

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE AİLE HUKUKU'NUN UYUMLAŞTIRILMASI

*Ar. Gör. Dr. Canan Yılmaz**

GİRİŞ

Aile Hukuku, özellikle ahlaki, dini, sosyal, siyasi ve psikolojik faktörlerin etkisine açık bir alandır. Konuya, bu bakış açısıyla yaklaşıldığında, Aile Hukuku'nun, -diğer hukuk alanlarıyla karşılaştırıldığında- birleştirilmeye, yeknesaklaştırılmaya (unification) veya uyumlaştırmaya (harmonization), daha kapalı bir alan olduğu kabul edilmektedir. Zira, tarihsel, dinsel, ırksal ve sosyal görüşler, örf ve adetler ülkeden ülkeye farklılık göstermekte, bunun sonucu olarak da ortaya farklı Aile Hukuku sistemleri çıkmaktadır. Bu çerçevede, taşıma hukuku, ticaret hukuku, patent ve marka hukuku gibi doğaları gereği global olan hukukun diğer alanlarıyla karşılaştırıldığında, Aile Hukuku'nun kendine özgü yapısı nedeniyle uyumlaştırılmaya çok uygun olmadığı sık sık belirtilmektedir¹.

Aile Hukuku sistemlerini etkileyen sözkonusu faktörler daha yakından incelendiğinde, aslında bu faktörlere gereğinden fazla önem verildiği de

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹ MÜLLER-FREIENFELS, "The Unification of Family Law", The American Journal of Comparative Law, Cilt 16, No. 1/2, The International Unification of Law: 1968, 175; PHILIPPS Günther, Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechtsvereinheitlichung, Frankfurt am Main, 1965, 137 vd.; BOELE-WOELKI Katharina / MARTINY Dieter, Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, Antwerpen, 2004, 1; BRADLEY David, "Convergence in Family Law: Mirrors, Transplants and Political Economy", Oxford University Comparative Law Forum, 2001. Bkz. [http:// www.oucfl.iuscomp.org..](http://www.oucfl.iuscomp.org..), 22.04.2008, 6.

ifade edilmektedir. Bu noktada özellikle karşılaştırmalı hukuk², hukuki sistemin uyumlaştırılmasıyla ilgili sorunların çözümünde devreye girmektedir³.

Roma Hukuku, Kilise Hukuku ve hatta Common Law Hukuku'nun bazı kısımlarının farklı ülkeler tarafından iktibas edilmesinin ardından görülmüştür ki, Aile Hukuku alanında bile olsa yabancı hukuki yapılar ve farklı hukuki görüşler iktibas edilebilme ve bunun uzantısı olarak da uyumlaştırma kapasitesine sahiptirler. Ancak, Aile Hukuku'nun farklı alanlarında, hala kültürel sınırlamaların önemli bir etkiye sahip olduğu da bir gerçektir⁴.

§1. AVRUPA AİLE HUKUKU KAVRAMI VE AVRUPA AİLE HUKUKU'NUN YEKNESAKLAŞTIRILMA VEYA UYUMLAŞTIRILMA SEBEPLERİ

Avrupa Aile Hukuku, öncelikle Avrupa İnsan Hakları, Avrupa Birliği'nde temel haklar ve Devletler Özel Hukuku çerçevesinde tartışılmaktadır⁵. Ancak, geçmişle kıyaslandığında, bugün Avrupa'da farklı aile

² Karşılaştırmalı hukuk hiç şüphesiz çok önemli ve yararlı bir hukuk dalıdır. Yabancı hukuklar üzerinde yapılan çalışmalar sonucunda, her hukuki sistemin aynı sorunları çözmek zorunda kaldığı, hatta bu çözümlerin de genellikle aynı olduğu ancak yaklaşım tarzının farklı olduğu ortaya çıkmıştır. Bu açıdan, karşılaştırmalı hukuk metodu, farklı deneyimlerden sonuçlar çıkarmayı öğrettiği gibi, farklı hukuki yapıların yol açtığı sosyolojik sonuçları değerlendirme şansı da vermektedir. PINTENS Walter, "Europeanisation of Family Law", in Boele-Woelki, K., Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerpen / Oxford / New York, 2003, <http://www.law.kuleuven.ac.be/fvr/Introduction>, 22.04.2008, 3 (PINTENS, Europeanisation of Family Law).

³ GROSSEN Jacques Michel, The Contribution of Comparative Studies to Family Law Reform, Birmingham, 1991; BRADLEY, 2; SİMİTİS Spiros, Familienrecht, Frankfurt am Main, 1994, 420 vd..

⁴ Bkz. MARTINY Dieter, "The Harmonization of Family Law in the European Community, Pro and Contra", Toward a European Ius Commune in Legal Education and Research, Antwerpen, Groningen, 2002, 191-201; LUTHER Gerhard, "Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1981, 253-267.

⁵ Bkz. McGLYNN Clare, "A Family Law for the European Union?", Social Law and Policy in an Evolving European Union, Oxford 2000, 223-241 vd.; McGLYNN Clare, Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: Progressive change of

hukuklarının yer almasından doğan sorunlar daha çok dikkat çekmekte ve bunun sonucu olarak da bu farklılıkları ortadan kaldırmaya yönelik yöntemlerin geliştirilmesi gündeme gelmektedir⁶.

Aile Hukuku'nun bir bütün olarak yeknesaklaştırılması, birleştirilmesi veya uyumlaştırılması konusu beraberinde birçok soruyu da getirmektedir. Aile Hukuku'nda mevcut ortak kuralların ne olduğu, Aile Hukuku'nun hangi alanlarında bir yeknesaklaştırmaya gerek olduğu, hangi engellerin kaldırılması gerektiği, bu alanda hangi kurumların yetkili olduğu ve hangi çerçevede bir yeknesaklaştırmanın veya en azından bir uyumlaştırmanın gerçekteştirilebileceği sorunları, bu konuda cevaplandırılması gereken sorular olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, bu sorulara cevap vermeden önce, Aile Hukuku'ndaki yaklaşımların farklılığına ve Kıta Avrupa'sı sistemi ile Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen üye ülkeler arasında, bu sistemlerin doğası gereği ortaya çıkan farklılıklara dikkat çekilmelidir⁷.

Aile Hukuku'nun, Avrupa Özel Hukuku'nun birleştirilmesiyle olan ilişkisi, Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya, Yunanistan, İspanya, Portekiz, Hollanda, İtalya ve Lüksemburg gibi birçok Avrupa ülkesinde, Aile Hukuku'nun sistematik olarak bu ülkelerin Medeni Kanun'ları içinde düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Buna karşılık, İsveç, Danimarka, Finlandiya gibi kuzey ülkeleri ile İngiltere ve İrlanda'da, sadece Aile Hukuku'nun bazı konuları hakkında ayrı, özel kanunlar yürürlüğe konmuştur. Avrupa Birliği'nde Özel Hukuk'un birleştirilmesi konusunda bir girişim başlatıldığında, Aile Hukuku'nun üye ülkelerdeki farklı sonuçları daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır⁸.

entrenching the status quo?, *European Law Review*, 2001, 582 vd. (McGLYNN, 2001); MARTINY Dieter, "Europäisches Familienrecht - Utopie oder Notwendigkeit?", *Rebels Zeitschrift (RZ)*, 1995, 419 vd..

⁶ MARTINY Dieter "Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?", *Towards a European Civil Code*, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 2004, 307 (MARTINY, Family Law).

⁷ MARTINY, Family Law, 308.

⁸ MARTINY, Family Law, 318-319.

Aile Hukuku'nun birleştirilmesi, bir Sicilyalının, Danimarkalının veya bir İrlandalının aynı kurallara tabi olarak evlenebilmesi veya boşanabilmesi anlamına mı gelmektedir?⁹ Eşlerin bir yerde hukuka uygun olarak evlat edinebilmeleri, başka bir ülkede hukuka aykırı mı kabul edilecek veya evlenme bir ülkede geçerliyken, çiftler başka bir ülkede bekar mı sayılacaklardır? Bu durum aslında, zengin bir kültür farklılığının getirdiği doğal bir sonuçtur; ancak aynı zamanda Avrupa Birliği'nin en temel ilkelerinden biri olan kişilerin serbest dolaşımı ilkesi karşısında giderek büyüyen bir engel olarak değerlendirilmektedir¹⁰.

