

YABANCI HUKUKA DAYANAN “MİRASÇILIK BELGESİNİN” SORUNLARI VE GELECEĞİ*

Prof. Dr. Gerhard HOHLOCH*¹
(Çeviren: Doç. Dr. Yıldız ABİK)*²

I.GİRİŞ

Miras hukuku Almanya’da yaklaşık son 30 yılda belirgin bir önem kazanmıştır. Bu durum, önemli ölçüde ülkemizin ve halkımızın demografik gelişimiyle, ama aynı zamanda da elli yıldan fazla süren barış sürecinde özel mülkiyette meydana gelen büyüme ve esas itibarıyla genel refah seviyesinin yükselmesiyle de bağlantılıdır¹. Bu önem kazanma, Uluslararası Miras Hukukunda da görülür. Yukarıda sözü edilen iki bakış açısı ile birlikte, günümüzde Almanya’da Alman vatandaşı olmayan yaklaşık 8 milyon insanın yaşadığı, ancak bu insanların önemli ölçüde özel ve miras yoluyla intikal edebilen mülkiyetin oluşumuna, Almanlara benzer bir şekilde katkı sağlamış oldukları yönündeki bakış açısı, diğer bir bakış açısı da, EGBGB’nin^{*3} 25. maddesi uyarınca, mirasçıların Alman

* Prof. Dr. Gerhard Hohloch tarafından yazılan bu makale, “Probleme und Zukunft des Fremdrechtserscheins” adıyla, “Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag”, adlı Prof. Dr. Schlechtriem’e Armağanın (*Herausgegeben von Ingeborg Schwenzler und Günter Hager*) Tübingen, 2003, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 377- 394. sayfalarında yayımlanmıştır. Bu makale, gerekli izin alınarak Türkçeye çevrilmiştir.

*¹ Stuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesi Hâkimi

*² Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Krş., *Frank*, Erbrecht (Miras Hukuku), München 2000, 2, Rn.1; *Schwab*, Einführung, in: Heinrich/Schwab (Hrsg.), Familienrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht (Giriş- Avrupa Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Ailenin Miras Hakkı ve Vasiyetname Yoluyla Tasarrufta Bulunma Serbestisi, Avrupa Aile Hukuku İle İlgili Yazılar), cilt 7, 2001, 8 vd.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht (Miras Hakkı), 5. baskı, Münih 2001, 31 vd.

*³ Çevirenin Notu (1): EGBGB kısaltmasının uzun adı, “Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, Türkçe çevirisiyle, “Alman Medeni Kanununa Giriş Yasası”dır. Ancak bu kanun, Alman hukukunda, kural olarak milletlerarası özel hukuk ve usul hukukuna ilişkin konuları düzenlemektedir.

Hukukunun dışında yer alan yabancı bir hukuka tabi miras davalarının sayısının önemli ölçüde artmasına neden olmuştur. Söz konusu kanunlar ihtilafı normu veya EGBGB'nin 3. maddesinin 2. fıkrası uyarınca devletlerarası antlaşmayla düzenlenen öncelikli kanunlar ihtilafı normuna dayanan yabancı bir Miras Hukukunun yurt içinde uygulanması her zaman kolay değildir. Bir miras bırakan kişinin milli hukukunun, EGBGB'nin 25. maddesinin 1. paragrafında ifade edilen kapsamlı bir atfın kabulü (*Renvoi*) veya kısmi atfın mirasın taksimine yol açıp açmayacağına ilişkin olarak nasıl tepki vereceği hususu ile ilgili zorluklar karar verme sürecinde başlayabilmektedir². Başka zorluklar da, seçilen yabancı miras hukukunun uygulanmasında ortaya çıkabilmektedir. Bu zorluklar yeterlilik sorunuyla başlayarak, bugün ender olmamakla birlikte, yurt içinde alışlagelenden farklı olan yabancı Miras Hukuku düzenlemelerinin yurtiçi kamu düzeni (*ordre public*) ile esasen uyuşup uyuşmayacağına ilişkin sorunda da ortaya çıkabilmektedir. Seçilen miras hukukunun, aracısız uygulamayı öngören, yurtiçindeki doğrudan doğruya halefiyet temel prensibinden, herhangi bir şekilde tespit edilen ve görevi mirasçıya ait terekenin belirlenmesi, ödenmesi ve nihayet tasfiyesi olabilen tereke idarecisinin devreye girmesi üzerine uygulanamaması halinde ve mirasın tasfiyesinde de zorluklarla karşılaşılabilirdiği bilinen başka bir husustur. Tüm bu sorunlar, şu anda kabul gören bir görüşe göre bir “özel hukuk mirasçılık belgesi” olması gereken, yani Alman Miras Hukukuna göre belgelenmesi gereken “Genel Mirasçılık Belgesi”nin yanında, “yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi”ne öncelik veren yurt içindeki mirasçılık belgesi davalarında ortaya çıkmaktadır. Söz konusu “yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi”, kural olarak yabancı miras statüsünün geçerli olması ve ikinci olarak da yurt içinde ister taşınır isterse taşınmaz bir mal varlığının mevcudiyeti halinde “maddi hukukla sınırlı mirasçılık belgesi” olarak düzenlenir (Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 2369. maddesi). Sorunlar bu noktada ortaya çıkabildiğinden,

² Kapsamlı referans için bkz. BGHZ 96, 262, 276; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1995, 466; Hohloch, in: Erman (Hrsg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu Hakkında Şerh), 10. baskı, Münster 2000, EGBGB madde 25 Rn.5; Palandt/Heldrich (2002) EGBGB madde 25 Rn.2; MünchKomm/Birk (1998) EGBGB madde 25 Rn. 5

özellikle de pratik uygulama hususunda yurt dışı ile ilişkisi bulunan mirasçılık belgesi davası, bugün Uluslararası Miras Hukuku içinde büyük bir ilgi uyandırabilmektedir.

Uluslararası Miras Hukukuna bugünkü kadar önem verilmediği zamanlarda, *Peter Schlechtriem* henüz genç bir hukuk bilim adamı iken, bu alana ilk kez bilimsel açıdan monografik bir çalışmayla yönelmesi önemlidir. “Ausländisches Erbrecht im inländischen Verfahren (Yurt İçi Davalarda Yabancı Miras Hukuku)” onun ilk yazılarından ve muhakkak elinden çıkan ilk monografisi idi³. Bu arada yaklaşık 40 yıl geçmiş bulunmaktadır, bugün bakıldığında önemli bir konuyu ele almakla o zamanki önsezinin gerçekleştiği görülmektedir. Dolayısıyla, emekliye ayrılmış bir Profesöre ve aynı zamanda Enstitü Müdürü olan o günkü yazara saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, aşağıdaki yazıda Uluslararası Miras Hukukunun bazı sorunları ve onun Alman mirasçılık belgesi sürecindeki uygulaması ele alınmış, bu konu ile birlikte emekliliği kutlanan adı geçen kişinin liyakatının takdir edilmesi hedeflenmiştir. *Peter Schlechtriem* uzun zamandır gücünü sadece bir örnek hukukun geliştirilmesine değil, aynı zamanda Kanunlar İhtilafı Hukuku ile ilgili yasama ve anlaşmaların oluşturulmasının daha da geliştirilmesine harcadığından⁴, yazının sonunda da kısa ve tabii bugünkü bakış açısından, mirasçılık belgesi sürecine yönelik Uluslararası Miras Hukukunun geleceğine ilişkin görüşlerini sıralamıştır.

II. Yabancı Hukukta Veraset İlamının Özellik ve İmkânları

1. Yabancı Hukuklarda Veraset İlamının Anlam ve Önemi

Alman Medeni Kanunu’nun (BGB’nin) 2369. maddesiyle düzenlenen “Yabancı Hukukta Mirasçılık Belgesi”⁵ içerik olarak

3 *Slechtriem*, Ausländisches Erbrecht im deutschen Verfahren (Alman Davalarında Yabancı Miras Hukuku), Karlsruhe 1966.

4 Bkz. bu hususta, Sebepsiz Zenginleşme ile ilgili Kanunlar İhtilafı Hukuku Reformu, *Slechtriem*, IPRax 1995, 68.

5 Kavram muhtemelen *Raape*, tarafından Internationales Privatrecht (Uluslararası Özel Hukuk) adlı eserinde (5. Baskı, Berlin 1961, 448) şekillendirilmiştir; bugünkü kullanım şekli için bkz. *Staudinger/Dörner* (2000) EGBGB’nin 25. maddesi Rn. 831; BGB’nin 2369. maddesindeki mirasçılık belgesine kaynakça için bkz. *Staudinger/Dörner*, aynı yerde Rn. 822.

