

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DEVLETLER ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
VELÂYET**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Mehmet Fatih ATİK**

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR**

Ankara-2011

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DEVLETLER ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
VELÂYET**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Mehmet Fatih ATİK**

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR**

Ankara-2011

ONAY

Mehmet Fatih ATİK tarafından hazırlanan "Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet" başlıklı bu çalışma, 13/07/2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

[imza]

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (Başkan)



[imza]

Doç. Dr. Esra DARDAĞAN



[imza]

Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR



ÖNSÖZ

Çocuk hakları alanındaki gelişmeler, çocuğun korunması ve aile ortamı içerisinde yetişmesi, bakımı ihtiyacı çocuğun velâyetine ilişkin düzenlemelere her geçen gün daha fazla önem verilmesine neden olmuştur. Bu nedenle gerek ulusal hukuk düzenlerinde gerek uluslararası toplumun muhtelif kurumları velâyet ve velâyetten doğan bazı sorunlara ilişkin muhtelif düzenlemeler yapmışlardır.

Milletlerarası özel hukukta velâyet, bir yandan çocuğun yararının sağlanması diğer yandan kamu düzeninin sağlanması açısından toplumun temel değerleriyle de yakından ilgilidir. Açıklanan nedenle bu çalışmada milletlerarası özel hukukta velâyetten kaynaklanan temel sorunlar üzerinde çalışılmıştır.

Konunun incelenmesine geçmeden önce yüksek lisans öğrenimim süresince desteğini, kıymetli vaktini ve hoşgörüsünü benden esirgemeyen, her zaman pozitif yaklaşımı ve yönlendirmeleri ile güven veren değerli tez danışmanım sayın Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR'e,

Çalışmalarım sırasında beni sürekli destekleyen okul ve hayat arkadaşım Öğr. Gör. Ebru TÜZEMEN ATİK'e

sonsuz saygı ve şükranlarımı sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR CETVELİ.....	v
I. KONUNUN TAKDİMİ	1
II. VELÂYET KAVRAMI.....	4
A. Velâyetin Tanımı ve Kapsamı	5
B. Velâyet Hakkının Kullanılması	7
C. Velâyetin Kaldırılması	12
D. Çocuğun Yararı İlkesi.....	15
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLÂNI	20
BİRİNCİ BÖLÜM	
VELÂYETE İLİŞKİN MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER	
I. 1961 TARİHLİ KÜÇÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA MAKAMLARIN YETKİSİNE VE UYGULANACAK KANUNA DAİR SÖZLEŞME (1961 LA HAYE SÖZLEŞMESİ).....	23
A. Sözleşmenin Amacı	24
B. Sözleşmenin Uygulanma Alanı	25
C. Sözleşmede Yer Alan Temel Kavramlar	26
1. Mutad Mesken	27
2. Küçük.....	28
3. Koruma Tedbirleri	29
II. ÇOCUKLARIN VELÂYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ İLE ÇOCUKLARIN VELÂYETİNİN YENİDEN TESİSİNE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ	31
A. Sözleşmenin Amacı	32
B. Sözleşmenin Uygulanma Alanı ve Temel Kavramları	34
1. Çocuk	34
2. Velâyete İlişkin Karar	35
3. Makam.....	36
4. Haksız Götürme.....	37
5. Merkezî Makam	37
III. ÇOCUKLARIN ULUSLARARASI KAÇIRILMALARININ HUKUKİ YÖNLERİNE DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ (1980 LA HAYE SÖZLEŞMESİ)	39
A. Sözleşmenin Amacı	41
B. Sözleşmenin Uygulanma Alanı	43
C. Sözleşmede Yer Alan Temel Kavramlar	45
1. Haksız Yer Değiştirme ve Alıkoyma.....	46
2. Koruma ve Ziyaret Hakkı	47
3. Merkezî Makam	49
IV. VELÂYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI TEDBİRLERİ HAKKINDA YETKİYE, UYGULANACAK KANUNA, TANIMA, TENFİZE VE İŞBİRLİĞİNE DAİR SÖZLEŞME (1996 LA HAYE SÖZLEŞMESİ).....	51
A. Sözleşmenin Amacı	53
B. Sözleşmenin Uygulanma Alanı ve Getirdiği Yenilikler.....	53

İKİNCİ BÖLÜM
VELÂYETE İLİŞKİN DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİ VE ESASA
UYGULANACAK HUKUK

I. VELÂYETE İLİŞKİN DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİ	57
A. 1961 La Haye Sözleşmesi Kapsamında Milletlerarası Yetki	59
1. Küçüğün Mutad Meskeni Makamlarının Yetkisi	60
2. Mutad Mesken Makamlarının Yetkisinin İstisnaları	62
a. Sözleşmenin 3. Maddesi Uyarınca Küçüğün Vatandaşı Olduğu Devlet Makamlarının Yetkisi	62
b. Sözleşmenin 4. Maddesi Uyarınca Küçüğün Vatandaşı Olduğu Devlet Makamlarının Yetkisi	64
c. Sözleşmenin 5/3. Maddesi Uyarınca Küçüğün Mutad Meskenin Değişmesi Halinde Yetki Yarışması	65
d. Sözleşmenin 15. Maddesindeki Çekince Hakkının Kullanılması Durumunda Evlilik Birliği Hakkında Karar Verecek Makamların Yetkisi	66
3. Sözleşmede Yer Alan Yetki Kuralları Hakkında Genel Değerlendirme	67
B. MÖHUK Kapsamında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi	69
1. Genel Milletlerarası Yetki Kuralı	69
a. Genel Yetki Kuralı	70
b. Özel Yetki Kuralları	70
2. Özel Milletlerarası Yetki Kuralı	72
II. VELÂYETE İLİŞKİN YABANCI UNSURLU DAVALARDA ESASA UYGULANACAK HUKUK	74
A. 1961 La Haye Sözleşmesi Açısından Velâyete Uygulanacak Hukuk ...	75
1. Sözleşme Uyarınca Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ana Kural	75
2. Sözleşmedeki Ana Kuralın Kapsamı Dışında Kalan Haller	76
a. Küçüğün Milli Hukuku	77
b. Küçüğün ya da Mallarının Bulunduğu Yer Hukuku	78
c. Âkit Olmayan Devlet Hukuku	79
3. Bağlama Kuralının Kapsamı ve Atıf Meselesi	79
4. Yetkili Hukukun Uygulanmasına Engel Olan Haller	81
B. MÖHUK Açısından Velâyete Uygulanacak Hukuk	82
1. Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Göz Önünde Bulundurulacak Kıstaslar	83
2. Soybağına Uygulanacak Hükümlerden Hareketle Velâyete Uygulanacak Hukuk	85
a. Soybağına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ana Kural: Soybağını Kuran Hukuk	88
(1) Çocuğun Doğum Anındaki Milli Hukuku	90
(2) Çocuğun Mutad Meskeni Hukuku	91
(3) Ana veya Babanın Milli Hukuku	94
(4) Ana ve Babanın Müşterek Mutad Meskeni Hukuku	94
(5) Çocuğun Doğum Yeri Hukuku	95
b. İstisnai Haller	95

(1) Ana, Baba ve Çocuğun Müşterek Milli Hukuku.....	96
(2) Ana, Baba ve Çocuğun Müşterek Mutad Mesken Hukuku	97
2. Boşanmada Velâyete Uygulanacak Hukuk	98
4. Velâyete Uygulanacak Hukuk ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi 99	
a. Kamu Düzenine Aykırılık Kavramı ve Velâyet	99
b. Doğrudan Uygulanan Kurallar	104

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VELÂYETE İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

I. 1961 LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA VELÂYETE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ	109
II. AVRUPA SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA VELÂYETE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ	112
A. Tanıma ve Tenfiz Şartları	113
1. Tanıma ve Tenfize İlişkin Genel Şartlar	114
2. Çocuğun Haksız Götürülmesi Halinde Kararın Tanınması ve Tenfizi	114
3. Sözleşmenin 10. Maddesi Uyarınca Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi	117
4. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Kararlar	119
B. Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi Davasında İzlenecek Usul	119
C. Sözleşme Uyarınca Taraf Devletlerin Çekinice Hakları	121
III. MÖHUK KAPSAMINDA VELÂYET İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ.....	122
A. Tanıma ve Tenfizin Ön Şartları	123
1. Kararın Mahkeme Kararı Niteliğinde Olması.....	124
2. Kararın Kesinleşmiş Olması.....	126
B. Tenfizin Aslî Şartları	127
1. Karşılıklılık	128
2. Kararın Yetkili Mahkeme Tarafından Verilmiş Olması	130
3. Kamu Düzenine Açık Aykırılık Bulunmaması.....	132
4. Savunma Haklarının İhlâl Edilmemiş Olması	142
SONUÇ	144
KAYNAKÇA	147
ÖZET	153
SUMMARY	155

KISALTMALAR CETVELİ

AD	: Adalet Dergisi
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AKDK	: Ailenin Korunmasına Dair Kanun
AÜEBFD	: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bs	: Baskı
bkz	: bakınız
C	: Cilt
ÇHDS	: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
dn	: Dipnot
E	: Esas
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K	: Karar
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG	: Resmî Gazete
s	: sayfa
S	: Sayı
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd	: ve devamı
Y	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
UHDİGM	: Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Velâyet, hukukî niteliği açısından kişiye sıkı sıkıya bağlı, mutlak ve süreli bir haktır. Velâyetin hak olma niteliğinin yanında birçok yükümlülüğü de bünyesinde barındıran bir kurum olduğunu söylemek mümkündür. Günümüzde velâyet, çocuğun kişiliğine ve mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya görevler yükleyen ve bunların en iyi biçimde yerine getirilmesi için onlara yetkiler sağlayan, asıl amacı çocuğun korunması ve çocuğun yararının gözetilmesi olan bir kurumdur¹.

Velâyet, gerek milli gerek milletlerarası alanda özellikle çocuğun korunması açısından günden güne artan bir öneme sahiptir. Tez çalışmamızın konusunu velâyetin milletlerarası özel hukuku ilgilendiren yönleri teşkil etmektedir. Uygulamada velâyetin milletlerarası özel hukuk açısından birçok uyuşmazlığa konu olduğu görülmektedir. Sıklıkla karşılaşılan bir durum olan farklı vatandaşlığa sahip ya da farklı ülkelerde sakin tarafların evlilikleri ve bu evliliklerin son bulması hali çocukların velâyetinin belirlenmesi sorununu da gündeme getirmektedir. Diğer yandan farklı ülke vatandaşı olan taraflar arasında bir evlilik bulunmaması ihtimalinde de evlilik dışı doğan çocuğun velâyetinin kime ait olacağı belirlenmesi gereği de yine milletlerarası alanda uyuşmazlıklara meydan verebilecektir.

Milletlerarası özel hukukta velâyet, yalnız velâyetin kime ait olacağı belirlenmesi konusunda değil, velâyetle yakından ilişkili ve çoğu kez velâyet hakkı kapsamında değerlendirilen çocuğun kaçırılması, velâyetin değiştirilmesi, kaldırılması, çocuğun mallarının yurt dışında bulunması halinde bu malların yönetimi gibi konular açısından da önem taşımaktadır. Zira taraflar arasında velâyete ilişkin bir uyuşmazlık henüz çıkmadan ya da

¹ Emine Akyüz, “Çocuk Hakları Bildirisi ve Türk Hukuk Sistemi”, AÜEBFD, 1980, C. 13, S. 1-2, s. s. 236.

var olan uyumsuzluk sürerken veya velâyet hakkını ihlâl edecek biçimde çocuğun uluslararası sınır ötesine kaçırılması durumu ile karşılaştırılması mümkündür. Çocukların uluslararası kaçırılması da özel hukuk boyutuyla velâyet hakkının korunması ve yine öncelikle çocuğun korunması açısından değer taşımaktadır.

Velâyetin milletlerarası alanda taşıdığı değer özellikle çocuğun korunması ilkesinden kaynaklanmaktadır. Uluslararası toplum, çocuk haklarına ve bunun içinde velâyete yönelik hükümler içeren birçok milletlerarası düzenleme ortaya koymuştur. Ülkemiz de çocuğun korunmasına yönelik hükümler içeren bu milletlerarası sözleşmelerin büyük bir kısmına taraf olmuştur. Çocuk haklarının temeli 10 Aralık 1948'de BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne dayanmaktadır. Sözleşmenin 25. maddesinde, *“çocuğun özel bir ilgi ve yardım görmek hakkına sahip olduğu ve bütün çocukların, evlilik dışı doğular bile, aynı sosyal haklara sahip oldukları”* vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler, Çocuk Hakları'nın sağlanmasına ilişkin ilk adımını ise 26 Eylül 1924'te Çocuk Hakları Cenevre Bildirgesi ile atmış, ancak II. Dünya Savaşı'nın çıkmasıyla bu Sözleşme uzunca bir süreliğine ertelenerek 20 Kasım 1959'da 78 ülke tarafından kabul edilmiştir².

Milletlerarası alanda çocuk haklarına ilişkin düzenlemeler içeren metinlerden en önemlisi ise Türkiye'nin 1995 yılında imzalamış olduğu, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan ve çocukların Magna Carta'sı olarak tabir edilen³ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme⁴'dir. Çocukları hakkın nesnesi

² Yukarıda bahsi geçen söz konusu düzenlemeler dışında Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde (özellikle 23. ve 24. maddelerinde), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşme (özellikle 10. maddesinde), Çocuğun Korunması ve Esenliğine İlişkin Toplumsal ve Hukuksal İlkeler Bildirisi, Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Beijing Kuralları) ve Acil Durumlarda ve Silahlı Çatışma Halinde Kadınların ve Çocukların Korunmasına İlişkin Bildiri'de çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemeler yer almıştır. 20 Kasım 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirisi ve çocuk haklarının tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyüz, **a.g.m.**, s. 340-364.

³ Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Vedat Yayınevi, 2005, s. 49.

⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Türkiye tarafından 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilmiş, 27.01.1995 tarihli, 22184 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. ÇHDS, bu gün ikisi hariç BM üyesi bütün

değil, öznesi olarak kabul eden ÇHDS çocuğun yararı ilkesini ilk kez açık ve kesin bir biçimde ifade eden milletlerarası metindir. ÇHDS, 12. ile 16. maddeleri arasında açık bir şekilde çocuğun da toplumun bir bireyi olarak, sadece kendi yararı çerçevesinde kısıtlanabilecek bir bağımsızlık içinde var olma ve gelişme hakkına sahip olduğunu düzenlemiş ve bunun sağlanabilmesi için taraf devletlere çeşitli yükümlülükler getirmiştir⁵. Diğer yandan ÇHDS ile ailenin korunması ve çocuğun esasen aile yanında bakımı kabul edilmiştir. Yine bu Sözleşme ile çocuğun aile ortamında kalması gibi konularda da taraf devletler arasında işbirliği yükümlülüğü öngörülmüştür.

Milletlerarası alanda doğrudan velâyete ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak ise ön plâna çıkan üç sözleşme bulunmaktadır. Bunlar, 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi, 1980 tarihli Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 1980 tarihli Çocukların Uluslararası Kaçırılmalarının Hukukî Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi'dir.

Milletlerarası özel hukukta velâyete ilişkin bahsi geçen üç Sözleşme dışında velâyet ile doğrudan ilgili olarak bir de 1961 La Haye Sözleşmesi'nin değiştirilerek yenilenmesi amacıyla yönelik olarak ortaya çıkan, Türkiye tarafından henüz imzalanmayan Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme bulunmaktadır. 1996 tarihli bu Sözleşme velâyetin milletlerarası alanda ortaya çıkardığı sorunların çözümüne ilişkin olarak önemli düzenlemeler getirilmiştir. 1996 La Haye Sözleşmesi, Türkiye'nin taraf olmamasına karşın 1961 La Haye Sözleşmesi'nde var olan

ülkeler tarafından onaylanmıştır. Bu durum Türkiye Cumhuriyeti dâhil 191 ülkenin onayı anlamına gelmektedir (http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23a.html – Erişim: 08.02.2011). Türkiye Cumhuriyeti, sözleşmeye koymuş olduğu ihtirazi kayıt gereğince Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 17, 29 ve 30. maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Sözleşmesi hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmaktadır.

⁵ Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 14.

eksikliklerin giderilmesi amacıyla ortaya çıkması nedeniyle incelemeye değerdir.

Milletlerarası Özel Hukukta velâyete ilişkin olarak uygulama alanı bulabilecek bir başka milletlerarası düzenleme de 29 Mayıs 2000 tarihli Aile Hukukuna İlişkin Davalar ve Bu Davalarla İlgili Eşlerin Çocuklarına Karşı Sorumluluklarından Doğan Medeni Usul Hukukuna İlişkin İşlemlerde Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma ve Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Tüzük⁶tür. Ancak Tüzüğün uygulama alanı yalnızca Avrupa Birliği ülkeleri ile sınırlı olduğundan Tüzüğün ülkemizde uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle milletlerarası alanda birçok uyumsuzlığa neden olan ve birçok milletlerarası sözleşmeye konu olan velâyet tez çalışmamızın inceleme konusu olarak seçilmiştir. Bu kapsamda milletlerarası alanda ortaya çıkması muhtemel sorunlar karşısında milletlerarası özel hukukun inceleme alanına giren velâyete ilişkin uyumsuzlıklarda, mahkemelerin milletlerarası yetkisi sorunu, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk ve yabancı mahkemelerden alınan velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizi konularının belirlenmesinde yarar bulunmaktadır. Ancak milletlerarası özel hukuk alanına ilişkin açıklamalara geçmeden önce kısaca velayet kavramı üzerinde durulmasının isabetli olacağı düşünülmektedir.

II. VELÂYET KAVRAMI

Milletlerarası özel hukukta velâyetin daha iyi anlaşılabilmesi açısından öncelikle velâyet kavramının açıklanması gerekmektedir. Bu nedenle burada velâyetin tanımı yapılmaya çalışılacak ve ardından velâyetin kullanılması, kaldırılması ve velâyet hakkında temel ilke olan çocuğun yararı ilkesine iç hukuk düzenlemelerimizden hareketle değinilecektir.

⁶ 29 Mayıs 2000 tarihli, 1347/2000 nolu Aile Hukukuna İlişkin Davalar ve Bu Davalarla İlgili Eşlerin Çocuklarına Karşı Sorumluluklarından Doğan Medeni Usul Hukukuna İlişkin İşlemlerde Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma ve Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Tüzük, Avrupa Topluluğu'na (Danimarka hariç) dâhil olan üye devletlerde 01.03.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tüzüğün uygulanma alanı yalnızca Avrupa Birliği'ne üye ülkelerle sınırlı olduğundan çalışmamızda esas alınmamıştır.

A. Velâyetin Tanımı ve Kapsamı

Velâyet, kelime anlamı itibariyle “*sevmek, sahip çıkmak, yardım ve idare etmek*” demektir⁷. Hukuk alanında ise velâyet, bir başkasına sözünü geçirmek, onun üzerinde egemenlik ve otorite kurmak yetkisi anlamını taşımaktadır⁸.

Kanunlarımızda ve bunun içinde gerek mülga 743 sayılı, gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda velâyet kavramının tanımına yer verilmemiştir. Buna karşılık Türk Medeni Kanunu’nun “*Velâyetin Kapsamı*” başlıklı 339. maddesinden hareketle genel olarak velâyet kavramının içeriğinin belirlenmesi mümkündür. Buna göre velâyet, ana babanın ergin olmayan çocuk üzerinde kanunen gerekli kararları alma yetkisi olarak ifade edilebilir⁹.

Geniş anlamda velâyet; küçüğün ya da bazı durumlarda ergin kısıtlı çocuğun şahıs ve mallarının korunması ve onların temsili konusunda ana babanın sahip oldukları yükümlülüklerin ve bu yükümlülüklerin gereği olan hakların tamamını ifade etmektedir¹⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 16.10.1991 tarih ve 1991/360 E., 1991/502 K. sayılı kararında¹¹ velâyeti; “*çocukların bakım, koruma ve çeşitli yönlerden yetiştirilmesini sağlamak amacıyla ana babanın, çocukların şahısları üzerinde haiz oldukları hak, yetki ve ödevlerdir*” ifadesiyle tanımlamıştır.

⁷ Esat Şener, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 846-847; Ferit Develioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük**, Ankara, Doğu Matbaası, 2001, s. 1145; Ali Şafak, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 4. bs., Ankara, Temel Yayınları, 2002, s. 633.

⁸ Selma Baktır Çetiner, **Velâyet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 28.

⁹ Hülya İmamoğlu, “Yeni Türk Medeni Kanunundaki Düzenleme ve Velâyete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, C. 54, S. 1, 2005, s. 166.

¹⁰ Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, Ankara, 5. bs., Turhan Yayınevi, 2004, s. 374; Cemil Çelik, “Velâyetin Kaldırılması”, **AÜHFD**, C. 54, S. 1, 2005, s. 256; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, İstanbul, 3. bs., Filiz Kitabevi, 1986, s. 503-504;

¹¹ YHGK’nin 1992/2-140 E., 1992/248 K. sayılı ve 15.04.1992 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

Günümüzde velâyet, çocuğun kişiliğine ve mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya görevler yükleyen ve bunların en iyi biçimde yerine getirilmesi için onlara yetkiler sağlayan, asıl amacı çocuğun korunması ve çocuğun yararının gözetilmesi olan bir kurum olarak görülmektedir¹². Velâyetin nihaî amacı, çocuğun bağımsız, hayat şartları ile başa çıkabilecek, sorumluluklarının bilincinde bir insan olarak yetişmesini sağlamaktır¹³. Bu bağlamda ana baba TMK m. 339/3 gereğince velâyeti yürütürken olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme imkânı tanımakla ve önemli konularda onun düşüncesini alarak, bu düşüncüyü karar verirken göz önünde tutmakla yükümlüdür. Diğer yandan velâyetin kullanılması TMK m. 339/1 gereğince çocuğun yararıyla da sınırlandırılmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 335. maddesi; "*Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır*" hükmünü içermektedir. Hukukumuzda velâyet, hakkı yalnız ana babaya veya çocuk evlât edinilmiş ise evlât edinene tanınmıştır. Bu yönüyle velâyet, ana baba ve evlât edinen açısından bir tekel hakkı niteliğindedir¹⁴.

Velâyet hakkının kimlere ait olacağı belirlenirken TMK'nin 335. maddesinde ana baba arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bunun gibi TMK'nin 342. maddesinde de ana babanın çocuğu velâyet hakkı çerçevesinde temsil edecekleri ayırım yapılmaksızın benimsenmiştir.

Velâyet bir yandan ana babaya çocuğun şahsı ve malları üzerinde birtakım yetkiler sağlarken, diğer yandan bazı yükümlülükler yüklemektedir. Buradan yola çıkarak velâyetin çift yönlü olduğunu söylemek mümkündür¹⁵. Velâyeti yalnızca bir hak ya da yalnızca bir yükümlülük olarak nitelendirmek,

¹² Emine Akyüz, **Hâkimin Velâyet Hakkına Müdahalesi**, Ankara, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 1974 (Velâyet), s. 236.

¹³ Öztan, **a.g.e.**, s. 629; Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. bs., 1998, s. 276; İmamoğlu, **a.g.m.**, s. 167.

¹⁴ İmamoğlu, **a.g.m.**, s. 169.

¹⁵ Öztan, **a.g.e.**, s. 625; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, C. II, 12. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2010, s. 419; Çelik, **a.g.m.**, s. 256..

velâyetin tanımlamasında yetersiz kalmaktadır. Buna karşılık çağdaş hukuk sistemlerinde velâyetin öncelikle bir yükümlülük olduğu kabul edilmektedir¹⁶.

Velâyet, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir¹⁷. Bunun sonucu olarak başkasına devredilemez, miras yoluyla geçmez ve vazgeçilemez. Ayrıca velâyet hakkının kullanılması, çocukların korunması ve yetiştirilmesine yönelik kamusal bir temele dayandığından, bunun sağlararası bir sözleşme ya da ölüme bağlı tasarrufla sınırlanması mümkün deđildir¹⁸. Buna karşılık, velâyet hakkının kullanılmasının velâyet hakkının verdiği yetkiler çerçevesinde kısmen veya tamamen bir başkasına bırakılması mümkündür¹⁹.

Velâyete ilişkin davalar iç hukuk bakımından kamu düzenine iliřkindir²⁰. Bu nedenle hâkim, çocuğun yararına olmayan taraf anlaşmalarını dikkate almayacaktır. Bu konuda hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla hâkim, tarafların sunmuş olduğu delillerle yetinmeyip, kendiliğinden delil toplayacak ve karar verecektir.

B. Velâyet Hakkının Kullanılması

Velâyet hakkının kullanılması ana babanın evli olup olmaması ihtimallerine göre farklı şekillerde gerçektecektir.

¹⁶ YHGK'nin 1991/360 E. ve 1991/502 K. sayılı, 16.10.1991 tarihli kararı (YHGK'nin 1992/2-140 E., 1992/248 K. sayılı, 15.04.1992 tarihli kararından alınmıştır) (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

¹⁷ Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 402; İmamoğlu, **a.g.m.**, s. 169.

¹⁸ Bülent Köprülü, Selim Kaneti, **Aile Hukuku**, İstanbul, 2. bs., Filiz Kitabevi, 1989, s. 243.

¹⁹ Öztan, **a.g.e.**, s. 627; İmamoğlu, **a.g.m.**, s. 169.

²⁰ Y. 2. HD.'nin 1995/8706 E., 1995/9558 K. sayılı ve 28.09.1995 tarihli kararına göre; "(...) *Velâyetin düzenlenmesi kamu düzenini ilgilendirir. Hâkim tarafların isteği ile bağlı olmaksızın çocuğun yararını gözetererek alacağı önlemi takdir eder. Tarafların bu konudaki anlaşmaları hâkimi bağlamaz*" (YKD, C. 21, S. 12, Aralık 1995, s. 1846-1847).

Türk Medeni Kanunu'nun 335. maddesi gereğince evlilik içi doğan çocuk, önceden bir kısıtlılık hali var olmadıkça doğumla birlikte kendiliğinden ana-babanın velâyeti altında olacaktır. Zira TMK m. 336/1 gereğince evlilik birliği devam ettiği sürece velâyet hakkını ana baba birlikte kullanır. Diğer yandan TMK m. 335/2 gereğince hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana babanın velâyeti altında kalırlar.

Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 9. maddesinde *"Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar"* hükmüne yer verilmiştir. Âkit devletler, ana babanın çocukları üzerindeki velâyet hakkını güvence altına almakla yükümlüdürler.

Hukukumuzda Anayasa değişiklikleri ve ÇHDS göz önüne alınarak 4721 sayılı Medeni Kanunu'nda düzenlemelere yer verilmiştir. TMK'de velâyetin kapsamı başlığı altında m. 339-345 arasında ana babanın çocuğa karşı olan hak ve yükümlülükleri, m. 346-351 arasında ise çocuğun korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nda velâyetin nasıl kullanılacağı konusunda da düzenlemelere yer verilmiştir. TMK'nin 336. maddesi gereğince *"Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar"*. Söz konusu düzenleme ile ana baba arasında velâyetin kullanılmasında bir eşitliğe yer verilmiştir. Buna karşılık, eşler velâyetin kullanılmasında anlaşmazlığa düşerlerse alınacak kararlar ilgili olarak ayrı ayrı ya da birlikte hâkimin müdahalesini isteyebileceklerdir (TMK m. 195).

Eşler, velâyetin kullanılmasına ilişkin olarak her türlü hak ve ödevde birlikte sahip olacaklardır. Bunun bir sonucu olarak, velâyetin içerdiği haklar, yükümlülükler ve yetkiler eşler arasında bölünemeyecektir. Örneğin, velâyet kapsamında bulunan çocuğun şahsına özen anneye, malların yönetilmesi

babaya tek başına bırakılamaz²¹. Velâyet, bir bütün olarak eşler tarafından üstlenilir. Bu durum, çocuk adına yahut aleyhine açılan davalarda ana babanın çocuğu birlikte temsil etmesi gereğini doğurmaktadır.

Evlilik birliğinin devamı süresince velâyetin kaldırılması hali hariç olmak üzere, velâyetin eşlerden birine bırakılması mümkün değildir. Buna karşılık, ana veya babadan herhangi birinin ortaya çıkan fiilî imkânsızlık nedeniyle velâyet hakkını kullanamayacak durumda olması halinde, diğerinin tek başına velâyet hakkını kullanabileceği de kabul edilmektedir²².

Ana babanın velâyeti birlikte kullanacakları yönündeki kural, evlilik birliğinin devam etmesi ve her ikisinin de velâyet hakkına sahip olması şartına bağlıdır. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir (TMK m. 336/2). Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK m. 336/3).

Boşanma veya ayrılık halinde hâkim, yargılama süresince velâyetin kim tarafından kullanılacağına dair tedbir kararını re'sen verir (TMK. m. 169). Bu halde dava sonucunda çocuğun yüksek yararı göz önüne alınarak velâyet taraflardan birine bırakılması mümkündür. Velâyet taraflardan birine bırakılırsa, diğer tarafın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı mevcuttur.

Hâkim, çocuğun velâyetini ana veya babaya verirken, çocuğun yaşı, cinsiyeti, karakteri, ana babadan her birinin oturduğu yer ve buldukları çevre, ekonomik durumları, ahlaki yapıları, ana ve babanın çocuğun gelişimi üzerindeki etki derecesi, çocuğun velâyet konusundaki istemi, bir dereceye kadar çocuğun ana ve babadan hangisini tercih ettiği hususunu dikkate alır²³.

Boşanma sonucunda velâyet kendisine bırakılan kişi hayatını kaybederse velâyet kendiliğinden sağ kalan ana ya da babaya geçmez. Bu

²¹ Çelik, **a.g.m.**, s. 258.

²² Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 405; Akyüz, **a.g.e.**, s. 31.

²³ Ahmet Cemal Ruhi, "Yabancı Mahkemelerden Alınan Velâyet Konusundaki İlâmların Türkiye'de Tenfizi", **AÜHF**, C. 7, S. 3-4, Aralık-2003 (Tenfiz), s. 725.

durumda hâkim kararına kadar velâyet askıda kalır²⁴. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu hususa bir kararında “(...)Evlilik birliğinin devam ettiği sırada karı kocadan birinin ölümü halinde, velâyet doğrudan doğruya sağ kalan tarafa geçer. Boşanma kararı verildiği takdirde hâkim, velâyeti ana ve babadan birine verir. Boşanırken çocukların velâyeti kendisine verilmiş olan eşin ölümü halinde velâyet doğrudan doğruya diğer tarafa geçmez. Sağ kalan eş velâyetin kendisine verilmesi için hâkimden izin almadıkça çocukları veli olarak temsil edemez” açıklamasıyla değinmiştir²⁵.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararında boşanma halinde eşlerin her ikisinin de ısrarla velâyeti istememeleri durumunda buna rağmen çocuğun ana veya babadan birine bırakılması uygun görülmemiştir²⁶. Anılan karar gereğince “(...) Ana babanın bu tutum ve davranışı karşısında çocuğun bunlardan birine verilmesi çocuğun bedeni ve fikri gelişmesini tehlikeye düşürecek, çocuğa yarar değil zarar getirecektir”. Gerçekten böylesi bir durumda ana babanın velâyeti kullanamayacak durumda olmasından söz etmek mümkündür. Bu durumda hâkimin, velâyetin kamu düzenini ilgilendiren bir konu olması nedeniyle ana babanın talebiyle bağlı olmamasından söz edilirse de, çocuğun yüksek yararı göz önüne alındığında velâyetinin anaya veya babaya bırakılmaması kanaatimizce de yerinde olacaktır.