Avrupa Birliği'nde Özel Hukuk alanında yeknesaklığın sağlanması öncelikle Birlik içindeki ekonomik faaliyetlerin işlemlerini kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla bu alanda yeknesaklığın olmaması hiç şüphesiz malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına engel oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, uyumlaştırılmış bir Aile Hukuku'nun olmaması da, kişilerin serbest dolaşımı ilkesine ve gerçek bir Avrupalı kimliğinin yaratılmasına bir engeldir. Zira, Aile Hukuku, hukukun hiçbir alanında olmadığı kadar insanların günlük hayatlarının içine girmektedir. Böylece, AB içinde sınırlar ortadan kalksa da, üye ülkelerin ulusal hukuk sistemleri, ortak bir Avrupalı kimliğinin oluşmasına engel oluşturabilmektedir. AB içinde, üye ülkeler arasında yerleşim yerini değiştiren bir kişinin ailevi ilişkilerinin devamlılığı konusunda ciddi şüpheleri bulunmaktadır¹¹.

Bu çerçevede, AB içindeki entegrasyon, aynı zamanda Avrupa Özel Hukuku'nun uyumlaştırılması ve yeknesaklaştırılmasını da hedeflemektedir. Her ne kadar yukarıda da belirtildiği gibi uyumlaştırma ve yeknesaklaştırma genellikle ticaret hukuku ve bununla bağlantılı özel hukuk alanlarında ger-

⁹ KÖTZ Hein, "Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht", Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, Tübingen, 95 vd.

¹⁰ BOELE-WOELKI Katharina, "Comparative research-based drafting of principles of european family law", Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research, Antwerp 2002, 171 vd.

¹¹ BOELE-WOELKI Katharina, "The Principles of European Family Law: Its Aims and Prospects", University of Utrecht - Faculty of Law, Utrecht Law Review, Cilt. 1, No. 2, 2005, 160, (BOELE-WOELKI, The Principles of European Family Law).

çekleŖse de, son yıllarda farklı çalışma grupları ve komisyonların Avrupa zel Hukuku'nun birleştirilmesine büyük ilgi gösterdiği gözlemlenmiştir. Bugüne kadar Aile Hukuku, kültürel farklılıklar ve sınırlamalar yüzünden neredeyse tamamen karşılaştırmalı hukuk temeline dayalı sürecin dışında kalmıştır. Ancak, son yıllarda, Aile Hukuku karşılaştırmalı hukukun, uyumlaştırmanın ve yeknesaklaştırmanın konusu haline gelmiştir. Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Toplulukları Mahkemesi tarafından kabul edilen eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkeleri, bu gelişmenin içinde önemli bir role sahiptir¹².

ř2. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN AİLE HUKUKU'NA İLİşKİN KONULARDA YETKİSİ

Avrupa Birliği ncelikli olarak ekonomik amaçlara ulaşmak için hukukun uyumlaştırılması yöntemini kullanmaktadır. Her ne kadar, Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma'da Aile Hukuku'ndan bahsedilmese de, Aile Hukukuna ilişkin konular Avrupa Birliği'nin diğer politikalarıyla ilişki içindedir veya en azından bu politikaları etkilemektedir. Avrupa Birliği'ni kuran antlaşmalarda, öncelikli hedef olarak ekonomik ve parasal birliğin sağlanması konusu teyid edilse de, birlik aynı zamanda sosyal koruma düzeyinin yükseltilmesi, hayat kalitesi ve Ŗartlarının arttırılması ve ye ülkeler arasındaki dayanışmanın güçlendirilmesi gibi görevlere de sahiptir ki, bu unsurların hepsinin ucu bir Ŗekilde ailenin konumuna dokunmaktadır. Birlik, sadece "ortak pazarın işlevi için gerekli olduğu ölçüde" ulusal hukukların uyumlaştırılması yetkisine sahiptir ki bu da, Birliğin ncelikli olarak ekonomik alanlarda Tüzük düzenleme yetkisine sahip olduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma'da özel hukukun ve bu anlamda Aile Hukuku'nun uyumlaştırılmasından hiç bahsedilmemiřtir¹³. Bugün, ileride Aile Hukuku'nun birleştirilmesine dayanak teşkil eden Antlaşma

¹² BOELE-WOELKI, *The Principles of European Family Law*, 162.

¹³ Bkz. PINTENS, *Europeanisation of Family Law*, 32 vd..

hükümleri, “adli ve hukuki konularda işbirliği” yapılmasına ilişkin hükümlerdir¹⁴

Avrupa Parlamentosu, topluluk faaliyetleriyle ilişkili konuları kapsayacak, bu anlamda Borçlar Hukuku’nu içerecek şekilde bir Avrupa Medeni Kanunu Taslağının hazırlanmasını talep etmiştir¹⁵. Medeni Hukukun kanunlaştırılmasına ilişkin Parlamento Kararı’nda Aile Hukuku’ndan bahsedilmemiş, ancak Aile Hukuku açıkça kapsam dışında da bırakılmamıştır. Zira, Avrupa Parlamentosu, sınır ötesi velayet hakkı ve çocukla kişisel ilişki kurulması gibi konuları giderek artan bir ilgiyle izlemekte ve Aile Hukuku’nun en azından kısmen uyumlaştırılmasını desteklemektedir¹⁶.

Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde kanunlar ihtilafı ve maddi hukuk normları arasında kesin bir çizginin çizilememesi de Aile Hukuku alanındaki sorunları daha belirgin hale getirmektedir. Özellikle uluslararası yargı kararları, yabancı mahkeme kararlarının tanınması, evlenme, velayet ve evlat edinme konularına ilişkin kanunlar ihtilafı sorunlarının çözümünde üye ülkeler arasında yeknesak kuralların gerekliliği her geçen gün kendini daha fazla hissettirmektedir. Ancak, Avrupa Birliği’nin Aile Hukuku konularında tam bir yetkiye sahip olmaması, üye ülkelerin bu konuların çözümünde tam bir serbestiye sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Avrupa Topluluğu Mahkemesi, vermiş olduğu kararlarda yabancı vatandaşlara ayrımcılık uygulayan bazı ulusal hukukların, ayrımcılık yasağı ilkesini ihlal ettiği, aynı zamanda hizmet sunma özgürlüğüne aykırı olduğu sonucuna varmıştır¹⁷.

Bugüne kadar Avrupa Birliği’nin temel olarak aileye ilişkin konularda, milletlerarası özel hukuk meseleleri çerçevesinde yetkili olduğu ancak maddi Aile Hukuku ve Miras Hukuku’nu uyumlaştırma veya yeknesaklaş-

¹⁴ Kişisel durum veya eşler arasındaki mal rejimlerinin doğrudan “ortak pazarın işlevi” üzerinde bir etkiye sahip olduğu ve bu yüzden Aile Hukuku alanında bir iyileştirmenin yapılması gerektiğinden bahsedilemez. MARTINY, Family Law, 313.

¹⁵ Bkz. 26 Mayıs 1989 tarihli Parlamento Kararı, Official Journal 1989, C. 158/400.

¹⁶ MARTINY, Family Law, 314.

¹⁷ Kararların ayrıntıları hakkında bkz. MARTINY, Family Law, 314, dn. 56-57; PINTENS, Europeanisation of Family Law, 20 vd.

tırmaya yetkisi olmadığı kabul edilmektedir. Ancak, AB'yi kuran antlaşmalarda hedeflenen, adalet ve içişlerinde işbirliğinin sağlanması sınır ötesi etkileri olan özel meseleleri de kapsamaktadır. Zira, sadece tek bir ulusal hukuk ve yargı ile ilişkili olan bir durum da teorik olarak sınır ötesi bir ilişki haline de gelebilir. AB Komisyonu, kişilerin AB içinde serbest dolaşımını garanti altına almak için, örneğin AB vatandaşlarının yerleşim yerlerini değiştirmelerine bağlı olarak uygulanacak hukukun değişmesi sorunu gibi, kişisel durumlarında ortaya çıkacak hak kayıplarını önlemek için gereken adımları atmalıdır. Bu genişletici yorum uyarınca AB, Birlik içinde maddi Aile Hukukunu uyumlaştırmak veya yeknesaklaştırmak için gerekli olan düzenlemeleri yapmak zorundadır¹⁸. Başka bir ifadeyle, Avrupa Aile Hukuku'nun yaratılması, Avrupa Birliği'nin dayandığı temel alanlardan biri olan "özgürlük, güvenlik ve adalet alanı"nda daha yakın bir işbirliği ve yakınlaşmanın sağlanması gerekliliğinin bir sonucudur.

AB içinde bu konu hakkında çok büyük bir ilerleme kaydedilmediği için, bazı hukukçular Avrupa Aile Hukuku'nun birleştirilmesini birer ütopya olarak değerlendirirken¹⁹, Avrupa Aile Hukuku'nun bir bütün olarak veya en azından kısmen birleştirilmesini savunan yazarların çoğunlukta olduğu görülmektedir²⁰.

§3. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE MEVCUT YASAL DÜZENLEMELER

I. Genel Olarak

Aile Hukuku'nun uyumlaştırılması veya yeknesaklaştırılması prensip olarak yeni bir fikir değildir²¹. Konu, devletler özel hukuku ve kanunlar

¹⁸ BOELE-WOELKI, *The Principles of European Family Law*, 162.