Uluslararası Miras Hukuku ve Yabancı Miras Hukukunun uygulamasına dayanmaktadır. Yabancı hukuka yönelik mirasçılık belgesi, yabancı miras hukukuna dayanan halefiyetin belgelenmesi halinde düzenlenmektedir. Yabancı miras hukukunun yetkili olması, Kanunlar İhtilafı Hukukunun uygulaması ile ortaya çıkmaktadır. Bu, devletlerarası anlaşmayla düzenlenen Kanunlar İhtilafı Hukuku veya EGBGB'nin (EGBGB'nin 25. maddesinin bugünkü metni veya EGBGB'nin eski metninin 25. maddesiyle bağlantılı EGBGB'nin 220. maddesi 1. fıkrası) bağımsız olarak konulan Kanunlar İhtilafı Hukuku olabilmektedir. Alman Miras Hukuku uygulamada, özellikle Türk ve İranlı miras bırakanların veya eski Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra ortaya çıkan devletlerin vatandaşı olan miras bırakanların miraslarının intikallerindeki davalarda olduğu gibi, EGBGB'nin 25. maddesinin önünde öncelikli olarak EGBGB'nin 3. maddesinin 2. fıkrası gereğince, devletlerarası anlaşmayla düzenlenen mirasa ilişkin kanunlar ihtilafı hukuku geçerli olduğundan, BGB'nin 2369. maddesi uyarınca düzenlenecek bir mirasçılık belgesini hiçbir şekilde engelleyemez⁶. Devletlerarası anlaşma hukuku, Almanya'nın anlaşma imzaladığı ilgili devletin vatandaşlarına genellikle Alman tereke mahkemelerine başvurmalarını yasaklamaz ve mirasçılık belgesinin yerine geçecek herhangi bir senede de imkan tanımaz⁷. Taşınmazlara ilişkin mevcut eşya hukukunda yer alan (*lex rei sitae*) Miras Hukukuna göre mirasın intikali ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamışsa ve bu nedenle mirasın paylaşılması söz konusu ise, sayıları

⁶ Uluslararası Miras Hukuku, bu anlamıyla Almanya için halen geçerli bulunmaktadır, bu konuyla sınırlı Devletlerarası Anlaşmalar için bkz. *Erman/Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi, Rn. 3. ve 4. Almanya'da yürürlükte bulunmayan Lahey anlaşmaları için bkz. *Erman/Hohloch*, EGBGB'nin 25. ve 26. maddeleri, Rn.3, daha önce belirtilen yerde; bunların gelecekteki uygulaması için bkz. aşağıdaki III. 3. madde.

⁷ 28 Mayıs 1929 tarihli Alman-Türk Veraset Anlaşmasının geçerliliği bağlamında Türkiye ile ilişkilerde konuyla ilgili hukuki durum için bkz. Genel Bakış, *Erman/Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 4, 56 ve 57; buradaki 1-11'e kadar olan maddelerinde Konsoloslara verilen yetkiler, ikamet edilen devletteki tereke mahkemelerine başvurulmasına engel değildir, krş. *Staudinger/Dörner* (dn. 5), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 190 ile ilgili ön açıklamalar; *Erman/Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi 57. paragrafı diğer kanıtlar ile birlikte, eski Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla oluşan devletlerdeki hukuki durum için aynı yerdeki 4. paragraf, ayrıca bkz. *Schurig*, *Soergel* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch* (Alman Medeni Kanunu), 12.Baskı, Stuttgart 1996, EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 106, diğer kanıtlarla birlikte.

açısından da pratik önemi olan tam da bu davalarda yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgeleri söz konusu olabilmektedir⁸.

Yabancı Miras Hukukunun zorunlu uygulanması şartına bakılarak, BGB'nin 2369. maddesindeki yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesine adeta uluslararası bir anlam vermek, kuşkusuz isabetli değildir. BGB'nin 2369. maddesindeki mirasçılık belgesi, BGB'nin 2353. maddesinde yer alan ve ilgili Alman makâmı tarafından tanzim edilen, önemli ölçüde yurt içine dönük anlama sahip bir Alman mirasçılık belgesi olan genel mirasçılık belgesinden farklı değildir. BGB'nin 2365. ve devamındaki maddeleri uyarınca genel mirasçılık belgesinin sahip olduğu sebep sonuç ilişkileri, yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi tarafından paylaşılmaktadır. Yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi, bu belgenin sahibinin miras hakkını kanıtlamakta ve böylece iç hukuk sürecine yardımcı olmaktadır. Yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi son belirtilen hususa yönelik olup, bu süreci kolaylaştırmak amacıyla ithal edilmiştir. Diğer bir deyişle, o yurt içinde, belgenin içeriğindeki kıstasa göre mirasçılık belgesinde adı geçenin miras hakkını kanıtlamakta ve buna göre mirasçılık belgesi sahibinin leh ve aleyhine, ayrıca veraset ilamına istinaden vekil tayin edilenle ilgili, kanunun mirasçılık belgesine genel olarak atfedilen ilişkileri ortaya koymaktadır. Genel mirasçılık belgesi ile yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi bu bakımdan birbirine denktir. Fonksiyon ve sebep sonuç ilişkilerindeki bu denklik, böyle bir Alman mirasçılık belgesinin yurt dışında nasıl bir etki göstereceğine ilişkin bir sorunun yöneltilmesini gerektirmektedir. Bunun cevabı, bugün dahi mirasçılık belgesine ihtiyaç duyacak ilgili devlete bağlı bulunmaktadır. Bir mahkeme kararına bağlı olarak tanıma anlamındaki gerçek bir “tanıma”dan bugün bile normalde kaçınılmaktadır, çünkü bir Miras Hukuku ilişkisine ait düzenleyici bir kararı temsil etmemekte, aksine miras hakkını “belgelemektedir”. O bakımdan, gerçi yurtdışında “ikna edici” bir etkisi olabilmektedir, ancak bunun ölçüsünün ne

8 Örnek olarak karşılaştırınız, Alman-Türk Miras Anlaşmasının (dn. 7) 14. paragrafının 2. fıkrasında yer alan mirasın taksimi, karşı örnek olarak 17 Şubat 1929 tarihli Alman-İran Yerleşme ile ilgili Anlaşmanın, milli hukuka göre bütünlük içindeki miras uygulamasına ilişkin 8. maddesinin 3. fıkrası, konuyla ilgili bkz. Hamm Temyiz Mahkemesi (OLG), FamRZ 1993, 111; *SchottenWittkowski*, FamRZ 1995, 268.

olacağıının belirlenmesi, Almanya dışında her devletin kendi elinde bulunmaktadır, çünkü antlaşma hukuku veya diğer uluslararası bağlayıcı bir hukukun bu bakımdan neredeyse hiç geçerliliği yoktur⁹. Özetlemek gerekirse, Alman hukukundaki yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi, gerçekten de çok sınırlı ve etkili bir belgedir. Bu belge, kural olarak, sadece yurt içinde geçerlidir ve burada da, kullanılabilirliğini sınırlayan veya sınırlaması mümkün olan bir dizi sorunları içermektedir. Bu sorunlardan bazılarının aşağıda tartışması yapılacaktır.

2. Yabancı Miras Bırakana İlişkin Yabancı Miras Statüsü

BGB'nin 2369. maddesi uyarınca yabancı hukuka dayalı başlıca mirasçılık belgesi davalarını, yabancı bir miras bırakanın milli hukukuna göre mirasını intikal ettirme ile ilgili davalar oluşturmaktadır. Böyle bir yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesinin oluşumu yukarıda 1. maddenin altında daha önce anlatılmıştır. Alman ihtilaf hukuku yabancı miras hukukunun ölçüsünü belirlemede, kanunlar ihtilafı normu tarafından ortaya konulan atıf, yabancı hukuk tarafından kabul edilmektedir. Yabancı hukuk böylece Miras Hukukundaki halefiyete hükmetmektedir. Bu şekilde maddi hukuka ilişkin bir hak olarak belirlenen sonuç ayrıca istem dışı, BGB'nin 2369. maddesi tarafından kabul edilen Alman tereke mahkemesinin uluslararası yetkisine ilişkin "Eşzamanlılık İlkesi"nin yıkılmasına da neden olmaktadır. Tabii ki bu yetki gerçekte uluslararası bir yetki değildir, aksine "uluslararası bakış açısına" bağlı olarak yabancı miras bırakanın yurtiçi mirasının ulusal düzeydeki tahdidi ile sınırlıdır. Gerçekçi bir değerlendirme yapılırsa, bu daha çok yurt içine yönelik özel bir yetki olarak ifade edilmek istenmektedir, zira bu yetkiden yurtiçi hukuk süreci ve onun ihtiyaçları

⁹ Miras davasına dayanan kararların uygulaması ve tanınması anlamına gelen anlaşmalar, bugüne kadar Almanya'yı neredeyse hiç bağlamamıştır; Avrupa anlaşmaları (EuGVÜ ve LugÜbk) Avrupa mahkemelerinin durumu ve infaz düzenlemesi, miras hakkını bu bakımdan ilgilendirmemektedir, 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe giren EuGVVO için de geçerli değildir. Konuyla ilgili ikili tanıma ve uygulama anlaşmaları için bkz. Erman/Hohloch (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 55. Avusturya hukukuyla bağlantılı olarak tanıma yeterliği için bkz. OLG Zweibrücken, Rpfleger 1990, 121, İsviçre hukuku için bkz. BayObLG, NJW-RR 1991, 1098; hâkim olan sınırlandırıcı uygulamanın eleştirisi için bkz. Kaufhold, ZEV 1997, 402.