²⁴ Ruhi, **a.g.m.**, 724.

²⁵ Y. 2. HD.'nin 1973/4171 E., 1973/4058 K. sayılı ve 19.06.1973 tarihli kararı (Ahmet Cemal Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004 (Boşanma), s. 543). Aynı yönde bkz. Y. 2. HD.'nin 2005/12369 E., 2005/14634 K. sayılı ve 24.10.2005 tarihli kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Y. 2. HD.'nin 2005/10209 E., 2005/12282 K. sayılı ve 19.09.2005 tarihli kararında bu halde çocuğa öncelikle bir vasi atanması yoluna gidilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir (Harun Bulut, **Aile Hukukunda Velâyet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları**, İstanbul, Beta Yayınları, 2007, s. 37).

²⁶ Y.2. HD.'nin 2003/11644 E., 2003/12972 K. sayılı ve 07.10.2003 tarihli kararı (Bulut, **a.g.e.**, s. 24).

Türk Medeni Kanunu'nu 337. maddesinin birinci fıkrasında evlilik dışında doğan çocuğun velâyetinin kural olarak anaya ait olacağı düzenlenmiştir²⁷. Buna göre evlilik dışı doğan çocuk ile babası arasında soybağı kurulmuş olması, babanın velâyet hakkı kazanması veya bu konuda mahkemeden talepte bulunması için yeterli olmamaktadır²⁸.

TMK'nin 337. maddesinde evlilik dışı doğan çocuğun velâyetinin kural olarak anaya ait olacağı belirlendikten sonra ikinci fıkrada bu kuralın istisnalarına yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme gereğince, ana küçük, kısıtlı ya da ölmüş ise ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre vasi tayin edebileceği gibi velâyeti babaya da bırakabilecektir. Bu durumda velâyetin babaya verilmesi için, velâyetin babaya verilmesinde çocuğun yararı bulunduğu hâkim tarafından kanaat getirilmiş olmalıdır.

Türk Medeni Kanunu'nda evlilik dışı çocuğun velâyeti konusunda, ana ve babanın anlaşmaları koşuluyla velâyetin her ikisi tarafından birlikte yürütülebilmesi imkânının tanınmaması doktrinde eleştirilmiştir²⁹. Ancak kanaatimizce söz konusu düzenleme Türk aile yapısı dikkate alındığında

²⁷ Türk Medeni Kanunu'nun 337. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 5, 10, 12 ve 41. Maddelerine aykırı olduğu itiraz yolu ileri sürülmüş, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan denetim sonucunda fıkrada herhangi bir Anayasaya aykırılık bulunmayarak itiraz reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde yer alan açıklamaların bir kısmı şu şekildedir; “Avrupa'daki ve dünyanın diğer bölgelerindeki çağdaş ülkelerin medeni hukuk mevzuatında, olağanüstü bazı şartlar haricinde evlilik birliği dışında doğan çocukların velâyetinin anneye verilmesi yöntemi yaygın bir uygulamadır. Diğer taraftan, uluslararası belgelerde de, evlilik birliği dışındaki doğan çocukların velâyetinin anneye veya babaya veya her ikisine verilmesi konusundaki tercih genellikle devletlerin takdirine bırakılmıştır. Yasakoyucu evlilik birliği dışında doğan çocukların ana ve babalarının anlaşmaları ve hâkimin de bu anlaşmayı uygun görmesi halinde, velâyeti birlikte kullanma haklarını öngörmemiş ve velâyetin doğrudan babaya verilmesi yolunu da tercih etmemiştir. Evlilik birliği dışında doğan çocuğun doğumdan itibaren derhal yasal bir temsilciye sahip olması, çocuğun yüksek yararı gereğidir. Evlilik dışı çocuğun velâyetinin doğrudan anneye verilmesi, istisnai durumlarda velâyetin babaya verilmesi veya vasi atanmasının nedeni, soybağı ilişkisinin kolaylıkla kurulması, anne ve çocuk arasındaki özel biyolojik ve ruhsal bağın varlığı olup, bu husus yasakoyucunun takdir alanı içindedir. Evlilik birliğinin devamı ile evlilik birliğinin sona ermesi ve evlilik dışı çocuk sahibi olunması hallerinde, velâyet hakkının kullanılması konusunda farklı düzenlemeler öngörülmesinde, bu hakka sahip olan veliler aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir”. Anayasa Mahkemesi'nin 2005/53 E., 2008/161 K. sayılı ve 13.11.2008 tarihli kararı (RG. 27.03.2010 – 27534). Kararın tam metni için bkz. İzzet Doğan, **Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 584-590.

²⁸ Çelik, a.g.m., s. 260.

²⁹ Çelik, a.g.m., 260, Acabey, a.g.e., s. 260.

yerinde bir düzenlemedir. Diğer yandan evli olmayan ana ve babanın velâyeti birlikte kullanması durumunda çoğu zaman bu ana ve baba aynı evde yaşıyor olmayacağından, çocuk adına velâyet hakkı kullanılarak karar verilmesi gecikecektir. Bu durum çoğu zaman, birbirleri ile ana babanın karar verememesi nedeniyle mahkemeye müracaatı zarureti gibi sonuçlar doğurabilecektir. Diğer yandan, mevcut düzenleme ile ana ve babanın velâyeti birlikte istemeleri durumunda onları evliliğe zorlayacaktır. Bu durum, çocuğun psikolojik gelişimi açısından da uygun olmakla birlikte her şeyden önce çocuğun yararına olacaktır.

C. Velâyetin Kaldırılması

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 19/l. maddesi uyarınca; *“Taraf Devletler, çocuğun anne-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmâl ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dâhil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idarî, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar”*. Velâyetin kaldırılması da bu önlemlerden biridir.

Çocuğun korunması amacıyla alınabilecek önlemlerden olan *“genel koruma önlemleri”* ile *“çocuğun yerleştirilmesi”* önlemlerinden sonuç alınmazsa veya bu önlemlerin alınmasının fayda sağlamayacağı önceden açık bir biçimde anlaşılırsa, velâyetin kaldırılması yoluna gidilecektir³⁰. Bu önlemin, çocuğun korunması açısından alınan en ağır önlem olması nedeniyle bu yola en son çare olarak başvurulması gerekmektedir³¹.

Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesinde de konuyla ilgili açıklayıcı bir hükme yer verilmiştir. Buna göre; *“Çocuğun korunmasına ilişkin diğer*

³⁰ Çelik, **a.g.m.**, s. 267.

³¹ Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 432; Rona Serozan, “Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler”, **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, 1997, s. 200.

önlemlerden³² sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir:

1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.

Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.

Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar”.

TMK'nin 348. maddesinin açık düzenlemesinden anlaşılacağı üzere velâyetin kaldırılması Medeni Kanunumuzda da son çare olarak ele alınmıştır. Zira öncelikle çocuk hakkında en uygun koruma tedbirleri alınacak ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, ancak o zaman velâyetin kaldırılmasına karar verilebilecektir. Diğer önlemlere başvurularak çocuğun korunmasının mümkün olduğu hallerde velâyetin kaldırılması önlemine başvurulmamalıdır. Önlemler uygulanırken, en hafif olandan en ağıra doğru bir sıra izlenmelidir. Diğer yandan ana baba ile çocuk arasındaki ilişkide velâyet önemli bir yer teşkil ettiği için velâyetin kaldırılmasına yol açan nedenlerin şüpheden uzak bir biçimde ve somut olaylara bağlanarak tespit edilmesi gerekmektedir³³.

TM'de velâyetin kaldırılmasına sebep olan olaylar sayılmıştır. Birinci grupta, ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması ve başka bir yerde bulunması gibi nedenlerle velâyet görevinin gereği gibi yerine getirilmemesinden söz edilmektedir. Burada “veya benzeri sebeplerden

³² TMK'nin 346. maddesinde çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerden “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır” hükmüyle bahsedilmiş, ancak bu önlemlerin neler olacağından söz edilmemiştir. Buna göre hâkim, duruma en uygun önlemi takdir yetkisini kullanarak alacaktır.

³³ Y.2. HD.'nin 1987/642 E., 1987/1722 K. sayılı ve 03.03.1987 tarihli kararı gereğince “(...) velâyet hakkının kullanılmasına hâkimin müdahale edebilmesi için ana ya da babanın vazifelerini yerine getirmediğinin sabit olması gerekir” (Çelik, a.g.m., s. 268).

*biriyile*³⁴” ifadesinden söz konusu nedenlerin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmaktadır.

Velâyetin kaldırılması için öngörülen nedenler arasında ikinci grupta ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır bir biçimde savsaklaması yer almaktadır. Belirtilen bu koşulların gerçekleşmesi halinde velâyet hakkı ana veya babadan alınacaktır³⁵. Zira daha önce de ifade edildiği üzere velâyetin kötüye kullanılması halinde çocuğu korumak üzere alınabilecek en radikal, en etkin önlem ve bu anlamda son çare velâyetin kaldırılmasıdır³⁶.

Velâyetin kaldırılması şartlarının gerçekleşmesi durumunda hâkimin bir takdir yetkisinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Zira TMK'nin 348. maddesinde *“aşağıdaki hallerde hâkim velâyetin kaldırılmasına karar verir”* şeklinde bir emredici kurala yer verilmiştir. Buna göre şartlar oluşmuşsa, hâkim çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerden en sonuncusu olan velâyetin kaldırılmasına karar vermelidir. Burada ayrıca velâyetin kaldırılması mevcut ve ileride doğacak çocukları da kapsayacağı için bu konuda karar verilirken dikkatli olunmalı, birinin durumu düzeltilirken diğersinin durumu kötüleştirilmemelidir³⁷.

Çocuğun genel olarak korunmasında olduğu gibi ana babaya karşı korunması da kamu düzenini ilgilendiren bir durumdur. Bu nedenle velâyetin kaldırılması isteminde bulunacak kişilere kanunda yer verilmemiştir. Buna göre, hâkim kendiliğinden bu tedbire başvurabileceği gibi, çocuğun haklarının, fiziksel ve ruhsal durumunun tehlikede bulunduğunu düşünen herkes velâyetin kaldırılması amacıyla mahkemeye başvurma yetkisine

³⁴ *“Benzeri sebepler”*e örnek olarak ana ve babanın nerede olduğunun bilinmemesi, uzun süreli tutukluluk hali, alkol bağımlılığı, haysiyetsiz hayat sürme gösterilebilir.

³⁵ Uygulamada velâyetin kaldırılması önlemi ile çok sık karşılaşılmamaktadır. Hatta Yargıtay anlayışına göre velâyetin kaldırılabilmesi için çocuğun bayılıncaya kadar dövülmesi gerektiği ileri sürülmüştür (Serozan, **a.g.m.**, s. 201). Oysa hâkim TMK m. 348’de yer verilen koşullar gerçekleşmiş ise velâyetin kaldırılmasına karar vermekle yükümlüdür. Gerçekten velâyetin kaldırılması bir önlem niteliğinde olduğundan bir olumsuz sonuca yol açılmadan çocuğun koruma altına alınması uygun olacaktır.

³⁶ Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, 2. bs., Vedat Yayınevi, 2005, s. 292.

³⁷ Esat Şener, **Vesayet ve Velâyet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1996, s. 281.

sahiptir³⁸. Koşullarının gerçekleşmesi halinde çocuğun korunmasında kamu yararı söz konusu olduğundan savcılar da velâyetin kaldırılması istemiyle dava açabilirler³⁹.

Velâyet hakkı, ana ve babanın her ikisinden birden kaldırılabilir gibi yalnız birinden de kaldırılabilir. Burada önemli olan velâyetin kaldırılmasına yol açacak sebeplerin hangi taraf açısından gerçekleştiğidir. Eğer ana babadan biri aleyhine velâyetin kaldırılmasına karar verilmişse velâyet diğer ebeveyne ait olacaktır. Ancak, söz konusu neden hem ana hem de baba açısından gerçekleşmişse hâkim, velâyetin kaldırılmasına her ikisi açısından da karar verir. Bu takdirde çocuğa vasi tayin edilmesi gerekmektedir. Çocuk, bundan böyle velâyet altında değil, vesayet altında olacaktır.

Velâyetin kaldırılmasına ilişkin hükümler küçüklerin velâyetine ilişkindir. Buna karşılık, kısıtlanarak vesayet yerine velâyet altına alınan kişiler açısından velâyete ilişkin bu hükümler uygulanmamaktadır. Ergin kısıtlı hakkında hâkim, velâyetin kaldırılması sebepleri mevcut olmayan durumlarda dâhi kısıtlı kişinin velâyet yerine vesayet altına alınmasına karar verebilir⁴⁰.

D. Çocuğun Yararı İlkesi

Aile kavramının ve çocuğa bakış açısının modern toplumlardaki değişimi sonucunda, ailenin, içinde yaşayan her bireyin kendi kişiliğini geliştiren bir ortam olarak kabul edilmesi, çocuğun aile ve toplum içinde yerini

³⁸ Y. 2. HD.'nin 2000/5501 E., 2000/5771 K. sayılı ve 03.05.2000 tarihli kararı gereğince; "(...)velâyetin nez'ini ve çocuğun korunmasını gerektiren durumların varlığı halinde hâkim, istek üzerine veya resen gerekli önlemleri almak zorunda olduğundan, velâyetin nez'ini istemek surf ana babaya tanınan haklardan olmayıp, üçüncü kişiler de bu yönde dava açma hakkına sahiptirler.(...)zira velâyet kamu düzenine ilişkindir" (Çelik, **a.g.m.**, s. 281, dipn. 112).

³⁹ Y. 2. HD.'nin 1975/9587 E., 1975/9916 K. sayılı ve 30.12.1975 tarihli kararı gereğince; "Hâkim(...)kaldırma koşulları oluşmuşsa velâyet hakkını kaldıracaktır. Kısaca bu konuda sadece ana babanın değil, ilgililerin, ana, babanın, akrabalarından birinin veya resmi kurumların ihbarı üzerine de harekete geçecektir" (Kararın tam metni için bkz. Özüğür, **Velâyet-Vesayet-Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku: Aile Mahkemeleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 393).

⁴⁰ Çelik, **a.g.m.**, s. 285.

kuvvetlendirmiş, çocuğa karşı bakım ve koruma yükümlülüğünün gelişmesini sağlamıştır; devlet-aile ilişkisinde devletin güç kazanması ile devlet de bu yükümlülüğün yerine getirilmesi konusunda aktif bir denetim yürütmeye başlamış ve böylece yasal düzenlemelerde de çocuğun yararı kavramı gözetilmeye başlanmıştır⁴¹.

Çocuğun yararı ilkesi, velâyete ve çocuk hukukuna hâkim olan, karşılaşılabilecek her uyuşmazlıkta uygulanacak olan ve koşullar ne olursa olsun çocuktan yana olan çözüm tarzının benimsenmesini gerektiren bir temel ilkedir. Çerçevesinin belirlenmesi tam olarak mümkün olmayan çocuğun yararı ilkesi çocuğun hak süjesi olarak idrak edilmesini, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesini ve çocuğun kişiliğinin çok yönlü olarak geliştirilmesinin hedef alınmasını gerektirir⁴².

Çocuğun yararı ilkesi hukukî dayanağını açıkça düzenlenmemiş olsa da öncelikle Anayasamızdan almaktadır. Anayasal hakların ve ilkelerin özel hukuk alanındaki etkisi ve dolaylı yürürlüğü anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü ilkesini düzenleyen 11. maddesinden kaynaklanmaktadır⁴³. Böylelikle, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesi, devletin amaç ve görevleri arasında yer alan, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ödeviyle birleşerek, çocuğun yararını koruma ilkesini oluşturur⁴⁴. Çocuğun korunması ilkesi en açık ifadesini Anayasa'nın 41. maddesinde bulmaktadır⁴⁵. Maddede “*özellikle ananın ve çocukların korunması*” ibaresine yer verilerek, bu konuya verilmesi gereken önem vurgulanmıştır. Madde ailenin korunması çerçevesinde ana ve babanın

⁴¹ Onursal, **a.g.e.**, s. 2; Akyüz, **a.g.e.**, s. 42.

⁴² İlknur Serdar, “Birlikte Velâyet”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 2008, s. 163.

⁴³ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 281.

⁴⁴ Huysal, **a.g.e.**, s. 155.

⁴⁵ Anayasa'nın 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanununun 17. maddesiyle değişik 41. maddesine göre; “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar*”.

haklarını da düzenlemektedir. Ancak, ana babanın haklarıyla çocuğun hakları çatışırsa, çocuğun yararı dikkate alınacaktır⁴⁶.

Anayasanın genel düzenlemesi gereği ortaya çıkan bu ilke, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de çok daha açık bir şekilde ifade edilmektedir. Sözleşme’nin 3. maddesinin birinci fıkrası gereğince *“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir”*. Bu nedenle Sözleşmeye *“taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idarî önlemleri alırlar”* (ÇHDS m. 3/2).

ÇHDS’nin 9. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları gereğince ana babanın velâyet ve çocukla kişisel ilişki tesisi haklarının belirlenmesi ve kullanılmasında temel kıstas çocuğun yüksek yararadır. Çocuğun velâyetinin belirlenmesinde ana baba ile çocuk arasında herhangi bir çıkar çatışması bulunması durumunda çocuğun yararına olan çözüm tarzı tercih edilecektir.

Çocuğun yararı ilkesi Türk Medeni Kanunu’nda da Anayasaya ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Uygun Olarak pek çok uygulama alanı bulmuştur⁴⁷. TMK’nin 341. maddesi gereğince *“Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır”*. Burada bir yandan çocuğun korunması yönünde davaya bakan hâkime bir yükümlülük yüklenirken, diğer yandan ana babanın koruma yükümleri arasında da çocuğun yararına yer verilmektedir. Buna göre; *“Ana ve babadan*

⁴⁶ Günseli Öztekin Gelgel, “Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırmaları, Evlât Edinmeye İlişkin Problemler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 4, S. 8, 2005/2, s. 128.

⁴⁷ Y. 2. HD.’nin 1987/6048 E., 1987/7762 K. sayılı ve 19.10.1987 tarihli kararına göre *“velâyet düzenlenirken herşeyden önce çocuğun yararı gözönünde bulundurulur”* (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Aynı yönde bkz. Y. 2. HD.’nin 2006/10242 E., 2006/18566 K. sayılı ve 28.12.2006 tarihli kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

herbiri, diğèrinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür” (TMK. m. 324/1).

Velâyete ilişkin davalarda çocuğun yararı ilkesi ile yakından ilgili bir husus özellikle boşanma davalarında velâyete ilişkin karar verilirken velâyet altındaki çocuğun dinlenmesi gereğidir. Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinde, boşanma davalarında velâyet hakkında karar verilirken mümkün olduğunca ana ve babayı dinlendikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesi alındıktan sonra, ana ve babanın haklarının ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerinin düzenleneceği belirtilmiştir. Ancak maddede çocuğun dinlenmesi konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Boşanma sonucu velâyete ilişkin olarak görülen davalarda, mahkemeler Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin⁴⁸ 3 ve 6. maddeleri ile Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi gereğince uygulamada çocuğu da velâyete ilişkin talepleri açısından dinlemektedirler. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da çocuğun velâyet konusundaki taleplerinin dikkate alınması gerektiğini kabul etmekte, çocuğun beyanı açık olması halinde buna itibar edilmesi gereğini vurgulamaktadır⁴⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2008 yılında vermiş olduğu bir başka kararında ise müşterek bütün çocukların ve daha sonra uzman görüşünün alınması

⁴⁸ Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (*European Convention on the Exercise of Children's Rights*) 25.01.1996 tarihinde imzaya açılmış, Türkiye tarafından 09.06.1999 tarihinde imzalanmış ve 18.01.2001 tarihinde "*beyanda bulunulmak suretiyle*" onaylanmıştır. Sözleşmenin onaylanmasına ilişkin 4620 sayılı kanun, 18.01. 2001 tarihinde TBMM'de kabul edilerek, 02.04.2002 tarihli 24743 nolu Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003/2-513 E., 2003/521 K. sayılı ve 01.10.2003 tarihli kararında bu hususa şu şekilde yer vermiştir; "*(...)Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 'Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanurlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır' hükmünü içeren 12. maddesi kapsamı da nazara alınarak velâyeti düzenlenen çocuğun kendisini ilgilendiren velâyetin anneye verilmesi isteğini ortaya koyan açık beyanına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır"* şeklinde karar vermiştir (Aysel Çelikel, Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku: Örnek Olaylar – Mahkeme Kararları**, İstanbul, 9. bs., Beta Basım Yayım, 2008, s. 555-556).

gerektiğinden söz etmiştir⁵⁰. Özetle ifade etmek gerekirse, boşanmada velâyete karar verilirken yukarıda bahsi geçen yüksek mahkeme kararları ve uluslararası sözleşmeler gereğince imkân bulunduğu takdirde velâyet altındaki çocuk dinlenmeli ve bu durum hüküm tesis edilirken göz önünde bulundurulmalıdır.

⁵⁰ “Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyumsuzluk; velâyet düzenlemesi yapılmadan önce ortak çocukların görüşünün sorulmasına ve uzman bilirkişiden görüş alınmasına gerek olup olmadığı noktasındadır.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde çocuğun usule ilişkin hakları şu şekilde düzenlenmiştir; <Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

a- İlgili tüm bilgileri almak;

b- Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c- Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.>

Anılan sözleşmenin 6. maddesi; <Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce:

a- Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velâyet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.

b- Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,

- Çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.

- Çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.

- Çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c- Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.> şeklindedir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesinde ise <1. Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.

2. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idarî kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.> şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Somut olayda müşterek çocuklar yeterli idrake sahip olup kendilerini ilgilendiren velâyet konusunda onlara danışılmak, kendi görüşlerini ifade etmek hakkını vermek, görüşlerinin uygulanmasının ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirmek gerekir. O halde; yukarıdaki açıklamalar dairesinde görüşü alınmayan diğer çocukların da görüşü alınarak Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5 ve 6. maddesi uyarınca uzman bilirkişiden de görüş alınarak birlikte değerlendirme yapıp sonucuna göre hüküm tesis etmek gerekir” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2008/2- 229 E., 2088/250 K. sayılı, 12.03.2008 tarihli kararı (Ziya Akıncı, Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 155). Aynı yönde bkz. Y. 2. HD.'nin 2002/14802 E., 2003/682 K. sayılı ve 21.01.2003 tarihli kararı (Özuğur, **a.g.e.**, s. 535); Y. 2. HD.'nin 2002/7067 E., 2002/7794 K. sayılı ve 10.06.2002 tarihli kararı (Özuğur, **a.g.e.**, s. 539); Y. 2. HD.'nin 2003/513 E., 2003/521 K. sayılı ve 01.10.2003 tarihli kararı (Bulut, **a.g.e.**, s. 39).

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLÂNI

Çalışmada temel alınan başlıca yasal düzenleme 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁵¹ ve velâyete ilişkin milletlerarası sözleşmelerdir. Ayrıca 2675 sayılı mülga MÖHUK⁵²,a da hukukumuzda daha önce geçerli olan durumu belirtmek adına yer yer karşılaştırmalı olarak değinilmiştir.

Çalışmamızda milletlerarası özel hukukta velâyet, üç bölüme ayrılarak incelenmiştir. “*Velâyete İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler*” başlıklı birinci bölümde öncelikle çalışmamızda başvurulacak milletlerarası sözleşmelere ilişkin genel nitelikli açıklamalara yer verilmiştir. Bu açıklamalarla amaçlanan, konu ile ilgili milletlerarası sözleşmelerin ve ayrıntılı bir açıklamasının yapılmasından ziyade, konu ile ilgili sözleşmelerin daha iyi anlaşılması açısından amacı, uygulanma alanı ve temel kavramları gibi başvuru bilgilerinin sunulmasıdır. Diğer yandan velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkiye, uygulanacak hukuka ve tanıma tenfize ilişkin hükümler içermeyen, ancak konusu ve amacı bakımından velâyete ilgili kabul edilen 1980 La Haye Sözleşmesi hakkında bilgilere bu bölümde yer verilecektir. Burada diğer bölümlerde yer almayacak olan 1980 La Haye Sözleşmesi'nin tanıtılması yapılmaya ve konu ile alakası belirlenmeye çalışılacaktır.

“*Velâyete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki ve Esasa Uygulanacak Hukuk*” başlıklı ikinci bölümde öncelikle konu ile ilgili 1961 La Haye Sözleşmesi üzerinde durulmuş, daha sonra MÖHUK hükümleri gereğince yetkiye ilişkin düzenlemeler gereğince milletlerarası yetkinin belirlenmesinde göz önüne alınacak kriterler saptanmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde ayrıca velâyete ilişkin davalarda esasa uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılmıştır. Uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle 1961 La Haye

⁵¹ 5718 sayılı MÖHUK, 27.11.2007 tarihinde kabul edilmiş, 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

⁵² 2675 sayılı MÖHUK, 20.05.1982 tarihinde kabul edilmiş, 22.05.1982 tarihli ve 17701 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve 5718 sayılı MÖHUK’un 64. maddesi ile 12.12.2007 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

Sözleşme'ne başvurulmuş, 1961 La Haya Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmeyen hallerde MÖHUK'a göre uygulanacak hukuk incelenmiştir.

Velâyete ilişkin davalarda uygulanacak hukuk belirlenirken, üç hareket noktası bulunmaktadır. Öncelikle velâyet soybağının hükümlerindedir. Bu nedenle soybağının hükümlerine uygulanacak hukuktan hareketle velâyete uygulanacak hukuka ulaşılması mümkündür. Diğer yandan velâyete ilişkin uyuşmazlığın evliliğin sona ermesine ilişkin dava ile birlikte ortaya çıkması da mümkündür. Bu durumda boşanmada velâyete uygulanacak hukuk üzerinde ayrıca durulacaktır. Velâyetin söz konusu olduğu ve velâyete uygulanacak hukukun tespitinde hareket edilebilecek bir diğer durum ise evlat edinmedir. Velâyet evlat edinmenin hükümlerindedir ve evlat edinme ile birlikte evlat edinen evlat edinilenin velâyetini kazanır. Evlat edinmede velâyet konusu ise tez çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur. Aslında velâyete ilişkin davada esas uygulanacak hukukun belirlenmesinde evlat edinmede velâyete uygulanacak hukuktan hareket edilebilecekken, bu konu özellikle konu ile ilgili milletlerarası sözleşmeler de dikkatte alındığında tez çalışmamızın maksadını ve sınırlarını aşar niteliktedir.

“Velâyete İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi” başlıklı üçüncü bölümde ise yabancı mahkemelerden verilen kararların tanınması ve tenfizi konu edilmektedir. Bu konuda başvurulacak düzenlemeler 1961 La Haya Sözleşmesi, 1980 Avrupa Sözleşmesi ve 5718 sayılı MÖHUK'tur.

Hukukumuzda velâyete ilişkin düzenlemelere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁵³nda yer verilmiştir. Bu çalışmada konunun daha iyi anlaşılması ve ileride yer alan bölümlerle bahsi geçen kavramların belirlenmesi açısından, giriş bölümünde öncelikle velâyet hakkında iç hukukumuzdan yola çıkarak genel açıklamalar yapılmaya çalışılmıştır.

⁵³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 22.11.2001 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmiş, 24607 sayılı 08.12.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak, 1029. maddesi gereğince 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

VELÂYETE İLİŞKİN MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca; *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir”*. Bununla birlikte yine aynı fıkranın devamında *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”* düzenlemesine yer verilmiştir⁵⁴.

5718 sayılı MÖHUK'un 1/2. maddesinde de Kanunun kapsamı belirlenirken Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Buna göre Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, öncelikli uygulaması nedeniyle hukukumuz açısından önemli bir role sahiptir.

Türkiye, velâyet ile ilgili olarak üç ayrı milletlerarası sözleşmeye taraftır. Bu sözleşmeler 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme, 1980 tarihli Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velâyetin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 1980 tarihli Çocukların Uluslararası Kaçırılmalarının Hukukî Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşmelerin uygulama alanına giren konularda Sözleşme hükümleri iç hukuk kurallarına göre öncelikli olarak uygulanacaktır.

Bununla birlikte 1961 La Haye Sözleşmesi'nin yerini almak üzere imzalanmış olan 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve

⁵⁴ Bahsi geçen cümle Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasına 7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunun 7. maddesi ile eklenmiştir (RG. 22.05.2004/25469).

İşbirliğine Dair Sözleşme de milletlerarası alanda velâyete ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Ancak bu Sözleşmeye, Türkiye'nin taraf olmaması nedeniyle, genel hatlarıyla ve 1961 La Haye Sözleşmesi'nden farklılık gösterdiği ölçüde değinilecektir.

Bu bölümde, çalışmamızda ilgili bölümlerde başvurulacak olan bu dört sözleşmenin amaçları, uygulanma alanları ve temel kavramları hakkında genel bilgi verilecektir. Sözleşmelerin velâyete ilişkin olarak milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk ve tanıma tenfiz gibi meselelere ilişkin hükümleri ise aşağıda ilgili bölümlerde ayrıca ele alınacaktır. Sözleşmelerin incelenmesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki, milletlerarası özel hukukta velâyet ile ilişkili bu sözleşmelerin ortak amacı çocuğun yüksek yararının öncelikle göz önüne alınmasıdır⁵⁵.

I. 1961 TARİHLİ KÜÇÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA MAKAMLARIN YETKİSİNE VE UYGULANACAK KANUNA DAİR SÖZLEŞME (1961 LA HAYE SÖZLEŞMESİ)⁵⁶

Küçüklerin korunması konusunda makamların yetkisine, uygulanacak hukuka ilişkin ortak hükümleri tespit etmek amacı güden ve 5 Ekim 1961 tarihinde La Haye'de imzalanan Sözleşme, milletlerarası özel hukukta velâyet konusundaki temel metinlerdendir. Bu sözleşme daha önce 12.06.1902 tarihinde akdedilen La Haye Vesayet Sözleşmesi'nin yerini almak üzere imzalanmıştır⁵⁷.

⁵⁵ Aysel Çelikel, "Yabancı Mahkemelerde Verilen Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi", Yılmaz ALTUĞ'a Armağan, **MHB**, Yıl 17- 18, s. 1-2, İstanbul, 1997-1998, s. 108.

⁵⁶ 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi (Convention of 5 October 1961 Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Infants)'ne (Bundan böyle 1961 La Haye Sözleşmesi olarak anılacaktır) taraf devletler; Avusturya, Almanya, Çin (Makao Özerk Bölgesi), Fransa, Hollanda, İtalya, İspanya, İsviçre, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz ve Türkiye'dir (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=39, Erişim: 14.02.2011).