¹⁹ REMIEN Oliver, "Möglichkeit und Grenzen eines europäischen Privatrechts", in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, 1991, 11-42.

²⁰ Bkz. MARTINY, *Family Law*, 308; PINTENS, *Europeanisation of Family Law*, 3 vd.; BOELE-WOELKI, *The Principles of European Family Law*, 160 vd.

²¹ Bkz. NEUHAUS Paul Heinrich, *Ehe und Kindschaft in Rechtsvergleichender Sicht*, 1979, Tübingen, 5 vd.; MÜLLER-FREINFELS, 175-218.

ihtilafı açısından da değerlendirilmiş ve bu doğrultuda birçok uluslararası Konvansiyon ortaya çıkmıştır. Avrupa Birliği'nde de, konu iki boyutlu olarak ele alınmaktadır: Birincisi, üye ülkelerin bir kısmının veya tamamının onayladığı uluslararası sözleşmeler, ikincisi de Avrupa Birliği düzeyinde hazırlanan ve kabul edilen çeşitli hukuki düzenlemeler.

4 Kasım 1950 tarihli “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konvansiyonu”nun ışığında, aslında “Avrupa Aile Hukuku”nun da çerçevesi çizilmiştir. Zira, bu Konvansiyon’un 8. maddesi aile hayatına ve özel hayata saygıyı, 12. maddesi evlenme ve aile kurma hakkını düzenlemektedir. Avrupa Birliği’nin temel haklar konusundaki anayasası olarak da bilinen bu Konvansiyon tüm üye ülkeler tarafından imzalanmış ve onaylanmıştır. Başka bir ifadeyle Konvansiyon tüm üye ülkeler açısından bağlayıcıdır²². Yine, 24 Nisan 1967 tarihli “Çocukların Evlat Edinilmesine İlişkin Konvansiyon”²³, 15 Ekim 1975 tarihli “Evlilik Dışı Çocukların Hukuki Durumlarına İlişkin Avrupa Konvansiyonu”²⁴, 25 Ocak 1996 tarihli, “Çocuk Haklarının Uygulanmasına İlişkin Konvansiyon”²⁵, 15 Mayıs 2003 tarihli “Çocuklarla İlişki Kurulmasına Dair Konvansiyon” ve 20 Kasım 1989 tarihli “Çocuk Hakları Birleşmiş Milletler Konvansiyonu” bu başlık altında sayılabilir.

Aile Hukukunu ilgilendiren konularla temel haklar arasında da bir bağlantı söz konusudur.

²² Konvansiyon’da düzenlenen haklar ve özgürlükler, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, politik veya diğer bir görüş, ulusal veya sosyal köken temeline dayalı ayrımcılık sözkonusu olmaksızın garanti altına alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. MARTINY, Family Law , 311; PINTENS, Europeanisation of Family Law, 10.

²³ Bu Konvansiyonu imzalayan ülkeler arasında Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Almanya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Litvanya, Lihtenştayn, Malta, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, İsveç, İsviçre ve İngiltere yer almaktadır.

²⁴ Bu Konvansiyon, Avusturya, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Yunanistan, İrlanda, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, İsveç, İsviçre, İngiltere tarafından onaylanmıştır.

²⁵ Bu Konvansiyon, Çek Cumhuriyeti, Almanya, Türkiye, Slovenya, Litvanya ve Polonya tarafından onaylanmıştır.

Avrupa Birliği, "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konvansiyonu"nun garanti altına aldığı temel haklara uymakla yükümlüdür, ki bu haklar aynı zamanda üye ülkelerin anayasal teamüllerinden de doğmaktadır. Aileyi koruyan haklar da dahil olmak üzere söz konusu haklar, Avrupa Birliği Hukuku'nun bir parçasını oluşturmaktadır. Bugün, aileyi ilgilendiren hükümler aynı zamanda 7 Aralık 2000 tarihli "Avrupa Birliği'nin Temel Haklar Şartı'nda da yer almaktadır"²⁶. Aile Hukuku'nun öneminin bir kez daha bilincine varan Avrupa Birliği'nin öncelikli faaliyeti, aile hukukunu sosyal politikanın bir parçası olarak ele almak olsa da, söz konusu şartta, Aile Hukukunu ilgilendiren temel haklara ilişkin hükümler de yer almaktadır. Örneğin söz konusu Şartın 7. maddesi, aile hayatına ve özel hayata saygıyı, 9. maddesi aile kurma ve evlenme hakkını düzenlemektedir. Şartın 24. maddesi çocuğun haklarına, 33. maddesi ailenin korunmasına ilişkin hükümler içermektedir. 81. madde ise, özellikle cinsel tercihler temeline dayalı olarak yapılan ayrımcılığı yasaklamaktadır²⁷.

Özetle, her ne kadar Avrupa Birliği henüz birleştirilmiş bir maddi Aile Hukukuna sahip olmasa da, Aile Hukuku'nun anayasal hükümlerine sahiptir²⁸.

Bugün Avrupa Birliği düzeyinde aileye ilişkin konularda, kanunlar ihtilafının yeknesaklaştırılması, birleştirilmesi sorunu da bu başlık altında ele alınmaktadır. Avrupa Aile Hukuku'nun yaratılması, Avrupa Birliği'nin temel alanlarından biri olan "özgürlük, güvenlik ve adalet alanı"nda daha yakın bir işbirliği ve yakınlaşmasının sağlanması gerekliliğinin bir sonucudur. Bu bağlamda, 29 Mayıs 2000 tarihinde "Aile Hukuku ve Ana-Babanın So-

²⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal 2000, C. 364/1. MARTINY, Family Law, 2004, 312-313; PINTENS, Europeanisation of Family Law, 18; PINTENS Walter, Familie und Familienrecht in der europäischen Verfassung, Bielefeld 2005, 1216 vd..

²⁷ Böylece, Avrupa Birliği vatandaşları artık birer müşteri olarak görülmemekte, kendi haklarına sahip birer birey olarak kabul edilmektedir. Bu durum, Birliğin Aile Hukuku alanında hala hukuki yetkiye sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak, mevcut hükümlerin geniş bir bakış açısıyla yorumlanabileceği sonucuna varılabilir. McGLYNN, 2001, 586; PINTENS, 2003, 19.

²⁸ MARTINY, Family Law, 313.

rumluluğuna ilişkin Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin bir Konsey Tüzüğü” kabul edilmiştir (Brüksel II)²⁹. Söz konusu Tüzük, 27 Kasım 2003 tarihli “Aile Hukuku ve Ana-Babanın Sorumluluğuna ilişkin Mahkeme Kararlarının, Yetki, Tanıma ve Tenfizini Düzenleyen Konsey Tüzüğü” ile yürürlükten kaldırılmıştır (Brüksel IIA)³⁰.

22 Aralık 2000 tarihinde, özel ve ticari meselelere ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Konsey Tüzüğü’nde ise, nafaka yükümlülükleri düzenlenmiştir (Brüksel I)³¹. Bu gelişmeler sonucunda, iki konunun üzerinde durulmalıdır: Brüksel II ve

Brüksel IIA, Brüksel I’in alanını genişletmiş ve aile ile çocuğa ilişkin konular da Tüzüğün kapsamına girmiştir, ancak yetki, tanıma ve tenfize ilişkin kuralların birleştirilmesinde bu etki sınırlı olarak kalmıştır. İkinci konu ise, bu gelişmeler aynı zamanda uluslararası usul hukukunun da ötesinde, uluslararası evlenme, mal rejimleri ve miras hukukunu da ilgilendiren gelişmelerdir. Dolayısıyla, Avrupa Birliği bu düzenlemelerle devletler özel huku-

²⁹ Official Journal 2000, Legislation 160/19. Konsey Tüzüğü, 1 Mart 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁰ Official Journal 2003, Legislation 338. Tüzük, 1Ağustos 2004 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. 1 Mart 2005 tarihinden itibaren de uygulanmaktadır.

³¹ Official Journal 2001, Legislation 12/1. Konsey Tüzüğü, 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her iki Konsey Tüzüğü de, Hague Konvansiyonlarının düzenlediği konulara ilişkin düzenlemeler getirdiği için, az veya çok Hague Konvansiyonları ile bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Zira, 5 Ocak 1961 tarihli “Küçüklerin Korunmasına İlişkin Hague Konvansiyonu”, 2 Ekim 1973 tarihli “Nafaka Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Hague Konvansiyonu”, 25 Ocak 1980 tarihli “Uluslararası Çocuk Kaçırmaya İlişkin Hague Konvansiyonu”, 29 Mayıs 1993 tarihli “Milletlararası Evlat Edinmeye İlişkin İşbirliği ve Çocukların Korunmasına dair Konvansiyon”, 19 Ekim 1996 tarihli “Ana-Baba Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Konusunda Getirilen Sınırlamalarla ilgili olarak Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine dair Konvansiyon”, 13 Ocak 2000 tarihli “Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Konvansiyon”, AB ile aynı konularda düzenlemeler getiren uluslararası sözleşmelerdir. Sadece bazı üye ülkelerin taraf olduğu uluslararası Konvansiyonlarla, AB düzenlemelerini uyumlu bir şekilde yürütmek, beraberinde özellikle yetki konusunda birtakım zorlukları da getirmektedir. MARTINY, Family Law, 310.

kunun özüne girerek, Avrupa kanunlar ihtilafı hukukunu yaratmayı hedeflemektedir³².