durumunda yararlanılmakta, buna karşılık, yetkilerine hiç müdahale etmek istemediği yurtdışı ilişkilerinde ise daha çok geri planda kalmaktadır. Yetkisi veya zorlukları burada geniş olarak tartışılmayacak olan Eşzamanlılık Teorisinin asıl istinasını, bu şekilde bakıldığında BGB'nin 2369. maddesi oluşturmamaktadır¹⁰. BGB'nin 2369. maddesi, yabancı maddi hukukun uygulanmasıyla bir Alman senedinin düzenlendiği belge olarak kalmaktadır. Diğer bir “eşzamanlılık”, yani BGB'nin 2353. maddesindeki “özel hukuk mirasçılık belgesi” olarak adlandırılan genel mirasçılık belgesinin işlevsel eşzamanlılığı dikkate alınırca, o zaman prensip olarak yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi ve onun düzenlenmesi ile ilgili özel sorunlar ortaya çıkmaz. Ancak başvuran kişinin ve onunla başvuruda yer alan ve mirasçı olma durumunda bulunan şahısların miras hakkının belgelenmesi gerekir. Ayrıca miras hakkının büyüklüğü ve kapsamı belgelenmelidir. Son olarak da, belgelendirilmesi gereken miras hukukuna ait miras hakkının oluşmasıyla ortaya çıkan sınırlamalar kanıtlanmalıdır. Burada her zaman göz önünde bulundurulması gereken, mirasçılık belgesinin BGB'nin 2369. maddesi çerçevesinde yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi olduğu ve sadece yurtiçinde kullanılmak üzere tasarlanmış, yurtiçine yönelik bir mirasçılık belgesi olduğu hususudur. Bu temel yaklaşım, bir yabancı hukuk kurumunun zor olan yeterlilik davalarında nasıl bir karar vereceğine ilişkin ölçüyü de belirlemelidir. Değişik gruplarla ilgili birkaç örnek bu yaklaşımı açıklığa kavuşturacaktır. Miras statüsüne göre Miras Hukuku nasıl ifade edildiyse, prensipte de Miras Hukuku öyle belgelenmelidir¹¹. Tabii ki; yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi olarak da her zaman adlandırılması gereken Alman mirasçılık belgesinde

¹⁰ Krş. uzlaşılın içtihadı görüş için bkz. Örneğin BGHZ 49, 1, 52, 153; BayObLGZ 1956, 119 ve devamı içtihatlar; yakın zamanda örneğin Zweibrücken Temyiz Mahkemesi (OLG), ZEV 1997, 467 = FamRZ 1998, 263; Zweibrücken Temyiz Mahkemesi, NJW-RR 2001, 1537; baskın görüşteki yazıların karşıt görüşleri için (Gönüllü Yargılanabilirlik Hakkındaki Kanun'un (FGG) 73. maddesinin kıyas yoluyla uygulaması uluslararası yetkiyi ispatlamaktadır.), bkz. özet ve tüm kanıtlarıyla Staudinger/Dörner (dn. 5), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 810. vd. *Kendime (Hohloch)* ait olan farklı görüşüm için bkz. *Hohloch*, ZEV 1997, 512, 515 vd ve Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 44. ve 45.

¹¹ Krş. örneğin Staudinger/Dörner (dn. 5), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 842. ; Palandt/*Edenhofer* (dn. 2), BGB'nin 2369. maddesi Rn. 11.

sadece bir miras hakkı, diğer bir ifadeyle, doğrudan halefiyeti ifade eden, mirasa ait aynı hak belgelenebilmektedir. Bununla birlikte, intifa hakkı ve vasiyetnamelerin kabulü yasaklanmıştır, isterlerse milli hukukta miras sebebiyle istihkak talebiyle ilgili vasiyetler şeklinde düzenlenen yasal vasiyetnameler olarak öngörülmüş olsalar da geçersizdir¹². Bunlar Miras Hukuku değildir, Miras Hukukunu da ancak bir mirasçılık belgesi belgelemelidir. Aynı durum, milli hukuka göre mirasçının idari kararlar ve mahkeme kararıyla tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasında da söz konusudur. Bu sınırlandırmalar Miras Hukukuyla bağlantılı tipik sınırlandırmalar değildir. Mirasçılarının ilk ve sonraki sıralamaları da yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesinde bulunmalı¹³, aynı şekilde vasiyetnamenin tenfizi de burada yerini almalıdır. Burada, Anglo-Amerikan yargısının “icrası” da uyum sürecinin önünde bir engel olarak gösterilebilir¹⁴, ancak Anglo- Amerikan yargı sistemine ve hukukuna göre, başka bir hukuk düzenine müdahale etmeyi öngörmeyen usul hukuklarına ait bir kurum olan “yönetim” ise neredeyse hiç engel teşkil etmez¹⁵. Son olarak, mirasçılık belgesinde diğer mirasçılarının durumunun belirtildiği ve diğer mirasçılarının ilgili yabancı hukuka göre bir miras ortaklığı oluşturmalarının ifade edilmesi önemlidir. Mirasçılara düşen miras ile ilgili durumlarının belgelenmesi olarak ifade edilen son husus oldukça önemlidir. Mirasçılarının elbirliği ortaklığı ile malik olup olmadıkları ya da miras payları hakkındaki tasarruflarda, yabancı hukuka dayalı miras ortaklığının, müşterek mülkiyet olarak düzenlenmesi nedeniyle daha serbest hareket edip edemedikleri konularıyla ilgili olarak belgelenen Miras Hukukunun uygulanması arasında da fark vardır;

¹² Krş., BayObIGZ 1974, 466; Köln Temyiz Mahkemesi; NJW 1983, 525 vd.; MünchKomm/Birk (dn. 2) , EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 327; Erman/Hohloch (dn.2), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 53.

¹³ Krş., Anpassungsfall IP Gutachten (Uyum Süreci için Uluslararası Özel Bilirkişi Raporu) 1979, Nr. 32 (Berlin) s. 327.

¹⁴ Örneğin OLG Frankfurt (Frankfurt Temyiz Mahkemesi), IPRspr. (Uluslararası Özel Hukuk İçtihadı), 1966/67 Nr.168a.

¹⁵ Örneğin KG (İlk Derece Mahkemesi) IPRspr (Uluslararası Özel Hukuk İçtihadı), 1972 no. 123; Staudinger/Dörner (dn. 5), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 855 (tartışmalı).

ortaklığın tasfiyesi öncesinde mirasçılar arasındaki yükümlülükler daha az düzenlenmiştir. Burada sözü edilen örnekler tabii ki şunu da göstermektedir, ortaya çıkan sorunların mirasçılık belgesinin titiz bir şekilde ele alınması ve formüle edilmesi suretiyle ortadan kaldırılması zor olmayacaktır.

3. Alman Miras Bırakanlarla İlgili Yabancı Miras Statüsü

Alman bir miras bırakanın mirası, Alman bakış açısına göre Alman hukukunun EGBGB'nin 25. maddesi uyarınca intikal etmektedir. Kanunlar İhtilafı Hukukuna dayalı hukuk seçimi yoluyla da miras bırakan, Alman hukukundan kaçamaz, EGBGB'nin 25. maddesi 2. fıkrası ona bu imkânı vermemektedir. Yurtdışında (da) mirasın bulunması ve mirasın taksimi EGBGB'nin 3. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, miras hakkına dayalı genel statüye göre ferdi statünün önceliği ortaya çıkarsa, o zaman yabancı miras hukukuna tabi olan mirasçı, yurtiçi görüşe tabi olabilmektedir. Bu durumda, yabancı hukuka dayanan mirasçının mirasçılık belgesi talebine, iç hukukun nasıl tepki vereceği tartışmalıdır. Böyle bir talebe iç hukukun tepkisi ve bu talebin tanzimi konusunda iki imkân bulunmaktadır: Mirasçılık belgesi, özel hukuk mirasçılık belgesi ve/veya yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi olabilmektedir. Bu durumlarda, “genel mirasçılık belgesi” veya maddi hukukla sınırlı mirasçılık belgesinin her zamanki tasnifi kolay olmamaktadır. Örnek bir dava şudur: İkametgah prensibi ve gayrimenkulün bulunduğu yerdeki hukuk uyarınca mirasın intikali kuralının geçerli olduğu bir ülkede uzun zamandan beri yaşayan, ama yurtiçinde de mülkiyeti olan bir Alman miras bırakanın ölmesi ve yurtiçindeki mirasçısının bir mirasçılık belgesi istemesidir. Burada bir mirasçılık belgesi düzenlenmesinde sorun yoktur. Bu mirasçılık belgesi, BGB'nin 2353. maddesi uyarınca yurtiçindeki mülkiyeti nedeniyle bir özel hukuk mirasçılık belgesidir. Sorun, genel bir mirasçılık belgesinde olması gerektiği gibi, onun yurtdışındaki mülkiyeti de kapsayıp kapsamayacağı şeklinde düzenlenebilmesinde bulunmaktadır¹⁶. Hâkim olan görüşe göre bu mümkün değildir, çünkü Eşzamanlılık Prensibi korunamamaktadır. Yabancı miras için bir