⁵⁷ 1961 La Haye Sözleşmesi'nin 18. maddesi gereğince "Küçükler Hakkında Vesayet Sözleşmesi"ne taraf olup da 1961 La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletler bakımından 1902 tarihli La Haye

La Haye Devletler Özel Hukuku Konferansı'nın dokuzuncu döneminde kabul edilmiş olan 1961 La Haye Sözleşmesi, 25 maddeden oluşmaktadır. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 22.11.1982 tarih ve 8/5727 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunarak, 25.08.1983 tarihinde imzalanmış ve 21.02.1983 tarihli ve 17966 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak, 24.10.1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

A. Sözleşmenin Amacı

Milletlerarası alanda küçüklerin korunması amacı ile akdedilen sözleşme, korumaya ilişkin karar verecek makamların yetkisi, uygulanacak hukuk ve makamlarca verilmiş kararların tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemeler içermektedir⁵⁸.

Sözleşmenin hazırlanmasındaki asıl amaç çocuğun milletlerarası alanda daha etkin korunması olduğundan, sözleşmede çocuğun korunmasına ilişkin tedbirler sadece adlî makamların kararları ile sınırlı tutulmamıştır. Bununla birlikte çocukların korunması hakkında idarî makamların vermiş olduğu kararların tanınmasına ve tenfizine ilişkin ortak düzenlemelere de yer verilmiştir.

Sözleşmede ayrıca yetki ve uygulanacak hukuk konusunda ortak bağlama kuralları getirilmiştir. Burada amaç, taraf devletler arasında yeknesaklaştırmanın sağlanmasıdır. Ancak Sözleşme, boşanma sonucunda velâyetin hangi ebeveyne bırakılacağına ilişkin bir hüküm içermediğinden boşanma davalarında uygulanmayacaktır. Bu durum sözleşmenin yeknesak bir uygulama sağlama amacının bir gereğidir.

Sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam edecektir. Türkiye, 1902 tarihli La Haye Sözleşmesi'ni onaylamamıştır. 1902 La Haye Sözleşmesi için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&bit=15 (Erişim: 18.04.2011).

⁵⁸ Sözleşme hakkında bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 281-282; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 239-246; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 260-261; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 170.

Türkiye'nin 1983 yılından bu yana taraf olduğu sözleşmeyi taraf devletler oldukça etkin ve verimli bir biçimde kullanmaktadır. Sözleşmenin uzunca bir zamandır uygulanması velâyete ilişkin bağlama kurallarının tamamen veya kıyas yoluyla atıf yapmak suretiyle taraf devletlerde de düzenlenmesine yol açmıştır⁵⁹.

B. Sözleşmenin Uygulanma Alanı

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 13. maddesi gereğince, taraf devlet bir çekince koymamış ise Sözleşme, küçüğün mutad meskeninin âkit devletlerden birinde olması durumunda uygulanır. Söz konusu düzenleme uyarınca, çocuğun Sözleşmeye taraf olan bir devletin vatandaşı olması gibi bir koşul aranmamaktadır. Mutad meskeni âkit devletlerden birisinde bulunan küçükler hakkında sözleşme hükümleri uygulanabilecektir.

Sözleşmede, âkit devletlerin Sözleşmenin yalnızca taraf devlet vatandaşlarına uygulama hakkını saklı tutabilecekleri düzenlenmiştir (m. 13/3). Böyle bir çekincenin bulunması halinde Sözleşme'nin uygulanabilmesi için sadece küçüğün mutad meskeninin bir taraf devlette bulunması yetmeyecek, aynı zamanda taraf devlet vatandaşı olması da gerekecektir. Türkiye, Sözleşmeye bu yönde bir çekince koymamıştır⁶⁰.

Sözleşmenin 15. maddesinde ise âkit devletlerin, küçüğün anne babası arasındaki evlilik bağının iptali, sona ermesi veya gevşetilmesine ilişkin bir talep üzerine karar verecek makamlarının, küçüğün şahsını ya da mallarını korumaya yönelik tedbirler almaya yetkili sayma hakkını saklı tutabileceği düzenlenmiştir. Türkiye, onay belgesinde bu hakkını saklı tutmuştur. Buna göre Türk mahkemelerinin yetkili olduğu hallerde, Türkiye, söz konusu hallerde yabancı âkit devletlerce verilen kararları tanımayacaktır.

⁵⁹ Huysal, **a.g.e.**, s. 66.

⁶⁰ Türkiye dışında, Sözleşmeyi çekince koymaksızın onaylayan devletler İsviçre, Almanya, Fransa, Letonya ve Portekiz'dir (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=39, Erişim: 13.02.2011).

Buna karşılık Sözleşmenin 15/2. maddesine göre diğer âkit devlet makamlarının çekince koyan devletin kararlarını tanıma mecburiyeti bulunmamaktadır. Sözleşmede böyle bir çekince hakkının öngörülmesinin nedeni, evliliğe son veren makamın çocuğun aile içindeki durumunu en iyi şekilde düzenleyebilecek ve koruma tedbirlerini alabilecek imkânlarla sahip olmasıdır⁶¹.

Diğer bir ifadeyle yetki ve uygulanacak hukuk konusunda sözleşme temel bağlama noktası olarak, küçüğün mutad meskeni hukukunu benimsemiştir. Mutad meskeni bulunan çocukların tâbi oldukları devletlerin Sözleşmeye taraf olup olmamasının bir önemi yoktur. Çocuğun vatandaşlığına bakılmaksızın sadece mutad meskeni esas alınacaktır (m. 13/1). Bununla beraber çocuğun vatandaşı olduğu devlet makamlarının yetkisi sadece Sözleşmeye taraf olan devletler için geçerlidir (m. 13/2).

C. Sözleşmede Yer Alan Temel Kavramlar

Sözleşmenin uygulama alanının tayininde Sözleşmede belirtilen üç kavram belirleyici nitelik taşımaktadır. Bunlar “*mutad mesken*”, “*küçük*” ve “*koruma tedbirleri*” kavramlarıdır⁶². Sözleşme'nin uygulama alanının tespit edilebilmesi için öncelikle bu üç kavramın saptanmasında fayda bulunmaktadır. Zira Sözleşmenin 12. maddesi uyarınca, küçüğün hem vatandaşı olduğu devlet hukuku bakımından hem de mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku bakımından küçük kabul edilenler, sözleşme kapsamına göre de küçük kabul edilmekte ve Sözleşmenin uygulama alanı kapsamına girmektedirler.

⁶¹ Bilgin Tiryakioğlu, **Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar**, Ankara, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Bilim Serisi 6, 1991 (Çocuklara İlişkin Kurallar), s. 78.

⁶² Bu konuda bkz. Bilgin Tiryakioğlu, **Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku**, Ankara, Gaye Matbaası, 2000 (Çocukların Korunması), s. 25; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 169; Huysal, **a.g.e.**, s. 67.

La Haye Sözleşmelerinde geleneksel olarak Sözleşmelerde kullanılan kavramların tanımlarına yer verilmemektedir⁶³. Yalnızca Sözleşmelerin uygulanma alanının belirlenmesine olanak sağlamak amacıyla “çocuk” gibi temel alınan bazı kavramlar belirlenmektedir. Bu nedenle gerek 1961 La Haye Sözleşmesi’nde gerekse diğer La Haye Sözleşmelerinde açıkça düzenlemeyen hususlarda kavramların vasıflandırılması taraf devletlerin iç hukukuna göre yapılır.

1. Mutad Mesken

Mutad mesken kavramı, ilk olarak 1902 tarihli La Haye Vesayet Sözleşmesi’nde kullanılmıştır. Çeşitli hukuk sistemlerinde farklı anlamlarda kullanılması ve farklı esaslara tâbi olması nedeniyle yerleşim yeri kavramı konusunda milletlerarası alanda bir birlik sağlanamamıştır. Bu durum milletlerarası sözleşmelerde mutad mesken kavramına ağırlık verilmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır⁶⁴.

1961 La Haye Sözleşmesi’nde mutad mesken kavramının tanımına yer verilmemiştir⁶⁵. Ancak mutad mesken milletlerarası sözleşmelerde ve birçok hukukun kişisel statüye ilişkin bağlanma kurallarında sıkça kullanılan bir kavramdır. Mutad mesken genel bir anlatımla, gerçek hayat ilişkilerinin sürdüğü, fiilen oturduğu ve oturmak isteği ve iradesinde olduğu yer olarak tanımlanabilir⁶⁶.

Son dönemlerde yapılan düzenlemelerde sıklıkla bağlama noktası olarak tespit edilen mutad mesken, yerleşim yerinden (ikametgâh) farklıdır.

⁶³ Bilgin Tiryakioğlu, “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme (La Haye 19 Ekim 1996)”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, 1999, s. 291.

⁶⁴ Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. bs, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2000, s. 90.

⁶⁵ La Haye Konferanslarının geleneğine uygun olarak mutad mesken kavramının tanımına 1996 La Haye Sözleşmesinde de yer verilmemiştir (Tiryakioğlu, a.g.m., s. 291).

⁶⁶ Nomer, Şanlı, a.g.e. , s. 125-126; Işıl Özkan, Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara, Naturel Yayınevi, 2003, s. 29; Öztekin Gelgel, a.g.m., s. 132.

Yerleşim yeri Türk Medeni Kanunu'nun 19. maddesinde “*bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer*” olarak tanımlanmıştır. Mutad mesken kavramı ise hukukî bir durumu yansıtmaktan ziyade fiilî bir bağlantıyı ifade etmek üzere kullanılır. Maddi delillerle tespit edilebilen bir yapıya sahiptir⁶⁷. Buna göre, mutad meskenin tespitinde çok fazla geçici olmayan fakat yerleşim yeri gibi yerleşme niyetinin de olmadığı oturmalar dikkate alınmalıdır⁶⁸.

Küçüğün mutad meskeni anne ya da babasının mutad meskenine bağlı değildir. Zira mutad meskenin oluşmasında yerleşim yerindeki gibi bir irade aranmaz. Mutad mesken var olan gerçek ve fiilî durum göz önüne alınarak tespit edilir⁶⁹.

Küçüğün mutad meskeninin veli veya vasisinden bağımsız düşünülmemeyeceği gerekçesiyle, çocuğun mutad meskeninin belirlenmesinde ergin kişilerden ayrı farklı kıstasların kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁰. Küçüğün mutad meskenini belirlemede irade özgürlüğünden yoksun olması anılan görüşün temel dayanağını oluşturmaktadır. Buna karşılık, hukukî değil, fiilî bir durumu ifade eden mutad meskenin belirlenmesinde “irade” şartı zaten aranmamaktadır. Bu nedenle küçüğün mutad meskeninin, makamların yetkisinin ya da uygulanacak hukukun belirlenmesinde temel alınması kanaatimizce herhangi bir olumsuzluk yaratmayacaktır.

2. Küçük

Küçük kavramının nasıl belirleneceği Sözleşmenin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme çifte nitelendirmeyi kabul etmektedir. Buna göre, hem vatandaşı olduğu ülkenin iç hukukuna göre hem de mutad

⁶⁷ Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2009, s. 188; Ekşi, **a.g.e.**, s. 91, Özkan, **a.g.e.**, s. 30-31.

⁶⁸ Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 133.

⁶⁹ Mutad mesken kavramı hakkında ayrıntılı bilgi ve inceleme için bkz Özkan, **a.g.e.**, s. 29-43.

⁷⁰ İnci Ataman Fıganmeşe, “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul, İ.Ü. Eğitim ve Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, 1999, s. 69.

meskeninin bulunduğu ülkenin iç hukukuna göre küçük kabul edilenler, Sözleşme uygulamasında küçük olarak nitelendirilirler ve Sözleşme'nin uygulama alanına girerler.

Hukukumuzda Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinden yola çıkılarak onsekiz yaşını doldurmamış kişiler küçük sayılmaktadır. Bu halde mutad meskeni Türkiye'de olan onsekiz yaşını doldurmamış küçük, vatandaşı olduğu ülkenin iç hukuku uyarınca da küçük sayılıyorsa Sözleşme'nin uygulama alanına girecektir.

Sözleşmede bir yandan küçüğün korunmasına dair hükümlere yer verilirken, diğer yandan bu alanda uygulanacak hukuk hakkında kurallar getirilmiştir. Bu nedenle Sözleşmenin en temel kavramının ve düzenlemelerinin temeli olan süjenin küçük olduğunu söylemek mümkündür.

3. Koruma Tedbirleri

1961 La Haye Sözleşmesi'nde koruma tedbirlerine ilişkin olarak makamların yetkisi, uygulanacak kanun, tanıma ve tenfiz konularında düzenleme yapılmıştır. Burada, çalışmamızda sıklıkla başvurulacak olan Sözleşmenin velâyet ile ilgisinin tespiti açısından Sözleşmede geçen "koruma tedbirleri" ile kastedilenin ne olduğu ve bunun velâyet ile ilişkisinin saptanmasında fayda bulunmaktadır.

Sözleşmede koruma tedbirlerinin neler olduğuna ve hangi koruma tedbirlerinin Sözleşmenin uygulanma alanı içerisinde bulunduğuna yer verilmemiş, yalnızca "*küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirler*"den söz edilmiştir⁷¹. Çocuğun korunması, ilk planda velâyet hakkı

⁷¹ Aşağıda İkinci Bölüm, IV'de incelenecek olan 1996 La Haye Sözleşmesi'nde ise Sözleşme uygulanma alanına giren (m. 3) koruma tedbirleri örnek niteliğinde sayılmış ve ayrıca uygulanma alanı dışında kalan koruma tedbirlerine de sınırlayıcı olarak belirtilmiştir. Buna göre; "a) Velâyet sorumluluğunun verilmesine, kullanılmasına ve tamamen ya da kısmen nez'ine ve bu sorumluluğun başkasına tevdiine; b) Çocuğun şahsına yönelik bakımını ve özellikle oturacağı yere ilişkin karar hakkını içermek üzere, çocuğu yanında muhafaza hakkına ve çocuğu mutad meskeni dışına sınırlı bir süre götürmeyi kapsayacak şekilde, ziyaret hakkına; c) Velâyet, kayyımlik ve benzeri kurumlara; d)

çerçevesinde ana baba tarafından gerçekleştirilir. Bu nedenle velâyete ilişkin kararların, çocuğun korunması hakkını da içermekle birlikte, koruma tedbirleri kapsamında olduğunu söylemek mümkündür. O halde koruma tedbirleri velâyeti de içeren, ancak velâyetten daha geniş bir kapsamlı bir kavramdır.

Sözleşmede tanımına yer verilmeyen ve kapsamı belirtilmeyen koruma tedbirlerinin neler olduğunu iç hukukumuzun özel hukuk alanındaki düzenlemelerinden hareketle tespit etmek mümkündür. Hukukumuzda Türk Medeni Kanunu'nun 346. maddesinde koruma tedbirlerine ilişkin olarak "*Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır*" düzenlemesine yer verilmiştir.

Velâyet hakkını ana babada bırakan ve nispeten daha hafif olan tedbirlerin yanında, velâyetin kaldırılmasını öngören tedbirlere de karar verilebilir⁷². Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2003 yılında vermiş olduğu bir kararında çocuklarla ilgili koruma kararı alınması halinde ana ve babanın velâyet hakkının kendiliğinden ortadan kalkmayacağını açıkça ifade

Çocuğun şahsı ve malları ile ilgilenecek, onu temsil edecek veya ona yardım edecek her türlü kişi ya da kuruluşun tespitine ve bunların görevlerine; e) Çocuğun kabul eden bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesine veya kafala ya da benzer bir kurum tarafından yasal olarak alıkonulmasına; f) Resmi makamlar tarafından, çocuğun bakımını üstlenen herhangi bir kişinin gösterdiği ihtimamın denetlenmesine; g) Çocuğun mallarının idaresine, korunmasına ya da onlarda tasarruf edilmesine" ilişkin hususlar Sözleşmenin uygulanma alanına giren koruma tedbirlerindedir (m. 3). Maddede bahsi geçen "*kafala*", İslam Hukukunda çocuğun kabul eden aile ya da kuruma yerleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır (Nihal Uluocak, "Çocukların Korunması Hakkında Öntasarının Değerlendirilmesi", **MHB**, Yıl 16, S. 1-2, 1996, s. 109-117 (Öntasarı), s. 111). 1996 La Haye Sözleşmesi'nin 4. Maddesine göre ise; "a) Nesebin kuruluşu ve reddi; b) Evlât edinme kararı ve kuruluşuna ilişkin tedbirler, evlât edinmenin iptali ve ondan rücû; c) Çocuğun adı ve önadı; d) Mezun kılınma; e) Nafaka yükümlülükleri; f) Trustlar ve miras; g) Sosyal Güvenlik; h) Eğitim ve sağlık konusundaki temel nitelikteki genel tedbirler; i) Sığınma hakkına ve göç konusuna ilişkin kararlar" Sözleşmenin uygulanma alanı dışındadır (Maddede sözü geçen "*trust*" hukukumuzda yabancı olan bir inançlı işlem türünü ifade etmektedir. Trust, genel bir anlatımla servet ve varlıkların sürekliliğinin sağlanması amacıyla, bir kişinin vasiyetname yoluyla ya da sağlararası işlemler, idare edilmek üzere malvarlığının bir bölümünü "*trustee*" adı verilen güvenilir bir kişiye devretmesi ve bir veya birden fazla kişiyi bu sözleşmede lehdar olarak göstermesi şeklinde ortaya çıkar. 1996 La Haye Sözleşmesi açısından çocuğun lehdar olarak gösterildiği trust sözleşmesinde hâkimin yeni bir trustee ataması yönündeki tedbir uygulanma alanı dışında bırakılmıştır. Trust hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar Karayalçın, "İngiliz Hukukunda Trust ve Avrupa Hukuku", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağın**, Ankara, BTHAE Yayınları, 1998, s. 651- 689.

⁷² Emine Akyüz, "Medeni Kanunun 272. Maddesine Göre Çocuğun Korunması ve Yeni İşviçre Medeni Kanunu Gözönünde Tutularak Yapılması Önerilen Değişiklikler", **AÜEBFD**, C. 19, S. 1, 1986 (Çocuğun Korunması), s. 140.

etmiştir⁷³. Bu kapsamda hukukumuzda koruma tedbirleri velâyet hakkının dışında, onu sınırlayıcı veya ortadan kaldıran tedbirler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hukukumuz açısından velâyete ilişkin kararlar ile çocuğun şahsını ve mallarını korumaya yönelik diğer tedbir kararları 1961 La Haye Sözleşmesi'nin uygulanma alanı içerisinde sayılmaktadır.

Çocuğun korunması amacıyla alınacak bu tedbirler geçici nitelikte olabileceği gibi sürekli nitelikte de olabilir. Örneğin, küçüğün tatil amacıyla bulunduğu bir yabancı ülkede trafik kazası geçirmesi nedeniyle, kazanın meydana geldiği ülke makamlarının tedavi için aldığı acele tedbirler geçici nitelikte olacaktır⁷⁴.

II. ÇOCUKLARIN VELÂYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ İLE ÇOCUKLARIN VELÂYETİNİN YENİDEN TESİSİNE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ⁷⁵

1961 La Haye Sözleşmesi velâyete ilişkin olarak alınmış tedbirlerin tanınması ve tenfizi konusunda etkin bir işbirliği ve icra sistemi getirmemekte ve velâyet kendisine bırakılmayan kişinin durumunu düzenlememektedir. Bu nedenle anılan konularda boşlukların doğması yeni bir sözleşme yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır⁷⁶. Bu ihtiyacın sonucu olarak Avrupa Konseyi

⁷³ Y. 2. HD.'nin 2003/5839 E., 2003/6824 K. sayılı ve 08.05.2003 tarihli kararı (Özüğür, a.g.e., s. 528).

⁷⁴ Şeref Ünal, "Almanya Federal Cumhuriyeti Mahkemelerinin Küçüklerin Korunması Hakkında 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme", **AD**, Y. 2, S. 78, Mart – Nisan 1987 (1961 La Haye), s. 109.

⁷⁵ Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (*European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children*) bundan böyle "Avrupa Sözleşmesi" olarak anılacaktır. Sözleşme'ye taraf devletler; Almanya, Andorra, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Kıbrıs Rum Kesimi, Letonya, Lihtenşteyn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Sırbistan-Karadağ, Yugoslavya, Yunanistan, Ukrayna ve Türkiye'dir (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=105&CM=8&DF=12/02/2011&CL=ENG>, Erişim: 12.02.2011).

⁷⁶ Sözleşme hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel Sayman "Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor, **MHB**, Yıl 16, s 1 – 2, 1996, s. 129-137; Feriha Bilge Tanrıbilir,

tarafından hazırlanan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi 20.05.1980 tarihinde Lüksemburg'ta kabul edilmiştir.

04.08.1999 tarihli ve 4433 sayılı kanunla⁷⁷ onaylanması uygun bulunan Avrupa Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti tarafından 20.10.1997 tarihinde çekince koyulmaksızın imzalanarak, 02.11.1999 tarihli ve 23864 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgesi 08.02.2000 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilen bu Sözleşme 1 Haziran 2000 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Sözleşmesi başlangıç kısmı ve altı bölümden oluşmaktadır. 1. maddede Sözleşme ile ilgili temel kavramlara yer verilmesinin ardından, 2. ve 6. maddeler arasındaki birinci bölümde merkezî makamlara; 7. ve 12. maddeler arasındaki ikinci bölümde tanıma ve tenfiz şartları ile çocukların velâyetinin yeniden tesisine; 13. ve 16. maddeler arasındaki üçüncü bölümde tanıma ve tenfiz usulüne; 17. ve 18. maddelerden oluşan dördüncü bölümde çekincelere; 19. ve 20. maddelerden oluşan beşinci bölümde diğer milletlerarası sözleşmeler ile ilişkilere; 21. ve 30. maddeler arasındaki altıncı bölümde Sözleşmenin kabulü ve yürürlüğü ile ilgili hususlara yer verilmiştir.

A. Sözleşmenin Amacı

Sözleşmenin amacı çocuğun velâyetine ilişkin kararların daha yaygın ve kolay bir biçimde tanınması ve tenfizini sağlamaya yönelik düzenlemeler yaparak, çocuğun yararının daha etkin bir biçimde korunmasını sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda Sözleşmede ana babanın velâyet ve çocukla kişisel ilişki kurma hakkının korunması, haksız olarak ulusal sınırların ötesine götürülmüş çocukların iadesi ve velâyetin yeniden tesisi konuları

“Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velâyetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, **MHB**, Yıl 16, S. 1-2, 1996, s. 83-92.

⁷⁷ RG, 08.08.1999 - 23780.

düzenlenmiştir⁷⁸. Bir diğer deyişle Sözleşme, yalnızca velâyet kararlarının değil, çocukla kişisel ilişki tesisi hakkındaki kararların da tanınması ve tenfizini öngörmektedir⁷⁹.

Buna göre Sözleşmenin öncelikli amacı velâyete ilişkin kararların tenfizini kolaylaştırarak sağlamaktır. Gerçekten Avrupa Sözleşmesi bu kapsamda velâyetin bir an önce tesis edilmesi gereğine çok önem vermiştir⁸⁰.

Sözleşmeyle bununla birlikte bir âkit devlette verilip, bu devlette icrası mümkün olan velâyete ilişkin bir kararın ihlâl edilmesi ve çocuğun haksız götürülmesi halinde kararın tanınması ve tenfizi ile haksız götürmenin ortadan kaldırılması da amaçlanmıştır⁸¹. Haksız götürmenin önlenmesi ayrıca velâyet kendisine bırakılmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişki tesisinin sağlanması ile mümkündür. Bu bağlamda ebeveynin ziyaret hakkının velâyet hakkının bir sonucu olarak güvence altına alınması suretiyle haksız götürmelerin önüne geçilmesi Sözleşme kapsamında mümkün kılınmıştır⁸². Haksız götürmenin önüne geçilmesinin sağlanması amacıyla Sözleşmede velâyetin yeniden tesisi de düzenlenmiştir (m. 7-9).

Sözleşmenin bir diğer amacı da yukarıda ifade edildiği üzere 1961 La Haye Sözleşmesi'nin bıraktığı düzenleme boşluklarını tamamlamaktır. Bu kapsamda 1961 La Haye Sözleşmesi'ne oranla daha fazla taraf bulan Sözleşmenin amacına büyük ölçüde ulaşmakta olduğunu söylemek mümkündür.

⁷⁸ Çelikel, **a.g.m.**, s. 109; Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 84.

⁷⁹ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 83.

⁸⁰ Öztekin Gelgel, **a.g.m.**, s. 125.

⁸¹ Çelikel, **a.g.m.**, s. 109.

⁸² Çelikel, **a.g.m.**, s. 109.

B. Sözleşmenin Uygulanma Alanı ve Temel Kavramları

Avrupa Sözleşmesi'ne taraf devletlerin yetkili makamlarınca verilen velâyete ilişkin kararların Sözleşmeye taraf başka bir devlette tanınması ve tenfizi Avrupa Sözleşmesi'nin kapsamındadır. Tanıma ve tenfize ilişkin davanın Sözleşme kapsamında olması için, öncelikle tanınması ve tenfizi talep edilen kararın Sözleşmeye taraf bir devletin makamlarınca verilmesi gerekmektedir. Ayrıca kararın elbette çocuğun velâyetine ilişkin olması gerekir.

Avrupa Sözleşmesi'nin daha iyi anlaşılabilmesi ve uygulanma alanının belirlenmesi açısından Sözleşmede yer alan bazı temel kavramların saptanması gerekmektedir. Burada özellik teşkil eden kavramlar çocuk, velâyete ilişkin karar, haksız götürme, makam ve merkezî makam kavramlarıdır.

1. Çocuk

Sözleşme kapsamında öncelikle “*çocuk*” kavramı tanımlanmıştır. Buna göre çocuk, vatandaşlığı ne olursa olsun, mili hukuka ya da mutad mesken hukukuna ya da muhatap devletin hukukuna göre meskenini bağımsız olarak tayin etme hakkı bulunmayan 16 yaşından küçük kişidir (m. 1/a)⁸³.

Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere, Sözleşmede çocuğun Sözleşmeye taraf bir devletin vatandaşı olması şartı aranmamıştır. Burada önemli olan kişinin 16 yaşından küçük olması ve mutad meskenini bağımsız olarak tayin etme hakkı bulunmamasıdır. Çocuğun mutad meskenini belirleme hakkının olup olmadığı, mutad mesken hukukuna, çocuğun milli

⁸³ Birden fazla hukuk sisteminin yürürlükte olduğu devletler için en yakın irtibatlı yer hukuku geçerli olacaktır (m. 26/a). Sözleşmenin bu hükmünün resmî Türkçe tercümesinin hatalı olduğu, doğru tercümenin ise “onaltı yaşından küçük ve mutad mesken hukukuna, milli hukukuna ya da tenfiz talep edilen ülkenin hukukuna göre kendi meskenini belirleme hakkında sahip olmayan herhangi bir millete mensup kişi” şeklinde olduğu belirtilmiştir (Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 181).

hukukuna ya da tenfiz talep edilen ülkenin hukukuna göre belirlenecektir. Bu hukuklardan sadece birine göre çocuğun mutad meskenini belirleme hakkının olmaması çocuğun Avrupa Sözleşmesi kapsamında çocuk sayılması açısından yeterlidir⁸⁴. Örneğin, 15 yaşını doldurarak mahkeme kararı ile reşit olan (kazai rüşt) bir kişi, kendi mutad meskenini belirleyebilme yetkisine sahip olacağından Avrupa Sözleşmesi'nin kapsamında olmayacaktır. Ancak bu halde reşit olan tam ehliyetli çocuğun velâyetinden söz edilemeyeceğinden söz konusu durum pratik açıdan önem taşımayacaktır.

Avrupa Sözleşmesinde çocuk kavramı tespit edilirken 16 yaş sınırlamasının getirilmesi, 1961 La Haye Sözleşmesi'nin uygulama alanına nazaran daha dar bir kapsama sahip olması sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁸⁵. Buna göre milli hukukuna göre mutad meskenini belirleme yetkisine sahip olmayan 16 ve 18 yaş arasındaki Türk vatandaşı küçükler, Avrupa Sözleşmesi kapsamında sayılmayacak, bunlara ilişkin velâyet kararlarının tanınması ve tenfizi Avrupa Sözleşmesi hükümleri gereğince mümkün olmayacaktır. Bu durumda bir yandan uygulama birliği sağlayan hüküm, diğer yandan uygulama alanının haklı bir gerekçe olmaksızın kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır.

2. Velâyete İlişkin Karar

Sözleşme kapsamında tespiti yapılan bir başka husus “*velâyete ilişkin karar*” kavramıdır. Sözleşmenin 1/c maddesinde velâyete ilişkin karar tanımlanmıştır. Madde düzenlemesine göre velâyete ilişkin karar, oturacağı yeri tayin etme ve onunla ilişki kurma hakları da dâhil olmak üzere çocuğun kişisel gözetimine ilişkin olarak verilen bir merci kararını ifade eder.

⁸⁴ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 181.

⁸⁵ Huysal, **a.g.e.**, s. 191.

3. Makam

Sözleşmede ayrıca uygulama alanı bakımından “*makam*” kavramından bahsedilmektedir. Sözleşmenin 1/b maddesine göre; makam adlî veya idarî makamlardır. Burada kastedilen adlî veya idarî makamlar velâyet ve velâyete ilişkin konularda karar vermeye yetkili mercilerdir. Makamlara ilişkin bu düzenlemeyle 1961 La Haye Sözleşmesi ile de bir paralellik sağlanmıştır.

Makam, bazen Danimarka, Norveç gibi ülkelerde olduğu gibi idarî makam şeklinde, bazen de İngiltere, Türkiye gibi ülkelerde olduğu gibi adlî makam şeklinde ortaya çıkabilmektedir⁸⁶. Bu nedenle Sözleşme idarî makamlar tarafından verilen velâyete ilişkin kararların da tenfizine olanak sağlamaktadır. Bu husus Türk hukuku bakımından önem taşımaktadır. Zira 5718 sayılı MÖHUK’un 50. maddesi gereğince sadece yabancı mahkeme (ve hakem⁸⁷) kararlarının tenfizi mümkündür. Buna karşılık Sözleşme hükümleri uyarınca idarî makamlarca verilen velâyete ilişkin kararların da Türkiye’de tenfizi mümkün olacaktır.

Diğer yandan velâyet hakkı sahibinin elinde bulunanın çocuğun malvarlığına yönelik hak ve yükümlülüklerine ilişkin kararlar Sözleşmenin kapsamı dışındadır⁸⁸. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere velâyete ilişkin karar, Sözleşmenin 1/c maddesinde çocuğun oturacağı yeri belirleme ve onunla kişisel ilişki kurma da dâhil olmak üzere çocuğun kişisel gözetimine ilişkin olarak adlî ve idarî makamlarca verilmiş kararlar olarak tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılacağı üzere çocuk açısından velâyetin yalnız kişisel konulara yönelik kısmı Sözleşme kapsamında tutulmuştur.

⁸⁶ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85, dn. 12.