II. Boşanma ve Eski Eşler Arasındaki Nafakaya İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeleri³³

1 Eylül 2001 tarihinde bir grup öğretim üyesi tarafından "Avrupa Aile Hukuku Komisyonu", Commission on European Family Law(CEFL) kuruldu. Bu Komisyon, herhangi bir kurum veya enstitüden tamamen bağımsız, sadece bilimsel bir girişimdir. Bu Komisyon'un esas amacı Avrupa'da Aile Hukuku'nun uyumlaştırılmasına ilişkin teorik ve pratik uygulamaların öncülüğünü başlatmaktır. Komisyon bu amacına, Avrupa'da yer alan ülkelerin aile hukuklarının uyumlaştırılması amacıyla, bu ülkelerin mevcut hukuki durumları hakkında karşılaştırmalı bir araştırma ve inceleme yaparak ulaşmaya çalışacaktır. Bu çerçevede edinilen tecrübeler karşılaştırılacak ve bu alanla ilgili olarak yapılacak araştırma faaliyetleri arasında uyum sağlanacaktır. Yine Komisyon bu amacına, Avrupa mahkemelerinin Aile Hukukuna ilişkin olarak ulaştırmış oldukları çözümlerin karşılaştırılması temeline dayalı olarak, çeşitli hukuki sorunların çözümünde ortak bir çekirdek, öz veya zemin arayarak da ulaşmaya çalışacaktır³⁴.

Bu Komisyon'un kurulmasından beklenebilecek en büyük yarar, Avrupa dahilinde Aile Hukuku'nun uyumlaştırılması açısından en uygun olduğu düşünülen "Avrupa Aile Hukuku İlkeleri"nin yaratılmasıdır³⁵. Bu çerçevede Komisyon, ulusal yasa koyuculara ilham kaynağı olması açısın-

³² Bkz. PINTENS, Europeanisation of Family Law, 15-16.

³³ <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>, 22.04.2008.

³⁴ Komisyon, bu amacına ulaşırken gelecekte AB üyesi olacak aday ülkelerin, Aile Hukuku'nun uyumlaştırılması sürecindeki rolünü de araştıracaktır. BOELE-WOELKI, The Principles of European Family Law, 160.

³⁵ BOELE-WOELKI, The Principles of European Family Law, 160.

dan yararlı olacak ve hukuki sistemlerdeki ortak hukuku (ius commune) oluşturacak ilkeler hazırlamaya çalışılmaktadır³⁶.

Avrupa Aile Hukuku Komisyon'u iki gruptan oluşmaktadır: Organizasyon Komitesi ve Uzmanlık Grubu. Organizasyon Komitesi'nin asıl görevi, AB üyesi ülkelerin ve Norveç, Rusya, İsviçre gibi üye olmayan ülkelerin Aile Hukuku ve karşılaştırmalı hukuk alanında seçilen uzmanlarından oluşan Uzmanlık Grubunu oluşturmak, Komisyon'un asıl işini bir bütün olarak hazırlamak ve yürütmektir. Söz konusu uzmanların asıl görevi ise, uyumlaştırma projesi için hazırlanan ulusal raporları sunmak ve Organizasyon Komitesi tarafından hazırlanan taslak ilkeleri tartışmaktır³⁷.

Organizasyon Komitesi, ilkelerin belirlenmesi usulü çerçevesinde önce konuya ilişkin çeşitli sorular hazırlar. Bu sorular, uzmanlar tarafından ulusal raporlar doğrultusunda cevaplandırılır. Bunun üzerine, Organizasyon Komitesi, taslak ilkeleri hazırlar. Bu ilkeler, Uzmanlık Grubu ile tartışılır ve gerekirse bu tartışmadan sonra bir revizyon yapılır. Komisyon uyumlaştırmaya konu olabilecek birden çok konu arasından boşanma ve eşli eşler arasındaki nafakaya odaklanmış ve 2004 yılında, anılan hukuki prosedürden geçerek, "Boşanma ve Eski Eşler Arasındaki Nafakaya İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeleri" başlığı ile yirmi maddeden oluşan ilk ilkeleri hazırlamıştır. İlk on ilke boşanmaya, son on ilke eski eşler arasındaki nafakaya ilişkindir³⁸.

Söz konusu ilkeler, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, boşanmayı, ikinci bölüm eski eşler arasındaki nafakayı düzenlemektedir. Boşanmaya ilişkin birinci bölüm, üç başlıktan oluşmaktadır: 1. Genel İlkeler, 2. Karşılıklı Anlaşma ile Boşanma, 3. Eşlerden Birinin Rızası Olmaksızın Boşanma.

³⁶ PINTENS, Europeanisation of Family Law, 27.

³⁷ BOELE-WOELKI, The Principles of Family Law, 163; PINTENS, Europeanisation of Family Law, 26; MARTINY, Family Law, 317. Organizasyon Komitesi'nin üyeleri aynı zamanda Uzmanlık Grubu'nun da üyeleridir.; BOELE-WOELKI, The Principles of Family Law, 163.

³⁸ Bkz. PINTENS, Europeanisation of Family Law, 26-27; BOELE-WOELKI, The Principles of Family Law, 163, 165.

Eski Eşler Arasındaki Nafakayı düzenleyen ikinci bölüm de üç alt başlıktan oluşmaktadır: 1. Genel İlkeler, 2. Nafaka Yükümlülüğünün Şartları, 3. Özel Durumlar.

I. BÖLÜM: BOŞANMA

Başlık I: Genel İlkeler

İlke 1:1 Boşanmanın Geçerliliği

(1)Boşanmaya kanun tarafından izin verilmelidir.

(2)Belirli bir evlilik süresi şart değildir.

İlke 1:2 Yetkili Makam ve Hukuki Usül

(1) Boşanma usulü kanun tarafından belirlenir.

(2) Boşanma kararı, hukuki veya idari bir kurum olan yetkili makam tarafından verilir.

İlke 1:3 Boşanma sebepleri

Kanun, hem karşılıklı anlaşma ile boşanmaya hem de eşlerden birinin rızası olmaksızın boşanmaya izin vermelidir.

Başlık II: Anlaşmalı Boşanma

İlke 1:4 Karşılıklı Anlaşma

(1) Eşlerin karşılıklı anlaşmasına dayanan boşanmaya izin verilmelidir. Herhangi bir fiili ayrılık süresi şart değildir.

(2) Karşılıklı anlaşma, eşlerin evliliğin bittiğine dair anlaşmalarıdır.

(3) Bu anlaşma, eşlerin birlikte başvurmalarıyla veya birinin başvurusunu diğerinin kabul etmesiyle oluşabilir.

İlke 1:5 Düşünme Süresi

- (1) Boşanma yargılamasının başlangıcında, eşlerin onaltı yaşından küçük çocukları varsa ve eşler 1:6 ilkesinde öngörülen boşanma sonuçlarının tamamı konusunda anlaşmışlarsa, üç aylık bir düşünme süresi gereklidir. Eşler, boşanmanın tüm sonuçları konusunda anlaşamamışlarsa, altı aylık bir süre gereklidir.
- (2) Boşanma yargılamasının başlangıcında, eşlerin onaltı yaşından küçük çocukları yoksa ve eşler 1:6 ilkesinde öngörülen boşanma sonuçlarının tamamı konusunda anlaşmışlarsa, herhangi bir düşünme süresi gerekli değildir. Eğer, boşanmanın tüm sonuçları konusunda anlaşamamışlarsa, o zaman üç aylık bir süre gereklidir.
- (3) Boşanma yargılamasının başlangıcında, eşler altı aydan beri fiilen ayrı yaşıyorlarsa, herhangi bir düşünme süresi gerekli değildir.

İlke 1:6 Anlaşmanın İçeriği ve Şekli

Eşlerin anlaşmaya varacakları sonuçlar,

- (a) eğer gerekliyse çocuğun yerleşim yeri ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasına dair anlaşmaların da dahil olduğu, ana-babanın çocuğa karşı sorumluluğu,
- (b) gerekli olduğunda çocuk nafakası,
- (c) malların paylaşımı veya yeniden dağıtılması,
- (d) eşler arasındaki nafakadır.
- (2) Bu anlaşma yazılı şekilde yapılmalıdır.