¹⁶ Konuyla ilgili olarak bkz. Zweibrücken Temyiz Mahkemesi (OLG), ZEV 1997, 467 = FamRZ 1998, 263.

mirasçılık belgesi hiç bir şekilde alınamazsa, o zaman sonuç elbette tatmin edici olmayacaktır. Eşzamanlılık teorisi bu tür olaylarda sınırlarına ulaşmaktadır¹⁷. Uluslararası yetkinin miras davası dışında hiç bir yerde, maddi hukukun uygulanması ve bununla bağlantılı yetki arasında eşzamanlılığa bağlı olmadığı, prensipte yetkisi vatandaşlığa dayanan bir davada niçin mirasçılık belgesinin, sırf yabancı hukukun miras bölümüne uygulanması nedeniyle, mirasın aksi takdirde miras bırakanın sınırlandırılmasının amaçlandığı genel olarak anlaşılammamaktadır. Aksi takdirde bu miras öyle bir miras bırakana ait olacak ki, Alman hukukunun geçerli olması halinde, mirasın veya miras parçalarının bulunduğu yere bakılmaksızın onun için genel bir mirasçılık belgesi düzenlenecektir. Özellikle de, yurtiçinde acil bir yetki talebinde bulunduğu anda, bu tür olaylarda eşzamanlılığın olmayışına aldırmadan, bir taraftan yurtiçi taşınmaz malvarlığı ile yurtdışı taşınır malvarlığıyla sınırlı “özel hukuka dayalı mirasçılık belgesi”nden, diğer taraftan yine sınırlı aynı hakka dayanan, yabancı gayrimenkulü ilgilendiren “yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesinden meydana gelse bile, tümü için genel mirasçılık belgesi olan bir mirasçılık belgesi düzenlenmelidir. Anlaşılan o ki, bu ikinci kısım mirasçılık belgesi, BGB'nin 2369. maddesi uyarınca düzenlenen bir mirasçılık belgesi değildir, çünkü Alman bir miras bırakanın yabancı bir miras statüsüne tabi olamayacağı için yurtiçi malvarlığına da ulaşmamaktadır. Böyle bir uygulama için diğer bir argüman da neredeyse aksi bir durum söz konusudur. Şöyle ki, yurtiçi taşınır ile taşınmaz malvarlığı olan, milli hukukun taşınır ve taşınmaz mirasları birbirinden ayrı olarak işleme alan yabancı bir kişinin mirası mirasçılara intikal etmektedir. Farklı işlemlerin yapılması mirasın bölünmesine neden olursa, şöyle ki, yurtiçindeki gayrimenkulun atfı uyarınca Alman mirasçılık belgesine tabi olması ve yurtiçi taşınır malvarlığının miras bırakanın milli hukukuna göre mirasçılara geçmesi durumunda, uygulamada birleşik bir mirasçılık belgesinin düzenlenmesinde bir engel bulunmamaktadır. O yetkisini gayrimenkulün bulunduğu yere göre almakta ve BGB'nin 2353. maddesi aracılığıyla da “özel hukuka dayalı mirasçılık belgesi” ne ulaşmaktadır, taşınır mirasa

¹⁷ Konuyla ilgili krş. *Hohloch*, ZEV 1997, 512, 515 vd.

ilişkin yetkisini de BGB'nin 2369. maddesine dayandırmakta, çünkü burada yabancı hukukun uygulanması söz konusudur ve o nedenle “yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi” düzenlenmektedir¹⁸. Böyle bir durumda, yabancı bir miras bırakanın mirasçısı, mirasının fiilen ve hukuken bölünmesi söz konusu olan Alman bir miras bırakanın mirasçısından bariz bir şekilde daha iyi bir noktada bulunmaktadır. Bunun düzeltilmesi gerekmektedir.

4. Yabancı Miras Bırakana İlişkin Alman Miras Statüsü

Alman Miras Hukukunda yabancı bir miras bırakanın nasıl bir miras statüsüne sahip olabileceği kapsamında çok çeşitli ihtimaller için, az önce belirttiğimiz durum sadece bir örnekti. Bu durum ve bunun sonucu olarak mirasçılık belgesi düzenlenmesinde ortaya çıkan farklılıklar aşağıda ele alınacaktır.

a) Alman Hukukuna Atıf (Renvoi) Yapan ve Kısmen Atıf (Teilrenvoi) Yapan Mirasçılık Belgesi

Miras bırakanın vatandaşlığına göre belirlenen milli hukukun, mirasçılardan sıralamasını tespit etmesine izin vermek, EGBGB'nin 25. maddesinin 1. paragrafında gösterilen hedefe ulaşılmasını şu hususlarda önlemektedir. Bu madde, yabancı miras bırakanın milli hukuku bağlama noktasını, miras hukuku bakımından farklı nitelendirdiği ve miras bırakanın milli hukuka göre yerleşim yerinin bulunması halinde de yerleşim yeri bağlantısı, Alman hukukuna tümüyle atıf yapılmasına yol açmaktadır¹⁹. Özellikle taşınır ve taşınmaz miras arasında bağlama noktası ayırımının yapıldığı ve yurtiçinde bulunan taşınmaz malvarlığının, Alman hukukuna kısmen atıf yapmasını sağladığı durumlarda bu kısmen gerçekleşmeyecektir. Öyleyse, atfın kapsamı çerçevesinde Alman Miras Hukuku geçerli olmaktadır²⁰. Şu halde mirasçılık belgesi, için bunun sonucu şu anlama gelmektedir, bunun sözkonusu atıf kapsamında yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi olamayacağı, ancak Alman hukuku

¹⁸ Örnek olarak, BayObLGZ 1971, 39; BayObLG, DNotZ 1984, 48.

¹⁹ Danimarka ile bu şekildeki ilişkili (miras statüsü olarak son yerleşim yerinin hukuku) .

²⁰ Karşılaştırmamız, örnekler olarak (Anglo- Amerikan hukuku ve Fransız hukuku ile ilişkilerde) mesela BayObLGZ 1980, 47; Köln Temyiz Mahkemesi (OLG), DNotZ 1993, 172.

ölçütlerine göre mirasçıları belgeleyen bir mirasçılık belgesi olabileceğidir.

Yaygın ve doğru olan diğer bir görüşe göre, onun gerçi “özel hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi” olduğu, ama bununla birlikte, miras mal varlığının bulunduğu yer dikkate alınmaksızın normal olarak Alman miras bırakanlara göre düzenlendiği gibi, BGB’nin 2353. ve devamı maddeleri uyarınca düzenlenen mirasçılık belgesinin Alman Miras Hukuku temeline dayalı geniş bilgilere sahip “genel bir mirasçılık belgesi” olamayacağı yönündedir. Bu konu, Alman miras hukuku temeline dayalı, sadece varislerin sıralamasını, Alman hukukuna tabi miras malvarlığında belgeleyen ve belgelemesi mümkün olan, zorunlu aynı sınırlı bir mirasçılık belgesidir²¹. Ferdi olaylarda Alman hukukuna gerçi tüm miras konu olabilmektedir, öyle ki milli hukuk açısından taşınır malvarlığı miras bırakanın Almanya içinde bulunan yerleşim yeri bağlanma noktasına bağlanabilmekte ve taşınmazın bulunduğu yerdeki hukuka tabi olan (*lex rei sitae*) gayrimenkul aynı şekilde sadece yurtiçinde bulunmaktadır. Böyle bir mirasçılık belgesi ancak yine de “genel bir mirasçılık belgesi” değildir. “Genel mirasçılık belgesi” olarak mirasçılık belgesi anlayışının temeli, BGB’nin 2353. ve devamı maddelerinden oluşan sistemde Alman hukuku, bu durumda da, EGBGB’nin 25. maddesinin 1. paragrafı çerçevesinde kendi içinde geçerli olan “Kanunlar İhtilafı Hukukuna dayalı miras birliği prensibi” mirasın kapsamlı olarak tespit edilmesini talep etmemektedir²². Demek ki, böyle bir mirasçılık belgesi de, taşınır malvarlığının bulunduğu yere bakılmaksızın, taşınmaz malvarlığını ise sadece yurtiçinde bulunan Alman hukuku esasına göre kayıt altına alabilen yalnızca aynı sınırlı bir mirasçılık belgesidir. O halde buna uygun ifade yaklaşık olarak şu şekilde formüle edilmelidir. “...taşınır mirasına göre ve yurtiçinde bulunan taşınmaz mirasına göre... Alman hukuku uyarınca... isimli şahıs mirasçısıdır.” Böylece aynı sınırlı mirasçılık belgesinin bir diğer çeşidinin tanıtıldığı görülmektedir, mirasçılık belgesi sistemi için diğer bir sonuç da yabancı ve özel hukuka

21 Söz konusu örneklerde olduğu gibi, bkz. Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB’nin 25. maddesi Rn. 52. ve devamındaki örnekler.