⁸⁷ Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etmelerine imkân bulunmayan boşanma, velâyet ya da soybağı, evlenmenin butlanı gibi aile hukuku uyuşmazlıklarında ve taşınmaz üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklarda ya da iflas ile çekişmesiz yargı işlerinde kişilerin tahkime müracaat etmelerine imkân bulunmamaktadır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Süha Tanrıver, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, **Makalelerim I (1985-2005)**, Ankara, Asil Yayın ve Dağıtım, 2005, s. 134). Bu nedenle burada hakem kararları inceleme konusu kapsamında değildir.

⁸⁸ Huysal, **a.g.e.**, s. 192.

4. Haksız Götürme

Sözleşmenin 1/d maddesinde “*haksız götürme*” kavramına yer verilmiştir. Buna göre çocuğun bir âkit taraf ülkesinde verilir bu ülkede infazı mümkün olan velâyete ilişkin bir kararın ihlâl edilmesi suretiyle uluslararası sınırın ötesine götürülmesi haksız götürme olarak tanımlanmıştır. Aynı şekilde, çocukla kişisel ilişki kurma hakkının kullanıldığı sürenin ya da herhangi bir geçici nedenle birlikte oturma halinde bu sürenin sonunda, çocuğun uluslararası sınırın ötesine geri götürülmemesi de “haksız götürme”dir (m. 1/d-i).

Çocuğun başka bir ülkeye götürüldüğü tarihte velâyete ilişkin bir karar bulunmasa dâhi Sözleşmenin 12. maddesi⁸⁹ uyarınca alınacak kararlarla da götürmenin haksız olarak kabul edileceğini düzenlemiştir (m. 1/d-ii). Bu yönüyle Sözleşme velâyete ilişkin bir karar bulunmaması halinde dâhi sonradan verilecek kararların velâyet hakkını koruma açısından etkinliğini sağlamaktadır.

5. Merkezî Makam

Sözleşme, çocukların velâyete ilişkin kararlarının etkili bir biçimde icrası amacının gerçekleştirilebilmesi ve öngörülen görevlerin yerine getirilmesi için aynı zamanda her taraf devletin bir “*merkezî makam*” tayin etmesi gereğini düzenlemiştir (m. 2/1). Federal devletler ile birden fazla hukuk sisteminin yürürlükte bulunduğu devletler, yetkilerini belirtecekleri,

⁸⁹ Avrupa Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre; “*İşbu Sözleşme, çocuğun bir uluslararası sınırın ötesine götürüldüğü tarihte, bir âkit Devlette velâyete ilişkin olarak verilmiş, kabili infaz bir karar bulunmaması halinde, çocuğun götürülmesinden sonra ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine bir âkit Devlette verilen velâyete ilişkin ve aynı zamanda götürmenin haksız olduğunu tespit eden bir karara da uygulanır*”. Ancak Sözleşmenin 18. maddesine göre taraf devletler, 12. maddedeki bu hükümle bağlı olmayacakları yönünde çekince koyabilirler.

birden fazla merkezî makam atamak yetkisine sahiptirler (m. 2/2). Türkiye, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nü merkezî makam olarak tayin etmiştir.

Sözleşmede merkezî makamlara ilişkin olarak birçok göreve yer verilmiştir. Sözleşmenin 3. maddesinde merkezî makamlar arasındaki işbirliği düzenlenmektedir. Buna göre âkit devletlerin merkezî makamları, Sözleşmenin uygulanmasını kolaylaştırmak üzere gerekli süratle hareket ederek, birbirleriyle işbirliği yapacaklar ve ülkelerin yetkili makamları arasında istişareyi teşvik edeceklerdir.

Sözleşme'nin 4. maddesine göre tanıma ve tenfizini merkezî makamlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi mümkündür. Talepte bulunan merkezî makam, çocuğun veya müracaatçının menfaatlerine zarar gelmemesini, kararın tanınması ve tenfizini, tenfiz sonunda çocuğun başvuru sahibine teslim edilmesini sağlamak görev ve yetkisine sahiptir⁹⁰. Burada taraf devlet mahkemelerinden alınan bir kararın tanınması ve tenfizinin sağlanması için, Türkiye'deki ya da taraf başka bir devletteki merkezî makama talepte bulunulması mümkün ise de bunun mecburi olmadığı Sözleşmenin 4. maddesinden anlaşılmaktadır. Zira Sözleşmenin 4/1. maddesine göre; *"Taraf Devletlerden birinde, çocuğun velâyetine ilişkin bir karar elde etmiş ve bu kararın başka bir Devlette tanınmasını veya tenfizini isteyen her kişi, bu amaçla, taraf herhangi bir diğer Devletin merkezî makamına, dilekçe ile başvuruda bulunabilir"*. Buna göre kararın Türkiye'de ya da başka bir taraf devlette tanınması ve tenfizini isteyen kişi merkezî makama başvurmak zorunda değildir.

Kendisine başvuruda bulunulan merkezî makam, talepte bulunulan Devletin merkezî makamından başka olması halinde, belgeleri bu Devlete doğrudan doğruya ve acilen ulaştıracaktır (m. 4/3). Görüldüğü üzere merkezî makamlar açısından birbirlerine bilgi verme yükümlülüğü de getirilmiştir. Ancak kendisine başvuruda bulunulan merkezî makamın, Avrupa

⁹⁰ Çelikel, a.g.m., s. 110.

Sözleşmesi'nde gerekli görülen şartların yerine getirilmediğinin açık biçimde belli olması halinde, girişimde bulunmayı reddetmesi de mümkündür (m. 4/4).

Sözleşmenin 5/1. maddesi gereğince velâyete ilişkin kararın icra edilmesi gereken ülkede (muhatap devlet) bulunan merkezî makamın, çocuğunun yerinin tespiti, özellikle gerekli uygun önlemlerle çocuğun veya müracaatçının çıkarlarına zarar gelmemesinin sağlanması, kararın tanınması veya tenfizinin sağlanması, kararın tenfizinin kabul edilmesi halinde, çocuğun müracaat sahibine teslim edilmesinin sağlanması, Talep eden makama, alınan önlemler ve elde edilen sonuçlar hakkında bilgi verilmesi için uygun gördüğü tüm önlemleri, gerekirse ülkesinin yetkili makamlarına müracaat suretiyle en kısa sürede alması veya aldırması gerekmektedir. Böylece muhatap devlette bulunan merkezî makam, Sözleşme sistemine göre, çocuğun velâyet hakkı sahibine teslimi için gereken tüm işlemleri yaparak çocuğun hak sahibine teslimini sağlayacaktır⁹¹.

III. ÇOCUKLARIN ULUSLARARASI KAÇIRILMALARININ HUKUKÎ YÖNLERİNE DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ (1980 LA HAYE SÖZLEŞMESİ)⁹²

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 9-11. maddelerinin uygulamaya geçirilmesi amacıyla La Haye Devletler Özel Hukuku Komisyonu'nun 14. toplantısında kabul edilen Çocukların Uluslararası Kaçırılmalarının Hukukî Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi 25.10.1980 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından ise 21.01.1998 tarihinde imzalanmış; 15.02.2000 tarihli ve 23695 sayılı Resmî Gazete'de

⁹¹ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 183-184.

⁹² Çocukların Uluslararası Kaçırılmalarının Hukukî Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi (*Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*) bundan böyle "1980 La Haye Sözleşmesi" olarak anılacaktır.

yayımlanarak, 01.08.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁹³. Neredeyse tüm Avrupa ülkeleri ve daha birçok ülke Sözleşmeye taraftır⁹⁴.

1980 La Haye Sözleşmesi başlangıç kısmı, altı bölüm ve 45 maddeden oluşmaktadır. 1. ve 5. maddeler arasındaki birinci bölümde Sözleşmenin amacı, uygulanma alanı ve tanımlamalar; 6. ve 7. maddelerden oluşan ikinci bölümde merkezî makamlar; 8. ve 20. maddeler arasındaki üçüncü bölümde çocuğun geri dönmesi; 21. maddeden ibaret dördüncü bölümde ziyaret hakkı; 22. ve 36. maddeler arasındaki beşinci bölümde genel hükümler; 37. ve 45. maddeler arasındaki altıncı bölümde ise nihai hükümler yer almıştır.

1980 La Haye Sözleşmesi'nde tez çalışmamızın diğer bölümlerinde incelenecek olan velâyete ilişkin davalarda milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk ve tanıma tenfiz gibi konulara ilişkin düzenlemeler yer almamıştır. Esasen 1980 La Haye Sözleşmesi'nin diğer velâyete ilişkin milletlerarası sözleşmeleri tamamlamakta olduğunu ve diğer sözleşmelerle sağlanan hakların korunması açısından da etkili güvenceler getirmekte olduğunu söylemek mümkündür. Zira sözleşmeyle haksız götürülen ya da alıkonan çocuğun teslimi konusunda bir mekanizmaya yer verilmektedir. Sözleşme, velâyet hakkının korunmasının sağlanması yönünden tez çalışmamız ile

⁹³ Türkiye, Sözleşmenin 26. maddesinin üçüncü paragrafına "*Türkiye Cumhuriyeti, mahkeme masraflarından veya kanuni danışman ve müşavirlerin katılımından doğan masraflar ile çocuğun iadesi sebebiyle doğan masrafları üstlenmemektedir*" şeklinde çekince koyarak Sözleşmeyi onaylamıştır.

⁹⁴ Sözleşmeye taraf olan devletler; ABD, Almanya, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Avustralya, Belarus, Belçika, Bosna Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Çek Cumhuriyeti, Çin (sadece Hong Kong ve Makao özerk bölgeleri), Danimarka, Ekvador, El Salvador, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika Cumhuriyeti, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, Honduras, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Kanada, Kıbrıs Rum Kesimi, Kostarika, Litvanya, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Meksika, Monako, Moritanya, Norveç, Panama, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Sırbistan-Karadağ, Slovakya, Slovenya, Sri Lanka, Şili, Tayland, Ukrayna, Uruguay, Venezüella, Yeni Zellanda, Yunanistan ve Türkiye'dir. La Haye Devletler Özel Hukuku Konferansı ondördüncü toplantısına üye olmayan Bahamalar, Belize, Burkina Faso, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, San Marino, Seyşel Adaları, Singapur, Ermenistan, Gabon, Guetamala, Honduras, Fiji, Kolombiya, Moldova, Nikaragua, Özbekistan, Saint Kitt-Nevis, Trinidad-Tobago, Tayland, Türkmenistan, Yugoslavya, Zimbabve de Sözleşmeye taraf devletlerdendir. (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24, Erişim: 13.02.2011). Sözleşmenin 38. maddesinde La Haye üyesi olmayan devletler açısından Sözleşmenin nasıl uygulanacağı belirtilmektedir. Türkiye'de, La Haye üyesi bir ülke olması nedeniyle 38. madde uygulanmaksızın Sözleşme uygulanmaktadır.

ilgilidir ve milletlerarası aile hukukunun yaygın bir uygulama alanı bulan, en önemli temel metinlerindedir. Zira çocukların uluslararası alanda bir ülkeden bir başka ülkeye velâyet hakkının ihlâli suretiyle haksız olarak götürülmeleri ya da bir diğer ifadeyle kaçırılmaları velâyet ile yakından ilgili bir sorundur. Açıklanan nedenle diğer bölümlerde yeniden incelenmeyecek olan 1980 La Haye Sözleşmesi ile ilgili olarak bu kısımda genel bir açıklamaya yer vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Uluslararası alanda çocuk kaçırma olayların bu konuda yaşanan uyuşmazlıkların günden güne artması karşısında Türkiye Cumhuriyeti de konuya gereken önemi göstermektedir. Nitekim Türkiye Sözleşmeye taraf olmakla yetinmemiş, bu konuda yaptığı düzenlemelerle Sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanmasını öngörmüştür. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanun⁹⁵’la Sözleşmenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bununla birlikte Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nün 65/1 sayılı Genelgesi ile de Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar açıklanmıştır⁹⁶.

A. Sözleşmenin Amacı

Sözleşmenin öncelikli amacı, başlangıç kısmında da belirtildiği üzere, çocuğun yararının, korunmasına ilişkin konularda hayati öneme sahip olduğu göz önünde bulundurularak çocuğun korunmasıdır. Bu korumanın sağlanmasının ise uluslararası alanda, kanuna aykırı bir yer değiştirmenin veya alıkonulmanın önlenmesi ile çocuğun ebeveyni ile kişisel ilişkilerinin düzenlenmesiyle mümkün olduğu kabul edilmiştir.

⁹⁵ 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanun, 22.11.2007 tarihinde kabul edilmiş, 04.12.2007 tarihli ve 26720 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹⁶ Adalet Bakanlığı Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından 2008 yılında çıkarılan B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/3-1 sayılı 65/1 nolu Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması Hakkında Genelge, 01.03.2008 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu genelgeyle Kurumun daha önce 2006 yılında aynı konuda çıkarmış olduğu 65 sayılı genelge güncellenerek ilga edilmiştir.

Çocuğun korunması sağlanırken haksız götürülmesi halinde derhâl iadesinin sağlanması da önem taşımaktadır. Bu nedenle Sözleşme, çocuğun yüksek yararının derhal iade edilmesi ile en iyi şekilde sağlanacağı düşüncesine dayanmaktadır⁹⁷.

Çocuğun korunmasını öncelikli olarak gören Sözleşme, çocuğun haksız olarak bir devletten diğer bir devlete götürülmesi ve alıkonulmasının zararlı etkilerinden uluslararası planda korunması ve çocuğun derhâl mutad meskeninin bulunduğu ülkeye geri dönüşünü temin etmek için usuller koymak ve velâyet ve kişisel ilişki kurma hakkının korunmasını sağlamak amacıyla hazırlanmıştır⁹⁸.

Sözleşmenin 1. maddesinde Sözleşmenin amacı şu şekilde belirtilmiştir;

“a) Taraf Devletlere gayrikanunî yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak;

b) Taraf bir Devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer Taraf Devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek”.

Sözleşmenin 2. maddesinde ise buna ilişkin olarak, taraf devletlerin, ülkelerinin sınırları içinde, Sözleşmenin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere, uygun bütün önlemleri alacağı ve bu amaçla en süratli usullere başvurmakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir.

⁹⁷ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 270; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 263; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 193.

⁹⁸ 03.11.1999 tarihli, 4461 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırımlarının Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun gerekçesi (RG, 11.11.1999, 23873).

B. Sözleşmenin Uygulanma Alanı

1980 La Haye Sözleşmesinde velâyet hakkının düzenlenmesine yer verilmemiş, buna karşılık kaçırılan çocuğun derhâl ve etkin bir uygulama sonucunda iadesi amaçlanmıştır. Şüphesiz bu durum velâyet hakkının korunması ile yakından ilişkilidir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere çocuğun iadesi, ihlâl edilmiş olan bir velâyet hakkının korunmasını sağlamaktadır. Sözleşme, bir tanıma tenfiz sözleşmesi olmadığından, Sözleşmenin uygulanması açısından bir velâyet kararına ya da bu kararın tanınması ve tenfizi için açılacak bir davaya ihtiyaç bulunmamaktadır⁹⁹.

1980 La Haye Sözleşmesi'nin adında her ne kadar “*çocuk kaçırma*”dan bahsediliyor ise de Sözleşme, yarattığı ilk intibain aksine bir cezai müeyyideye yer vermemektedir. Sözleşmede konu özel hukuka ilişkin boyutlarıyla ele alınmaktadır. Sözleşme açısından çocuk kaçırma fiilinin, çocuğun haksız ve hukuka aykırı bir biçimde mutad meskeninin bulunduğu ülkeden bir başka ülkeye götürülmesi veya çocuğun haksız ya da hukuka aykırı olarak alıkonularak mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmemesi olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır¹⁰⁰.

Sözleşmeye konu çocuk kaçırma veya haksız götürme-alıkoyma kavramı, çocuğun, anne, baba, vasi ya da yakın aile üyesi bir kimse tarafından alıkonulmasını veya götürülmesini ifade etmektedir¹⁰¹. Sözleşmede çocuk kaçırma suçu anlamında kullanılmayan çocuk kaçırma kavramı çocuğun bir yabancı tarafından kaçırılmasını kapsamamaktadır.

Sözleşme, velâyete ilişkin kararlarda en önemli unsurun çocuğun yararı olduğu ilkesinden hareket ederek, bu surette bir âkit devletten bir diğer âkit devlete haksız olarak götürülen ya da alıkonan çocuğun velâyet hakkına sahip kişiye teslimini veya diğer ebeveynle kişisel ilişki kurulmasını sağlamayı

⁹⁹ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 170; Öztekin Gelgel, **a.g.m.**, s. 130.

¹⁰⁰ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 170; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 262; Öztekin Gelgel, **a.g.m.**, s. 131.

¹⁰¹ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 170; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 262; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 199.

öngörmektedir¹⁰². Sözleşmedeki anlamıyla çocuk kaçırma sayılan bir fiilin Sözleşme kapsamında değerlendirilebilmesi için hem çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hem de çocuğun götürüldüğü ülkenin Sözleşmenin taraflarından olması gerekmektedir (m. 35). Ulusal boyuttaki çocuk kaçırma ve haksız götürmelerde ise Sözleşmenin uygulanma kabiliyeti yoktur.

Sözleşmenin uygulanması için iki şart aranmaktadır. Bunlar; koruma ve ziyaret hakkının ihlâl edilmesinden hemen önce çocuğun mutad meskeninin taraf devletlerden birinde bulunması ve çocuğun 16 yaşını doldurmamış olmasıdır (m. 4). Tıpkı Avrupa Sözleşmesi'nde olduğu gibi 1980 La Haye Sözleşmesi'nde de çocuk 16 yaşını doldurmamış kişileri ifade etmek üzere kullanılmıştır ve 16 yaşını dolduran kişiler Sözleşmenin uygulama alanı dışında kalacaktır. Sözleşmenin uygulanması bakımından velâyet ve ziyaret hakkının ihlâl edilmesinden hemen önce çocuğun mutad meskeninin taraf devletlerden birinde bulunması yeterli kabul edildiğinden, çocuğun ya da ana babanın vatandaşlığı, Sözleşmenin uygulanması bakımından önem taşımamaktadır. Diğer yandan Sözleşmenin uygulanması açısından tabii ki, çocuğun haksız olarak yer değiştirmiş veya alıkonulmuş olması gerekmektedir¹⁰³.

Sözleşmenin 2. maddesinin birinci paragrafına göre, çocuğun kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf devletin adlî veya idarî makamlarınca müracaat anında, yer değiştirme ve alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmesini emreder. Ancak bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra müracaatta bulunulan adlî veya idarî makam,

¹⁰² 4461 sayılı kanun gerekçesi (RG, 11.11.1999, 23873).

¹⁰³ Bu açıdan bakıldığında "Sözleşmeye göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesi için, önceden mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarından alınmış velâyete veya kişisel ilişki kurma hakkına dair bir kararın varlığı gerekmediği gibi, böyle bir kararın mevcut olması durumunda, bunun çocuğun haksız olarak götürüldüğü veya alıkonulduğu Devlette tanınması veya tenfiz edilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır (Söz. md. 15)" Y. 2. HD.'nin 2010/124 E., 2010/11846 K. sayılı 15.06.2010 tarihli kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

çocuğun yeni ortamına uyum sağladığını tespit etmesi halinde çocuğun iadesi talebini reddedebilir.

Sözleşme, koruma ve ziyaret hakkının Sözleşme hükümlerine göre ihlâl edildiğini öne süren şahıs, kurum veya örgütün, Sözleşme hükümlerine bağlı olarak veya olmayarak, âkit devletlerin adlî ve idarî makamlarına müracaat etme serbestisini ortadan kaldırmamaktadır (m. 29). Buna göre iade talep eden devletin milli hukuku, daha çabuk ve etkin bir iade önlemi içeriyorsa, bu hukuk kurallarına dayanarak başvuru yapılması mümkündür.

Sözleşme uyarınca, çocuğun velâyetine ilişkin kararlara göre Sözleşmenin uygulanmasının önceliği bulunmaktadır¹⁰⁴. 5717 sayılı Uygulama Kanununun 14. maddesinde de buna uygun olarak, görülmekte olan bir iade davası sırasında velâyet davası da açılmış ise velâyete ilişkin davanın bekletileceğine yer verilmiştir. Diğer yandan anılan kanunun 12. maddesinde çocuğun iadesine dair bir karar verilmiş ise bu hükümde ayrıca velâyete ilişkin karar verilemeyeceğine yer verilmiştir. Ancak çocuğun iadesi talebinin reddine karar verilmesi halinde, velâyet hakkına dair bir karar verilebilecektir.

C. Sözleşmede Yer Alan Temel Kavramlar

Sözleşmenin uygulanma alanının daha iyi anlaşılması açısından Sözleşmede temel alınan haksız yer değiştirme ve alıkoyma, koruma ve ziyaret hakkı ve merkezî makam gibi kavramlara Sözleşme kapsamındaki anlamları bakımından kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. Sözleşmede yer alan “*çocuk*”, “*mutad mesken*” gibi kavramlara ise daha önce diğer milletlerarası sözleşmelerde değinildiğinden ve yukarıda 1980 La Haye Sözleşmesi'nin amacı ve uygulanma alanı hakkında bilgi verilirken Sözleşme

¹⁰⁴ Çelikel, Erdem, a.g.e., s. 267.

açısından da kavramların ifade ettiği anlam açıklanmış olduğundan burada tekrar yer verilmeyecektir.

1. Haksız Yer Değiştirme ve Alıkoyma

1980 La Haye Sözleşmesi haksız yer değiştirme ve alıkoymanın gerçekleştiği tarihte doğmuş ve fiilen kullanılmakta olan velâyet hakkı ihlâli halinde uygulama alanı bulacaktır. Böylece Sözleşme biri “*haksız yer değiştirme*” diğeri “*alıkoyma*” olmak üzere iki duruma karşı koruma sağlamayı amaçlamaktadır.

Sözleşmenin 3. maddesinde çocuğun yer değiştirmesinin veya geri dönmemesinin hangi hallerde haksız sayılacağı düzenlenmiştir. Bir yer değiştirme veya alıkoymanın haksız sayılabilmesi için çocuğun, yer değiştirmesinden ya da geri dönmemesinden hemen önce mutad meskeninin¹⁰⁵ bulunduğu devletin hukukuna göre, bir şahsa müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlâl edilmiş olması gerekmektedir (m. 3/1-a). Aynı zamanda bu hakkın yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiilen kullanılmakta olması veya bu olaylar meydana gelmeseydi kullanılacak olması şartı da aranmaktadır (m. 3/1-b).

Sözleşmenin 3. maddesi doğrultusunda bir yer değiştirmenin ya da alıkoymanın haksız sayılıp sayılmadığı belirlenirken çocuğun mutad meskeni tespit edilerek, koruma hakkının var olup olmadığı ve koruma hakkının fiilen kullanılıyor ya da kullanılacak olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁰⁶. O halde, bir yer değiştirme ya da alıkoymadan sonra velâyet hakkı kazanılmış olsa da, bu hak fiilin gerçekleştiği anda henüz doğmamış olduğu için Sözleşme

¹⁰⁵ Sözleşmenin resmi Türkçe tercümesinde 3/1-a maddesinde “*mutad ikametgâh*” ibaresi yer almıştır. Ancak burada yer alan “*mutad ikametgâh*”tan anlaşılması gereken “*mutad mesken*”dir (Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 215).

¹⁰⁶ Sözleşme kapsamındaki haksız yer değiştirme ve alıkoyma hakkında ayrıntılı bilgi ve inceleme için bkz. Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 214-225.

uygulanmayacaktır. Aynı şekilde fiilen kullanılmayan ve kullanılacak olduğu yönünde bir emare göstermeyen koruma hakkı da bir yer değiştirmenin ya da alıkoymanın haksız sayılması sonucunu doğurmayacaktır.

2. Koruma ve Ziyaret Hakkı

1980 La Haye Sözleşmesi'nin 5. maddesinde koruma ve ziyaret haklarından ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir. Sözleşme kapsamında önlenmesi amaçlanan, çocuğun yer değiştirmesi ve alıkonulmasının haksız olduğu haller, ancak koruma hakkının Sözleşmenin 5. maddesi anlamında tespiti ile mümkündür.

Koruma hakkı, çocuğun şahsının bakımı hakkını ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkını ihtiva eder (m. 5/1-a). Koruma hakkı, özellikle, kanunî bir yetkiden, adlî veya idarî bir karardan veya bu devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir (m. 3/2-a). Sözleşmenin 3. madde düzenlemesinden anlaşılacağı üzere, koruma hakkının hukukî dayanağı sınırlayıcı olarak sayılmamıştır. Böylece Sözleşme anlamında koruma hakkı yalnız velâyete ilişkin kararlardan kaynaklanmamakta, geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararlardan da doğabilmektedir¹⁰⁷.

Sözleşmenin 5. maddesinde koruma hakkı belirlenirken "*çocuğun bakımı hakkını ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkını*" içerdiğinden söz edilmektedir. Bu halde velâyet hakkının içerdiği çocuğun malvarlığına yönelik haklar bu kapsamda bulunmamakla birlikte, çocuğun bakımına ilişkin haklar koruma hakkının kapsamında değerlendirilmiştir. Koruma hakkı, velâyet kavramının kapsamı içerisinde bulunan, velâyetten daha dar kapsamlı ve her

¹⁰⁷ Y. 2. HD. 2003/18756 E., 2003/16305 K. sayılı ve 23.11.2003 tarihli kararında konuya ilişkin olarak "*Davacı (baba) sözleşme hükümleri uyarınca mutat meskene iadesinin temini için bir yıllık süre geçmeden 8.9.2005'te merkezi makama başvurmuştur. Dosya içerisinde iadedden kaçınmayı gerektirecek vahim bir tehlikenin varlığı isbat edilmemiştir (Söz. md. 13/b) Küçük Rüzgar'ın beş yaşında anne bakım ve şefkatine muhtaç olması iadedden kaçırma sebebi kabul edilemez. Verilen bu karar sonuç itibarıyla tedbir özelliğini taşımaktadır. Bu karar ilgili mahkemeden velâyetin düzenlemesine de engel teşkil etmemektedir*" açıklamasına yer vermiştir (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

zaman velâyetle birlikte ortaya çıkmayan bir haktır. Gerek 5717 sayılı Uygulama Kanunu'nda gerekse 65/1 sayılı Genelge'de "velâyet hakkı" olarak nitelendirilen bu hak teknik anlamda bir velâyet hakkı anlamını taşımamaktadır¹⁰⁸.

1980 La Haye Sözleşmesi'nin uygulanmasını gösteren Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un 2. maddesinde "Bu Kanun, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tevdi edilmiş bulunan ve yer değiştirmenin veya alıkonulmanın gerçekleştiği sırada fiilen kullanılmakta olan velâyet veya şahsî ilişki kurulması haklarının ihlâlinden hemen önce mutad meskeninin bulunduğu taraf ülkelerden birinde bulunan çocuklara uygulanır" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre koruma hakkının dayanağı, çocuğun yer değiştirmesinden önceki mutad meskeninin bulunduğu yer hukukudur.

Sözleşmenin 1. maddesi taraf devletlerin sadece koruma hakkına değil, ziyaret hakkına da uyacağını bu hakkın ihlâli halinde çocuğun derhâl iadesini sağlayacağını düzenlemiştir. Sözleşmenin 5/b maddesinde ise buna bağlı olarak ziyaret hakkı tanımlanmıştır. Maddeye göre ziyaret hakkı, çocuğun, sınırlı bir süre için mutad meskeninin bulunduğu yer dışındaki bir yere götürülmesi hakkını ihtiva eder.

Sözleşmenin 21. maddesinde, şahsî ilişki kurma hakkının tesisi veya korunmasına ilişkin taleplerin de, çocuğun geri dönüşüne ilişkin talepler ile aynı usul ve şekilde yapılabileceği düzenlenmiştir. Sözleşme gereğince, merkezî makamların, şahsî ilişki kurma hakkının rahatça kullanılması ve bu hakkın kullanılmasının tâbi olabileceği tüm şartların yerine getirilmesi ve şahsî ilişki kurma hakkına karşı muhtemel engellerin olanaklar ölçüsünde kaldırılması yolunda 7. maddede yer alan işbirliği yükümlülükleri ile bağlı oldukları ve şahsî ilişki kurma hakkını organize etmek veya bu hakkı ve tâbi olabileceği şartları korumak amacıyla kanunî bir süreci gerek doğrudan

¹⁰⁸ Öztekin Gelgel, a.g.m., s. 131.

doğruya gerekse aracilar ile başlatabileceği veya teşvik edebileceği öngörülmektedir (65/1 sayılı Genelge, ikinci bölüm, (16)).

3. Merkezî Makam

Avrupa Sözleşmesi'nde olduğu gibi 1980 La Haye Sözleşmesi'nde de her taraf devletin Sözleşmenin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmekle görevli bir merkezî makam tayin etmesi gereği düzenlenmiştir (m. 6). Türkiye'nin merkezî makamı yine Adalet Bakanlığı Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'dür.

5717 sayılı Uygulama Kanunu'nun 4/1. maddesi gereğince *“Sözleşmenin öngördüğü yükümlülükler Merkezî Makam tarafından, mahallî Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığı ile yerine getirilir”*. Merkezî Makam, başvuruda bulunan adına çocuğun iadesi veya çocukla şahsî ilişki kurulmasını sağlamak amacıyla idarî ve adlî işlemleri yapmaya yetkilidir (5717 sayılı Kanun, m. 4/2).

Bir adlî yardım sözleşmesi niteliğinde olan 1980 La Haye Sözleşmesi'nde merkezî makamların görevi asıl olarak Sözleşmenin uygulanmasına aracılık etmektir¹⁰⁹. Sözleşmenin 7. maddesinde *“merkezî makamların başlıca görevleri, doğrudan doğruya veya kendi devletinin diğer yetkili makamlarının yardımıyla;*

a) *Haksız olarak götürülen veya alıkonulan çocuğun bulunduğu yeri bulmak,*

b) *Gerekli her türlü geçici tedbirleri alarak, çocuğun veya talepte bulunanın yararlarının tehlikeye düşmesini önlemek,*

c) *Çocuğun, rıza ile iadesini veya dostane bir çözüme ulaşılmasını sağlamak,*

¹⁰⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 265; Öztekin Gelgel, **a.g.m.**, s. 133.

- d) Yararlı görülmekte ise, çocuğun sosyal durumu hakkında bilgi alışverişinde bulunmak,
- e) Sözleşmenin uygulanması ile ilgili olarak iç hukuk mevzuatı hakkında bilgi vermek,
- f) Çocuğun iadesinin sağlanması veya şahsi ilişki kurulması hakkının yerine getirilmesi için adlî veya idarî işlemleri başlatmak veya teşvik etmek,
- g) Gerekli görülmekte ise, bir avukatın atanması da dâhil adlî yardım sağlamak veya bunu kolaylaştırmak,
- h) Çocuğun güvenli bir şekilde iadesini sağlamak,
- i) Sözleşmenin uygulanmasında ortaya çıkan engeller hakkında diğer merkezi makamları bilgilendirmek
- olarak belirlenmiştir” (65/1 sayılı Genelge, ikinci bölüm, (8)).