İlke 1:7 Sonuçların Kararlaştırılması

(1) Yetkili makam, her durumda, 1:6(a) ve (b) ilkesinde çocuklar için belirtilen sonuçlara karar vermelidir. Ancak, çocuğun menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu sürece, eşler arasındaki geçerli bir anlaşma dikkate alınır.

(2) Yetkili makam, en azından 1:6(c) ve (d) ilkesinde belirtilen konular üzerindeki anlaşmanın geçerli olduğunu onaylar.

(3) Eşler, 1:6(c) ve (d) ilkesinde belirtilen konular üzerinde bir anlaşma yapmamışlar veya sadece kısmi bir anlaşmaya varmışlarsa, yetkili makam bu sonuçları da belirler.

Başlık III: Eşlerden Birinin Rızası Olmaksızın Boşanma

İlke 1:8 Fiili Ayrılık

Eğer eşler bir yıldan beri fiilen ayrı yaşıyorlarsa, eşlerden birinin rızası olmadan da boşanmaya izin verilmelidir.

İlke 1:9 Davacı Açısından Olağandışı Zorlayıcı Haller³⁹

³⁹ Olağandışı Zorlayıcı Haller (Exceptional Hardship/Aussergewöhnliche Härte) hükümlerine sahip olan hukuk sistemleri oldukça sınırlıdır. Bu durum, aslında birçok boşanma hukuku sisteminin temelinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılması veya taraflar arasındaki ayrılığa ek olarak aranan bazı şartların yatmasından kaynaklanmaktadır. “Olağandışı zorlayıcı haller” üst başlığı, İtalyan, İspanyol ve Norveç hukukunda olduğu gibi diğer eşe veya çocuklara yönelmiş olan hayata kast gibi çoğunlukla belirli suçları kapsadığı gibi (Bkz. BOELE-WOELKI/MARTINY, 57), Alman hukukunda olduğu gibi pek kötü veya onur kırıcı davranış, haysiyetsiz hayat sürme, alkol bağımlılığı, yeni partnerini birlikte yaşamak için aile konutuna davet etmek gibi durumları da kapsar (MARTINY Dieter/SCHWAB Dieter, “Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, Germany, 2002, <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/pdf/Germany02.pdf>, 22.04.2008, 11-13) ve eşlerden birine belirli bir ayrılık süresini beklemeden boşanma davası açma hakkı verir. Ancak, hükümde öngörülen olağandışı zorlayıcı haller kavramı, sadece diğer eşin hayatına kast gibi belirli suçları kapsayacak şekilde sınırlı olarak yorumlanmamalıdır. Dolayısıyla, bu kavramın içeriğinin belirlenmesinde sınırlayıcı sayıda bir liste vermek mümkün değildir. Ancak, sadece evlilik birliğinin devamını katlanılmaz kılan olağandışı zorlayıcı haller, aile içi şiddet, pek kötü davranış gibi durumlar da bu üst başlık altında dikkate alınmalıdır. Bu boşanma sebebi için kusur aranmaz. Örneğin, olağandışı şiddet diğer eşin hastalığından da ileri gelebilir, ancak bu noktada belirleyici

Eşler bir yıldan beri fiili olarak ayrı yaşamasalar dahi, davacı açısından olağandışı zorlayıcı hallerin varlığı halinde, yetkili makam boşanmaya karar verebilmelidir.

İlke 1:10 Sonuçların Kararlaştırılması

(1) Eğer gerekliyse, yetkili makam,

(a) çocuklarla kurulacak kişisel ilişki düzenlemeleri ve çocuğun yerleşim yeri de dahil olmak üzere ana-babanın çocuğa karşı olan sorumluluklarını,

(b) çocuğa ödenecek nafakayı da belirler.

Yetkili makam, çocuğun menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu sürece, eşler arasındaki geçerli bir anlaşmayı dikkate alır.

(2) Boşanma kararının verilmesi sırasında veya daha sonra, yetkili makam eşler arasında yapılan geçerli bir anlaşmayı da dikkate alarak, eşler açısından boşanmanın mali sonuçlarını da belirler.

II. BÖLÜM: ESKİ EŞLER ARASINDA NAFKA

Başlık I: Genel İlkeler

İlke 2:1 Boşanma ve nafaka arasındaki ilişki

Eski eşler arasındaki nafaka, boşanma sebebinden bağımsız olarak aynı hükümlere tabidir.

İlke 2:2 Kişisel Sorumluluk

Aşağıdaki hükümlere tabi olmak kaydıyla, her eş boşanma sonrası kendi geçimini sağlar.

olan, bu davranışın dava açmaya hakkı olan eş üzerindeki etkisidir. BOELE-WOELKI/MARTINY, 58.

Başlık II: Nafaka İsteminin şartları

İlke 2:3 Nafaka şartları

Boşanma sonrası nafaka için, nafaka alacaklısının zorunlu ihtiyaçlarını karşılayabilecek güçte olmaması ve nafaka borçlusunun bu ihtiyaçları karşılayabilecek ödeme gcne sahip olması gereklidir.

İlke 2:4 Nafaka Miktarının Belirlenmesi

Nafaka miktarının belirlenmesinde, özellikle;

- eşlerin çalışma kabiliyeti, yaşı ve sağlığı;
- Çocukların bakımı;
- evlilik birliği devam ederken yükümlülüklerin paylaşılması;
- evlilik süresi;
- evlilik birliği esnasındaki hayat standardı ve
- yeni bir evlilik veya uzun süreli bir hayat ortaklığı gibi unsurlar dikkate alınmalıdır.

İlke 2:5 Nafaka deme Yöntemi

(1) Nafaka belirli aralıklarla, irat şeklinde ve önceden ödenmelidir.

(2) Yetkili makam, eşlerden biri veya her ikisinin talebi üzerine, somut olayın şartlarına göre nafakanın toptan (sermaye şeklinde) denmesine karar verebilir.

İlke 2:6 Olağandışı Zorlayıcı Haller

Nafaka borçlusunun maruz kaldığı olağandışı zorlayıcı hallerde, yetkili makam nafaka alacaklısının davranışı yüzünden nafakayı reddedebilir, sınırlandırabilir veya kaldırabilir.

Başlık III: Özel Durumlar

İlke 2:7 Nafaka Taleplerinin Çokluğu

Nafaka borçlusunu eşin, nafaka alacaklısının ihtiyaçlarını karşılayabilecek güçte olup olmadığı belirlenirken, yetkili makam,

- (a) nafaka borçlusunun ergin olmayan çocuğunun nafaka talebine öncelik vermeli;
- (b) nafaka borçlusunun yeni eşine olan nafaka yükümlülüğünü de gözönünde bulundurmalıdır.

İlke 2:8 Süre Sınırlaması

Yetkili makam nafakaya sınırlı bir süre ile hükmedebilir, ancak istisnai hallerde süresiz olarak da nafakaya karar verilebilir.

İlke 2:9 Nafaka Yükümlülüğünün Sona Ermesi

- (1) Nafaka alacaklısı eş yeniden evlenirse veya uzun süreli bir hayat ortaklığı, evlilik dışı birliktelik içinde olursa, nafaka yükümlülüğü sona erer.
- (2) Birinci paragrafta göre sona eren nafaka yükümlülüğünden sonra, yeni evlenme veya uzun süreli beraberlik sona ererse, nafaka yükümlülüğü yeniden doğmaz.
- (3) Nafaka borçlusunu veya alacaklısından birinin ölmesi halinde nafaka yükümlülüğü sona erer.

İlke 2:10 Nafaka Sözleşmesi

- (1) Boşanma sonrasında eşler, nafaka konusunda sözleşme yapabilirler. Sözleşme, nafaka yükümlülüğünün kapsamını, süresini ve sona ermesini

içermeli, eğer nafaka talebinden feragat edilecekse sözleşme bu konuyu da kapsamalıdır.

(2) Böyle bir sözleşme yazılı şekilde yapılmalıdır.

(3) Birinci paragraftaki koşulların yerine getirilmiş olmasının yanısıra, yetkili makam en azından nafaka sözleşmesini onaylar.

Yukarıdaki ilkeler incelendiğinde, boşanmaya ilişkin ilkelerin çocukların ve zayıf olan eşin menfaatleri ihmal edilmeden, boşanmanın dramatize edilmemesini amaçladıkları görülmektedir. Boşanmaya ilişkin ilkeler, anlaşmalı boşanmayı, tek taraflı olarak boşanmanın üstünde tutarak, ödüllendirmektedir. Diğer eşin rızasının olmadığı hallerde, boşanmak için -bir yıllık fiili ayrılık süresinin sona ermesi- gibi objektif bir şart aranmaktadır. Böylece, devletin evliliğe herhangi bir şekilde istenmeyen müdahalesi engellenmeye çalışılmıştır. İlkeler incelendiğinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibinin de kabul görmediği anlaşılmaktadır. Boşanmanın sonuçları konusunda da, sözkonusu ilkeler eşler arasındaki anlaşmayı desteklemektedir. Ancak, böyle bir anlaşma boşanma için bir önşart değildir. Buna karşılık, gerekli olan hallerde, yetkili makam boşanmanın tüm mali sonuçları ile çocuklara ilişkin sonuçlar konusunda karara varacaktır⁴⁰.