22 Krş. Erman/*Hohloch* (dn.2), EGBGB’nin 25. maddesi Rn.21.

dayalı mirasçılık belgesi içerisinde birçok ayırımın yapılmasının gerektiğidir. Mirasçılık belgesinin senet fonksiyonu ile ilgili önemli bir amacı her halükarda, kapsamını ve kanunun uygulanmasıyla ortaya çıkan sınırlandırmaları açıklamaktır. İhmaller her halükarda mirasçılık belgesinde yanlışlıklara sebebiyet vermekte ve bu nedenle sadece başvuru üzerine değil, resen de müsadere zorunluluğu doğmaktadır²³.

b) Kamu Düzeninin (ordre public) Kısıtlaması Nedeniyle “yedek (ilave / ek) Hukuk” Olarak Alman Miras Hukukunun Geçerliliği

Yine farklı ve ayrıca daha da zor bir şekilde karar alınan miras davaları, milli hukukun emredici hükümlerini kabul etmeyen ve böylece esas itibariyle uluslararası uyumlu kararları da uygulamayan, EGBGB'nin 6. maddesinin tahdit hükmünün zorunlu uygulanmasıyla “yedek bir hukuk” olan Alman hukukunun bulunduğu davalardır. Bu davalar, bugün artık o kadar nadir değildir. Yıllar önce kayıtsız şartsız savunulan, kamu düzeninin Uluslararası Miras Hukukunda sadece küçük pratik bir rolü olduğu yönündeki ifade günümüzde artık geçerliliğini yitirmiştir. Uluslararası Miras Hukukunda bulunan tahdit hükmünün uygulanmasının değerlendirilmesi, halen doğruluğu kesin olan bir çıkış noktasıdır. Alman Miras Hukuku sistemindeki bu tür sapmalar Kanunlar İhtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı Miras Hukuku kamu düzenine aykırı değildir. Buna göre, birçok sapmaya hoşgörüle bakmak gerekmektedir. Bunlar, yurtiçi Miras Hukukunun öngördüğü oranlardan farklı olan hükümlerin oranları, farklı miras intikal ve zorunlu hisse kuralları, vasiyetname ve taksim düzenlemelerinin etkilerindeki sapmalardır²⁴. Alman temel haklarına ait değerler sisteminin geçerliliği ve EMRK'nın (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) insan hakları ile ilgili artan bilinç, yurtdışı ile temas halindeki miras davasında da son zamanlarda artan bir şekilde ve üstelik

²³ Bu şekilde doğrudur, örneğin BayObLGZ 1961, 21 ve devamı; İlk Derece Mahkemesi (KG), Rpfleger 1977, 307; Zweibrücken Temyiz Mahkemesi (OLG), NJW-RR 2001, 154=Jus 2002, 500 no.7 Anm. *Hohloch* (Hohloch'un notu).

²⁴ Krş. ayrıntılı bilgi çerçevesinde Staudinger/*Dörner* (dn. 5), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 690 vd. bkz. katalog halindeki sayım, Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 6. maddesi Rn. 46-50.

de doğru olarak şuna yol açmaktadır. Miras statüsü olan miras bırakanın milli hukukundan kaynaklanan miras hukuku farklılıkları, örneğin kadın ve erkeğe farklı farklı muamele edilmesi veya dini farklılıklar ya da aile miras hakkına farklı bir açıdan bakılması gibi hususlar, ayrımcılık olarak algılanmakta ve böylece daha sonra, davanın, mirasçılarının tespit edilmesinde gerekli olan ciddi yurtiçi dayanağı da mevcut ise, kamu düzenine ait tahdidi uygulamaya sokacaktır. Bu tür davaların çözümü zordur. Esas itibariyle doğru olan yöntem, mümkün olduğu ölçüde milli hukuku düzeyinde uygun bir düzenleme yapılmasıdır, örneğin EGBGB'nin 6. maddesi ile uyuşması mümkün olmadığından, dini farklılıklara ait milli hukuktan kaynaklanan miras engeli açıkça ihmal edilmeli ve böylece miras bırakan ile mirasçılara din birliği temelinde normal bir davaya uygun bir paylaşım sağlanmalıdır²⁵. Diğer bir örnek de; kadın akraba veya eşlerin cinsiyete dayalı düzenlemeleri aynı şekilde dikkate alınmamalı ve mirastaki zümrelere (derecelere) göre tayin edilen tüm mirasçılarının miras oranlarının normal davalar için seçilen duruma göre (örneğin diğer muhtemel mirasçılar ile murisin oğullarının karşılaşması) belirlenmelidir²⁶. Bu başarılırsa, bu tür davalardaki başvuru üzerine düzenlenen mirasçılık belgesi, yabancı maddi Miras Hukuku temelinde göre düzenlendiğinden, BGB'nin 2369. maddesi çerçevesinde yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi olarak kalacaktır.

Alman Hukukunun bir normu olan EGBGB'nin 6. maddesinin uygulanması sırasında uygulanan yabancı hukukta, anavatanında bu şekilde gerçekleştirilmeyecek olan bir düzeltmenin yapılmış olması mirasçılık belgesinin yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Zira böyle bir mirasçılık belgesi her zaman sadece yurtiçine yönelik, Almanya dışında bulunan miras ile ilgili

²⁵ Gerekli olan yurtiçi dayanağında olduğu gibi, bugün Anayasanın 4. maddesi bakımından zorunluluk arz etmektedir, bkz. Hamburg Asliye Hukuk Mahkemesi (LG), IPRspr. (Uluslararası Özel Hukuk İçtihadı) 1991 Nr. 142 s. 269; Staudinger/Dörner'deki kanıtların listesi (dn. 5), EGBGB'nin 25 maddesi Rn. 692.

²⁶ Bkz. *Staudinger/Dörner*'in bugüne kadar süregelen farklı görüşleri için (dn. 5), Rn. 691 vd. için bkz. S. Lorenz, IPRax 1993, 150; Dörner, IPRax 1994, 35 vd. (Hamm Temyiz Mahkemesine (OLG) karşı, IPRax 1994, 49).

mirasçılardan hukuki sıralamasını kanıtlamayı muhteva olarak içermeyen aynı sınırlı bir mirasçılık belgesi olabileceğinden, harici bir anlaşmazlık da dolayısıyla meydana gelmeyecektir. Burada, yabancı bir hukukun yurtiçi anlayışı temeline dayalı, yurtiçine yönelik bir miras hukuku belgelenmektedir. EGBGB'nin 6. maddesine göre “geçiş iznini” aldığı takdirde yabancı hukuk, düzenlenecek mirasçılık belgesini, yurtiçi miras hukukunda geçerli olabilecek biçimde şekillendirmektedir.

Bu arada, olması muhtemel ve uygulamada da meydana gelen şu dava biçimleri de vardır. Bunlarda, miras statüsü düzleminde maddi hakka dayalı intibak, EGBGB'nin 6. maddesi tarafından ölçüt olarak alınan yurtiçi anlayışlarına hakkını verebilecek şekilde artık gerçekleştirilememektedir. Bunun neticesinde bu davalarda Alman Miras Hukuku alternatif olarak uygulanmaktadır. Bununla birlikte, bu davalarda Alman Hukukunun alternatif olarak uygulanmasının kapsamı kuşku olacaktır. Burada doğru olan bakış açısı şudur, esas itibarıyla miras statüsünün geçerli olması gerekmektedir ve Alman Hukuku sadece kısmi örtüşmeyle uygulanmalıdır. Sorun olan bir diğer netice de, yurtiçinde çok talep gören (söz konusu mirasçılık belgesi 2353. ve devamındaki maddelerde mi, yoksa BGB'nin 2369. maddesinde mi ifade edilmektedir?) mirasçılık belgesinin tasnifidir. Doğru olan, onun yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesine göre Kanunlar İhtilafı Hukuku çıkış noktası olan ve her halükarda aynı sınırlı bir mirasçılık belgesi olarak bırakılmasıdır.