Sözleşmenin 11. maddesi uyarınca merkezî makam, çocuğun iadesinin gerçekleşmesi için ivedilikle hareket etmekle yükümlülüğü altındadır. Buna göre, müracaatta bulunulan adlî ya da idarî makam, müracaattan itibaren 6 hafta içinde karar vermezse, talep eden veya talep edilen devletin merkezî makamı kendi girişimi ile gecikmenin nedenlerine ilişkin bir belge isteyebilecektir. Zira çocuğun yararına iadenin gerçekleşmesi ancak başvuruda bulunulan adlî ya da idarî makamın seri bir biçimde karar vermesi ile mümkündür.

Sözleşmenin 29. maddesi gereğince koruma ya da ziyaret hakkının ihlâl edildiği iddiasında olan şahıs, kurum ya da örgütün, Sözleşme hükümlerine bağlı olarak ya da olmayarak taraf devletlerin adlî ve idarî makamlarına doğrudan başvuruda bulunması mümkündür. Buna karşılık merkezî makama başvurmak birtakım avantajlar saylayacaktır. Merkezî makama başvuru halinde çocuğun mutad meskeni devleti ile çocuğun haksız olarak götürüldüğü ya da alıkonulduğu devlet arasındaki işbirliği çok daha hızlı ve kolay olacaktır¹¹⁰. Diğer yandan bu yardımlaşma için Sözleşmenin

¹¹⁰ Akıncı, Demir Gökyayla, a.g.e., s. 250.

26. maddesi uyarınca herhangi bir masraf ödenmesine de gerek kalmayacaktır.

IV. VELÂYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI TEDBİRLERİ HAKKINDA YETKİYE, UYGULANACAK KANUNA, TANIMA, TENFİZE VE İŞBİRLİĞİNE DAİR SÖZLEŞME (1996 LA HAYE SÖZLEŞMESİ)¹¹¹

1961 La Haye Sözleşmesi, koruma tedbirlerinin alınmasına yetkilerin mutad mesken makamları ile milli makamlar arasında paylaşılması sonucu ortaya çıkan sorunlar nedeniyle milletlerarası uygulamada yoğun bir şekilde eleştirilmiştir¹¹². Bu eleştiriler karşısında yeni ve daha geniş kapsamlı bir sözleşme yapılması ihtiyacı doğmuştur.

La Haye Devletler Özel Hukuku Komisyonu'nun 18. toplantısında 1961 La Haye Sözleşmesi yeniden gözden geçirilerek ve bazı yeni hükümler ilave edilerek Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme¹¹³ 19 Ekim 1996'da kabul edilmiştir. 1996 La Haye Sözleşmesi 1 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yeni Sözleşme, 1961 La Haye Sözleşmesi'ni yürürlükten kaldırmamış, taraf devletler açısından 1961 La Haye Sözleşmesi'nin yerine geçmek üzere imza edilmiştir. Buna göre her iki Sözleşmeyi onaylayan devletler açısından 1996 La Haye Sözleşmesi

¹¹¹ Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme (*Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*). Bundan böyle "1996 La Haye Sözleşmesi" olarak anılacaktır.

¹¹² Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları**, 10. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 239.

¹¹³ 1996 tarihli sözleşmenin öntasarı ve tasarı haline ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. Uluocak, **Öntasarı**, s. 109-117; Nihal Uluocak, "Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi", **MHB**, Yıl 16, S. 1-2, 1996 (Tasarı), s. 119-127. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. **MHB**, Yıl 16, S. 1-2, 1996, s. 361-381; Sözleşmenin Prof. Dr. Nihal Uluocak tarafından yapılan resmi olmayan tercümesi için bkz. **MHB**, Yıl 16, S. 1-2, 1996, s. 341-359 (Tez çalışmamızda 1996 La Haye Sözleşmesi'ne ilişkin olarak Prof. Dr. Nihal Uluocak tarafından yapılan tercüme esas alınmıştır).

uygulanacak, buna karşılık yalnız 1961 La Haye Sözleşmesi'ni onaylayan devletler açısından ise bu birinci Sözleşme yürürlükte kalmaya devam edecektir.

Bu güne dek çok sayıda taraf bulan Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanmamıştır¹¹⁴. 1996 La Haye Sözleşmesi, Türkiye'nin henüz taraf olmaması nedeniyle çalışmamızda esas alınmayacak, ancak önemi ve getirdiği yenilikler nedeniyle yer yer 1961 La Haye Sözleşmesi ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Burada ifade etmek gerekir ki, 1961 La Haye Sözleşmesi'nin eksiklikleri ve bu konuda getirilen haklı eleştiriler karşısında, 1996 La Haye Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından onaylanması velâyete ilişkin davalarda yetkinin, uygulanacak hukukun, tanıma tenfizinin ve işbirliğinin etkin bir biçimde sağlanması açısından faydalı olacaktır.

1996 La Haye Sözleşmesi başlangıç kısmı ve yedi bölümden oluşmaktadır. 1. ve 4. maddeler arasındaki birinci bölümde Sözleşmenin uygulanma alanı; 5. ve 14. maddeler arasındaki ikinci bölümde makamların yetkisi; 15. ve 22. maddeler arasındaki üçüncü bölümde uygulanacak hukuk; 23. ve 28. maddeler arasındaki dördüncü bölümde tanıma ve tenfiz; 29. ve 39. maddeler arasındaki beşinci bölümde merkezî makam ve işbirliği hükümlerine yer verilmiş ve 40. ve 56. maddeler arasındaki altıncı bölümde genel hükümlere; 57. ve 63. maddeler arasındaki yedinci bölümde ise son hükümlere yer verilmiştir.

¹¹⁴ Sözleşmeye taraf devletler; ABD, Almanya, Arnavutluk, Belçika, Bulgaristan, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ekvador, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, Kıbrıs Rum Kesimi, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, Ukrayna, Uruguay, Yunanistan'dır. Ayrıca La Haye Devletler Özel Hukuku Konferansı'na üye olmayan Ermenistan ve Dominik Cumhuriyeti de Sözleşmeye taraf olan devletler arasındadır. Bu devletlerden ABD, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, İsveç, Portekiz, İtalya, Yunanistan, Danimarka ve Belçika hariç diğer ülkelerde Sözleşme yürürlüğe girmiştir. (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=70, Erişim: 01.02.2011).

A. Sözleşmenin Amacı

Sözleşmenin düzenlenme amacına ilişkin başlangıç kısmında, taraf devletlerin uluslararası alanda çocukların korunmasının etkin olacağı düşüncesiyle, çocukların korunmasına ilişkin tedbirler hakkında yetkili mahkeme, yetkili kanun, tanıma ve tenfiz konularında kendi hukuk sistemleri arasındaki ihtilâfları önlemek amacından söz edilmiştir. Bununla birlikte Avrupa Sözleşmesi ve 1980 La Haye Sözleşmesi'nde olduğu gibi çocuğun yüksek yararının öncelikle göz önünde bulundurulması gerektiği inancı 1996 La Haye Sözleşmesi'nde de vurgulanmıştır.

Sözleşmenin düzenlenmesine neden olan temel etken Sözleşmenin başlangıç kısmında da belirtildiği üzere 1961 La Haye Sözleşmesi'nin gözden geçirilmesi zorunluluğudur. Sözleşmede 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi göz önünde tutularak ortaklar kurallar saptamak arzusundan (başlangıç kısmı) ve 1980 La Haye Sözleşmesi ile uyum sağlama amacından da söz edilmektedir (m. 50).

Sözleşmenin amacı 1. maddesinde koruma tedbirlerinin alınması, makamların yetkilerinin kullanılmasına uygulanacak kanunu ve velâyet sorumluluğuna uygulanacak kanunu tespit etmek, koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizini sağlamak ve âkit devlet makamları arasında işbirliği sağlamak şeklinde belirtilmiştir.

B. Sözleşmenin Uygulanma Alanı ve Getirdiği Yenilikler

1996 La Haye Sözleşmesi, 1961 La Haye Sözleşmesi'ne birçok ilave ve yenilik getirmektedir. Sözleşmeye getirilen ilaveler Sözleşmenin adına da yansımıştır. Sözleşmede “*velâyet sorumluluğu*”na “*koruma tedbirleri*” ile

eşdeğerde bir ağırlık verilmesi nedeniyle Sözleşmenin adında her ikisi de yer almıştır¹¹⁵.

1996 La Haye Sözleşmesi'nin uygulanma alanı 1961 La Haye Sözleşmesi'ne göre oldukça geniştir. Sözleşmenin uygulanma alanı belirlenirken yalnız hangi konuların uygulanma alanına girdiği (m. 1-3) belirtilmekle yetinilmemiş, ayrıca hangi konuların Sözleşmenin uygulanma alanı dışında bırakıldığı da tespit edilmiştir (m. 4). Bu durum Sözleşmenin uygulanması sırasında oluşabilecek tereddütleri giderme açısından etkilidir.

Sözleşmede 1961 La Haye Sözleşmesi'nde kullanılan "*kanunen mevcut otorite ilişkisi*" kavramı yerine "*velâyet sorumluluğu*" kavramı tercih edilmiştir. Sözleşmede "*velâyet sorumluluğu*" kavramının açıklamasına 1/2. maddede yer verilmiştir. Buna göre Sözleşmede geçen velâyet sorumluluğu deyimini çocuğun şahsına veya mallarına yönelik olmak üzere, ana babanın, bir vasinin veya diğer yasal temsilcinin haklarını, yetkilerini ve yükümlülüklerini saptayan, ana baba velâyetini veya benzer her türlü otorite ilişkisini içerir. Görüldüğü üzere, Sözleşme anlamında velâyet sorumluluğu, velâyetin yalnızca ana babaya ait bir hak olduğunu düzenleyen hukukumuz anlamındaki velâyetten oldukça farklı ve geniş kapsamlıdır. Diğer bir ifadeyle buradaki velâyet sorumluluğu, Türk hukukunda küçükler üzerindeki velâyet ve vesayeti kapsar niteliktedir.

Sözleşmenin öntasarı aşamasında "*ehliyetsiz yetişkinlerin*" de Sözleşme kapsamına dâhil edilmesi gerektiği yönünde değerlendirmeler¹¹⁶ yapılmış ise de uygulama alanı yine "*küçük*" çocuklarla sınırlı kalmıştır¹¹⁷. Sözleşmenin 2. maddesi gereğince Sözleşme, çocuklara 18 yaşına ulaşınca kadar uygulanır¹¹⁸. Böylece 1961 La Haye Sözleşmesi'nin aksine,

¹¹⁵ Uluocak, **Tasarı**, s. 120.

¹¹⁶ Uluocak, **a.g.m.**, s. 120.

¹¹⁷ 1996 La Haye Sözleşmesinde, 1961 La Haye Sözleşmesi'nde kullanılan "*küçük*" (*infant*) terimi yerine "*çocuk*" (*child*) terimi tercih edilmiştir.

¹¹⁸ 1961 La Haye Sözleşmesi'nde Sözleşmenin kapsamını belirleyen küçük tanımının 12. maddede yer alması Sözleşmenin gelişigüzel bir biçimde düzenlendiği gerekçesiyle eleştirilmiştir (Uluocak, **Öntasarı**, s. 110). Bu eleştiriler karşısında 2. maddede çocuk tanımına kimlerin dâhil olduğunun tespit edilmesi Sözleşmenin sistematığı açısından yerindedir.

1996 La Haye Sözleşmesi'nin uygulanmasında çocuk kavramının tespiti konusunda bir yeknesaklaştırma sağlanmıştır.

Sözleşmenin 2. maddesinde kimlerin çocuk sayılacağı belirlendikten sonra 6. maddesinde Sözleşme kapsamında olan çocuklar daha geniş tutulmuştur. Buna göre, sığınmış çocuklar ile mutad meskeni belli olmayan çocuklar da buldukları ülkenin koruma kurallarından yararlanacaktır.

1996 La Haye Sözleşmesi'nin getirmiş olduğu yenilikler bunlarla sınırlı değildir. Sözleşmede makamların milletlerarası yetkisi, tanıma tenfiz ve işbirliği konusunda da yenilikler mevcuttur. Çalışmamızın kalan kısmında 1996 La Haye Sözleşmesi'ne ilgili konularda getirmiş olduğu yenilik ve değişiklikler nispetinde yer verilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

VELÂYETE İLİŞKİN DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİ VE ESASA UYGULANACAK HUKUK

Velâyetin Milletlerarası Özel Hukuktaki yeri belirlenirken en temel konuların başında velâyete ilişkin davalarda milletlerarası yetki ve bu davalarda esasa uygulanacak hukukun tespiti gelmektedir. Velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin ve uygulanacak hukukun tetkiki içinse öncelikle saptanması gereken, bu uyuşmazlığın yabancı unsur içerip içermediğidir. Bir hukukî olay veya ilişkiyi birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsura yabancı unsur adı verilmektedir¹¹⁹. Yabancı unsur, kişi hallerine ilişkin bir uyuşmazlıkta vatandaşlık, yerleşim yeri, mutad mesken gibi farklı kıstaslar nedeniyle ortaya çıkabilir¹²⁰. Burada önemli olan o hukukî ilişkinin birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelmiş olmasıdır.

Yabancı unsur taşıyan bir uyuşmazlık mahkemenin önüne geldiğinde, hâkim tarafından çözümlenmesi gereken iki mesele bulunmaktadır. Bunlardan ilki mahkemenin yabancılık unsuru taşıyan söz konusu uyuşmazlığı çözmek için milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığını tespit etmek, diğeri ise bu uyuşmazlığın hangi ülke hukukuna göre çözümleneceğini belirlemektir¹²¹. Açıklanan nedenle bu bölümde öncelikle

¹¹⁹Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 5; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 20; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 5-6; Doğan, **a.g.e.**, s. 88. Nitekim Yargıtay 8. Hukuk Dairesi bir kararında yabancı unsura ilişkin olarak şu şekilde bir açıklamaya yer vermiştir; “Eğer bir olay veya ilişki hiçbir yabancı hukuk düzeni ile temas haline girmemişse, sadece Türk Hukuk düzeni içerisinde vukua gelmişse Türk Hukukunun bu olay veya ilişkiye uygulanacağına duraksama olmaz. Yabancı hukuk düzeninin böyle bir olaya uygulanması olasılığı akla bile gelmez.

Buna karşılık, uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi, olay veya ilişki yabancı bir veya birden çok hukuk düzeni ile de ilgili, yani bir yabancılık ögesi taşıyorsa, hangi hukuk düzeninin ve daha açık deyimle hangi Devletin maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı bir sorun olarak ortaya çıkabilir” Y. 8. HD.’nin 1986/9681 E., 1986/10741 K. sayılı ve 21.10.1986 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

¹²⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 104; Huysal, **a.g.e.**, s. 104.

¹²¹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 3-4.

velâyete ilişkin davalarda milletlerarası yetki üzerinde durulacak, ardından da bu davalarda uygulanacak hukuk saptanmaya çalışılacaktır.

I. VELÂYETE İLİŞKİN DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİ

Milletlerarası yetki kavramı, yabancı unsurlu bir davada bir devlet mahkemelerinin diğer devlet mahkemelerine göre yer itibariyle yetkisinin olup olmadığını ifade etmektedir¹²². Bir diğer anlatımla milletlerarası yetki, *“yabancı unsurlu hukukî ihtilâflarda yargı yetkisinin nasıl kullanılacağı ve diğer bir devlet tarafından kullanılan yargı yetkisinin ülkesi üzerindeki tesirlerinin her devletçe serbest düzenlendiği”*, devlete ait hükmetme yetkisinden doğan kurallar bütünüdür¹²³.

Bir mahkemenin milletlerarası yetkisinden söz edebilmek için, milletlerarası bir kurumdan kaynaklanan yetki arayışına gerek bulunmamaktadır. Burada aranılacak husus, davanın konusunun ya da taraflarının yabancı olmasıdır¹²⁴. Bu itibarla, milletlerarası yetki, kavramsal olarak milletlerarası alanda geçerli olan milletlerüstü ve yeknesak düzenleyici kurallar varmış gibi bir ilk izlenim yaratsa da, milletlerarası yetki kuralları prensip olarak her ülkenin kendi iç hukuk kuralları ile tespit edilmektedir¹²⁵.

Milletlerarası yetki, ülke içi yetki kavramından farklıdır. Milletlerarası yetki ile bir devletin mahkemelerinin yetkili olduğu tespit edildikten sonra, o devletteki hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu ülke içi yer itibariyle yetki kurallarıyla tayin edilir¹²⁶. Ülke içi yetki kurallarının uygulanması bakımından uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıyıp taşıyamaması önemli değildir. Buna karşılık yabancılık unsuru taşıyan davalarda bir devlet mahkemesinin yer

¹²² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 479; Ergin Nomer, Cemal Şanlı, **Devletler Hususî Hukuku**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 16. bs., 2008, s. 399.

¹²³ Ergin Nomer, “Devletler Hususi Hukukunda ‘Milletlerarası Yetki’ Mefhumu”, **İHFM**, 1974, S. 1-4, s. 404; Doğan, **a.g.e.**, s. 63.

¹²⁴ Ekşi, **a.g.e.**, s. 8.

¹²⁵ Doğan, **a.g.e.**, s. 63; Ekşi, **a.g.e.**, s. 20, Nomer, **a.g.m.**, s. 394.

¹²⁶ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 399.

itibariyle yetkili olabilmesi, hem milletlerarası yetki hem de ülke içi yetki kuralları ile tayin edilir¹²⁷.

Milletlerarası sözleşmeler yoluyla taraf devletlerce belirli konulara özgü olmak üzere benimsenmiş yetki kuralları da söz konusu olmaktadır¹²⁸. Bu durumda elbette yetkinin kaynağı milletlerarası olacaktır. Ancak bu tür sözleşmeler dışında yetki konusunu düzenleyen milletlerarası özel hukuk kaynaklı kuralların varlığından söz edilemez¹²⁹. Bununla birlikte milletlerarası yetkiyi konu alan sözleşmelerin varlığının, mahkemelerin milletlerarası alanda bir yetki uyumunun sağlanması açısından yeterli görülmesi mümkün değildir¹³⁰. Bu tür sözleşmeler ancak sözleşmenin tarafı olan ve iç hukuk kuralları gereğince sözleşme hükümlerini öncelikle uygulayan devletler arasında bir yetki uyumu gerçekleştirebilecektir.

Milletlerarası yetki kavramı, devletin belirli bir mahkemesinin tayini hususunu içermemektedir. Devletin belirli bir mahkemesinin tayini hususu ülke içi yetki kavramı ile ifade edilir¹³¹. Yukarıda da belirtildiği üzere, milletlerarası yetkinin konusunu devlet mahkemelerinden herhangi birinin yabancı unsurlu olayla ilgili faaliyette bulunması oluşturur.

Türk Hukuku'nda yabancı unsurlu velâyet davalarında mahkemelerin milletlerarası yetkisi belirlenirken başvurulacak iki temel kaynak bulunmaktadır. Bunlar Türk Mahkemelerin milletlerarası yetkisini düzenleyen 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi ve 5718 sayılı MÖHUK hükümleridir.

Daha önce de izahı yapılan Anayasa'nın 90/5. ve MÖHUK'un 1/2. maddelerindeki milletlerarası sözleşmelerin öncelikli uygulamasına ilişkin düzenlemeler gereğince¹³², 1961 La Haye Sözleşmesi hükümleri velâyete

¹²⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 479; Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 399.

¹²⁸ La Haye, Kişi Halleri Komisyonu ve Birleşmiş Milletler gibi kuruluşların hazırladığı, belirli konularda milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar içeren sözleşmeler bulunmaktadır (Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 480).

¹²⁹ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 399; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 318; Ekşi, **a.g.e.**, s. 18.

¹³⁰ Vahit Doğan, "Türk Hukukunda Yabancı Derdestlik", **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2003, s. 987.

¹³¹ Ülke içi yetki kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 399.

¹³² Bkz. yukarıda Bölüm I.

ilişkin davalarda milletlerarası yetkinin tespitinde öncelikli olarak uygulanacaktır. 1961 La Haye Sözleşmesinin uygulama alanına girmeyen velâyete ilişkin davalarda milletlerarası yetki MÖHUK hükümlerinden hareketle belirlenecektir. Bu itibarla velâyete ilişkin bir davada Türk mahkemeleri öncelikle, olayın 1961 La Haye Sözleşmesi'nin uygulanma alanına girip girmediğini inceleyecek ve eğer dava konusunun Sözleşmenin uygulanma alanı dışında olduğuna karar verirse, yetkiye ilişkin MÖHUK düzenlemelerine başvuracaktır.

Burada öncelikle velâyete ilişkin davalarda milletlerarası yetkiye ilişkin kurallara yer verilen 1961 La Haye Sözleşmesi kapsamında milletlerarası yetkinin tayinine çalışılacaktır. Bu incelemenin ardından 1961 La Haye Sözleşmesi'nin uygulanma alanına girmeyen velâyete ilişkin davalar açısından 5718 sayılı MÖHUK gereğince milletlerarası yetkinin tespiti yapılmaya çalışılacaktır.

A. 1961 La Haye Sözleşmesi Kapsamında Milletlerarası Yetki

1961 La Haye Sözleşmesi, Sözleşmenin uygulanma alanına giren konularda milletlerarası yetkiye ilişkin düzenlemeler içermektedir. Makamların milletlerarası yetkisine ilişkin temel kurallara Sözleşmenin ilk beş maddesinde yer verilmiştir. Sözleşme adlî ve idarî makamların yetkisi konusunda iki devleti işaret etmektedir. İstisnai hallerin dışında Sözleşmede benimsenen yetki genel olarak; çocuğun mutad meskenin bulunduğu yer ve vatandaşı olduğu devlet mahkemeleri olarak belirlenmiştir.

Sözleşme kapsamında milletlerarası yetki belirlenirken iki hususu göz önünde bulundurmak gerekmektedir: Öncelikle Sözleşmede yer alan makamların yetkisine ilişkin kurallar yalnızca velâyete ilişkin değil, aynı zamanda küçüğün şahsı ve malları hakkında koruma tedbirleri alma

konusunda yetkiye yöneliktir¹³³. Diğer yandan 1961 La Haye Sözleşmelerinde “*makamların yetkisi*”nden söz edilmektedir. Bu durumda Sözleşme kapsamında yalnızca adlî makamların değil, idarî makamların da milletlerarası yetkisi düzenlenmektedir¹³⁴.

Sözleşme uyarınca makamların yetkisinin tespitine geçmeden önce, burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, Sözleşmenin 18. maddesinin birinci fıkrasında Sözleşmenin âkit devletler açısından 1902 La Haye Sözleşmesi'nin yerine geçeceği belirtilmekle birlikte, ikinci fıkrasında diğer âkit devletleri sağlayan milletlerarası sözleşmelerin hükümlerini saklı tutulmuştur. Buna göre daha önceki sözleşmeler uyarınca makamların yetkisine ilişkin kabul edilmiş olan hükümler yürürlükte kalmaya devam edecektir.

1. Küçüğün Mutad Meskeni Makamlarının Yetkisi

Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devletin mahkemeleri ve idarî makamları küçüğün şahsı ve malları hakkında koruma tedbirleri almaya yetkilidir. Sözleşmede anılan madde ile öncelikle çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemelerinin ve idarî makamlarının yetkisi benimsenmiştir.

Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarına verilen birinci derece yetki, küçüğün sosyal ve ailevi ilişkilerinin en kolay ve çabuk ancak bu yerde belirlenebilmesi inancından kaynaklanmaktadır¹³⁵. Prensipten olarak, velâyet ile ilgili konular açısından küçüğün menfaati, en iyi ve objektif

¹³³ Koruma tedbirleri hakkında açıklama için bkz. Yukarıda Birinci Bölüm, I/C-3.

¹³⁴ Söz konusu düzenlemenin Danimarka, İsveç, Norveç gibi bazı ülkelerde velâyetle ilişkin kararların ilk derecede idarî makamlar tarafından alınması karşısında Sözleşmenin uygulanma alanının genişlemesine olanak sağladığı ileri sürülmüştür (Huysal, **a.g.e.**, s. 71, dn., 219). Ancak anılan ülkeler 1961 La Haye Sözleşmesi'nin taraflarından değildir. Bu nedenle Sözleşmenin velâyetle ilişkin kararların idari makamlar tarafından alınan bu gibi ülkelere onaylanması halinde uygulama alanının genişleyeceğinden söz etmek mümkündür.

¹³⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 240.

şekilde küçüğün yaşamını sürdürdüğü yerde açılacak bir davayla korunabilir¹³⁶.

Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer makamlarının yetkisine ilişkin ana kural birtakım istisnaları içermektedir. Bu istisnalara aşağıda yer verilecektir. Ancak istisnaların söz konusu olduğu hallerde dâhi Sözleşmenin 8. ve 9. maddeleri gereğince mutad mesken makamının yetkili olması mümkündür¹³⁷. Bunun için Sözleşmenin 8. maddesi gereğince küçüğün şahsı veya malları ciddi bir tehlikeye maruz kalmış olmalı ya da 9. maddesi gereğince acele durumların söz konusu olması gerekmektedir. Bu halde diğer âkit devletler verilen kararları tanımak zorunda değildir¹³⁸.

Sözleşmenin 9. maddesine göre alınan bu koruma tedbirleri, doğrudukları kesin etkiler saklı kalmak kaydıyla, Sözleşmeye göre yetkili olan diğer devlet makamlarının durumun gerektirdiği koruma tedbirlerini alması ile sona erecektir¹³⁹. Diğer bir ifadeyle Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında karar alacak olan mutad mesken devletinin alacağı tedbirler geçici karakterli tedbirler olduğundan, küçüğün statüsünü belirleyecek şekilde tedbirler alınması mümkün değildir¹⁴⁰.

¹³⁶ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 194.

¹³⁷ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 241. Sözleşmenin 8. maddesinin resmi tercümesi şu şekildedir: “*Bu Sözleşmenin 3 ve 4. maddeleri ile 5. maddesinin 3.fıkrası hükümlerine halel gelmemek üzere küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamları, küçüğün şahsı veya malları ciddi bir tehlikeye maruz kaldığı takdirde, koruma tedbirleri alabilirler*”. Ancak söz konusu metindeki “*halel gelmemek üzere*” ibaresi yanlış tercüme edilmiştir. Sözleşmenin resmi dili olan Fransızca metninde bu ibare “*nonobstand*”, İngilizce metninde “*notwithstanding*” yani “*rağmen*”dir.

¹³⁸ Y. 2. HD.’nin 1996/1536 E., 1996/3341 K. sayılı 28.03.1996 tarihli kararı (Özüğür, **a.g.e.**, s. 575-576). Y. 2. HD.’nin 1990/12078 E., 1990/2380 K. Sayılı 01.03.1990 tarihli kararı (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 241, dn. 14).

¹³⁹ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 173; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 244.

¹⁴⁰ Geçici nitelikteki tedbirin bir örneği olarak; yabancı bir ülkede tatilde bulunan küçüğün trafik kazası geçirmesi durumunda, kazanın meydana geldiği ülke makamlarının tedavi için gerekli tedbirleri alması geçici nitelikteki tedbir kapsamında değerlendirilebilir (Ünal, **1961 La Haye**, s. 109).

2. Mutad Mesken Makamlarının Yetkisinin İstisnaları

Küçüğün mutad meskenin bulunduğu yer makamlarının yetkisini öngören 1. maddede Sözleşmenin 3. ve 4. maddeleri ile 5. maddesinin 3. fıkrası saklı tutulmuştur. Ayrıca Sözleşmenin 15. maddesindeki çekince hakkının kullanılması ile de bir başka istisnanın ortaya çıkması mümkündür.

a. Sözleşmenin 3. Maddesi Uyarınca Küçüğün Vatandaşı Olduğu Devlet Makamlarının Yetkisi

1961 La Haye Sözleşmesi'nin 3. maddesinde küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarına da yetki tanınmaktadır¹⁴¹. Anılan madde uyarınca, küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre kanunen mevcut olan bir otorite ilişkisi bütün âkit devletlerce tanınır. Aslında madde metninde makamların yetkisinden söz edilmemektedir. Ancak mutad mesken makamlarının yetkisini belirleyen 1. maddede 3. madde hükümleri saklı tutulduğundan, burada 3. maddede yer alan otorite ilişkisi nedeniyle yetkili olan mahkemelerin de Sözleşme uyarınca yetkili olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁴². Buna göre örneğin bir Türk vatandaşı çocuğun velâyetine kanun gereğince, küçüğün doğumuyla kendiliğinden sahip olan ana babanın bu velâyet hakkı diğer âkit devletlerce de tanınacaktır.

1961 La Haye Sözleşmesi'nde yer alan ve Sözleşmede kullanılmış özel bir deyim olan “otorite ilişkisi”nden anlaşılması gereken, tamamen kanundan doğan ve hiçbir makam tarafından müdahaleye uğramamış velâyet hakkıdır¹⁴³. Çoğu hukuk düzeninde *ipso iure* kabul edilen, eşlerin müşterek

¹⁴¹ 1996 La Haye Sözleşmesi'nde ise milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar 5-14. maddeler arasında düzenlenmiştir. 1996 La Haye Sözleşmesi'nde velâyete ilişkin davalarda 1961 La Haye Sözleşmesi'nin milletlerarası yetkiye ilişkin getirmiş olduğu kurallar büyük ölçüde benimsenmiş, ancak çocuğun milli devleti makamlarına yetki tanınmamıştır.

¹⁴² Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 171.

¹⁴³ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 282; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 171. “Otorite ilişkisi” (*relationship of authority*) deyiminin başarısı konusunda şüpheler bulunmaktadır (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 241, dn. 14). 1996 La Haye Sözleşmesi'nde “otorite ilişkisi” yerine daha yerinde ve anlaşılır bir deyim olan

veya sağ kalan eşin veya evlilik dışı ilişkide annenin tek başına velâyet hakkı kanuni otorite ilişkilerine örnek teşkil etmektedir¹⁴⁴. Doktrinde, otorite ilişkisinin Sözleşmede tanımlanmadığına dikkat çekilerek, otorite ilişkisinin tıpkı iç hukukun koruma tedbirleri gibi, küçüğü korumaya yönelik kurallar olduğu belirtilmiş ve devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde yer alamayacağı ifade edilmiştir¹⁴⁵.

Sözleşmenin 3. maddesi, 1. maddede yapılan atıf nedeniyle küçüğün vatandaşı olduğu devlet mahkemelerinin yetkisini kabul etmektedir. Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca da küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Burada üzerinde durulması gereken husus, 3. maddenin uygulandığı hallerde mutad mesken makamlarının yetkisinin ortadan kalkıp kalkmayacağıdır. Bu konuda hâkim görüş olan milli hukuk teorisi, mutad mesken mahkemelerinin küçük hakkında koruma tedbirleri almaya yetkili olacağı ancak bu durumda küçüğün milli hukukunu uygulamaları gerektiği yönündedir¹⁴⁶.