Anılan ilkelerin ortak özelliğinin, basitlik ve taraf iradesine ağırlık vermesi olduğu söylenebilir. Devletin bu alanlardaki geleneksel korumacı yaklaşımı karşısında, bu durum Aile Hukuku'nda yeni bir yaklaşım tarzı olarak değerlendirilebilir. Bireylerin kendi hayatlarını kendi istek ve ihtiyaçlarına göre belirlemeleri, Komisyon'un bu alanda devlet müdahalesine mümkün olduğunca az, ancak taraf iradesine daha fazla önem vermesine yol açmıştır. Ancak, bu çözüm tarzı, zayıf olan tarafın korunmasıyla dikkatli olarak dengelenmelidir⁴¹. Komisyon'un hazırlamış olduğu bu ilkelerin, üye ülkelerin kanun koyucuları tarafından derhal ve aynen kabul edilerek, hukuki

⁴⁰ BOELE-WOELKI, 163-164.

⁴¹ BOELE-WOELKI, The Principles of Family Law, 168.

sistemlerinde gerekli düzenlemeleri yapmaları beklenmemektedir. Ancak, sözkonusu prensipler, parlamentolar üzerinde bağlayıcı olmamakla birlikte, ulusal parlamentolar tarafından yapılacak olan reform sürecinde, birer bilgi ve ilham kaynağı, başka bir ifadeyle çerçeve bir kaynak işlevini göreceklerdir⁴².

Avrupa Aile Hukuku Komisyonu, özellikle yabancı unsurlu evlilikler için sınırlar ötesi uyumlaştırma amacı gütmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk alanında, özellikle boşanma, nafaka, mal rejimleri, vasiyetname ve miras hukuku alanında tüm Avrupa ülkeleri için ortak düzenlemeler getirmeye çalışmaktadır. Ancak Komisyon'un bu çalışmaları ve prensip kararları sadece tavsiye niteliğinde olup, henüz bağlayıcılığı yoktur. Başka bir ifadeyle, Komisyon'un bugüne kadar ki çalışmaları sonucunda Aile Hukuku Prensipleri belirlenerek, Avrupa'da bu alanda uyumlaşma de facto sağlanmaya çalışılmıştır⁴³.

Komisyon'un ikinci çalışma alanı, ilk çalışma alanıyla bağlantı içinde olan ve uluslararası boyutları olduğu için birçok uluslararası sözleşmeye de konu olan “ana-babanın (ebeveyn) sorumluluğu”, ana-babanın görevleridir. Komisyon, çalışma sistemi içindeki hukuki prosedüre uyarak bu alana ilişkin ilkeleri taslak haline getirmiştir. Komisyon'un üçüncü çalışma alanı ise, ilk alanla ilintili olan yasal veya yasal olmayan tüm evlilik dışı yeni birliktelik türleriydi. Komisyon'un amacı, evlilik dışı birliktelikler için en azından bir Avrupa modeli yaratmaktı. Komisyon'un seçmiş olduğu bu alanlardan da ortaya çıkan sonuç, Komisyon'un Aile Hukuku'nun tüm konularına karşı sistemik bir yaklaşım içinde olmadığıdır⁴⁴. Ancak, şu anda Komisyon, üçüncü çalışma alanı olarak mal rejimlerini seçmiştir. Bu değişiklik, yakın zamanda Avrupa Birliği Komisyonu'nu tarafından “Mal Rejimlerine İlişkin

⁴² Bkz. PINTENS, Europeanisation of Family Law, 30.

⁴³ Bkz. ŞİPKA Şükran, “Avrupa Birliği Aile Hukuku ve CEFL” (Avrupa Birliği Aile Hukuku Komisyonu, Prensipleri, Amaçları ve Yapılan Çalışmalar), İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 10, 2006, 167, 170-171.

⁴⁴ BOELE-WOELKI, 163.

Kanunlar İhtilafı Konusundaki Yeşil Kitap'ın basılması ve bu konuda AB'nin bir Tüzük hazırlığı içinde olmasından kaynaklanmıřtır⁴⁵.

ř4. AİLE HUKUKUNUN ÇEşİTLİ ALANLARININ ÜYE ÜLKELERDEKİ DURUMUNA GENEL BAKIş

I. Evlenmenin şekli

Evliliğe ilişkin hukukun uyumlaştırılması, Avrupa Konseyi tarafından ele alınan bir konu olmasına rağmen bugüne kadar herhangi bir gelişme kaydedilmemiştir. Ancak, bu alanda son yıllarda yapılan reformlarla, bazı evlenme engelleri ve diğer formaliteler ortadan kaldırılmıřtır⁴⁶. Almanya'da olduğu gibi zorunlu olan bazı törenler ile birçoğ Avrupa ülkesinde izin verilen dini törenler arasındaki farklılıklar artık daha az önemli hale gelmiştir. Son yıllarda bu alana yöneltilen politik ve hukuki ilgi de azalmıřtır⁴⁷.

II. Mal Rejimleri

İngiliz ve İrlanda hukukları, evlilik birliği süresince edinilen malların paylaşımına ilişkin özel rejimler ihtiva etmeseler dahi⁴⁸, diğer Avrupa Birliği üyesi olan ülkelerin tamamı ilgili kanunlarla, mal rejimi sistemlerini kabul etmişlerdir. Ancak, ortaya çıkan son derece karmaşık mal rejimi sistemleridir. Aslında mal rejimleri, Avrupa Birliği içinde yapılan hukuki işlemleri de etkilediğinden, çoğunlukla birleşme konusu olabilecek bir alan olarak görölmektedir. Ancak, bu alandaki karmaşıklık yüzünden böyle bir

⁴⁵ PINTENS, Europeanisation of Family Law, 29. Ancak, mal rejimleri gibi eşya hukukuyla yakın ilişki içinde olan alanların uyumlaştırma konusunda daha fazla başarı şansına sahip olduğu belirtilse dahi, bu alandaki teknik zorluklar küçük görölmemelidir. Bkz. PINTENS, Europeanisation of Family Law, 28.

⁴⁶ MÜLLER-FREIENFELS, 197 vd.

⁴⁷ Bkz. MARTINY, Family Law , 320.

⁴⁸ Bu alanda, Borçlar Hukuku genel hükümleri ve Eşya Hukuku hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Ancak hiç şüphesiz malların eşit paylaşımı da mümkündür. Bkz. MARTINY, Family Law, 320.

projenin gerçekleştirilmesine yönelik henüz somut bir plan ortaya konmamıştır. Öte yandan, mal rejimleri hukukları arasında uyumun gerekliliği karşısında Avrupa iç pazarında hala bu konuya ilişkin yeterli deneyim de yoktur. Söz konusu sistemler, öncelikle sonradan edinilen mallar üzerinde ortaklığı kabul etmekte, sadece çok düşük bir düzeyde, İngiltere’de olduğu gibi mal ayrılığını kabul etmektedirler⁴⁹.

Mal rejimleri arasında birleşme imkanı da, asgari düzeyde bu rejimlerin en temel türleri arasında sağlanabilir. Dolayısıyla, Avrupa Birliği’nde yer alan kanun koyucular da bu türler arasından birini ulusal, yasal mal rejimi olarak kabul edebilirler. Çiftlerin, diğer türlerden birini seçme hakkı kendilerine tanınabilir ve çiftler seçimlik mal rejimlerine ilişkin sözleşmeler kurabilirler⁵⁰. Diğer olasılık da, Avrupa mal rejimi sisteminin geliştirilmesi ve bu rejimin tüm üye ülkeler tarafından üye ülkelerin ulusal rejimlerinin yanında, bir ek rejim olarak kabul edilmesidir⁵¹.

III. Boşanma

Bugün Malta hariç, Avrupa Birliği içinde yer alan her ülkede boşanma yasaldır. İspanya, İrlanda ve İtalya’da boşanma konusunda bir zamanlar mevcut olan büyük farklılıklar ortadan kalkmış⁵² ve bugün Birlik içinde boşanma konusunda belirli bir consensus oluşmuştur⁵³.

⁴⁹ MÜLLER-FREIENFELS, 199 vd.; HENRICH Dieter, “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, Fam RZ, 2002, 1521 vd.

⁵⁰ HENRICH, 1521 vd.