Yurtiçi düşüncelerin menfaatine ilişkin düzeltme hukuku olarak Alman Maddi Miras Hukuku davanın yurtiçi konusuna yönelik olarak uygulanırsa, buna göre düzenlenen mirasçılık belgesi, henüz BGB'nin 2353. maddesi uyarınca genel bir mirasçılık belgesi olduğu iddiasında bulunamaz. Yabancı Miras Hukukunun, yurtiçine yönelik uygulaması kabul edilemez olduğu yerde, sadece yedek bir çözüm bulmak amacıyla Alman Hukuku ele alınmaktadır. Yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesinin varlığında ise bu surette esas itibarıyla hiç bir şey değişmemektedir. Alman Hukukunun ele alınmasındaki amaç, EGBGB'nin 6. maddesindeki engel nedeniyle miras statüsünde oluşan bir boşluğun doldurulmasıdır. Burada Alman Hukukunun uygulanmasının daha ileri giden bir anlamı yoktur. Mirasçılık belgesini, genel mirasçılık

belgesi fonksiyonuyla donatılmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu istenilseydi, yetki düzenlemesiyle ilgili sorunun üzerinde de daha fazla durulması ve yetkinin BGB'nin 2369. maddesi yerine, 2353. maddesinde yazılı olmayan genel düzenlemeden alınması gerekirdi. Bu nedenle, mirasçılık belgesinin nasıl formüle edildiği daha bir önem kazanmaktadır. Mirasçılık belgesi yabancı hukuka dayalı ve aynı sınırlı bir mirasçılık belgesi ise, mirasçılık belgesinde miras statüsü ile birlikte yurtiçi malvarlığı ile ilgili tahditler de yer almalıdır. EGBGB'nin 6. maddesi Alman Miras Hukuku düzenlemeleriyle uygulanacak yabancı Miras Hukukunu nasıl değiştirdiğini veya yerine nasıl geçtiğini de senede açıklık getirmek amacıyla ayrıca belirtmek gerekmektedir²⁷.

c) Yabancı Miras Statüsünü Tamamlayan Alman Hukukunun Geçerliliği

Alman Hukukunun, yabancı bir miras statüsü temeline dayanarak elde edilen sonuçları değiştirmeye müsait olduğu son alan, yabancı miras statüsünün Alman eşya statüsü ile ve sonra da Alman kanuni eşya hukuku ile karşılaştığı yerdir. Bu arada ortaya çıkan ve doğru olan hakim görüş çıkış noktası olarak alınır ise, yabancı miras statüsü ile Alman eşya statüsünün karşılaşması halinde, BGB'nin 1371. maddesi üzerinden hayata kalan eşin miras hakkı oranı, miras statüsünün öngördüğünden daha fazla oranda artırılabilir. Toplam miktarın üst sınırı, miras ve eşya statüsünün toplamının hayata kalan eş Alman Hukukunun verdiği oranın, yani çocuklarla karşılaşılması halinde mirasın yarısının öngörüldüğü yerde bulunmaktadır, bu oranların toplamının üzerine çıkılması halinde intibak sağlamak amacıyla yarısına düşürülmektedir²⁸. Bu duruma burada dokunulmamalıdır, daha çok, düzenlenen mirasçılık belgesinin BGB'nin 2353. ve 2369. maddeleri çerçevesine nasıl dahil

²⁷ O halde ifade şu şekilde formüle edilecektir "... EGBGB'nin 6. maddesi dikkate alınarak, örneğin Tunus hukukunun uygulanması ile ...", benzeri için bkz. *Lorenz* (dn. 26), 15 vd.; *Dörner* (dn. 26), 37.

²⁸ Bugünkü durumla karşılaştırınız, örneğin Hamm Temyiz Mahkemesi (OLG), IPRspr. (Uluslararası Özel Hukuk İçtihadı), 1995 Nr.119; Mosbach Asliye Hukuk Mahkemesi (LG), ZEV 1998, 489; devamındaki gibi yerine hiç biri Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 15. maddesi Rn. 37.

edileceği ile ilgili soru sorulmalıdır. Kanaatime göre bu sorunun cevabı, önceki bölümde de ifade edildiği gibi olmalıdır, yani BGB'nin 1371. maddesinin etkisine bakılmaksızın aynı sınırlı yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi düzenlenmelidir. Bu husus şu şekilde gerekçelendirilebilmektedir, mirasçılık belgesinde belirlenen mirasçılar, yabancı Miras Hukukuna dayanmalıdır. Miras hukuku olarak, bir miras bırakanın mirasının intikaline ilişkin yabancı hukuk geçerlidir. Ölüm anında evli olmayan miras bırakan ile ilgili böyle bir davada, kolay ve ilave unsurlar olmaksızın milli hukuka veya uygulanması gereken miras statüsüne göre mirası intikal edebilmektedir. BGB'nin 1371. maddesi 1. paragrafı uyarınca, mirasçılık belgesindeki oran çerçevesinde ortaya çıkan ilave çeyrek oran ek bir miras hakkına yönelik bir teminat getirmemekte, sadece eşin miras statüsüne göre mevcut olan miras hakkını daha da sağlamlaştırmaktadır. Netice olarak, bu mirasçılık belgesi, BGB'nin 2369. maddesi uyarınca bir mirasçılık belgesi olarak kalmakta ve yurtiçindeki geçerliliği aynı olarak sınırlı bulunmaktadır. Son ifade edilen sınırlamanın tam da burada olması ayrıca akıllıca bir iştir. Başka bir devlette hayatta kalan eş için oranın yükseltilmesinin aynı şekilde yapılıp yapılmadığı, öncelikle şu hususlara bağlı bulunmaktadır. Bu devletin eşya statüsünü dikkate alıp almadığı, dikkate alıyorsa, mirasçılarla ilgili karar alırken eşya statüsünü nasıl dikkate aldığı ve diğer bir husus da, onun, BGB'nin 1371. maddesi gereğince miras hakkının sağlamlaştırılmasını kabul edip etmeyeceğine bağlı bulunmaktadır. Yurtiçinde eşe bağlı miras hakkı, BGB'nin 1371. maddesinin 1. fıkrasında yer alan eşya hukuku normu dikkate alınarak toptan güçlendirilirse, o halde Alman Hukuku temeline dayalı bir Miras Hukuku oluşmamaktadır. Mirasçılık belgesi için bu şu anlama gelmektedir; BGB'nin 1371. maddesinin 1. fıkrası dahi uygulandığında, mirasçılar yabancı Miras Hukuku temeline dayalı olarak belgelenecektir. Bu durumda söz konusu mirasçılık belgesi, BGB'nin 2369. maddesi çerçevesinde bir mirasçılık belgesidir ve öyle de kalacaktır.

5. ÖZET

Önceki bölümler şunu göstermiştir: Genel bir mirasçılık belgesi ile aynı sınırlı bir mirasçılık belgesi arasındaki sınır kesin değildir. Bu sınırın, Alman ve yabancı Miras Hukuku uygulamaları arasında bir çizgide

bulunması gerekmemektedir. Bir tarafta “özel hukuka dayalı mirasçılık belgesi”, diğer tarafta “yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi” olarak isimlendirilen kavramların ifade ettiği bu ayrıma göre nihai olarak, bir mirasçılık belgesinin geçerlilik alanını tanımlamak uygun değildir. O bakımdan “Eşzamanlılık Prensibi” de başarısız olmaktadır. Son husus, bugün olsa olsa mirasçılık belgesi süreci, kural olarak Alman hukukunun miras statüsü olduğu yerlerde uluslararası yetkinin gerekçelerini göstermek için uygundur²⁹. Buna göre yetkili bir mahkemenin genel bir mirasçılık belgesi mi, yoksa sadece aynı sınırlı bir mirasçılık belgesi mi teslim edeceği sorunu, Alman Hukukunun yetki türetmesinin bir sorunudur. “Genel bir mirasçılık belgesi” ancak, Alman Hukuku esasına göre Miras Hukukunu belgelediğinde bir mirasçılık belgesi olabilmektedir ki o, yetkili Kanunlar İhtilafı Hukukunun doğrudan atfı üzerine statü ve bağlama noktası neticesi olarak elde edilmiştir. Kanunlar İhtilafı Hukuku normunun eşya normu atfı gibi veya eşya normu atfı olarak Alman hukukunda kullanıldığı durumlarda söz konusudur, yani miras bırakanın Alman vatandaşlığı bağlama noktası ile ilişkilendirilmesi ve aynı şekilde, EGBGB'nin 5. maddesi 1. fıkrası 2. cümlesi uyarınca özel hukuk önceliğinin geçerli olduğu birden fazla vatandaşlığı bulunan bir şahsın Alman vatandaşlığı bağlama noktası ile ilişkilendirilmesi halinde söz konusudur; ayrıca EGBGB'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, son mutat meskeni yurtiçinde olan bir miras bırakanın vatansız olması halinde ve nihayet, ölüm anında Alman “mülteci statüsüne” sahip olan bir miras bırakanın vefatı durumunda söz konusudur. Aynı şekilde, devletlerarası anlaşmayla yapılan düzenlemelerin bir eşya normu atfının Alman miras statüsünü kapsamlı olarak geçerlilik kazandırılmasına yol açtığında netice alınabilmektedir. Görüldüğü kadarıyla bu sadece teoride kalmaktadır. Miras hukukuna ilişkin Kanunlar İhtilafı Hukukuna yönelik önemi bulunan Almanya'yı bağlayıcı devletlerarası anlaşmalar, Alman hukukuna göre bir yabancıнын mirasını tümüyle intikal ettirilmesini hiç bir yerde amaçlamamaktadır, hatta yurtiçinde ikamet etse veya mutat meskeni

