalacaktır. Ancak bu çözümler, kanımızca hakkaniyete aykırıdır.

Alman hukuk düzenine göre birlikte yaşamaya karar vermiş ve bunu resmiyete kavuşturmuş iki kişi söz konusudur. Taraflar hayat ortaklığının kurulması için gereken tüm aşamaları hukuka uygun olarak ve açık iradeleri ile yerine getirmişlerdir. Tarafların hayat ortaklığı kurmak için başvuracağı resmi makam, taraflardan birinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu alan içerisinde yer alan resmi makamdır; iki hayat ortağı için de böyle bir yer söz konusu değilse, tarafların hayat ortaklığının kurulması için başvurdukları resmi makam yetkili olacaktır³⁹. Taraflar, resmi makam önünde hazır bulunarak, yazılı bir şekilde, hiçbir şarta ve süreye tabi olmadan hayat ortaklığını kurmaya yönelik açık iradelerini -resmi memurun sorusunu cevaplayarak- belirtmişlerdir⁴⁰. Resmi memur, tarafların huzurunda, hayat ortaklığının kurulduğunu imzalayarak kayda geçirmiştir ve bu kayıt, o anda taraflar ve şahitler tarafından da imza-

³⁸ Mamelek haklarını düzenleyen sözleşmelerin, evlilik hükümlerinin ve çocuk varsa soybağı hükümlerinin analogi yapılarak bu konuda uygulanan hukuka tabi tutulmasını savunan görüş için bkz., TEKİNALP, s. 166.

³⁹ ULMER, Rn. 84; DETHLOFF, s. 2598; STUBER, s. 189.

⁴⁰ STUBER, s. 190; WOELKE/RIECK, Rn. 50-55; SCHOLZ, s. 393.

lanmıştır⁴¹. Tarafların hayat ortaklığı kurmak için başvurduğu yetkili makam, Hayat Ortaklığı Kanunu § 2 uyarınca, birlikteliğe engel bir durum olup olmadığını kontrol etmek zorundadır⁴². Tarafların hayat ortaklığını iptal ettirmeleri ancak mahkeme huzurunda ve hâkim kararı ile mümkündür⁴³. Tarafların Aile Mahkemesi huzurunda hayat ortaklığını “iptal ettirmeleri” durumunda, taraflardan birinin, diğerinden nafaka talep etme hakkı olacaktır. Hayat ortaklığının iptal edilmesi üzerine, kendisinden yaşlılığı veya sakatlığı nedeniyle çalışması beklenmeyen taraf, diğer taraftan hayat ortaklığı boyunca yaşadığı yaşam standartlarına uygun nafaka talep edebilecektir (Hayat Ortaklığı Kanunu § 16).

Tescil edilmiş hayat ortaklığının taraflarına yüklenen bu yasal hak ve borçlar ile Türk Hukuk sisteminde eşcinselliğin kanunen yasaklanan bir durum olmadığı birlikte göz önüne alındığında, Türk vatandaşın, Alman hayat ortağına mirasından pay bırakabilmek için ölüme bağlı tasarruf düzenlemek zorunda bırakılmaması gerekir. Tasvip etmediğimiz diğer yol, Türk vatandaşının, vatandaşlıktan ayrılarak Alman vatandaşlığına geçmesi halidir. Alman Hukuku, Alman vatandaşı ile evli kişiye bazı şartlarla Alman vatandaşlığını kazanma hakkı vermektedir. Böyle bir düzenlemenin, tescil edilmiş hayat ortaklığında Alman hayat ortağıyla resmi birliktelik kurmuş kişiye de sağlanacağını belirtmiştir⁴⁴.