⁵¹ Bkz. AGELL Anders, Towards Uniforming Spouses Property Rights, Especially in International Marriages, Council of Europe, Proceedings of the 3rd European Conference on Family Law, Strasbourg, 1995, 63 vd. ; AGELL Anders, The Division of Property upon Divorce from a European Perspective, Brussels, 1998, 1 vd.

⁵² MÜLLER-FREIENFELS, 201 vd.

⁵³ PINTENS Walter, “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts”, FamRZ 2003, 334 vd.; MARTINY Dieter, Divorce and Maintenance between former spouses-initial results of the Commission on European Family Law, in Boele-Woelki, K. (Ed.), Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family

Avrupa Birliği'nde üye ülkeler arasında bazı özel boşanma sebeplerinin yanısıra, evlilik birliğinin temelinden sarsılması doktrini geniş çapta kabul edilmiştir.⁵⁴

Avusturya, Belçika ve Fransa'da uygulanan ve çeşitli boşanma sebepleri için kanunda belirli şartların öngörüldüğü, farklı boşanma sebeplerine imkan veren sistem de büyük ölçüde kabul görmüştür⁵⁵. Örneğin, Fransız Hukuku, anlaşmalı boşanmaya ek olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebini de benimsemiş, aynı zamanda kusura dayanan boşanma sebeplerine de yer vermiştir⁵⁶. Dolayısıyla, bu ülkeler arasında sınırlı seviyede bir uyum olsa da, aslında ne bu sebep ne de Almanya⁵⁷ ve İngiltere gibi tek kategori boşanma sebebine yer veren ülkelerin durumu, uyumlaştırma karşısındaki büyük engeli oluşturmaktadır. Bu konuda, anılan sebeplerin yanı sıra, özellikle boşanmanın sonuçlarında ortaya çıkan farklı çözümler karşısındaki zorluk dikkat çekmektedir⁵⁸.

Boşanmanın en önemli sonuçlarından biri de çocuğun velayeti konusundaki karardır. Bu bağlamda Almanya, velayetin sadece ana-babadan birine bırakılacağına ilişkin kuralı uygulamaktan vazgeçen tek ülke değildir. Gerek Almanya'da gerekse AB içindeki diğer ülkelerde yapılan reformlar sonucunda, boşanma sonrası ortak velayet kabul edilmiştir⁵⁹.

Law in Europe, Antwerpen/Oxford/New York, 2003, 529 vd..

⁵⁴ Eşlerden birinin evliliği devam ettirmemeye ilişkin iradesine hukuk bu yönde bir sonuç bağlamış, eşlerin belirli bir süre ayrı yaşamalarından sonra o evliliğin zedelenmiş, sarsılmış olduğu kabul edilmiştir. JAYME Erik, Die Entwicklung des europäischen Familienrechts, Fam. RZ 1981, 221 vd; MARTINY, Family Law, 321; LUTHER Gerhard, Italienisches Familienrecht, München 1994, 3 vd.;

⁵⁵ SCHWENZER Ingeborg, Vom Status zur Realbeziehung, Baden- Baden, 1987, 42 vd.

⁵⁶ Code Civil Français (CCF) Art. 229 vd.

⁵⁷ Alman hukukunda sadece tek bir boşanma sebebi vardır. BGB §1565/I'e göre, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanarak dava açılabilir. Bkz. MARTINY/SCHWAB, 4.

⁵⁸ MARTINY, 322.

⁵⁹ Bkz. BGB §1671, CCF Art. 287.

IV. Evlilik Dışı Birliktelikler

Evlilik dışı birliktelikler (Non - Marital Cohabitation / Lebensgemeinschaft), bugün karşılaştırmalı hukukun üzerinde çalışmayı tercih ettiği alanlardan biri olmasına rağmen, bu konu hakkında büyük bir ilerleme kaydedilememiştir. Esas sorun, evli çiftlere uygulanan, evlenmeye ilişkin hükümlerin hangi dereceye kadar evli olmayan ancak birlikte yaşayan çiftlere de uygulanması gerektiğidir. Örneğin İsveç gibi birkaç ülke, önemli bazı konularda evli çiftlere ve evli olmayan çiftlere eşit kurallar uygulamaktadır⁶⁰. Ancak, diğer ülkeler örneğin Almanya, evlilik dışı birliktelikleri evlilikle aynı basamağa koymaktan kaçınmaktadır⁶¹.

Evlilik dışı birlikteliklerde tescil sistemini kabul eden ülkelerde -bazı istisnalar dışında- bu birlikteliklere, evli çiftlere tanınan hak ve yükümlülükler tanınmakta veya daha sınırlı bazı hak ve yükümlülükler tanınarak, bu birlikteliklerin bir yasal düzenleme altında korunması amaçlanmaktadır. Tescil edilmiş evlilik dışı birlikteliklere, bazı ülkelerde eşcinsel birliktelikler de dahil edilmiştir⁶².

Bu alanda, hukukun uyumlaştırılmasında gelişme sağlanmasının muhtemel olduğu kabul edilmektedir⁶³. Ancak, şu anda, evlilik dışı

⁶⁰ BRADLEY David, Family Law and Political Culture. Scandinavian Laws in Comparative Perspective, London 1996, 82 vd.; BRADLEY David, "Radical Principles and Legal Institution of Marriage-Domestic Relations Law and Social Democracy in Sweden", International Journal of Law, Policy and Family, 1990, 154 vd..

⁶¹ Bkz. MARTINY, Family Law, 322. Serbest birleşmelerin hukuki anlamda evlilik olmadığı, bu tarz birleşmeleri tasvip eden Almanya gibi ülkelerde, bu birleşmelere özel bir niteleme ile hayat arkadaşlığı veya hayat ortaklığı (Lebensgemeinschaft) denilmesinden de açık olarak anlaşılmaktadır. DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul, 2008, 10.

⁶² Evlilik dışı birlikteliklerde tescil sistemini kabul eden ülkeler arasında, Fransa, İsveç, Hollanda, Danimarka, Almanya, İsviçre, Slovenya, Portekiz, Finlandiya, İzlanda ve Macaristan da yer almaktadır. http://www.ilga-europe.org/europe/issues/marriage_and_partnership/marriage_and_partnership_rights_for_same_sex_partners_country_by_country, 22.04.2008.

⁶³ LUTHER, 265.

birlikteliklere sağlanacak olan eşitliğin kapsamı ve türü konusunda bir uzlaşma beklenmemelidir⁶⁴.

Eşcinsel çiftlerin durumlarına ilişkin olarak “cinsel tercihler temeline dayalı ayrımcılık yasağı”na dayanarak çeşitli hukuki çözümler kabul edilmiştir. Bu konu hakkında temel olarak iki sistem kullanılmaktadır. Birincisi, kuzey ülkelerinde uygulama alanı bulan ve daha sonra Almanya⁶⁵,nın da benimsediği modeldir. Bu modelde, temel olarak evli çiftlere uygulanan kurallar aynı şekilde eşcinsel çiftlere de uygulanmaktadır.

Buna karşılık, Fransızların kabul ettiği ve Ekim 1999'da Fransız Parlamentosu tarafından kabul edilen “pacte civil de solidarité” (PACS), evliliğe alternatif olarak getirilen bir sistemdir. Bu sistemde, birlikte yaşayan çiftler, kanunda öngörülen şekil şartlarına uyarak, aralarında yaptıkları sözleşmeyle hak sahibi olup bazı yükümlülükler altına girerler ancak, bu hak ve yükümlülükler, evlilik birliğinin eşlere yüklediği hak ve yükümlülükler nazaran daha düşük seviyededir. Evliliğe göre etkileri daha sınırlı olan bu sistem eşcinsel çiftlere uygulanabildiği gibi, aynı zamanda ayrı cinsten olan çiftlere de açıktır⁶⁶.

⁶⁴ MARTINY, Family Law, 322.

⁶⁵ Federal Almanya, 16.2.2001 tarihinde Gesetz Über Die Eingetragene Lebenspartnerschaft'ı (Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Kanun) yürürlüğe sokarak hayat ortaklığı adını verdiği aynı cinsten kimselerin birlikte yaşamlarına bir düzenleme getirmiştir. Kanunun amacı, birlikte yaşayan eşcinsellere karşı ayrımcılığın önlenmesi ve gittikçe çoğalan aynı cinsten olan kişilerin birlikte yaşamalarını bir bir yasal düzene sokmaktır. Ancak, anılan kanun birçok hususta BGB'nin Aile Hukuku hükümlerine atıf yapmaktadır. Hayat ortaklığının geçerli olarak kurulması, kanunda öngörülen birtakım şekli şartların ve taraflara ilişkin şartların yerine getirilmesine bağlıdır. Hayat ortaklığının genel olarak karşılıklı hak ve görevleri, hayat ortaklığının mali sonuçları, hayat ortaklarının ayrı yaşamları ve hayat ortaklığının sona ermesi ve sağ kalan hayat ortağının miras hakkı kanunda özel olarak düzenlenmiştir.; DURAL Mustafa, “Federal Almanya'nın (Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Kanun) Temel Alınarak Eşcinsellerin Birlikte Yaşamalarının Açıklanmasına İlişkin Bir Deneme”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara, 2004, 179-188.