²⁹ Görüşümü (*Hohloch'un görüşü*) Eşzamanlılık teorisi hakkındaki tartışmalar için karşılaştırmız, (söz konusu yürürlükteki hukuk -*geltenden Rechts*- kısmında), yukarıda, II. 2. madde ve dn. 10.

bulunsa dahi. Genellikle de olay tersine gerçekleşmektedir. Devletlerarası anlaşma, milli hukukun geçerliliğini garanti altına almaktadır, bunun istinası belki, bulunduğu yerin hukukuna (*lex rei sitae*) göre mirasın bölünmesine hükmedilen taşınmaz mirasdır ve böylece yine aynı sınırlı mirasçılık belgesinin alanına girilmiş olunmaktadır³⁰. Bu alana, Alman Hukukunun başka bir şekilde geçerlilik kazanması halinde de girilmektedir, isterse bu kısmi referans, yani kamu düzeni üzerinden olsun, isterse de eşya hukukuna yönelik yabancı mirasçılık belgesinin güçlendirilmesi ile olsun. Buradaki önemli sonuç her zaman yurtiçi malvarlığının, BGB'nin 2369. maddesinde yer alan mirasçılık belgesinin Alman veya yabancı Miras Hukukunun uygulanabilirliğinden bağımsız olarak her zaman olduğu gibi aynı olarak sınırlandırılmasıdır.

III. Gelecekle İlgili Beklentiler

1. Mirasçılık Belgesi Düzenlenmesi ve Yetki Sorunu

II. bölümde anlatılan husus, özellikle mirasçılık belgesi sürecindeki uluslararası yetkinin bugün hâkim olan düzeninden kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, uygulamada Eşzamanlılık Prensibine gerçi artık değer verilmemekte, ancak yine de gereğince hareket edilmektedir. Bu çıkış noktası önceki görüşlerimde olduğu gibi, burada da tarafımdan esas alındı, çünkü bir tarafta Eşzamanlılık Prensibi, diğer tarafta BGB'nin 2369. maddesinde bulunan yetki bileşeni arasındaki etkileşim, genel ve aynı sınırlı mirasçılık belgesinin düzenlenmesi için Almanya'ya uluslararası yetkiyi uygulamada yeterli ölçüde sağlamaktadır. Ancak buradan gelecek için sevinçli bir kabul çıkmamaktadır. Mirasçılık belgesi sürecinin geleceği ve onun Almanya'yı aşan anlamı, artık ulusal hukuk gelişiminin konusu olmaktan çıkmış olup, Avrupa “adli işbirliği”nin gelişiminin konusu olmuştur, yani Avrupa Birliği'nin şimdi yürürlükte bulunan iki yetki düzenlemesinin daha da geliştirilmesinin konusudur³¹. Bu düzenlemelerin, belirli Aile Hukuku ve Miras Hukuku davaları ile ilgili yetkilerinin mevcudun güncellenerek daha da geliştirilmesi gerekmektedir. Böyle bir gelişmede doğal olarak can alıcı soru şudur:

³⁰ Bunun için bkz. II.1. madde ve dipnotlar 7 ve 8.

³¹ EHeEuGVVO (1 Mart 2001 tarihinden itibaren) ve EUGVVO = (1 Mart 2002 tarihinden itibaren yürürlüktedir).

Genel olarak miras davalarının, gelecekte Avrupa uyumuna yönelik, içinde mirasçılık belgesi süreçlerinin de bulunduğu görünümün nasıl olacağıdır. Yetkinin öncelikle, murisin son mutata yerleşim yeri ve/veya son oturduğu meskenin bulunduğu yere göre belirleneceğini tahmin etmek için falci olmak gerekmemektedir³². Böyle uluslararası yetkili bir mahkeme üzerinde, büyük ölçüde üzerinde mutabık kalınan böyle bir mahkemenin varlığının bilinmesi nedeniyle üye devletler arasında öncelikle anlaşmaya varılabilecektir. Vatandaşlığa ağırlıklı rol bu şekilde verilmediği takdirde, o, EheEuGVVO'nun isabetli olarak daha önce de gösterdiği gibi asli yetkili mahkemenin fonksiyonunu da üstlenebilecektir³³. Şu da düşünülebilir: Miras bırakanın son vatandaşı olduğu devlette alternatif olarak ikinci hazır bir mahkeme oluşturulabilir. Gerekçe olarak aşağıdaki hususlar örnek gösterilebilir. Daha genç bir nesle ait olan mirasçıların, miras bırakanın ancak iklimi daha güneşli bir üye devlette yaş geldiğinde emekliliğini geçirmek üzere terk ettiği bu devlette yaşamaktadırlar. (Örnek: Alman bir miras bırakanın emekliliğini geçirdiği yer Mallorca, daha genç bir nesil olan ailesi, miras bırakanın malvarlığını elde ettiği yer olan veya tüm hayatı boyunca kazandığı sermayenin halen bulunduğu yurtiçinde yaşamaktadır.) Bariz olan böyle bir sistemin tasarımında da vatandaşlığın o zaman geçmişe göre farklı bir fonksiyonu üstlenmesidir. O artık bir yetki için en üst ve en önemli bağlama noktası olmayıp, daha çok “içeride mahalli etkili”, Birliğin geniş çaplı yetki alanı içerisinde yetkili uzman bir mahkeme imkanı sunabilen bir düzen faktörünün işlevini üstlenmektedir. Az önce sözü edilen hususta o zaman üçüncü bir yetki faktörüne ilişkin objektif bir temas ortaya çıkmaktadır ki bunun gelecekte anlamının iyi hesap edilmesi gerekmektedir. BGB'nin 2369. maddesi mirasa ait bölümlerin yurtiçinde bulunduğu yere irtibat kurmakta ve böylece bir yabancı mirasçılık

³² Konuyla ilgili ifade şekli için bkz. *Hohloch*, Kollisionsrecht in der Staatengemeinschaft (Devletler Birliği'nde Kanunlar İhtilafı Hukuku), FS Stoll, Tübingen 2001, 533 vd., 542 vd., 544; ayrıca bkz. *Heinrich*, Abchied vom Staatsangehörigkeitsprinzip? (Vatandaşlık Prensibine Veda mı?), aynı yerde 437, 446 vd.

³³ Krş. EheEuGVVO'nun 2. maddesi 1. fıkrası b) bendi.

belgesi süreciyle ilgili bir yetkiyi gerekçe olarak göstermektedir, aksi halde bu yabancı için geçerli hukuka göre esasen herhangi bir yetki hakkı talep edilmemekte ve verilmemektedir. Topluluğun ve ona üye devletlerden birinin uluslararası yetkisi, milliyetine bakmaksızın mirasın son yerleşim yeri bağlama noktasını esas alırsa, bir Avrupa düzenlemesi için yukarıda geçen düşünceye bu şekliyle artık ihtiyaç duyulmayacaktır. Kalan adeta son bir önemi de mirasçılık belgelerine bulunduğu yere ilişkin, üçüncü devlet vatandaşlarının miraslarının intikali için gerekli olan yetkinin verilmesi olacaktır. Bu üçüncü devlet vatandaşları, AB’de ikamet etmedikleri için ikamet (yerleşim yeri) prensibine bağlı bir yetki de bulunmamaktadır. Diğer bir sorun da, yere bağlı bir yetkinin ayrıca devam edip etmeyeceğidir. Olumlu bir cevabın verilmesi mümkün görülmele birlikte, kurnazca olmayacaktır, çünkü bu durumda *forum shopping* ve davaların çoğaltılması tehlikesi başgöstermektedir. Diğer hak sahipleri, birbirlerine karşı aktivitede bulunmadıkları, nesnel olarak düzenlenmeyen, aksine tam da resmi bir dava olarak tasarlanan miras davalarında bu nedenle karşı karşıya getirilmektedir³⁴. Diğer taraftan, konuya yatkın bir bakış açısı muhafazayı ifade etmektedir, öyle ki gelecekte mirasçılık belgesiyle ilgili üç bağlama noktasından biri tarafından belirlenen bir yetki sistemi düşünülmelidir. Mirasçılık belgesi için, miras bırakanın son oturduğu veya yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki devlet ve mahkemeye ya da miras bırakanın anavatanının bulunduğu devlete veya mirasa ait parçaların bulunduğu devlete başvuruda bulunulabilir.

2. Uygulanabilir Hukuk ve Yetki

Tüm yetkili mahkemeler Kanunlar İhtilafı Hukukunu aynı görüş doğrultusunda ele alırlarsa, *forum shopping* daha az ilgi uyandırır, yani aynı şekilde uygulanabilir Miras Hukukunu tespit ederlerse, bir yetki sisteminin belirtilen uyum sorunlarının azaltılması mümkün olacaktır. Bunun koşulu Birliğe üye devletlerin ortak olarak Uluslararası Miras Hukukunun uyumunu sağlamalarıdır. Birlik devletlerini kapsayan bugünkü hukuki durum şu şekildedir; milli hukuk miras statüsü olarak tekdüze bağlama noktası olarak ortaya çıktığında ahenkli değildir (örnek:

³⁴ Bu şekliyle, üye devletler aracılığıyla yaygınlaşan biçimiyle miras davaları.