Küçüğün milli makamlarının yetkisine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus, küçüğün çifte vatandaşlık sahibi olması halidir. Küçüğün çifte vatandaşlık sahibi olmasına ilişkin olarak Sözleşmede herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durum doktrinde eleştirilere neden olmuştur¹⁴⁷. Küçüğün çifte vatandaşlığının bulunması durumunda, vatandaşlığın bulunduğu devletlerden sadece birinin bu yetkiyi kullanması durumunda ortaya bir sorun çıkmayacağı açıktır. Ancak, küçüğün vatandaşı olduğu her iki devlet de otorite ilişkisini kurup, yetkisinden diğer devlet lehine vazgeçmemekte ise, bu kararlardan hangisine itibar edilmesi gerektiği sorunu

“velâyet sorumluluğu” kullanılmış ve 1996 La Haye Sözleşmesi’nin 1/2. maddesinde bu deyimın Sözleşme açısından tanımına yer verilmiştir.

¹⁴⁴ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 282.

¹⁴⁵ Otorite ilişkisi kavramıyla ilgili olarak doktrindeki çeşitli görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız Huysal, **a.g.e.**, s. 73.

¹⁴⁶ Milli hukuk teorisi ve diğer görüşler hakkında bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 242; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 171. Uygulamada Alman mahkemeleri, Sözleşmenin 1. maddesine dayanarak Türk vatandaşı küçükler hakkında koruma tedbirleri alarak, Türk ana babaların velâyet hakkını kısıtlamakta ve hatta kaldırabilmektedirler (Huysal, **a.g.e.**, s. 77).

¹⁴⁷ Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 383.

ortaya çıkacaktır. Bu durumda çocuğun yararı ilkesi göz önünde bulundurularak kararların değerlendirilmesi ve çocuğun yararını sağlayan kararın tanınması uygun olacaktır¹⁴⁸. Ayrıca küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer makamlarını yetkili kabul etmenin küçüğün menfaatine daha uygun olacağı da ileri sürülmüştür¹⁴⁹.

b. Sözleşmenin 4. Maddesi Uyarınca Küçüğün Vatandaşı Olduğu Devlet Makamlarının Yetkisi

1961 La Haye Sözleşmesi'nin 1. maddesinde mutad mesken makamlarının yetkisine yer verilirken getirilen saklı tutulan bir diğer madde Sözleşmenin 4. maddesidir. Sözleşmenin 4. maddesine göre, küçüğün vatandaşı olduğu devletin makamları, küçüğün yararlarının gerektiğine kanaat getirirse, mutad meskenin bulunduğu devletin makamlarına haber verdikten sonra, kendi iç hukuku uyarınca küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri alabilir. Anılan tedbirleri tesis etmek, değiştirmek ve sona erdirmek için gerekli şartları bu iç hukuk belirler. Bu tedbirlerin küçüğün üçüncü şahıslarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerini de yine bu hukuk düzenler. Bu makamlar, ayrıca 4. maddenin üçüncü fıkrası gereğince anılan tedbirlerin uygulanmasını da sağlayacaktır.

Küçüğün vatandaşı olduğu devlete tanınan bu istisnai düzenlemenin en önemli sonucu, küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarının yetkisini kullanmasından sonra, çocuğun mutad mesken makamlarının yetkisinin ortadan kalkmasıdır¹⁵⁰. Bu yetki istisnai nitelikte olduğundan ancak mutad mesken mahkemelerinin yetkisiz olduğu durumlarda kullanılabilir¹⁵¹.

¹⁴⁸ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 172.

¹⁴⁹ Huysal, **a.g.e.**, 78-79.

¹⁵⁰ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 172. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2001/15589 E., 2001/16794 K. sayılı, 29.11.2001 tarih kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

¹⁵¹ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 172-173.

c. Sözleşmenin 5/3. Maddesi Uyarınca Küçüğün Mutad Meskenin Değişmesi Halinde Yetki Yarışması

Sözleşmenin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında küçüğün yer değiştirmesi halinde makamların yetkisine yer verilmiştir. Buna göre, küçüğün mutad meskeni bir âkit devletten başka bir âkit devlete nakledildiği takdirde, küçüğün daha önce mutad meskeninin bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirler, yeni mutad mesken makamları tarafından kaldırılıncaya veya yerlerine yenileri konuluncaya kadar geçerli kalır. Böylece mutad mesken değişikliği halinde küçüklerin korunması açısından bir boşluk doğmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Yargıtay, bu konuda çeşitli içtihatlarında küçüğün önceki mutad meskeni makamlarınca verilen velâyet ya da koruma tedbirine ilişkin kararların değiştirilmesi ve kaldırılmasının, kararı veren mahkemenin izni ile mümkün olduğunu vurgulamıştır¹⁵². Alman Mahkemeleri'nde ise Sözleşmenin bu hükmüne aykırı kararlar tesis edildiği görülmektedir. Bu durumda Yargıtay'ımız, Türk mahkemelerinden alınan velâyete ilişkin kararları Türk makamlarına bilgi vermeden değiştiren yabancı mahkeme kararlarının Sözleşmeye aykırı olduğu yönünde kararlar vermiştir¹⁵³.

¹⁵² Y. 2. HD.'nin 2005/5173 E., 2005//8203 K. sayılı 25.05.2005 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası). Y. 2. HD. 15.02.2001 tarihli, 2001/17145 E. ve 2002/2106 K. sayılı kararında 1961 La Haye Sözleşmesi'nin 1. ve 5. maddelerine yer vererek ardından "*Küçük Asiy'e'nin velâyeti anneye verilmiş ve bu karar Türk Mahkemesince tenfiz edilmiş 16.10.2000'de kesinleşmiştir. Yabancı mahkemenin kararının velâyete ilişkin bölümü tedbir niteliğindedir. Değiştirilmesi kararı veren yabancı mahkemenin iznine bağlıdır. Bu yönde işlem yapmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır*" açıklamasında bulunmuştur. Böylece Yargıtay, çocuğun eski mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemelerinin tedbir niteliğindeki kararın değiştirilebilmesi için, kararı veren yabancı mahkemenin izninin gerekli olduğunu vurgulamaktadır (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası). Y. 2. HD. 1998/7478 E., 1998/9013 K. sayılı ve 15.07.1998 tarihli bir başka kararında ise yine çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerin değişmesi halinde Sözleşmenin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulandığı bir olaya ilişkin olarak "*Nafakaya Alman mahkemesi hükmetmiştir. Toplanan delillerden halen küçüğün Almanya'da olduğu anlaşılmaktadır. Nafakaya ilişkin ilamın tenfizinin sağlanmış olması, hükmedilen nafaka borcunun tahsilini amaçlamaktadır. Mahkemece yapılacak iş; küçük hakkında tedbir kararı alan makama, isteği intikal ettirmek ve alınacak cevaba göre değerlendirme yapmak ve sonucu uyarınca karar vermektir*" açıklamasına yer vermiştir (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵³ Y. 2. HD.'nin 2003/11401 E., 2003/14618 K. sayılı ve 30.10.2003 tarihli kararında buna ilişkin olarak verilen karar şu açıklamayı içermektedir: "*(...)Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların*

d. Sözleşmenin 15. Maddesindeki Çekince Hakkının Kullanılması Durumunda Evlilik Birliği Hakkında Karar Verecek Makamların Yetkisi

Sözleşmenin 15. maddesinde âkit devletlere bir çekince hakkı tanınmıştır. Buna göre sözleşmeye âkit devletlerin, küçüğün ana babası arasındaki evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması ve ayrılığa ilişkin bir talep hakkında karar verecek makamlarının küçüğün şahsını veya mallarını korumak için de tedbir alma yetkisini saklı tutmaları mümkündür.

Sözleşmenin 15. maddesindeki çekince hakkı, evliliğe son veren makamın çocuğun aile içindeki durumunu en iyi şekilde düzenleyebilecek ve koruma tedbirlerini alabilecek imkânlara sahip olduğu düşüncesine dayanmaktadır¹⁵⁴. Türkiye’de Sözleşmeyi imzalarken bu düşünceyle 15. madde kapsamında çekince hakkını kullanan ülkeler arasındadır¹⁵⁵. Böylelikle Türk mahkemeleri, görmekte oldukları evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması veya ayrılık kararı verilmesine ilişkin davalarda, ailenin çocuğu olan küçüğün kişi ve mal varlığı haklarına yönelik koruma tedbirlerini almaya yetkilidir.

Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'nin 5. maddesi; küçüğün eskiden ikamet ettiği devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirlerin, yeni mutat mesken makamları tarafından kaldırılıncaya veya yerlerine yenileri konuluncaya kadar geçerli kalacağını, küçüğün eski mutat meskeninin bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirlerin, bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırılamayacağını veya yerine yenilerinin konulamayacağını öngörmüştür.

Koca, Türkiye’de 10.3.2000’de boşanma davası açmış, mahkemece 5.10.2000’de boşanmaya, müşterek çocuk 1997 doğumlu Erol Doğukan ile 1994 doğumlu Nusret Berkay’ın velâyeti babaya bırakılmış, bu karar 12.4.2002’de taraflarca temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Boşanma ve velâyete ilişkin karar verildikten sonra, hüküm kesinleşmeden 15.1.2001’de Alman mahkemesi yeniden velâyetin düzenlemesi cihetine gitmiştir.

Alman makamlarınca Türk Mahkemesi’ne haber vermeden önceden yapılan velâyet düzenlenmesini yok sayarak küçüklerin velâyetini anneye vermesi sözleşmeye uygun bir davranış olarak kabul edilemez. Bu açıklama karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Aynı yönde bkz. Y. 2. HD.’nin 2005/5173 E., 2005/8203 K. sayılı ve 25.05.2005 tarihli kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu), Y. 2. HD.’nin 2004/10536 E., 2004/1197 K. sayılı ve 14.10.2004 tarihli kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu), Y. 2. HD.’nin 1998/5858 E., 1998/6955 K. sayılı ve 29.06.1998 tarihli kararı (YKD, Y. 1998, C. 24, S. 12, s. 1771-1172).

¹⁵⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 243.

¹⁵⁵ Hollanda, Fransa, Lüksemburg, İsviçre gibi bazı ülkeler de Türkiye gibi Sözleşmeyi 15. madde uyarınca çekince hakkını kullanarak onaylanmışlardır (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=39, Erişim: 24.02.2011).

1961 La Haye Sözleşmesi'nin milletlerarası yetkiye ilişkin düzenlemeleri değerlendirildiğinde âkit devletlerin bu çekince hakkını kullanmaları halinde uygulamada sorunlar ile karşılaşılması mümkündür. 1961 La Haye Sözleşmesi'nden milletlerarası yetki sorunlarını aşmak amacıyla Avrupa Topluluğu'na üye ülkeler 29 Mayıs 2000 tarihli Aile Hukukuna İlişkin Davalar ve Bu Davalarla İlgili Eşlerin Çocuklarına Karşı Sorumluluklarından Doğan Medeni Usul Hukukuna İlişkin İşlemlerde Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma ve Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Tüzük¹⁵⁶'ü kabul etmişlerdir. Tüzük, boşanma, hukuken ayrılık veya evliliğin butlanı ile ilgili medeni usul hukuku işlemleri ile bu hallerde eşlerin çocuklarına karşı sorumlulukları ile ilgili medeni usul hukuku işlemlerine uygulanmaktadır. Buna göre 1961 La Haye Sözleşmesi'nin, Sözleşmeye 15. maddesinin sadece çekince halinde uygulanması kuralının bu konularda yarattığı boşluğu dolduracaktır¹⁵⁷.

3. Sözleşmede Yer Alan Yetki Kuralları Hakkında Genel Değerlendirme

1961 La Haye Sözleşmesi 1, 3, 4, 5/3, 8, 9 ve 15. maddelerinde küçüklerin korunması tedbirleri hakkında karar verme yetkisini düzenlemektedir. Yukarıda açıklanan Sözleşmenin yetki sistemini kısaca özetlemek gerekirse; küçüğün korunması amacıyla velâyete ve koruma tedbirlerine ilişkin olarak açılacak davalarda genel olarak küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemelerinin yetkisini kabul etmektedir. Sözleşmenin bu anlayışı, çocuğun menfaatlerinin en iyi fiilen bulunduğu yerde korunacak olması nedeniyle oldukça etkili olacaktır¹⁵⁸.

Sözleşmenin 3. ve 4. maddeleriyle küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarına da yetki tanınmaktadır. Ancak istisnaların söz konusu olduğu

¹⁵⁶ Tüzük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. B. Bahadır Erdem, "Aile Hukukuna İlişkin Davalarda Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Avrupa Konseyi Tüzüğündeki Milletlerarası Yetki Kuralları", **MHB**, Y. 21, S. 1-2, 2001, s. 33-42.

¹⁵⁷ Huysal, **a.g.e.**, s. 85-86, dn. 266.

¹⁵⁸ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 176.

hallerde dâhi Sözleşmenin 8. ve 9. maddeleri gereğince mutad mesken makamının yetkili olması mümkündür. Buna göre küçüğün şahsının veya mallarının ciddi bir tehlikeye maruz kalması halinde ve bütün acele hallerde mutad mesken makamları koruma tedbirleri almaya yetkili olacak, ancak bu tedbirler diğer âkit devletlerce tanınmayabilecektir.

Sözleşme 5/3. maddesinde çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, eski mutad mesken makamlarının almış olduğu koruma tedbirlerinin yeni mutad mesken makamlarında da geçerli olacağını kabul etmiştir. Diğer yandan Sözleşmeyi 15. maddedeki çekince hakkını kullanarak imza eden devletler açısından çocuğun ana babası arasındaki evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması ve ayrılığa ilişkin bir talep hakkında karar verecek makamlarının, küçüğün şahsını veya mallarını koruma tedbirleri alma yetkisi söz konusu olacaktır.

Sözleşme, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer makamlarına yetki tanımakla birlikte, bu konuda birçok istisnaya yer vererek karmaşık bir yetki sistemi getirmektedir. Bu durum, makamların milletlerarası yetkisinin Sözleşme kapsamında belirlendiği hallerde dâhi, yabancı derdestlik problemi ile karşılaşılma ihtimalini güçlendirmektedir.

Açıklanan sorunlar karşısında 1996 La Haye Sözleşmesi'nde yetki sistemine ilişkin yeni ve çözüm üreten düzenlemelere yer verilmiştir. 1996 La Haye Sözleşmesi, makamların yetkisi konusunda kural olarak çocuğun mutad meskenin bulunduğu yer makamlarını esas almıştır (m. 5/1). Burada bazı istisnalara yer verilmiş, ancak daha açık ve diğer devlet makamlarıyla rekabeti (yetki yarışması) bertaraf eden bir yetki sistemi geliştirilmiştir¹⁵⁹.

1961 La Haye Sözleşmesi'nin acil durumlarda yetkiyi düzenleyen 9. maddesinin uygulanması halinde yabancı derdestlik problemi ile karşılaşılma ihtimali fazladır. 1996 La Haye Sözleşmesi'nde ise buna benzer bir düzenleme 8. ve 9. maddelerle getirilmiş, buna karşılık âkit devletler

¹⁵⁹ Uluocak, **Öntasarı**, s. 111.

arasındaki işbirliği sistemi ile bu konuda derdestlik problemi yaşanmasının önüne geçilmiştir.

1996 La Haye Sözleşmesi'nin 5/2. maddesinde ise çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde yeni mutad meskeni makamlarının yetkili olacağı kabul etmiştir. Bu durum, 1961 La Haye Sözleşmesi'nden doğan yetki sistemini değiştirmekle, böylece yeni mutad mesken makamlarının gereken tedbirleri, eski mutad mesken makamlarına bildirmeksizin alma yetkisine sahip olacaktır.

1996 La Haye Sözleşmesi'nin 1961 La Haye Sözleşmesi'nden makamların yetkisi konusunda temel farklılığı çocuğun milli devleti makamlarının yetkisini arka plana itmiş olmasıdır. Bununla birlikte 1961 La Haye Sözleşmesi'nin ancak bu madde kapsamında çekince hakkının kullanılmış olması durumunda uygulanacak 15. maddesi 1996 La Haye Sözleşmesi'nde bir ana madde haline getirilmiştir (m. 10).

B. MÖHUK Kapsamında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, esas itibariyle 5718 sayılı MÖHUK'da yer almaktadır. MÖHUK, Türk mahkemelerinin yetkisini genel ve özel milletlerarası yetki kurallarıyla düzenlemiştir (m. 41-46).

1. Genel Milletlerarası Yetki Kuralı

5718 sayılı MÖHUK'un 40. maddesi uyarınca Türk mahkemelerinin genel olarak milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarıyla tayin edilecektir. Buna göre velâyete ilişkin davalarda milletlerarası yetki, iç hukuktaki yer itibariyle yetki kurallarına göre tespit edilecektir. Türk iç hukukunun yetki kuralları gereğince Türk mahkemeleri yetkili ise yabancı unsurlu velâyet davalarına da bakmaya yetkili olacaktır. Türk hukukunda

velâyet davalarında mahkemelerin yetkisinin tespitinde genel ve özel yetki kurallarından yararlanılmaktadır. Hukukumuzda velâyete ilişkin davalarda yetkinin belirlenmesinde genel olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu¹⁶⁰ ve özel olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri esas alınmaktadır.

a. Genel Yetki Kuralı

HUMK'ta velâyete ilişkin davalara özel bir yetki kuralı düzenlenmemiştir. Bu nedenle HUMK'un 9. maddesinde yer alan genel yetki kuralı velâyete ilişkin davalarda da uygulanacaktır¹⁶¹. HUMK'un 9. maddesine göre her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görülür. Davalının ikametgâhı belli değilse, davaya Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılır. Diğer bir anlatımla davalının ikametgâhı mahkemesi, davalının ikametgâhı belli değilse davalının Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesi velâyete ilişkin davalarda da yetkilidir.

b. Özel Yetki Kuralları

HUMK'da belirlenen genel yetki kuralının yanı sıra Türk Medeni Kanunu özel yetki kurallarına yer vermiştir. Medeni Kanun'un 326. maddesinde, boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin kurallar saklı kalmak kaydıyla çocukla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde

¹⁶⁰ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 18.06.1927 tarihinde kabul edilerek, 02-03-04.07.1927 tarihli ve 622, 623, 624 sayılı Resmî Gazetelerde yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve en büyüğü 2004 yılında olmak üzere birçok kez değişikliğe uğramıştır. 1086 sayılı HUMK'u ilga etmek üzere 12.01.2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabul edilmiş ve 04.02.2011 tarihli, 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak kanunlaşmıştır. Ancak 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecektir. 01.10.2011 tarihine kadar 1086 sayılı HUMK yürürlükte kalmaya devam edecektir.

¹⁶¹ Yetkiye ilişkin bu genel kural, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. maddesinde de kanun düzenleme sistemiği değiştirilerek ve fakat aynı doğrultuda benimsenmiştir.

çocuğun oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olacağı benimsenmiştir. Burada bir münhasır yetki kuralına yer verilmediğinden çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda bir seçimlik yetki söz konusu olacaktır. Bu tür bir dava, genel yetki kuralı gereğince davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılacağı gibi çocuğun yerleşim yeri mahkemesinde de açılacaktır.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, velâyetin TMK m. 336/3 gereğince boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçlarından olması nedeniyle velâyete ilişkin uyuşmazlık çoğu kez boşanma davası ile birlikte ortaya çıkmaktadır. Bu halde velâyete ilişkin yetki, boşanma davalarına ilişkin yetki kuralına bağlı olacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun 168. maddesine göre; *“Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir”*.

Daha önce de ifade edildiği üzere gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse Türk Medeni Kanunu'nda çocukla kişisel ilişki kurulmasına, boşanma ve ayrılık davalarına ilişkin yukarıda ifade edilen özel yetki kuralları dışında, velâyet davalarında uygulanacak bir özel yetki kuralına yer verilmemiştir. Buna göre çocukla kişisel ilişki kurulması talebini içermeyen, boşanma veya ayrılık davasının fer'i niteliğinde olmayan, yalnızca velâyete ilişkin davalarda HUMK'un 9. maddesinin getirmiş olduğu genel yetki kuralından hareketle yetkili mahkeme tespit edilecektir. Genel yetki kuralı uyarınca davalının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesi velâyet davalarında yetkilidir.

Mahkemelerin yetkisinin tespiti açısından üzerinde durulması gereken husus Türk hukukunda ikametgâh (yerleşim yeri) kavramıdır. TMK'nin 19. maddesi gereğince; *“Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir”*. Bununla birlikte, önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır (m. 20).

TMK'nin 21. maddesinde ise velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri belirlenmiştir. Buna göre, *“Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hâllerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır”*. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise *“Vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir”*.

Yalnız velâyete ilişkin davalarda ya da boşanma ve ayrılık davalarında, davalı çocuk olmayacağı için, davalının yerleşim yerinin tespitinde TMK'nin 19 ve 20. maddelerinden hareket edilecektir. Buna karşılık çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda, çocuğun oturduğu yer (mutad meskeni) mahkemesi yetkili olacağından, yerleşim yerinde olduğu gibi bir sürekli oturma niyeti aranmayacaktır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında yeni bir genel kurala yer verilmiştir. 6100 sayılı HMK'nin 9. maddesine¹⁶² göre *“Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir”*.

2. Özel Milletlerarası Yetki Kuralı

MÖHUK'da Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bazı uyuşmazlıklar bakımından özel olarak düzenlenmiştir. Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar (m. 41), yabancıların bazı kişi hallerine ilişkin davalar (m. 42), miras davaları (m.43), tüketici sözleşmeleri (m. 44), iş sözleşmeleri (m. 45) ve sigorta davaları (m. 46) bakımından bu tür özel milletlerarası yetki kuralları söz konusudur. Konumuz bakımından ilk iki maddenin uygulanma ihtimali söz konusu olabilir.

¹⁶² 1086 sayılı HUMK'ta anılan kurala yalnızca malvarlığına dair davalar açısından yer verilmiş, diğer hallerde Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması halinde uygulanacak bir yetki kuralı getirilmemiştir.

MÖHUK'un 41. maddesi Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda milletlerarası yetkinin nasıl tayin edileceğini düzenlemektedir. Buna göre; *“Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye’de sakin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür”*. MÖHUK'un 41. maddesindeki yetki kuralının tatbiki için öncelikle davanın bir Türk vatandaşı ile ilgili olması gerekir. Bu nedenle maddenin uygulanması açısından davalının Türk vatandaşı olmasının şart olmadığı kabul edilmektedir¹⁶³. Velâyete ilişkin davalar da kişi hallerine ilişkin davalardan sayıldığından, burada anne babanın vatandaşlığı önem taşımamaktadır. Velâyet, çocuğun kişi haline ilişkin bir husus olmakla, burada önemli olan velâyet altında olan çocuğun Türk vatandaşlığına sahip olmasıdır. Anılan maddenin uygulanmasıyla Türk vatandaşı çocuğun velâyetine ilişkin olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi her zaman bulunmaktadır.

MÖHUK'un 42. maddesinde ise yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarda milletlerarası yetki düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; *“Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesayet, kayyımlik, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye’de sakin olduğu yer, sakin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir”*. Maddede sınırlı olarak sayılan davalar arasında velâyet davaları bulunmamaktadır. Buna karşılık, yabancı bir çocuk hakkında vesayet kararı verilirken MÖHUK'un 42. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

Hukukumuzda velâyete ilişkin bir davanın yetkisiz mahkemede açılması halinde, bu durum mahkemeler tarafından re’sen dikkate alınmayacaktır. Ancak davalının itiraz etmesi halinde yetkisizlik kararı

¹⁶³ Nomer, Şanlı, a.g.e., s. 437; Çelikel, a.g.e., s. 517-518; Akıncı, Demir Gökyayla, a.g.e., s. 159.

verilir¹⁶⁴. Bu durumda yetkisiz mahkemede açılmış bir dava, karşı tarafın itiraz etmemesi nedeniyle yetkisizlik kararı verilmeksizin görülerek karara bağlanabilecektir. Ancak bu durum kararın diğer ülkelerde tenfizi bakımından birtakım engellere neden olabilir¹⁶⁵.

Burada üzerinde durulması bir diğer husus, tarafların velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda aralarında yetki anlaşması yapıp yapamayacağıdır. Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda yalnızca yabancı unsur taşıyan borç ilişkileri hakkında yetki anlaşması yapılabileceği kabul edilmiştir¹⁶⁶. Bu nedenle velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların yetki anlaşması yapmaları mümkün olmayacağı tartışmaya mahal bırakmayacak biçimde açıktır.

II. VELÂYETE İLİŞKİN YABANCI UNSURLU DAVALARDA ESASA UYGULANACAK HUKUK

Hukukumuzda yabancı unsurlu davalarda uygulanacak hukuka ilişkin olarak 5718 sayılı MÖHUK'ta düzenlemeler getirilmiştir. Bununla birlikte Türkiye'nin taraf olduğu Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi', velâyete uygulanacak hukuka ilişkin hükümler içermektedir. Yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında esasa uygulanacak hukukun tespiti amacıyla Türk mahkemeleri, iki kaynağa başvuracaktır. Bu kaynaklardan biri 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, diğeri ise MÖHUK'tur. Bu bölümde öncelikle yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında ilk sırada göz önünde bulundurulacak olan 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi üzerinde durulacak, ardından MÖHUK'a göre uygulanacak hukukun tespiti yapılmaya çalışılacaktır.

¹⁶⁴ Nomer,Şanlı, **a.g.e.**, s. 446-447; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 510; Akıntürk, **a.g.e.**, 290; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medenî Usul Hukuku**, Ankara, 7. bs, Yetkin Yayınları, 2008, s. 120.

¹⁶⁵ Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, III/B-2.

¹⁶⁶ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 448; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 531; Doğan, **a.g.e.**, s. 86.

A. 1961 La Haye Sözleşmesi Açısından Velâyete Uygulanacak Hukuk

1961 La Haye Sözleşmesi'ne göre uygulanacak hukukun belirlenmesinde farklı bağlama noktaları ile karşılaşılması mümkündür. Sözleşmede bu konuda bir ana kurala yer verilmiş, ancak istisnalar saklı tutulmuştur.

1. Sözleşme Uyarınca Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ana Kural

1961 La Haye Sözleşmesi'nde öncelikle uygulanacak hukuka ilişkin ana kurala yer verilmiştir. Küçüğün korunması tedbirlerine uygulanacak hukuk Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "*Sözleşme'nin 1. maddesine göre yetkili makamlar, kendi iç hukuklarının öngördüğü koruma tedbirleri alırlar*". Dolayısıyla küçük hakkında koruma tedbirleri almaya yetkili makamlar, bu koruma tedbirlerine ilişkin olarak kendi iç (maddi) hukuklarını uygulayacaklardır.

Yukarıda¹⁶⁷ incelendiği üzere küçüğün korunması tedbirlerini alma konusundaki ana kural uyarınca yetkili makamlar, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer makamlarıdır. Sözleşmenin 2. maddesine göre bu makamlar koruma tedbirleri hakkında kendi iç hukuk kurallarını (lex fori) uygulayacaklardır. Bu halde yetkili makamların tespitinde olduğu gibi uygulanacak hukukun tespitinde de küçüğün mutad meskeni bağlama noktası olarak dikkate alınacaktır¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II/A-1.

¹⁶⁸ 1996 La Haye Sözleşmesi'nde ise uygulanacak hukuk daha esnek bir hâle getirilirken, 1961 La Haye Sözleşmesi'nin bir koruma önlemi alan her makamın kendi milli hukukunu uygulayacağını dair ilkesini korumuştur (Tiryakioğlu, **a.g.m.**,s . 384). 1996 La Haye Sözleşmesi'nde uygulanacak hukuk, gerek çocuğun mallarının korunmasına yönelik tedbirler gerekse velâyet sorumluluğunun verilmesi ve

Sözleşme uyarınca yetkili makamlar ile uygulayacakları hukuk uyum içindedir¹⁶⁹. Bu durum, küçüğün korunması açısından daha hızlı ve etkin tedbirlerin öngörülmesi açısından olumlu değerlendirilmelidir. Sözleşmenin koruma tedbirlerini almaya yetkili makamın kendi iç hukukunu uygulayacağı yönündeki düzenleme, milletlerarası karar ahengini sağlamaya yönelik olmamakla birlikte, çocuğun menfaatlerinin korunması bakımından uygun bir yöntemdir¹⁷⁰. Zira koruma tedbirleri acil olarak alınması gereken önlemlerdendir ve yetkili hukukun yabancı bir hukuk belirlenmesi halinde çoğu kez bunun kanunlar ihtilâfı kurallarından yola çıkılarak tespiti ve uygulanması zaman alacaktır. Oysa koruma tedbirleri almaya yetkili makamların kendi iç hukuklarını uygulaması özellikle koruma tedbirlerinin ivediliği göz önüne alındığında, çocuğun menfaatine olarak daha rasyonel bir çözüm getirmektedir.

2. Sözleşmedeki Ana Kuralın Kapsamı Dışında Kalan Haller

Yukarıda velâyete ilişkin milletlerarası yetkinin tespitine çalışılırken, 1961 La Haye Sözleşmesi'nin makamların yetkisine ilişkin düzenlemelerinde mutad mesken makamlarını ana yetkili kabul ettiği ancak buna birtakım istisnalar getirildiğine işaret edilmişti. Sözleşmenin 2/1. maddesinin, Sözleşmeye göre yetkili olan makamların kendi iç hukukunun öngördüğü tedbirleri alacağı yönündeki düzenlemesi uyarınca makamların yetkisinin belirlenmesindeki istisnalar uygulanacak hukuk konusunda da söz konusu olacaktır. Bir diğer deyişle küçüğün korunması hakkında yetkili makam, Sözleşme hükümleri uyarınca mutad meskenden farklı bir makam olarak belirlenirse, bu makam kendi iç hukukunu uygulayacağından uygulanacak hukuk da değişecektir.

sona erdirilmesine ilişkin olsun yetkili devlet makamlarının iç hukuku olarak tespit edilmiştir (m. 15-17). Buna göre çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerin iç hukuku, velâyet davalarında uygulanacaktır (Uluocak, **Öntasarı**, s. 112).

¹⁶⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 243.

¹⁷⁰ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 178.

Açıklanan nedenle 1961 La Haye Sözleşmesi'nde koruma tedbirlerine ilişkin olarak yetkili makamların iç hukukunun, yani küçüğün mutad meskeni hukukunun uygulanması kuralına makamların yetkisine ilişkin hükümleri dolayısıyla birtakım istisnalar getirildiği görülmektedir. Çalışmamızda 1961 La Haye Sözleşmesi uyarınca makamların milletlerarası yetkisi belirlenirken söz konusu istisnai hallere yer verilmiş olduğundan¹⁷¹, Sözleşmenin daha önce incelenen maddeleri burada yeniden ele alınamayacak, yalnızca istisna kurallarının tespit ettiği uygulanacak hukuk hakkında genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

a. Küçüğün Milli Hukuku

1961 La Haye Sözleşmesi'nin 1. maddesinde makamların yetkisi belirlenirken saklı tutulmuş olması nedeniyle, Sözleşmenin 3., 4. ve 5/3. maddelerinde küçüğün milli makamlarına yetki vermekte ve bu makamların iç hukukunun uygulanmasını öngörmektedir. Söz konusu maddelerde makamların yetkisi konusunda istisnalara yer verilirken, her seferinde küçüğün vatandaşı olduğu devletin "*kendi iç hukuku*"nun uygulanacağından söz edilmiştir. Bu halde küçüğün vatandaşı olduğu devletin yetkili makamları kendi iç hukuklarını uygulayarak tedbir alabilecektir. Sözleşmenin 3., 4. ve 5/3. maddelerinin uygulandığı hallerde hangi tedbirlerin alınacağı, bunların nasıl değiştirileceği hangi şartlarda sona ereceği küçüğün milli hukukuna göre belirlenecektir.