⁶⁶ Bkz. MARTINY, Family Law, 323.

Bunun yanısıra, Hollanda ve Belçika'dan sonra İspanya da eşcinsel çiftlerin evlenmesine izin veren ülkeler arasında yer almaktadır⁶⁷.

V. Ana-Baba ve Çocuk Arasındaki İlişki

Boşanma sayısının artmasıyla birlikte, boşanmanın sonuçlarının ve çocukların durumunun daha önemli hale geldiği açıktır. Bu sorunlar artık sadece ülkelerin yerel aile hukuklarının konusu olmaktan çıkmıştır. Avrupa Birliği de, velayet hakkı, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuk kaçırma ve çocuğa nafaka verilmesine ilişkin konuların sınırları aşan boyutlarının arttığının farkındadır. Kökenleri farklı olan kuralların birbirleriyle olan karmaşık etkileşimi, uzun vadede maddi hukuk ve usul hukuku kurallarının uyumlaştırılmasını gerekli kılacaktır⁶⁸.

Evlilik dışı çocuklara eşitlik sağlanması da Avrupa Birliği'nde büyük öneme sahip konulardan biridir. Birleşmiş Milletlerin Çocuk Hakları Konvansiyonu ve 15 Ekim 1975 tarihli Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Konseyi Konvansiyonu'nun⁶⁹ yanı sıra evlilik içi çocuklarla evlilik dışı çocuklar arasındaki eşitsizliğin ayrımcılık yasağı ilkesini ihlal ettiğine hükmeden 1979 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Marcks v. Belçika kararı, AB'deki ülkelerin evlilik dışı çocukların hukuki durumlarına yönelik adımlar atmalarını sağlamıştır. Her ne kadar, İtalyan ve Fransız hukukları “mater semper certa est” (ana daima bellidir) kuralını hala hukuk sistemlerine taşımasalar da, evlilik dışı çocukların durumu, anılan ülkelerde iyileştirilmiştir⁷⁰.

⁶⁷ Bkz. PINTENS, Europeanisation of Family Law , 7.

⁶⁸ MARTINY, Family Law, 323.

⁶⁹ Konvansiyon'un 2. maddesi, analığın sadece doğum olgusuna bağlandığını, 3. maddesi ise babalığın, ancak tanıma veya mahkeme hükmü ile belirlenebileceğini hükme bağlamıştır. Konvansiyon'da ayrıca evlilik dışı çocuklarda, nafaka ve miras hakkı gibi konularda ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin hükümler de yer almaktadır.

⁷⁰ Bkz. CCF Art. 323, 334-338; MARTINY, Family Law, 324.

Geniş ölçüde kabul gören bir başka hukuki gelişme de, baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasına ilişkindir. Çocuğun evlilik içinde doğduğu hallerde babalık karinesinin doğrudan doğruya uygulama alanı bulacağı çok büyük ölçüde kabul edilmiştir. Ancak, babalık karinesinin uygulama alanı bazı şartlar altında sınırlandırılmış ve bu karinenin çürütülmesi imkanı, reddedilmesi hakkı genişletilmiştir⁷¹.

VI. Evlat Edinme

Evlat edinme usulünün kolaylaştırılmasına yönelik bir hareket, son yıllarda evlat edinmeye ilişkin kurallarda gözlemlenmektedir. Üye ülkeler arasında evlat edinmeye ilişkin kurallarda belirli bir düzeyde yeknesaklık zaten mevcuttur. Örneğin, 1967 tarihli Avrupa Evlat Edinme Konvansiyonu'nu imzalayan ülkeler arasında⁷² böyle bir uyum zaten sözkonusudur. Sözkonusu Konvansiyon'da, sadece "tam evlat edinme"ye (full adoptions/voll adoption) izin verilmiştir. Tam evlat edinme, evlatlığın biyolojik ana-babasıyla olan bağlarını kopararak, tamamen evlat edinene bağlanmasını amaçlamaktadır. Ancak birçok Avrupa ülkesi de, geleneklerine bağlı kalarak tam evlat edinme sistemini kabul etmemişlerdir⁷³.

SONUÇ:

Avrupa Aile Hukuku'nun birleştirilmesi gerekliliği son yıllarda ortaya çıkmış bir sorundur. Konu, AB coğrafyası dışında da uluslararası boyutları olan bir konudur ve bu çerçevede çeşitli uluslararası Konvansiyonlar da mevcuttur.

⁷¹ MARTINY, Family Law, 324.

⁷² Bu Konvansiyonu imzalayan ülkeler arasında Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Almanya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Litvanya, Lihtenştayn, Malta, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, İsveç, İsviçre ve İngiltere yer almaktadır.

⁷³ Bkz. MARTINY, Family Law, 324.

Kültürel farklılıklar ve sınırlamalar ile Kıta Avrupası sistemi ile Anglo-Sakson hukuk sistemi (Common Law) arasındaki farklılıklar, hala Aile Hukuku'nun yeknesaklaştırılması veya uyumlaştırılmasını zorlaştıran etkenler olarak görülmesine rağmen, AB, kişilerin serbest dolaşımını garanti altına almak için, bu alanda, üye ülkeler arasında asgari düzeyde de olsa bir uyumlaştırmanın sağlanması gerektiğinin farkındadır.

AB üyesi ülkelerin aile hukuklarının bazı alanlarındaki hukuki durumu hakkında yapılan genel bakış açısı göstermektedir ki, üye ülkeler arasında belirli ilkeler konusunda takdire değer bir uyumlaştırma elde edilmiş, hatta belirli konularda yeknesaklık da sağlanmıştır. Ancak AB içindeki asıl sorun, geçmişte olduğu gibi bugün de hala farklı maddi hukuk normlarının varlığını devam ettirmesidir. Yeknesaklığın sağlandığı belirli alanlardaki kurullarda bile, şartlarda veya ayrıntılarda farklılıklar göze çarpmaktadır⁷⁴.

Avrupa Aile Hukuku Komisyonu'nun boşanma ve nafaka konularında hazırlamış olduğu ilkelerin ortak özelliğinin, basitlik ve taraf iradesine ağırlık vermesi olduğu söylenebilir. Devletin bu alanlardaki geleneksel korumacı yaklaşımı karşısında, bu durum Aile Hukuku'nda yeni bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. İnsanların kendi hayatlarını kendi istek ve ihtiyaçlarına göre belirlemeleri, Komisyon'un mümkün olduğunca az devlet müdahalesi, ancak daha fazla taraf iradesine önem vermesine yol açmıştır. Ancak, bu çözüm tarzı, zayıf olan tarafın korunmasıyla dikkatli olarak dengelenmelidir⁷⁵. Komisyon'un hazırlamış olduğu bu ilkelerin, üye ülkelerin kanun koyucuları tarafından derhal ve aynen kabul edilerek, hukuki sistemlerinde gerekli düzenlemeleri yapmaları beklenmemektedir. Ancak, sözkonusu prensipler, parlamentolar üzerinde bağlayıcı olmamakla birlikte, ulusal parlamentolar tarafından yapılacak olan reform sürecinde, birer bilgi ve başvuru kaynağı, başka bir ifadeyle çerçeve bir kaynak işlevini göreceklerdir⁷⁶.

⁷⁴ Bkz. MARTINY, Family Law, 325.

⁷⁵ BOELE-WOELKI, The Principles of Family Law, 168.

⁷⁶ Bkz. PINTENS, Europeanisation of Family Law, 30.

Avrupa Aile Hukuku'nun uyumlaştırılması çok çeşitli aşamaları olan bir sũreçtir ve bu alanda daha katedilmesi gereken çok uzun bir mesafe vardır. Uluslararası usul hukukunu ilgilendiren konularda Birlik düzeyinde kabul edilen Tũzũklerle, belirli bir yeknesaklık sağlanmıştır. Ancak, ũye ũlkeler arasındaki farklı maddi hukuk normlarının varlığı karşısında, bugũn kabul edilen, Aile Hukuku'nun tũm alanlarını kapsayacak, detaylı bir yeknesaklaştırmanın gũndemde olmadığı ve yakın bir gelecekte de gũndeme gelmeyeceğidir. Ancak, Aile Hukuku'nun, ũzerinde zaten ũye ũlkeler arasında da az veya çok bir uyumlaştırmanın olduğu boşanma, boşanma sonrası eşe ve çocuğa ũdenecek nafaka, ana-babanın sorumluluğu, mal rejimleri ve evlilik dışı birliktelikler gibi belirli alanlarında ortak bir payda, zemin oluşturulmasının mũmkũn olduğu kabul edilmektedir.