B. Türk Kamu Düzenine Aykırılık Görüşü

Türkiye’de eşcinsel kişilerin resmi olarak birlikte yaşaması, Türk kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilebilir. Türk kamu düzenine aykırılık görüşüne dayanılırsa, gerekçe olarak, bu şekilde resmi bir birliktelik kurmanın, Türk Medeni Hukuku uyarınca mümkün olmayacağı, zira evlenmenin aynı cinsten kişiler arasında yapılmasının yokluk sebebi sayılacağı; birlikteliğin Türk toplumunun örf ve adetleriyle bağdaşmayacağı; Türk aile yapısı ve ahlak anlayışına aykırılık teşkil edeceği sunulabilir⁴⁵.

⁴¹ STUBER, s. 190; BRANDHUBER, s. 11; STUBER, s. 188.

⁴² STUBER, s. 190; KLEINWEGENER/SCHNITZLER, Rn. 1 vd.

⁴³ WOELKE/RIECK, Rn. 55; COESTER, Rn. 112-114.

⁴⁴ Alman Vatandaşlık Kanunu (Staatsangehörigkeitgesetz) § 9. Tescil edilmiş hayat ortaklıklarında böyle bir imkan bulunmamakla birlikte; tarafların hayat ortaklığı kurmadan önce gayriresmi olarak birlikte yaşamaları süre hesabına katılmamaktadır.

⁴⁵ Aynı cinsiyetten iki kişinin Türkiye’de kendi milli hukuklarına dayanarak ev-

Kamu düzenine aykırılık görüşü kabul edilirse, Alman hayat ortağına mirasçı statüsü tanınması ve mirastan pay alması mümkün olmayacaktır. Bu durumda, muris için kalan tek çare, hayattayken bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemek ve Alman hayat ortağının miras payını kısmen garanti altına almak olacaktır; çünkü Alman hayat ortağı hiçbir şekilde mirasçılık sıfatı kazanamayacaktır. Murisin Alman hayat ortağından başka bir mirasçısının bulunmaması halinde ise, miras devlete kalacaktır.

VII. Değerlendirme

Geçmişten günümüze bakıldığında, Türk Hukuku'nun eşcinselliğe bakış açısı tarafsızdır. Eşcinsellik yasaklanmamış ve cezalandırılmamıştır; bunun yanında eşcinsellere yönelik herhangi bir pozitif yasal girişimde de bulunulmamıştır. Kıta Avrupası'nda geçmişte katı bir şekilde yasaklanan eşcinsellik, bugün Aile hukukunda yer alan yeni bir kurumdur.

Türkiye'de kanuni hüküm bulunmayan bu vakıada katı bir kamu düzeni anlayışı bizi hakkaniyete ulaştıramaz. Kanımızca, Almanya'da bir Alman vatandaşıyla hayat ortaklığı kurmuş olan ve daha sonra ölen Türk vatandaşının Türkiye'deki malvarlığı, intibak yapılmak sureti ile Alman hayat ortağına kalabilir⁴⁶.

Bu sonuca varmamızın birkaç nedeni bulunmaktadır. Öncelikle hakkaniyetin sağlanması gereği bu düşünceye sahip olmaktayız. Zira her ne kadar Türkiye'de bu kurum mevcut olmasa da, ölen Türk vatandaşı, bir Alman vatandaşıyla hayat ortaklığı kurmuştur ve bu kurum Alman Hukuku'nda evlilik kurumuna denk olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, miras bırakanının iradesinin de, mirasını Alman hayat ortağına bırakmak niyeti taşıdığı aşikârdır. Taraflar birlikte yaşamıştır; birbirlerinin soyadını almış, birbirlerine karşı özen yükümlülüğü altına girmiş mal rejimi düzenlemesine tabi kalmış, özetle hayat ortaklığı kurumunun üzerlerine yüklediği her türlü hak ve yükümlülüğe (örneğin nafakada olduğu gibi: tarafların Aile Mahkemesi huzurunda hayat ortaklığını iptal ettirmeleri halinde, Türk hayat ortağının, Alman hayat ortağından nafaka talep etme hakkı vardır; aynı husus Alman hayat

lenmelerinin Türk kamu düzenine aykırı olduğu yolundaki görüş için bkz., ÇELİKEL, s. 222. Ayrıca bkz., NÖMER/ŞANLI, s. 235; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 72, 74; AKINTÜRK, s. 267; PALAMUT, s. 91.