Sözleşmede, makamların milletlerarası yetkisi belirlenirken birden fazla devletin makamlarını aynı anda yetkili kılacak karmaşık bir yetki sistemi getirilmiş olduğu daha önce ifade edilmişti. Uygulanacak hukuka ilişkin bağlama noktası tek bir düzenlemeyle (m. 2) sağlanmış olmakla birlikte, buradaki makamların yetkisini içeren düzenlemeye yapılan atıf nedeniyle, makamların yetkisine paralel olarak uygulanacak hukuk konusunda da kargaşa söz konusu olacaktır. Bu nedenle Sözleşmenin

¹⁷¹ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II/A-2.

küçüğün vatandaşı olduğu Devletin iç hukukuna göre kanunen mevcut olan bir otorite ilişkisinin tüm âkit devletlerce tanınmasını öngören 3. maddesinin uygulanacak hukuk belirlenirken, tüm âkit devletlerce dikkate alınması daha adil kararlara ulaşılmasını sağlayacaktır¹⁷². Bu durumda, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke makamları koruma tedbiri alırken, kendi iç hukuklarını uygulamakla beraber, küçüğün vatandaşı olduğu ülke hukukunu da göz önüne almak durumundadır¹⁷³.

Sözleşmede bir yandan küçüğün milli hukukuna bazı istisnai durumlarda yetki verilirken, diğer yandan bu hukukun tespitinde karşılaşılabilecek bir probleme yer verilmiştir. Sözleşmenin 14. maddesine göre küçüğün vatandaşı olduğu Devletin iç hukuku birleştirilmemişse "*küçüğün vatandaşı olduğu Devletin iç hukuku*" deyiminden, bu Devlette yürürlükte olan hükümlere göre ve bu hükümler yok ise küçük bu Devlette mevcut hukuk düzenlerinden hangisi ile en sıkı ilişki içinde ise buna göre saptanacak hukuk anlaşılacaktır. Böylece federal devlet vatandaşı bir küçüğün korunması tedbirleri hakkında uygulanacak hukukun belirlenmesinde, küçüğün hangi federe devlete bağlı olacağı düzenlenmişse bu federe devletin; böyle bir düzenleme yoksa küçüğün en sıkı ilişki içerisinde olduğu federe devletin iç hukuku uygulanacaktır¹⁷⁴.

b. Küçüğün ya da Mallarının Bulunduğu Yer Hukuku

Sözleşme'de yer alan bir diğer istisna da, acele durumlarda, küçüğün veya küçüğe ait malların bulunduğu ülkedeki makamların kendi iç hukukuna göre tedbir alabilmesidir (m. 9). Söz konusu düzenleme, durumun aciliyet teşkil ettiği hallerde küçüğün menfaatinin korunması açısından yerindedir.

Sözleşmenin 9. maddesinde, küçüğün korunması tedbirleri hakkında makamların yetkisine getirilen istisnaların söz konusu olduğu hallerde dâhi,

¹⁷² Ünal, **a.g.m.**, s. 108-109.

¹⁷³ Şeref Ünal, "Velâyetin Nez'i", **YD**, C. 17, S. 1-2, Ocak-Nisan 1991, s. 210.

¹⁷⁴ Huysal, **a.g.e.**, s. 107.

acele durumların söz konusu olması sebebiyle küçüğün mutad meskeni makamlarının yetkisi kabul edilmektedir. Bu halde mutad mesken makamları, kendi iç hukukunu uygulayarak karar vereceklerdir. Buna karşılık, 9. maddenin uygulandığı hallerde makamların yetkisine ilişkin diğer hükümler bertaraf edilmediğinden, çifte yetki dolayısıyla aynı anda her iki ülke hukukunun da yetkili olması söz konusu olabilecektir¹⁷⁵.

c. Âkit Olmayan Devlet Hukuku

Sözleşme'nin kapsamı dışında kalan bir diğer hâl de daha önce ifade edildiği üzere, küçüğün mutad meskeninin sözleşmeye taraf bir ülkede bulunmaması halidir. Bu durumda küçük, Sözleşmeye taraf bir ülke vatandaşı olsa bile, eğer mutad meskeni Sözleşme'ye taraf bir ülkede değilse uygulanacak hukuk o ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenecektir. Yani, bu durumda Sözleşme hükümleri değil, mutad meskenin bulunduğu devletin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tayin edilecek ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır.

3. Bağlama Kuralının Kapsamı ve Atıf Meselesi

1961 La Haye Sözleşmesi'nde uygulanacak hukuka ilişkin ana kurala yer verilirken, bu kuralın içerik açısından uygulanma alanı düzenlenmiştir. Sözleşme gereğince tedbirlerin konulması, değiştirilmesi ve sona erdirilmesi için gerekli koşullar yetkili makamın iç hukukuna, yani küçüğün mutad meskeni hukukuna göre belirlenecektir (m. 2/2). Mutad mesken hukuku, tedbirlerin gerek küçüğün üçüncü kişilerle olan ilişkileri üzerindeki etkilerini,

¹⁷⁵ Huysal, a.g.e., s. 106.

gerekse küçüğün kendisine bakan kimseler veya kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerini yönetecektir¹⁷⁶ (m. 2/3).

Burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, bağlama kuralı küçüklerin korunmasına ilişkin, yukarıda belirtilen kararlarda uygulanacak olmakla birlikte, küçüğün tespitinde özel bir kurala yer verilmiştir. Sözleşmenin “küçük” kavramını tanımlayan 12. maddesinde “*gerek vatandaşı olduğu Devlet iç hukukuna ve gerekse mutad meskenin bulunduğu Devletin iç hukukuna göre bu niteliğe sahip kimseler*”ın küçük sayılacağı belirlenmiştir. Buna göre, kimlerin Sözleşmeye göre küçük sayılacağıın tespitinde hem mutad mesken hem de milli hukuk hükümleri birlikte uygulanacaktır.

Sözleşme, ayrıca bağlama kuralının zaman bakımından uygulanma alanını tespit eden bir düzenlemeye de yer vermiştir. Sözleşmenin 17/1. maddesine göre; “*Sözleşme, ancak yürürlüğe girdikten sonra alınan tedbirlere uygulanır*”. Buna göre Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önceki tedbirler açısından Sözleşmenin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Yine 17. maddenin ikinci fıkrasında ise “*Küçüğün vatandaşı olduğu Devletin iç hukuku gereğince kanunen mevcut olan otorite ilişkileri, Sözleşmenin yürürlüğe girdiği andan itibaren tanınır*” düzenlemesi getirilmiştir. Söz konusu hüküm, Sözleşmenin küçüğün mutad meskeninin değişmesi halinde bu makamlar tarafından kendi iç hukuku uyarınca alınmış bulunan tedbirler yeni mutad meskenin bulunduğu devlette de geçerli olacağı yönündeki 5/3. maddesi ile uyum içindedir¹⁷⁷.

Burada ayrıca Sözleşme kapsamında uygulanacak hukukun belirlenmesinde, atıf probleminin tespiti gerekmektedir. Uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının da uygulanması halinde, bu kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması ihtimali mevcuttur. Sözleşmede atıf problemi olarak adlandırılan bu durumu düzenleyen ayrı bir maddeye yer verilmemiştir.

¹⁷⁶ Sözleşmedeki hükmün zaman bakımından uygulanması yönünden ise bir başka düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, uygulanacak hukuka ilişkin bu hüküm sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonraki tedbirlere uygulanır (m. 17/1). Daha önce, küçüğün milli hukukuna göre alınmış tedbirler ise Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra da devam eder (m. 17/2) Tekinalp, **a.g.e.**, s. 244.

¹⁷⁷ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 244.

Ancak Sözleşmenin 2. maddesinde uygulanacak hukuk belirlenirken yetkili olan makamların “iç (maddi) hukuku” kurallarından söz edildiğinden yetkili makamlar lex foriye uygularken, bu hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını dikkate almayacaktır¹⁷⁸. Böylelikle atıf yoluyla bir başka hukukun yetkili kılınmasının önüne geçilmiştir.

4. Yetkili Hukukun Uygulanmasına Engel Olan Haller

Sözleşmenin uygulanmasında yetkili hukukun uygulanmasına engel olan ilk sınırlama kamu düzenine ilişkindir. Sözleşmenin 16. maddesi gereğince Sözleşme hükümleri âkit devletlerde ancak, uygulamaları kamu düzenine açıkça aykırı olduğu takdirde bertaraf edilebilir.

Dikkat edilecek olursa Sözleşmenin 16. maddesinde salt kamu düzenine aykırılık sözleşmeyi bertaraf etmek açısından yeterli sayılmamakta, kamu düzeni müdahalesini daha sınırlayıcı bir formül olan “*kamu düzenine açıkça aykırılık*” şartı aranmaktadır. Burada uygulanması gerekli kuralların mahalli kamu düzenine “*açıkça*” aykırılığının olup olmadığı, Sözleşmeyi uygulama durumunda olan mahkeme ya da idarî makam tarafından tayin ve takdir edilecektir¹⁷⁹.

Âkit devletlerin Sözleşmeyi imzalarken Sözleşmenin 15. maddesi gereğince çekince hakkını kullanmaları halinde Sözleşmenin uygulanmaması durumu ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda evliliğin sona erdirilmesi hakkında karar veren makamın, Sözleşme'nin 15. maddesine göre çocuğun

¹⁷⁸ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 243. 1996 La Haye Sözleşmesi'nde atfın reddini öngören bir madde eklenmiştir (m. 21/1). “*Uygulanan Kanun*” başlıklı 3. Bölümde yer alan bu kurala göre “*Bu bölümde yer alan ‘kanun’ deyimini yasalar çatışması kuralları dışında kalan bir Devlette yürürlükte bulunan hukuku ifade eder*”. Ancak aynı maddede sınırlı bir atıf da kabul edilmiştir. “*uygulanan kanun âkit olmayan bir Devletin kanunu olup, bu devletin yasalar çatışması kuralları, diğer âkit olmayan bir devlet kanunu yetkili kılar ve bu devlet de bizzat kendi yasalarını uygularsa, bu kanun yetkili olur. Şayet âkit olmayan bu diğer Devlet hukuku kendisine yetkili görmezse, 16. madde ile belirlenen kanun uygulanır*”. 16. maddeye göre uygulanacak hukuk ise yine çocuğun mutad meskeni hukukudur (Uluocak, **Tasarı**, s. 122).

¹⁷⁹ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 180.

korunmasına ilişkin tedbirleri alırken uygulayacağı hukuk, bu makamın kendi kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenecektir. Türkiye'nin bu çekince hakkını kullanmış olduğu daha önce de ifade edilmiştir. Bu halde yetkili makamın Türk makamları olması durumunda uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK'un 13. maddesinde yer alan boşanma ve ayrılık statüsü veya evlilik, evlenme engelleri sebebiyle ya da usule aykırılık nedeniyle iptal edilebiliyor ya da butlanı gerekiyorsa, evlenmenin maddi veya şekli şartlarına ilişkin bağlama kuralı dikkate alınacaktır.

Son olarak âkit devletlerin taraf olduğu diğer sözleşme hükümleri de 1961 La Haye Sözleşmesi kapsamında yetkili kılınan hukukun uygulanmaması sonucunu ortaya çıkarabilecektir. 1961 La Haye Sözleşmesi'nin 18. maddesinin ikinci fıkrasında “(Sözleşme) yürürlüğe girdiği anda, âkit devletleri sağlayan diğer sözleşmelerin hükümlerine hâlel getirmez” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, ikili anlaşmalara göre yetkili kılınan hukuka göre velâyetin kuruluşu ve sona erdirilmesine uygulanacak hukukun farklı şekilde tespiti mümkündür.

B. MÖHUK Açısından Velâyete Uygulanacak Hukuk

Kural olarak reşit (ergin) olmayan çocuk ana babanın velâyeti altındadır. Ana ve/veya babanın velâyet hakkını ne şekilde kullanacakları farklı ülke hukuklarında farklı şekillerde belirlenmiş olabilir.

Türk Medeni Kanunu'na göre evlilik devam ettiği sürece eşler velâyet hakkını birlikte kullanır (TMK m. 336/1). Mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ise velâyetin kullanılmasında uyuşmazlık çıkması halinde babanın oyunun üstün olduğu kabul edilmiş bulunmaktaydı. Her iki kanun arasındaki farklılık gibi, farklı ülke hukuklarında da bu tür farklı düzenlemelere rastlanması mümkündür. Eşler arasında eşitlik olduğunu kabul eden modern hukuk sistemleri ile kadının ikincil durumda değerlendirildiği hukuk sistemleri

arasında velâyetin kullanılması açısından farklılıklar mevcuttur¹⁸⁰. Ayrıca evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımını benimseyen hukuk sistemleri ile bu ayrımın terk edilmiş olduğu hukuk sistemleri arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında uygulanacak hukukun doğru şekilde tespiti öncelikle çocuğun ikincil derecede ana babanın menfaati açısından oldukça önem taşımaktadır.

Bu kısımda öncelikle velâyete uygulanacak hukukun tespitinde hangi kıstaslardan hareket edileceği belirlenmeye çalışılacak, ardından bu kıstaslara göre uygulanacak hukuk saptanmaya çalışılacaktır.

1. Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Göz Önünde Bulundurulacak Kıstaslar

Velâyete ilişkin meseleler hakkında uygulanacak hukukun tespiti konusunda muhtelif yöntemler izlenebilir. Bunlardan biri, velâyet için müstakil bir bağlama kuralı getirilerek, velâyete ilişkin tüm meselelerde bu kuralın kapsamına alınmasıdır. Eğer kanun koyucu bazı hususları bu kuralın dışında bırakmak istiyorsa bunu da açıkça belirtebilir. Bu yöntem mülga 2675 sayılı kanunda kullanılmıştır. 2675 sayılı mülga MÖHUK'un 19. maddesinde "*Velâyet, nesebi düzenleyen hukuka tabidir*" ifadesine yer verilmiştir. Böylece mülga MÖHUK'ta velâyete ilişkin ayrı bir maddeye yer verilerek, çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olması durumlarında farklı bağlama noktalarının esas alınacağı öngörülmüştür. 19. maddeden hareketle uygulanacak olan nesebe ilişkin hükümler 15., 16. ve 17. maddelerde yer almıştır.

2675 sayılı mülga MÖHUK, nesebin kurulmasında çocuğun evlilik içi doğup doğmaması ihtimallerinde farklı bağlama noktalarına yer vermiştir. Buna göre, çocuk evlilik içi doğmuşsa doğum anındaki evlenmenin genel

¹⁸⁰ Çelikel, Erdem, a.g.e., s. 257.

hükümlerini düzenleyen hukuka atıfta bulunulmakta, buradan da “Evlendenin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir” ifadesini içeren 12. maddenin ikinci fıkrası gereğince uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Buna karşılık, çocuğun evlilik dışı doğmuş olması ihtimalinde ise 17. madde gereğince çocuk ile ana arasında ilişkilerde ananın milli hukuku, çocuk ile baba arasındaki ilişkilerde ise babanın milli hukuku uygulanacaktır.

Velâyete uygulanacak hukukun tespitinde kullanılabilecek bir diğer yöntem de bu meseleyi özel bir kanun hükmü ile düzenlememektir. Eğer velâyete ilişkin özel bir bağlama kuralı getirilmezse bu durumda velâyetin ilgili olduğu hukuki ilişkiye göre uygulanacak hukukun belirlenmesi söz konusu olacaktır. Velâyet ilişkisine ve velâyete ilişkin sorunlara uygulanacak hukuk bakımından 5718 sayılı MÖHUK'ta ise velâyete ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yeni kanunda velâyet, soybağının hükümleri kapsamında değerlendirilerek, 2675 sayılı MÖHUK'da olduğu gibi, müstakil bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Bu durumda velâyetin irtibatlı olduğu hukuki ilişkiye göre uygulanacak hukuk belirlenecektir. Bilindiği üzere velâyet, soybağı, boşanma ve evlât edinme¹⁸¹ ile yakından irtibatlıdır.

Çalışmamızın giriş bölümünde de ifade edildiği üzere, velâyetin soybağının hükümlerinden olduğu tartışmasızdır¹⁸² ve bu nedenle soybağına uygulanacak kanunlar ihtilâfi kurallarından hareketle bağlama noktasının tespiti gerekmektedir. 5718 sayılı MÖHUK'un 17. maddesinde soybağının hükümlerinin, soybağını kuran hukuka tâbi olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle de MÖHUK'un kanunlaşan metninin 17. maddesinin gerekçesinde “*velâyet*

¹⁸¹ Evlât edinme çalışmamızın kapsamı dışında bırakıldığından bu bölümde ayrıca ele alınmayacaktır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s.272-276; Çelikel, **a.g.e.**, s. 268-273; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 213-220; Rona Aybay, Esra Dardağan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)**, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 221-227; Doğan, **a.g.e.**, s. 252-258.

¹⁸² Soybağının hükümleri; velâyet, velâyetin kapsamı (ad ve soyadının konulması, çocuğun temsili, ana babanın çocuğun şahsı ve malları üzerindeki hak ve sorumlulukları), çocuğun evlilik birliğini temsil yetkisi, çocuğun korunması, velâyet hakkının kullanılması veya gereği gibi kullanılmamasının sonuçları, velâyetin kaldırılması, ana baba ile çocuğun karşılıklı görev ve yükümlülükleri, ana baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiler, çocuğa yapılan tıbbi müdahalelere izin verilmesi, çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması gibi konuları içermektedir. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 271-272; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 251; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 223; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 220; Doğan, **a.g.e.**, s. 251-252.

*soybağının bir hükmüdür ve şüphesiz soybağına uygulanan 16 ncı maddenin kapsamı içindedir*¹⁸³ açıklamasına yer verilmiştir¹⁸⁴. Açıklanan nedenle 5718 sayılı MÖHUK uyarınca velâyete uygulanacak hukukun tespitinde hareket noktası soybağına ilişkin hükümlerdir. Genel olarak velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk buna göre tespit edilecektir.

Velâyetin önem taşıdığı ve irtibatlı olduğu bir diğer hukuki mesele ise boşanmadır. Gerek soybağının hükümlerini gerekse evlât edinmenin hükümlerini düzenlerken, velâyet ilişkisinden açıkça söz etme gereği duymayan kanunkoyucu boşanmada velâyet hakkında açık bir hükme yer vermiştir. Buna göre MÖHUK'un 14. maddesinde boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunların boşanmaya uygulanacak hukuka tâbi olacağı açıkça belirlenmiştir. Bu nedenle boşanmada velâyet, boşanmaya uygulanacak hükümlere tabi olacaktır.

Açıklanan nedenle burada öncelikle soybağının hükümlerine uygulanacak hukuktan hareketle velâyete uygulanacak hukuk belirlenecek, bunun ardından boşanmada velâyete uygulanacak hukuk üzerinde durulacaktır.

2. Soybağına Uygulanacak Hükümlerden Hareketle Velâyete Uygulanacak Hukuk

Yabancılik unsuru taşıyan bir velâyet ilişkisine uygulanacak hukuk, 5718 sayılı MÖHUK'un "*Soybağının Hükümleri*"¹⁸⁵ başlıklı 17. maddesine

¹⁸³ MÖHUK tasarısının 16. maddesi kanunun yasalaşan metninin 17. maddesine karşılık geldiğinden gerekçede 16. maddeden söz edilmektedir. Oysa burada kasıt, soybağının hükümlerini düzenleyen 17. Maddedir (1/337 Esas no'lu Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, 10.07.2006 tarihinde TBMM Başkanlığı'na gelmesinin ardından, 47 sıra sayılı Esas Komisyon (Adalet Komisyonu) Raporu üzerine, 27.11.2007 tarihinde kabul edilerek kanunlaşmıştır).

¹⁸⁴ Velâyet hakkının sadece anne babaya (ve evlat edinene) tanınmış bir hak olması, yine velâyetin soybağına bağlı olduğu düşüncesinin bir gereği olarak kabul edilmektedir.

¹⁸⁵ 5718 sayılı MÖHUK'ta Türk Medeni Kanunu ile uyum amacıyla, 2675 sayılı MÖHUK'tan farklı olarak Arapça kökenli "*nesep*" kelimesi yerine "*soybağı*" ibaresi kullanılmıştır. Bu durumun kanunun Türkçeleştirilmesi açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmesi mümkündür.

göre belirlenecektir. Söz konusu madde gereğince; “*Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır*”. 5718 sayılı MÖHUK’un 17. maddesinde soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbi kılınarak, uygulanacak hukukta yersiz bölünmelerden kaçınılmış ve bütünlüğün sağlanması amaçlanmıştır¹⁸⁶.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, çocuk ile ana arasındaki soybağının doğumla; çocuk ile baba arasındaki soybağının ise ana babanın evlenmesi, tanıma ve hâkim kararıyla kurulabileceğini düzenlenmiştir. Ayrıca soybağı evlât edinme yoluyla da kurulabilir (TMK, m. 282). Burada dikkat edilmesi gereken nokta TMK’nin kabul ettiği esaslara uygun olarak 5718 sayılı MÖHUK’la çocuk ile ana baba ilişkileri açısından evlilik içi soybağı (sahih nesep) – evlilik dışı soybağı (gayri sahih nesep) ayrımı terk edilmiş olduğudur¹⁸⁷. Çünkü gerek nesebin düzeltilmesi gerek evlilik dışı nesep, soybağının kurulmasından ibarettir¹⁸⁸.

MÖHUK’un 16. maddesi düzenlemesiyle evlilik içi – evlilik dışı soybağı ayrımının kaldırılmasına ilişkin olarak, yabancı unsur taşıyan ilişkilerin iç hukuktan farklı özellikleri olduğunun göz ardı edilmekte olduğu, bu nedenle milletlerarası özel hukuka uygun bir düzenleme sayılamayacağı ileri sürülmüştür. Buna göre günümüzde hala düzgün soybağı – düzgün olmayan

¹⁸⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 257; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 220.

¹⁸⁷ Türkiye, evlilik dışı çocukların soybağının kurulmasına ilişkin olarak Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu (CIEC) tarafından hazırlanan dört sözleşmeye taraftır. Bunlar 10.09.1970 tarihli Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme (RG., 22.09.1975 - 15364), 12.09.1962 tarihli Meşru Olmayan Çocukların Ana Bakımından Nesebinin Tesisine Ait Sözleşme (RG., 11.10.1965 – 12123), 14.09.1961 tarihli Evlilik Dışı Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Sözleşme (RG., 17.10.1969 – 13329) ve 05.09.1980 tarihli Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşme’dir (RG., 07.07.1987 – 19510). Bahsi geçen sözleşmeler üzerinde tez çalışmamız ile doğrudan ilgili bulunmamaları nedeniyle durulmayacaktır. Sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 267-270; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 227-232; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 132-136.

¹⁸⁸ 5718 sayılı MÖHUK, 16. madde gerekçesi.

soybağı ayrımı yapan ülkeler bulunmaktadır ve bu nedenle burada iç hukuktan hareketle yapılan düzenleme yerinde değildir¹⁸⁹.

Bir diğer görüş ise, belirtilen hallerde, yani soybağının kurulmasında yetkili kılınan yabancı hukukun evlilik içi – evlilik dışı soybağı ayrımına sahip olması ve bunları farklı hükümlere tâbi tutması halinde nasıl hareket edilmesi gerektiği konusunda çözüm önermektedir¹⁹⁰. Böyle bir durumda çözüm getiren bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmadığından ve esas hedef çocuğun menfaati olduğundan, çocuk için onun lehine olan statünün dikkate alınması gerekir¹⁹¹. Öte yandan, bu durumun uygulanacak hukuk açısından herhangi bir sorun yaratmayacağı da haklı olarak ifade edilmiştir¹⁹². Gerçekten Türk hâkimi önündeki yabancı unsurlu soybağına ilişkin uyuşmazlık için uygulanacak hukuku tespit etmek üzere öncelikle¹⁹³ MÖHUK m. 17 hükmünü ele alacaktır. Anılan hükümle yetkili kılınan devlet hukuku, Türk hukuku dışında yabancı bir devlet hukuku ise yine MÖHUK m. 2 gereğince¹⁹⁴ yetkili kılınan bu hukuk düzeninin milletlerarası özel hukuk kurallarına başvurulması gerekmektedir.

Yetkili kılınan yabancı devletin milletlerarası özel hukuk kurallarında soybağının evlilik içi ve evlilik dışı olmasına göre farklı esaslardan tespit edilmesi halinde Türk hâkimi somut olayına uygun düşen bağlama kuralına göre uygulanacak hukuku araştıracaktır (*ilk aşama*). Bu araştırma neticesinde ilk ihtimal olarak, yetkili kılınan devlet bağlama kurallarıyla yine

¹⁸⁹ Doğan, **a.g.e.**, s. 248.

¹⁹⁰ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde evlilik dışı soybağı ilişkisine *lex foriyi* uygulayan ülkeler bulunmaktadır. İngiltere'de çocuk İngiltere'de doğmuş ise veya yabancı ülkede doğmuş olmakla beraber anne ve baba İngiliz vatandaşı ise İngiliz hukuku uygulanır. Alman hukukunda ise evlilik dışı çocuğun soybağına annenin çocuğun doğumu sırasında vatandaşı bulunduğu ülke hukuku uygulanır (Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 267).

¹⁹¹ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 266.

¹⁹² Tekinalp, **a.g.e.**, s. 212.

¹⁹³ Bu konuda Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla ve MÖHUK'un uygulandığı haller söz konusu olduğunda yukarıda belirtilen uygulama ihtimal dâhilindedir.

¹⁹⁴ MÖHUK m. 2/3 gereğince, “*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır*”. Soybağı ve velâyet meseleleri de aile hukukuna ilişkin olduğuna göre uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK m. 2/3 hükmünün dikkate alınması icap edecektir. Kanunlar ihtilâfı hukukunda atıf hakkında bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 147-162; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 147-162; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 154-172; Doğan, **a.g.e.**, s.142-151.

bu devlet hukukunun uygulanması öngörülebilir. İkinci bir ihtimal ise yetkili kılınan devlet bağlama kurallarıyla Türk hukukunun veya üçüncü bir devlet hukukunun yetkili kılınmasıdır (*atıf*). Bu durumda Türk hâkimi Türk hukukunun veya üçüncü devletin önündeki uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk hükümlerini uygulamakla yükümlüdür (*ikinci aşama*). Gerek bu aşamada gerek ilk aşamada soybağı konusunda Türk hukukundan farklı düzenlemelerle karşılaşılması herhangi bir sorun yaratmayacaktır. Aslında konu sadece bağlama kuralının ve yabancı hukukun uygulanmasına ilişkindir.

a. Soybağına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ana Kural: Soybağını Kuran Hukuk

MÖHUK'un 17. maddesinin soybağının hükümlerine ilişkin düzenlemesinin sonucu olarak velâyete uygulanacak hukuk, soybağını kuran hukuku düzenleyen 16. madde gereğince tespit edilecektir. 5718 sayılı MÖHUK'un 16. maddesine göre; "*Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur*". Soybağı bu bağlama kurallarından hangisi uygulanarak kurulmuşsa, velâyete de o hukuk uygulanacaktır.

Soybağı konusunda milletlerarası yaklaşım çocuğun üstün menfaatinin ve buna bağlı olarak da hukukun esas alınmasından yanadır¹⁹⁵. Soybağının kurulması hakkında öngörülen bağlama kurallarının esas amacı, çocuk ile ana baba arasındaki soybağının kurulması ve bu suretle çocuğun

¹⁹⁵ 5718 sayılı MÖHUK, 16. madde gerekçesi (Tasarının 15. maddesi kanunlaşan metnin 16. maddesine karşılık gelmektedir).

mağduriyetinin bertaraf edilmesidir¹⁹⁶. Söz konusu düzenleme ile çocuğun soybağının kurulmasındaki menfaati göz önünde bulundurulmuştur.

MÖHUK'un 16. maddesindeki bağlama kuralında soybağının kurulmasını sağlamak amacıyla birden fazla bağlama noktasına yer verilmiştir. Bu bağlama kuralının türü konusunda doktrinde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, soybağının kuruluşuna uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralı basamaklı¹⁹⁷; diğer bir görüşe göre ise ihtiyari¹⁹⁸ bağlama kuralıdır.

MÖHUK'un 16. maddesindeki düzenlemenin ihtiyari bir bağlama kuralı olduğu görüşünü savunan yazarlara göre, maddenin ifade şeklinden hareket edildiğinde, kanunun soybağının kurulmasına uygulanacak hukuku belirlerken, “*subsidiär*” yani önceki yetkili hukukta soybağına ilişkin hüküm yoksa sırasıyla uygulanması gereken hukukları gösteren bir sistemi kabul etmiş olduğunu söylemek mümkündür¹⁹⁹. Buna karşılık hükmün esas amacının çocuğun soybağı lehine uygun hükümler taşıyan hukuka bağlanmak olduğu gerçeği dikkate alındığında, kanunun, maddi hukuka ait bir sonucun elde edilmesi amacıyla “*ihiyari*” bağlama kuralı getirildiği sonucuna varılmaktadır. Yani bu görüş gereğince çocuk lehine uygun olan hukukun seçilmesine imkân veren bir bağlama kuralı getirilmiştir.

MÖHUK'un 16. maddesindeki bağlama kuralının niteliğini tespit ederken madde metnine ağırlık veren görüşün kabulü gerekmektedir. Kanaatimizce hüküm, basamaklı bir bağlama kuralı getirmektedir. Zira hükümde yer alan bağlama noktaları ancak bir önceki bağlama noktasından hareketle soybağının kurulamıyor olması şartına bağlanmıştır. Ayrıca söz konusu hükmün gerekçesinde de bu kuralın basamaklı bir bağlama kuralı olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle de, her ne kadar hükmün ihtiyari bağlama

¹⁹⁶ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 267-270; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 149; Öztekin Gelgel, **a.g.m.**, s. 121.

¹⁹⁷ MÖHUK'un 16. maddesinde basamaklı bir bağlama kuralı getirildiği hakkında bkz. Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 257; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 210; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 218; Doğan, **a.g.e.**, s. 249; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 149.

¹⁹⁸ İhtiyari bağlanma görüşü hakkında bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 266.

¹⁹⁹ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 265-266.

kuralı olarak kabulü çocuk lehine olacak ise de, maddenin açık ifadesi karşısında bu yöndeki görüşe katılmak mümkün olmamaktadır.

MÖHUK m. 16'da soybağının kuruluşunda kullanılan bağlama noktaları şunlardır: 1. Çocuğun vatandaşlığı, 2. Çocuğun mutad meskeni, 3. Ana veya babanın vatandaşlıkları, 4. Ana babanın müşterek mutad meskeni, 5. Çocuğun doğum yeri. Tüm bu bağlama noktaları dikkate alınmasına rağmen çocuk ile ana ve/veya baba arasında soybağı kurulamıyorsa çocuğun ana ve babası ile soybağı kurulamamış bir çocuk olacaktır²⁰⁰. Buna karşılık soybağının hükümlerin uygulanacak hukukun tespitinde bu bağlama kurallarının yanı sıra birtakım istisna kurallarına da yer verilmiştir: müşterek milli hukuk ve müşterek mutad mesken hukuku. Bu durumda velâyetle ilgili hususlarda belirtilen bağlama noktalarına göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir.