Almanya, İtalya, İspanya, Portekiz, Avusturya), vatandaşlık ile belirlenen milli hukuku taşınır mirası, gayrimenkulün bulunduğu yerdeki hukuka göre (*lex rei sitae*) de taşınmaz mirası kapsayan diğer devletler (örnek: Fransa, Benelüks ülkeler) ve nihayet bir de ikametgâhın (yerleşim yerinin) bulunduğu yerdeki hukuka göre taşınırlar, taşınmazlar ise buldukları yerdeki kurala uyan (Birleşik Krallık, İrlanda) devletleridir. Bu dairenin içine geniş çaplı ikametgah irtibatı da dahil olan devlete örnek Danimarka'dır. Kanunlar İhtilafı Hukukunda birlik oluşturulmadan yetki birliğinin oluşturulmasının önemli bir gelişme olmadığı barizdir. Bu nedenle, yetki hukukunun uyumlu hale getirilmesi ile zorunlu olarak Kanunlar İhtilafı Hukukunun uyumlu hale getirilmesi birlikte yürütülmelidir³⁵. Ayrıca çok açık olan diğer bir husus da, kıtada nispeten yaygın olan vatandaşlık prensibinin geleceğinin bulunmayışıdır. Diğer taraftan, taşınır ve taşınmaz malvarlığı arasındaki ayırım, aynı şekilde ortak Kanunlar İhtilafı Hukukunun geleceğine taşınmamalıdır. O bakımdan, geçerli ulusal bağlama noktası sistemleri arasında bir uzlaşmanın sağlanması hususunda da, bağlama noktası olarak oluşturulan ve Avrupa anlaşmalarına yönelik bağlama noktası faktörlerine sahip olan bir standartlaşma düşünülebilir. Bir çok hukuki düzenleme yakın zamanda az veya çok da olsa hukuk seçimine imkan tanıdı, bu isterse Kanunlar İhtilafı Hukukuna dayalı hukuk seçme izni çerçevesinde olsun, isterse maddi hukuka dayalı (*professio iuris*) vasiyetname gereği miras bırakanın milli hukukuna tabi olma isteği çerçevesinde olsun. Bu nedenle, hukuk seçiminin son arzuya bağlı vasiyetname ile böyle bir bağlama noktasının ilk basamağını meydana getirebileceği düşünülebilir. Üye devletlerin Miras Hukuku ve miras bırakanın üçüncü bir devletin vatandaşı olması durumunda, milli hukuk seçilebilmektedir³⁶. İkinci bir basamak olarak o zaman, vatandaşlık ile ikametgâh (yerleşim yeri), belki ölümden önce son ikamet edilen mesken, fakat mutat mesken değil, aksine uzun süreli ikamet edilen mesken arasında bir uzlaşma sağlanabilir. Mutat meskenin

³⁵ Benim (*Hohloch'un*) "Kollisionsrecht in der Staatengemeinschaft (Devletler Birliği'ndeki Kanunlar İhtilafı Hukuku) isimli yazımdaki yaklaşımında olduğu gibi (dn. 32), 544 vd.

³⁶ Bkz. bu anlamda, 1999 Ekim ayında Mainz'daki Uluslararası Özel Hukuk ile ilgili Alman Konseyi'nin 1. Komisyon toplantısındaki açıklamalara ilişkin yayınlanmamış ekli tutanaklardaki tartışma konusu önerilerim.

bu şekilde nitelendirilmesi ve pekiştirilmesi Miras Hukukunda istenilmeyen tesadüfleri önlemektedir³⁷. Öyleyse, üçüncü ve herhalde son basamak olarak, kıta üzerindeki üye devletler, ölüm anı veya vasiyetnamenin hazırlanması anındaki miras bırakanın vatandaşlığını esas alabilir; yetki düzenlemelerine paralel olarak Büyük Britanya ve İrlanda için vatandaşlık bağlantısı yerine ikametgâh (yerleşim yeri) bağlantısı öngörülmelidir³⁸. Böyle bir Kanunlar İhtilafı Hukuku çözümünün önerilen yetki düzenlemesiyle çatışan, mirasçılık belgesi ve benzeri miras hukuku senetlerini amaçlayan, ayrıntılarında ikinci bir düzenlemeye kadar ulusal kalacak olan miras davaları için uygun olacak bir bağlama noktası sistemi mevcut olmalıdır.

3. Miras Hukukuna İlişkin Belgelerin Tanınması

Yukarıda söz konusu Avrupalılaştırılmış şekliyle bir yetki ve bağlama noktası sistemi, üzerinde bugün hiçbir şekilde konuşulmayan miras hukukuna ilişkin belgelerin Avrupa çapında tanınmasının ön şartıdır³⁹. Miras hukukuna ilişkin belgelerin karşılıklı olarak tanınması prensibi, bugüne kadar söz konusu olmamıştır. Tanınma, ancak anlaşmalarda açıkça ifade edildiği takdirde gerçekleşmektedir (İsviçre ve Avusturya ile ilgili ilişkilerde olduğu gibi), ancak hiçbir surette, Miras Hukukuyla ilgili kararları hiç değilse prensipte dikkate alan, fakat bunun dışında dikkate almayan ikili anlaşma düzenlemeleriyle halen bağlı bulunduğumuz tüm devletlerle olan ilişkilerde bu henüz gerçekleşmemiştir. Bu şekliyle yabancı miras hukukuna ilişkin belgenin yurtiçinde en fazla bir çeşit ikna edici bir etkiye sahip olmaktadır ki, bunun derecesini, senedi dikkate alıp kontrol eden yurtiçi kurum belirlemektedir. Gelecekte bu durumdan kurtulmak gereklidir. Doğal olarak bunun şartı, hangi belgelerin “tanınabilir” olduğunun tekrar Avrupa

³⁷ Krş. 20 Ekim 1988 tarihli ölüme bağlı olarak uygulanacak hukuk ile ilgili, -bugüne kadar yürürlüğe girmemiş- Ölümden Sonra Halefiyete Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Anlaşması'nın 3. maddesi (metin temyizi dahili kritik prensibi) 77 (1988) 807; bu konuyla ilgili *van Loon*, *MittRhNotk* 1989,9); şuna da bkz. *Erman/Hohloch* (dn. 2), *EGBGB*'nin 25. ve 26. maddesi, Rn. 3'ün ön açıklamaları.

³⁸ Yetki tanzimine yönelik de paralel bir düzenleme olarak, bkz. *EheEuGVVO*'nun 2. maddesi 1 fıkrası a) ve b) bentlerindeki söz konusu günümüz yaklaşımı.

³⁹ Krş. yukarıda, II.1. maddesindeki dn. 9.

kaynaklı bir hukuk normu ile tespit edilmesidir. Bunun için EuGVÜ ve EuGVV çerçevelerinde olduğu gibi benzeri şekilde hareket edilmelidir. Ulusal hukuklar tarafından öngörülen ve bir miras bırakanın Miras Hukukunun prensipte mahkeme veya resmi kurumlar tarafından yapılacak kontrol ile belgelenen senetlerin tespit edilmesi gerekmektedir. Böyle bir katalog bir kez tespit edilirse, arkasında eşzamanlılık düşüncesinin bulunması gereken tanınabilirliğin esas itibarıyla kabulü şeklindeki bir düzenleneme, özel uygulamalar için tahdit hakkının saklı tutulabilmesini de öngörebilir. Bu arada Alman hukuku, tapu sicil davalarında sadece Alman mirasçılık belgelerine izin verilen güncel tutumuna veda etmelidir⁴⁰. Tereke mahkemesi tarafından incelendikten sonra verilen yurtiçi mirasçılık belgesine sağlanan güvenin benzerinin, öncelikli olarak Miras Hukuku belgelerine sağlanmamaktadır. Uyum sağlamak için, bugün hala mevcut olan tehlikenin, bu belgelerin ibraz edilmesiyle ortaya çıkması halinde de bu adımın atılması mümkündür. Bu adım yine de atılmalıdır. Alman mirasçılık belgesi sürecinin Almanya dışında da uygulanabileceğiyle ilgili umut beslenmemelidir. Ayrıca, yurtiçinde düzenlenen her mirasçılık belgesinin her zaman doğru olmadığı da itiraf edilmelidir. Yanlışlık nedeniyle toplanan mirasçılık belgelerinin sayısı az değildir, bu özellikle BGB'nin 2369. maddesi uyarınca düzenlenen mirasçılık belgeleri için geçerlidir⁴¹.

⁴⁰ Örnek olarak İlk Derece Mahkemesi (KG), NJW-RR 1997, 1095 ve *Kaufhold* tarafından yapılan eleştirisi, ZEV 1997, 402.

⁴¹ Son gözden geçirilme tarihi: Mayıs 2002.