⁴⁶ TEKİNALP, s. 166; RÖTHEL, *Partnerschaftens*, s. 74, 79, LOOSCHELDER, s. 45; RAAPE/STURM, s. 261, 262; v. BAR/MANKOWSKI, Rn. 256.

ortağı için de geçerlidir) uymak zorunda kalmışlardır⁴⁷. Bu durumda, Türk vatandaşın mirasının sadece akrabaları arasında paylaşılmasının yerine, Alman hayat ortağı da mirasçı sıfatı taşımalıdır. Misal olarak, hasta yatağında yatan bir Türk vatandaşına yıllarca bakan Alman hayat ortağının mirasçı olması, kamu düzenini zedeleyen bir durum değil; aksine adaletin sağlanması yolunda bir adım olacaktır. Aksine bir düşünce, miras bırakımı zorla bir vasiyetname hazırlamak veya Alman vatandaşlığına geçmek yükümlülüğü altında bırakacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki, çalışmamızın amacı, asla bu çeşit birliklikleri teşvik etmek veya popüler hale getirmek değildir. İncelememizdeki amaç, hukuki bir soruna dair çözüm çabalarıdır. Üzerinde durduğumuz husus kişilerin özel yaşamı değil, terekenin nasıl paylaşılması gerektiği ve buna dair düşüncelerdir.

⁴⁷ Bkz., Hayat Ortaklığı Kanunu § 2-§ 11. “Misal olarak, yasal olarak beraber yaşayan erkek kimselerin evinde bulunan Gucci marka bayan balo elbisesinin, taraflardan erkek cinsiyetli olup bayan şeklinde beraber yaşayan kimseye ait olduğu kabul edilerek, eşlerin kabul ettiği mal rejimi sistemine bakılması ve ona göre hareket edilmesi gerekecektir. § 1362 I BGB uyarınca beraber yaşayan evli çiftlerden birinin zilyedliğinde bulunan eşyalar, borçlu eşe ait kabul edilmektedir”; tescil edilmiş hayat ortaklığı kurmuş eşlerde zilyedlik karinesi ve mülkiyet karinesi (§ 1362 Bürgerliches Gesetzbuch/§ 1362 Alman Medeni Kanunu) çerçevesinde cebri icra yapılması için bkz., PÜRSELİM DOĞAN, s. 22, 23.

Kaynakça

- AKINTÜRK, *Medeni Hukuk -Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış-* Cilt II, 10. Bası, İstanbul 2004.
- ANDRAE, *Internationales Familienrecht*, 2. Auflage, Baden Baden 2006, s. 493.
- AVERY, "Islam", *Sociolegal Control of Homosexuality*, edited by West/Green, New York 1997.
- BAETGE, *JurisPK-BGB, Art. 6 EGBGB*, 5. Aufl. Saarbrücken 2010.
- V. BAR / MANKOSKI, *Internationales Privatrecht Band I*, 2 Auflage, München 2003.
- BASEDOW/HOPT/KÖTZ/DOPPFEL, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, Tübingen, 2000.
- BAUER/BERGER/HUTTER, *Die rechte Homosexueller im europaischen Vergleich*, Wien November-2009.
- BIRK, *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage, München 2010,
- BRANDHUBER, *Begründung einer Lebenspartnerschaft Beizubringende Unterlagen, Lebenspartnerschaftsname, Lebenspartnerschaftsbuch*, Mitt-BayNot-Sonderhefte 2001.
- COESTER, *Münchener Kommentar zum BGB-EGBGB Art. 17b*, 5. Auflage, München 2010.
- ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2009.
- DEMİR GÖKYAYLA, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara 2001.
- DETHLOFF, *Die Eingetragene Lebenspartnerschaft-Ein neues familienrechtliches Institut*, NJW 2001.
- DÖRNER, *Grundfragen der Anknüpfung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften*, Festschrift für Erik Jayme, München 2004, (*Partnerschaften*).
- DÖRNER, *Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners, zu (Bundesrepublik)*.
- DURAL, *Federal Almanya'nın Gesetz Über Die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Kanun) Temel Alınarak Eşcinsellerin Birlikte Yaşamalarının Açıklanmasına İlişkin Bir Deneme*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004.

- DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul 2008.
- EULE, *Probleme bei der Vererbung von Miterbenanteilen in Fällen mit Auslandsberührung*, ZEV 2010.
- EVERTS, *Eingetragene Lebenspartnerschaften zwischen Personen verschiedenen Geschlechts-de lege lata*, FPR 2004.
- FRANK, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft unter Beteiligung von Ausländern*, MittBayNot-Sonderhefte 2001.
- GRZIWOTZ/SCHNITZLER, *FamR § 28 Verträge für nichteheliche und nicht lebenspartnerschaftliche*.
- HAILBRONNER, *Asyl- und Ausländerrecht*, Stuttgart.
- HENRICH, *Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, FamRZ 2002.
- HOFFMANN/HUTTER/LAUTMANN, "Germany", *Sociolegal Control of Homosexuality*, edited by West/Green, New York 1997.
- IPRax 2001.
- JAUERNIG, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 13. Auflage, München 2009.
- KEMPER/SCHULZE, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 6. Auflage, Baden Baden 2009
- KLEINWEGENER/SCHNITZLER, *FamR §26 Die eingetragene Lebenspartnerschaft*, 3. Auflage, München 2010.
- KROIB/HEIDEL/HÜBTEGE/MANSEL/NOACK, *Bürgerliches Gesetzbuch: Band I, Allgemeiner Teil mit EGBGB*, 1. Auflage, München 2005.
- KRÜGER, *Studien über Probleme des türkischen internationalen Erbsrecht: Liber Amicorum in Honour of Tuğrul Ansay*, Netherlands 2006.
- LANGENFELD/HEISS/BORN, *Unterhaltsrecht*, 37. Auflage, München 2010 *Lebensgemeinschaften*, 3. Auflage, München, 2010.
- LOOSCHELDER, *Internationales Privatrecht, Art. 3-46 EGBGB*, Berlin-Heidelberg 2004.
- MUSCHELER, *Die Reform des Lebenspartnerschaftsrechts*, FPR 2010.
- NOMER, *Devletler Hususi Hukuku, 18. Bası: Nomer/Şanlı*, İstanbul 2010.
- OERTZEN/PAWLYTTA, *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht*, § 33 Internationales Erbrecht, 3. Auflage, München 2010 .
- OLG, Hamm; *15. Zivilsenat, 29.04.1992*, IPRax 1994-1, (15. Zivilsenat).
- OLG, Hamm; *Keine Zweitadoption durch die Lebenspartnerin*. NJW, 2010 (*Lebenspartnerin*).

- ÖZEL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul 2008.
- PALAMUT, *Medeni Hukuk*, İstanbul 2004.
- PAPADIMOPOULOS, *Vererbung von Immobilien in Griechenland durch deutsche Staatsangehörige*, MittBayNot 2009.
- PUFF, *Sodomy in Reformation Germany and Switzerland: 1400-1600*, Chicago-London 2003.
- RAAPE/STURM, *Internationales Privatrecht Band I, Allgemeine Lehren*, 6. Auflage, München 1977.
- BAR/MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht Band I*, 2 Auflage, München 2003
- PÜRSELİM DOĞAN, *Avrupa Birliği Tüzükleri Çerçevesinde Avrupa İcra Hukuku*, (yayımlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2009
- RAINER/STAUDINGER, *Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearbeitung*, Berlin 2007 *Adoption und Sorgerecht-Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner?* FPR 2010.
- RAUSCHER, *Internationales Privatrecht, Mit internationalem und europäischem Verfahrensrecht*, 3. Auflage, Heidelberg 2009.
- REINLE, *Das mittelalterliche Sodomiedelikt im Spannungsfeld von rechtlicher Norm, theologischer Deutung und gesellschaftlicher Praxis*, in: *Esders (Hg.), Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung, Gerichtliche und außergerichtliche Strategien im Mittelalter*, Köln 2007, (*Das mittelalterliche*).
- REINLE, *Zur Rechtspraxis gegenüber Homosexuellen: Eine Fallstudie aus dem Regensburg des 15. Jahrhunderts*, Zeitschrift für Geschichtswissenschaft 44, 1996, (*Homosexuellen*).
- RIECK, *Ausländisches Familienrecht*, 6. Auflage, München 2010.
- RÖTHEL, *Der Juris Praxis-Kommentar BGB*, Saarbrücken 2005, (*Praxis-Kommentar BGB*).
- RÖTHEL, *Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht*, IPRax 2000, (*Partnerschaften*).
- SCHERPE, *Die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft im internationalen Vergleich*, FPR 2010.
- SCHNEIDER-LASTIN/PUFF, *Homosexualität in der deutschen Schweiz im Spätmittelalter*, in: *Puff (Hg.), Lust, Angst und Provokation. Homosexualität in der Gesellschaft*, Göttingen/Zürich 1993, (*Homosexualität*).

- SCHNEIDER-LASTIN/PUFF, *Quellen zur Homosexualität im Mittelalter, Ein Basler Projekt*, Forum Homosexualität und Literatur Nr. 13, 1991, (Quellen).
- SCHOLZ/STEIN, *Praxishandbuch Familienrecht*, 18. Auflage, München 2009.
- SCHOTTEN/SCHMELLENKAMP, *Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*, 2. Auflage 2007.
- SCHWAB, *Eingetragene Lebenspartnerschaft-Ein Überblick*, FamRZ 2001.
- SIEHR, *Münchener Kommentar zum BGB-EG BGB Art. 15*, 5. Auflage, München 2010.
- STEINMETZ, *Deutsch-spanisches Ehepaar: erbrechtliche Probleme beim Tod des spanischen Ehepartners*, ZErB 2008.
- STRUM, *Das Schwulen und Lesben –IPR im Schweizerischen Entwurf eines Partnerschaftsgesetzes*, Prof. Dr. Gülören Tekinalp Armağanı, MHB Yıl: 23 Sayı: 1-2, 2003.
- STUBER, *Form und Verfahren der Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft*, FPR 2010.
- ŞANLI, *Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde “Tanınması” veya “Delil” Olarak Kullanılması*, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, 1989.
- TANRIBİLİR, *Yabancıların Mirasçılık Sıfatı*, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, 1999.
- TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları*, 10. Bası, İstanbul 2009.
- THORN, *Besondere Kollisionsnormen und allgemeine Lehren des IPR*, Festschrift für Erik Jayme, München 2004.
- ULMER, *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage, München 2009.
- WAGNER, *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*.
- WAHL, *Verfolgung und Vermögensentzug Homosexueller auf dem Gebiet der Republik Österreich Während der NS-Zeit*, Österreichische Historikerkommission, Wien 2004.
- WELLENHOFER, *Das neue Recht für eingetragene Lebenspartnerschaften*, NJW 2005.
- WOELKE/RIECK, *Ausländisches Familienrecht, England und Wales*, 6. Auflage, München 2010.
- YAZICI/ATASOY, *Şahıs ve Aile Hukukunda Yargıtay Tatbikatı 1952-1970*, Ankara.