(1) Çocuğun Doğum Anındaki Milli Hukuku

MÖHUK, soybağının kuruluşunu tespit konusunda kullandığı ilk bağlama noktası, çocuğun vatandaşlığıdır. MÖHUK'a göre soybağı çocuğun doğum anındaki milli hukukuna göre tespit edilmelidir. Görüldüğü üzere, düzenlemeyle bağlama noktası sabitlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle çocuk sonradan vatandaşlık değiştirmiş ya da yeni bir vatandaşlık kazanmış olsa dâhi, uygulanacak hukukun tespitinde doğum anındaki milli hukuku dikkate alınacaktır.

Soybağının kurulmasının çocuğun milli hukukuna bağlanması, çocuğun doğumu anındaki vatandaşlıkta çoğunlukla çocuğun anne ve babasının belirleyici olduğu dikkate alındığında, fazla bir yararı olmayacağı düşüncesiyle eleştirilmektedir²⁰¹. Söz konusu görüşe göre, çocuğun Türk vatandaşı ya da yabancı bir devlet vatandaşı olmasına göre farklı bir

²⁰⁰ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 265; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 256.

²⁰¹ Bu görüş için bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 264.

hukukun uygulanması sonucunu doğuran böyle bir bağlama kuralı Türk kanunlar ihtilâfı sistemine de yabancıdır²⁰². Diğer bir görüşe göre ise çocuğun milli hukukunun anaya, babaya veya doğum yeri esasına göre belirlenmesinin bir önemi bulunmamaktadır²⁰³. Zira burada amaçlanan soybağı açısından hukukî durumu en çok etkilenecek varlık olan “çocuk” esas alınarak bir bağlama noktası oluşturmaktır.

Gerçekten de ülkemizde ve çoğu ülkede çocuğun vatandaşlığının soybağına göre belirlendiği dikkate alındığında bahsi geçen hüküm pratikte ana babanın milli hukukuna bağlanma kriterine dönüşmektedir. Söz konusu düzenlemenin ancak, vatandaşlığın kazanılmasında doğum yeri esasını kabul eden Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde dünyaya gelen çocuklar açısından anne babanın vatansız olması yahut vatandaşlıkta doğum yeri esasını belirlemiş bir ülke vatandaşı olması durumlarında pratik bir değer ifade etmesi mümkün olabilir.

(2) Çocuğun Mutad Meskeni Hukuku

MÖHUK’un 16. maddesine göre soybağının kuruluşu, çocuğun milli hukukuna göre mümkün olmazsa çocuğun mutad meskeni hukukuna tabi olmalıdır. Bu konuda muhtelif ihtimaller gündeme gelebilir. Çocuğun milli hukuku tespit edilmiyor veya çocuğun milli hukuku uyarınca soybağı kurulamıyor olabilir. Zira çocuğun doğumu anında vatansız olması yani bir milli hukukunun bulunmaması durumu ile karşı karşıya kalınması mümkündür. Ana babanın vatansız olması ya da ana babanın milli hukukuna göre çocuğun doğumla vatandaşlık kazanamaması gibi hallerde çocuğun bir milli hukukunun varlığından söz edilemeyecektir. İşte bu ihtimalde ve çocuğun milli hukuku tespit edilebilmekle beraber bu hukuka göre çocukla

²⁰² Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 264.

²⁰³ Bu görüş için bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 210.

ebeveyni arasında soybağının kurulamaması halinde başka bağlama noktalarına ihtiyaç bulunmaktadır.

Soybağının kurulması hakkında ve dolayısıyla soybağının hükümlerinden olan velâyet hakkında ikinci sırada uygulanacak hukuk çocuğun mutad meskenidir. Zira 16. maddenin ilk cümlesinde “*Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir*” hükmü yer almaktadır. Burada tespiti gereken husus hangi andaki mutad meskenin dikkate alınacağıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere ilk sırada başvurulacak bağlama noktası olan milli hukuk hakkında açıkça “*doğum anındaki*” milli hukuk denilmekle kural sabitlenmiştir. Acaba “*doğum anı*”, mutad mesken bağlama noktası için de geçerli midir? Bu konuda da doktrinde farklı yorumlar söz konusudur. Bir görüş, 16. maddenin ilk cümlesindeki “*doğum anı*” ifadesinin ikinci bağlama noktasını da kapsadığını kabul etmektedir²⁰⁴. Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları çocuğun doğum anında henüz bir mutad meskene sahip olamayacağı gerçeğinden hareketle, bağlama noktasını uygulama kabiliyetinden yoksun bularak eleştirmektedir²⁰⁵. Gerçekten de çocuğun doğum anında bağımsız bir mutad meskene sahip olması teorik ve pratik açıdan mümkün görünmemektedir. Yine bu görüş gereğince ilgili hükümde genel olarak “*doğum anı*” esasının kabul edilmesinin velâyet gibi soybağının hükümleri açısından (doğum sonrası gündeme gelebilecek hususlar bakımından) isabetli olmadığı hususu da ilave edilmektedir²⁰⁶. Bir başka ifade ile, MÖHUK m. 16 düzenlemesinin yerinde olmadığı ileri sürülmektedir.

Doğum anının mutad mesken bağlama noktasını da kapsadığını ifade eden görüşe katılan ancak bunu isabetli bulan görüş gereğince ise çocuğun mutad ya da milli meskeni hukukunun anaya, babaya veya doğum yerine

²⁰⁴ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 264; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 210; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 220.

²⁰⁵ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 264; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 210.

²⁰⁶ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 272. Anılan yazara göre, ana, baba ve çocuk ilişkilerini düzenleyen hukukun, doğum anına bağlı olmaksızın, soybağını düzenleyen hukuka tâbi tutulması gerekli ve uygun olacaktır.

göre belirlenmesi önemli değildir²⁰⁷. Kanun düzenlemesiyle yapılmak istenen soybağı açısından hukukî durumdan en çok etkilenecek varlık olan çocuk esas alınarak bir bağlama noktası oluşturulmasıdır.

Bizim de katıldığımız diğer görüş gereğince ise 16. madde düzenlemesinde yer alan “*doğum anındaki*” ifadesinin mutad mesken bağlama noktasını kapsamadığı kabul edilmektedir. Bu durumda mutad meskene ilişkin bağlama noktası değişkendir ve MÖHUK m. 3 uyarınca “*dava tarihindeki*” mutad mesken esas alınmalıdır²⁰⁸. Aslında bu sonuca maddenin tümü dikkate alındığında da varılabileceği düşünülmektedir. Söz konusu 16. maddede kullanılan bağlama noktaları sabitlenmek istendiğinde bu açıkça belirtilmiştir.

Daha önce de incelendiği üzere²⁰⁹, mutad mesken hukukî değil fiilî bir kavramdır. Bu nedenle MÖHUK 16/1. maddesi düzenlemesinden “*çocuğun doğum anındaki mutad meskeni*” anlamı çıkarılması, kavramın niteliği ile örtüşmeyecektir. Bu nedenle çocuğun davanın açıldığı tarihteki mutad meskeninin, bağlama noktası olarak dikkate alınması, kanunun soybağının kurulması amacı da dikkate alındığında daha uygun olacaktır. Ayrıca bu çözüm kabul edildiğinde başka hususlar bakımından da daha elverişli sonuçlara ulaşılabilecektir. Bilindiği üzere, soybağının kurulmasında, çocuğun belirli bir yaşta olması şartı aranmadığından, çocuğun dava tarihinde ana babadan bağımsız bir mutad mesken edinebilecek yaşta olması mümkündür²¹⁰. Bu halde çocuğun davanın açıldığı andaki mutad meskeni hukukuna göre uygulanacak hukuk belirlenmelidir.

²⁰⁷ Bu görüş için bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 210.

²⁰⁸ Bu görüş için bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 249-250; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 122-123;

²⁰⁹ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, I/C-1.

²¹⁰ Doğan, **a.g.e.**, s. 250.

(3) Ana veya Babanın Milli Hukuku

Çocuğun doğum anındaki milli hukuku ve mutad meskeni hukukuna göre soybağının kuruluşuna uygulanacak hukukun tespiti mümkün değilse soybağının kurulması amacını gerçekleştirmek amacıyla diğer basamakta ana veya babanın milli hukuku bağlama kuralına yer verilmiştir. Ana veya babanın milli hukukunun tespitinde çocuğun “*doğum anının*” esas alınacağı MÖHUK’un 16/1. maddesinin ikinci cümlesinde açıkça belirtilmiştir.

MÖHUK’un 16/1. maddesinin ikinci cümlesinde “*ana veya babanın*” çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarından söz edilmektedir. Düzenlemeden anlaşılacağı üzere ana ve babanın ayrı vatandaşlıklara sahip olması halinde, bu hukuklardan hangisi çocuğun soybağını kurmaya elverişli ise, soybağının kurulmasına da o hukuk uygulanacaktır. Görüldüğü üzere 16. maddenin ikinci cümlesi, bu ihtimalde ihtiyari bir bağlama kuralı haline gelmektedir.

(4) Ana ve Babanın Müşterek Mutad Meskeni Hukuku

Soybağının yukarıda sayılan bağlama noktalarına göre tesis edilememesi halinde ana ve babanın çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukuku araştırılmalıdır. Ana ve babanın müşterek mutad meskeninin tespitinde çocuğun doğum anının esas alınacağı maddede yine açıkça düzenlenmiştir. Ana veya babanın vatandaşlığı bağlama noktasından farklı olarak bu kez bunlardan herhangi birinin mutad meskenine bağlanma kabul edilmemiş, ana ve babanın müşterek mutad meskenin bulunması halinde uygulanabilecek bir bağlama kuralı getirilmiştir.

(5) Çocuğun Doğum Yeri Hukuku

Soybağının kurulmasına ve hükümlerine uygulanacak hukukun tespitinde yukarıda yer verilen tüm bağlama noktaları dikkate alındığında dâhi soybağının kurulamamış olması halinde son sırada uygulanacak hukuk çocuğun doğum yeri hukukudur. Soybağının kurulmasını düzenleyen 16. maddede çocuğun doğum yeri hukukuna, diğer ihtimallere rağmen soybağının kurulamaması olasılığında ve son sırada yer verilmiş olmasının isabetli bir tercih olduğunu söylemek mümkündür. Zira doğum yeri, çoğu kez tesadüfî olarak ortaya çıkmakta ve bunun sonucu olarak gerek çocuk gerekse ana baba açısından herhangi bir değer ifade etmemektedir. Buna karşılık, çocuğun yüksek yararını soybağının kurulmasında gören kanunkoyucu çoğu kez tesadüfî olarak ortaya çıkan bu bağlama noktasına dahi başvurma konusunda haklı bir ihtiyaç hissetmiştir.

b. İstisnai Haller

5718 sayılı MÖHUK'un soybağının hükümlerine uygulanacak hukuku düzenleyen 17. maddesinde “*Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbidir*” düzenlemesine yer verildikten sonra “*Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır*” hükmü getirilmiştir. 17. maddenin ikinci cümlesi bir istisna kuralı niteliğindedir. Buna göre soybağının hükümleri soybağını kuran hukuka tâbi olmakla birlikte, istisna niteliğindeki hallerin varlığı halinde bu istisna kuralları öncelikli olarak uygulanacaktır. Bir diğer deyişle ana, baba ve çocuğa ait müşterek bir milli hukuk ya da müşterek bir mutad mesken hukuku yoksa, ancak o zaman soybağının kurulmasına ilişkin basamaklı kurala müracaat edilecektir.

Soybağının hükümlerinin, soybağının kurulmasından farklı olarak uzun yıllar süren bir aile hukuku ilişkisini düzenlemesi nedeniyle sonradan ana,

baba ve çocuğun müşterek milli hukuklarının oluşması halinde buna tâbi tutulması şahıs menfaatleri açısından daha uygun bir tercih olarak değerlendirilmiştir²¹¹. Soybağının hükümlerini düzenleyen 17. maddenin gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir; “*Soybağının kuruluşundan sonra, kuruluşa hangi hukuk uygulanmış olursa olsun ailenin, müşterek milli hukukunun bulunması halinde müşterek milli hukuk, bulunmadığı takdirde, eğer müşterek mutad mesken varsa soybağının hükümlerine o hukuk uygulanarak aile içi ilişkilerde uygulanan hukukta bütünlüğün sağlanması tercih edilmiştir. Söz konusu tercihte özellikle, soybağının doğum yeri esasına göre kurulması halinde bu yerin çok tesadüfi olması da dikkate alınmıştır*”. Buna karşılık ifade etmek gerekir ki, özellikle evlilik dışı soybağının söz konusu olduğu hallerde aile içi ilişkilere uygulanan hukukta bütünlük sağlanması bir amacın varlığından söz edilmesi mümkün değildir.

(1) Ana, Baba ve Çocuğun Müşterek Milli Hukuku

Soybağının hükümlerine ve bunun içinde velâyete uygulanacak hukukun tespitinde ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa öncelikle başvurulacak bağlanma noktası bu olacaktır. Soybağının kurulmasından sonra, hükümlerine uygulanacak hukukun sabit nitelikli bağlama kuralı olarak düzenlenmemiş olduğunu söylemek mümkündür²¹². Buna göre müşterek milli hukukun tespiti anına ilişkin olarak MÖHUK’un 17. maddesinde ayrıca ve açıkça bir düzenlemeye yer verilmediğinden MÖHUK’un 3. maddesi gereğince davanın açıldığı tarih esas alınacaktır.

Ana, baba ve çocuğun müşterek vatandaşlığa sahip olması durumunda kuralın uygulanmasında netlik söz konusudur. Buna karşılık ana, baba ve çocuğun birden fazla vatandaşlıkları bulunuyorsa, bu durumda MÖHUK’un 4. maddesi uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK’un “*Vatandaşlık*

²¹¹ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 125.

²¹² Doğan, **a.g.e.**, s. 252.

Esasına Göre Yetkili Hukuk” başlıklı 4. maddesine göre; birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku; birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku uygulanır. Buna göre, ana, baba veya çocuktan herhangi biri aynı zamanda Türk vatandaşı ise 4. maddenin 1/b bendi gereğince uygulanacak hukukun tespitinde bu kişinin Türk vatandaşlığının dikkate alınması gerekecektir. Bu nedenle anne veya babadan birinin ortak bir yabancı vatandaşlığa sahip olması durumunda bunlardan herhangi biri aynı zamanda Türk vatandaşı ise çocuk da soybağı esasına göre hem yabancı devlet vatandaşı hem de Türk vatandaşı olacağından her üçünün de müşterek milli hukuku değil, Türk hukuku uygulanacaktır²¹³.

(2) Ana, Baba ve Çocuğun Müşterek Mutad Mesken Hukuku

MÖHUK’un 17. maddesinde soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk tespit edilirken ana, baba ve çocuğun müşterek mutad meskeni hukuku uygulanacak bir diğer istisna kuralıdır. Şüphesiz, ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunmaması halinde, müşterek mutad mesken hukukuna bağlanılacaktır.

Ana, baba çocuğun müşterek mutad meskeninin tespitinde yine bir sabit bağlama kuralına yer verilmemiştir. Bu nedenle uygulanacak hukuk MÖHUK’un 3. maddesi gereğince davanın açıldığı tarihteki müşterek mutad meskene göre tespit edilecektir.

²¹³ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 148-149.

2. Boşanmada Velâyete Uygulanacak Hukuk

Türk Medeni Kanunu'nun 182/1. maddesine göre; *“Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler”*. Bununla birlikte TMK'nin 336/2. maddesi gereğince *“Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir”*. Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında hukukumuzda hâkim, boşanma ve ayrılık halinde çocukların velâyeti hakkında bir karar vermek zorundadır²¹⁴.

2675 sayılı mülga MÖHUK'un *“Boşanmada Velâyet”* başlıklı 20. maddesinde *“Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar hakkında boşanmanın tabi olduğu hukuk uygulanır”* şeklinde bir düzenleme getirilmiş ve *“Boşanma ve Ayrılık”* başlıklı 13. maddesinde; *“Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir.*

Eşler ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek ikametgâh hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır” düzenlemesine yer verilmiştir.

MÖHUK'un 14. maddesi yalnızca *“Boşanma ve Ayrılık”* başlığını taşımaktadır. Burada yalnızca boşanma ve ayrılıktan bahsedilmiş ise de, 14. maddenin kapsamına giren evliliği sona erdiren evliliğin iptali, evliliğin butlanına karar verilmesi, ölüm ya da gaiplik gibi diğer hallerde de velâyetin düzenlenmesi boşanmaya uygulanacak hukuka tâbidir²¹⁵.

²¹⁴ Doğan, **a.g.e.**, s. 244.

²¹⁵ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 150; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 244. MÖHUK'un 14. maddesinin uygulama alanı yalnızca evliliği sona erdiren hallerle de sınırlı değildir. İnceleme konumuz olan boşanmada velâyete uygulanacak hukuk söz konusu maddeye göre belirleneceği gibi, yoksulluk nafakası, iştirak nafakası, maddi ve manevi tazminat, kadının kocasının soyadını taşımaya devam edip etmeyeceği gibi boşanmanın fer'i niteliğindeki talep ve konular hakkında da bu bağlama noktasına uygulanacaktır. Diğer yandan boşanma kararı ile birlikte boşanma sonucunda velâyetin eşlerden hangisine ait olacağına belirlenmesi de yeterli değildir. Davaya bakan mahkemenin, ayrıca diğer eş ile çocuk arasında, çocuğun yararı doğrultusunda bir kişisel ilişki tesisi hakkında da bir karar vermesi

MÖHUK'un 14. madde düzenlemesi gereğince, boşanma sonucunda çocuğun velâyetinin eşlerden hangisine bırakılacağı konusunda boşanmaya uygulanacak hukuk esas alınacaktır. Buna göre uygulanacak hukuk, eşlerin müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde müşterek mutad mesken hukuku, bu da yoksa Türk hukuku olacaktır. Buradaki Türk Hukukunun uygulanması esası kamu düzeni fikrinden kaynaklanmamakta, olayı nihaî olarak çözecek bir hukuk olarak devreye girmektedir²¹⁶.

Boşanma davası açıldığında boşanmaya ve velâyete hangi andaki müşterek milli hukuk ya da mutad mesken hukukunun uygulanacağı tespiti gereken bir başka husustur. Zira kural değişkendir, herhangi bir an esas alınarak sabitlenmemiştir. Dolayısıyla genel kural uyarınca dava açıldığı andaki müşterek milli hukuk veya müşterek mutad mesken hukuku esas alınacaktır. (MÖHUK m. 3).

4. Velâyete Uygulanacak Hukuk ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi

a. Kamu Düzenine Aykırılık Kavramı ve Velâyet

Kural olarak, kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili hukukun hâkim tarafından uyuşmazlığa re'sen uygulanması gerekir (MÖHUK m. 2/1). Somut olaya uygulanması gereken yabancı hukuk hâkimin mensup olduğu devletin kamu düzenini bozmamalıdır. Aksi halde yeni yetkili yabancı hukukun uygulanması hâkimin mensubu olduğu devletin kamu düzenine aykırılık teşkil

gerekmektedir (TMK m. 182/2). Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve birçok Sözleşmede mevcut olan kişisel ilişki kurma hakkının kurulma şartı Yargıtay uygulaması çerçevesinde çocuğun yararı ilkesi ile bağlantılıdır (Y. 2. HD 2003/5521 E., 2003/8457 K. sayılı ve 09.06.2003 tarihli kararı ve Y. 2.HD, 2001/16164 E., 2001/17696 K. sayılı ve 13.12.2001 tarihli kararı) (Adalet Bakanlığı UHDİGM Sözleşmeye ilişkin Karar Örnekleri).

²¹⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 157.

ediyorsa, yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilir. Böyle bir durumda kamu düzeni müdahalesinden söz edilecektir²¹⁷.

“Kamu düzenine aykırılık” kavramının tam olarak bir tanımını yapmak ve sınırlarını belirlemek mümkün değildir. Çünkü “kamu düzenine aykırılık” zamana ve yere göre değişen, esnek bir kavramdır²¹⁸. Uygulanması hâkimin Türk hukukunun temel değerleri ile bağdaşmayan, tahammül edilemez sonuçlar doğuran yabancı kanunun uygulanmasına kamu düzenine aykırılık nedeniyle müdahale edilmesi kabul edilmektedir²¹⁹.

Yabancı hukukun uygulanmasında Türk hukukunun temel değerleri ile bağdaşmama ya da tahammül edilemez sonuçlar doğurma gibi kavramlardan ne anlaşılması gerektiğini saptamak kolay değildir. Türk hukukunun temel prensiplerine, toplumun ahlâk anlayışına, anayasal hak ve özgürlüklere aykırı yabancı kanun hükümlerinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir²²⁰. Her somut olayda hangi hallerin kamu düzenine aykırılık oluşturacağı hâkim tarafından takdir edilecektir.

2675 sayılı mülga MÖHUK'ta da aynen yer alan (m. 5), 5718 sayılı MÖHUK'un 5. maddesinde yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hükmün uygulanmaması; gerekli görülen hallerde, Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeyle Türk hukukunda kamu düzenine aykırılığın istisnai niteliği kabul edilmiş ve kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olması gerektiği vurgulanmıştır. Kural olarak, hâkim kendi hukuk düzenindeki kurallardan farklı olsa bile yabancı kanun hükümlerini uygulamakla görevlidir. Zira Devletler Özel Hukuku'nun varlık nedeni, ulusal hukuk sistemlerinin farklı değerleri yansıtan kurallar içermesidir²²¹.

²¹⁷ Kamu düzenine aykırılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 163-186; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 148-163; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 124-137; Doğan, **a.g.e.**, s. 168-178.

²¹⁸ Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 125; Doğan, **a.g.e.**, s.107.

²¹⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 156; Doğan, **a.g.e.**, s. 172.

²²⁰ Bu konuda bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 167; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 162; Doğan, **a.g.e.**, s. 174.

²²¹ Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 126.

Yetkili kılınan yabancı hukuk, ancak Türk kamu düzenini açıkça aykırı olduğu ölçüde kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılacaktır²²². Kamu düzeni müdahalesinde dikkat edilmesi gereken nokta kamu düzeninin istisnai niteliğidir. Buna göre yetkili yabancı hukukun uygulanması asıl, kamu düzeni müdahalesi ise istisnadır²²³. Bu nedenle kamu düzenine aykırılık saptaması yapılırken gerekli titizlik ve özenin sergilenmesi gerekir.

Kamu düzenine aykırılığın etkileri olumlu ve olumsuz olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır²²⁴. Kamu düzenine aykırılık oluşturan yetkili yabancı hukuku uygulanmasından vazgeçilir. Bu kamu düzeninin olumsuz etkisidir. MÖHUK'un 5. maddesinde kamu düzeninin olumsuz etkisini ortaya çıkaran kuralın sonunda *“gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır”* ifadesine yer verilmiştir²²⁵. Bu durumda kamu düzeninin önce olumsuz sonra olumlu etkisi ortaya çıkmaktadır. Yetkili yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzeni nedeniyle engellenmesinde olumsuz etki, bunun yerine o ilişkiyi düzenlemek açısından bir hukukun uygulanması gerekli ise Türk hukukunun uygulanmasında olumlu etki ortaya çıkacaktır²²⁶.

Velâyet ile ilgili uyuşmazlıklarda yetkili kılınan yabancı kanunun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi mümkündür. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus yabancı hukukun Türk hukukuna uygun bir düzenlemeye yer vermemiş olmasının değil, Türk kamu düzenine *“açıkça”* aykırılığın söz konusu hükmün uygulanmasının önüne geçmesidir. Burada hâkim, yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine tahammül edilemeyecek derecede bir aykırılık oluşturup oluşturmadığını denetleyecektir²²⁷.

²²² Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 165 vd.; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 157-158.

²²³ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 160; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 151; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 126.

²²⁴ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 169; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 157; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 129; Doğan, **a.g.e.**, s. 171-172; Ruhi, Kaplan, **a.g.e.**, s. 645.

²²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 160, 171; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 156-158.

²²⁶ Kamu düzenine aykırılık teşkil eden hükmün uygulanmaması halinde hangi hukuk düzenine müracaat edileceğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Söz konusu görüşler hakkında bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 169 vd.

²²⁷ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 178; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 151; Doğan, **a.g.e.**, s. 172-173.

Velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda Türk kamu düzenine aykırılık gösterebilecek durumlara örnek olarak; çocuğun terbiyesi kapsamında yabancı hukukun anan babaya çocuğa fiziksel ve/veya psikolojik şiddet uygulama izni vermesi, velâyetin çocuğun yararı dikkate alınmaksızın belirli bir dine mensup olma gibi şartlarla eşlerden birine verilmesi, çocukla ilgili kararların verilmesinde ana babanın oyuna mutlak üstünlük tanınması gibi durumlar gösterilmektedir²²⁸. Ancak kamu düzenine aykırılığın tespitinde incelenmesi gereken husus velâyete hükmedilmesi durumunda bu hakkın ne şekilde kullanılacağı yönünde hükümler içeren kurallar değil, velâyetin tesisinde, değiştirilmesinde ya da kaldırılmasında uygulanacak olan kurallardır. Velâyetin ana veya babadan herhangi birine bırakılması durumunda onun hukukunun velâyet ile birlikte nasıl haklar getireceği ayrı bir inceleme konusudur. Velâyete ilişkin bir davada uygulanacak yabancı hukukun velâyet hakkının kullanılmasına ilişkin hükümleri, ancak somut olayda hâkimin önüne gelen davada verdiği kararı etkileyici nitelikte ise kamu düzeninin müdahalesinden söz edilmelidir.

Yetkili hukuk olarak karşımıza çıkabilecek, İslâm Hukukunun geçerli olduğu ülke hukuklarında, boşanmadan sonra çocuğun velâyetinin çocuğun menfaati dikkate alınmaksızın prensip olarak kanunen babaya ait olması söz konusu olsa da, bu düzenlemenin bir Türk mahkemesinde asla uygulanamayacağı şeklinde bir çözümün kabul edilemeyeceği öne sürülmüştür²²⁹. Buna göre ancak kuvvetli bir ülke ilişkisi mevcutsa, çocuğun kişilik hakkının gelişmesine ilişkin temel hakkının ihlâli ve dolayısıyla Türk kamu düzeninin müdahalesinden söz etmek gerekir. Buna karşılık, velâyete ilişkin karar veren bir Türk mahkemesinin söz konusu yabancı hukuk kuralının Türk kamu düzenine açık aykırılığı nedeniyle uygulamaması gerektiğini ifade etmek kanımızca daha isabetli olacaktır. Zira çocuğun yararı, çocuğun yaşı, içinde bulunduğu ortam, ana babanın kişisel durumu, ana babanın velâyeti talep edip etmedikleri gibi tüm sübjektif unsurlar bertaraf

²²⁸ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 156.

²²⁹ Bu görüş için bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 176.

edilerek, doğrudan babaya velâyet bırakılması toplumumuzun temel değerleriyle ters düşer nitelikte olacaktır.

Burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, velâyete hâkim ilkelere olan çocuğun yararı ilkesi de, bir üst norm olarak velâyete ilişkin yabancı unsurlu davalarda kamu düzeninin müdahalesini gerektiren en önemli noktalardandır²³⁰. Velâyete uygulanacak hukukun hükümlerinin ana baba ile çocuk arasındaki çıkar dengesinde ana babanın çıkarlarına öncelik tanınması durumunda, kamu düzenine aykırı bir durumun varlığından söz edilecektir.

Velâyete uygulanacak hukuka kamu düzeninin müdahalesinde önem taşıyan hususlardan biri de boşanma halinde velâyetin ana babaya müştereken bırakılmasını düzenleyen bir yabancı hukukun yetkili olması halidir. Bu yöndeki kararın yabancı bir ülke mahkemesinde verilmiş olması halinde Yargıtay, Türk kamu düzenine aykırılıktan bahisle tenfiz davalarının reddedilmesi gereği üzerinde durmaktadır²³¹. Aynı durumun müşterek velâyeti öngören yabancı hukukun yetkili olması halinde de ortaya çıkacağını belirtmek gerekmektedir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin ihlâl edilmesi halinde kamu düzeninin açıkça ihlâl edildiğinden söz edilebilir.

Şüphesiz velâyete ilişkin düzenlemeler toplumun değer yargıları göz önüne alınarak yapılmaktadır. Boşanma halinde velâyetin ana babaya birlikte bırakılması halinde, velâyete ilişkin düzenlemelerin emredici niteliği ve iç maddi hukuk alanında kamu düzeninden görülmesi, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeninin müdahalesi için yeterli görülmemekle birlikte, müşterek velâyet Türk toplumun temel değerleri ile uyuşmadığından kamu düzeninin müdahalesinin kabul edilmesinin isabetli olacağı belirtilmiştir²³². Bu halde hâkim, ana babaya evliliğin sona ermesine rağmen birlikte velâyetin verilmesini düzenleyen yabancı hukuk hükmünü değil, Türk hukukunu uygulamalıdır.

²³⁰ Huysal, **a.g.e.**, s. 158.

²³¹ Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, III/B-3.

²³² Doğan, **a.g.e.**, s. 245-246.

b. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Milletlerarası özel hukuk kuralları maddi çözüm getirmeyen, ancak yetkili hukuku gösteren kurallar olarak ifade edilmektedir²³³. Yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olaylar söz konusu olduğunda milletlerarası özel hukuk kuralları gereğince yetkili hukuk, hâkimin hukuku olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir. Ayrıca bir hukuk düzeninde “doğrudan uygulanan kurallar”, “müdahaleci kurallar” veya “emredici kurallar” olarak adlandırılan kurallar ile karşılaşılması mümkündür. Doğrudan uygulanan kurallar, bir hukuk düzeninde toplumun siyasal, sosyal ve ekonomik yapısına, genel ahlâk anlayışına ilişkin olarak getirilmiş emredici nitelikte kurallardır²³⁴. Bu nedenle söz konusu emredici kurallar, düzenleme alanlarına giren yabancı unsur içerir ya da içermesin, düzenleme alanına giren bütün olaylar hakkında uygulanırlar²³⁵.

Hukukumuzda mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta bu konuda herhangi bir düzenleme yer almamıştır. 5718 sayılı MÖHUK tasarısında ise doğrudan uygulanan kurallara dair hüküm bulunmamakla beraber daha sonra Kanuna eklenmiştir²³⁶. 5718 sayılı MÖHUK'un “*Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları*” başlıklı 6. maddesine göre, “*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.*”

Türk hukukunda velâyet ile ilgili hükümlerin emredici nitelikte olduğu şüphesizdir. Bu nedenle kimi yargı kararlarında Türk hukukunun emredici hükümleri, açıkça belirtilmese de, doğrudan uygulanan kurallar gibi

²³³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 153; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 144.

²³⁴ Söz konusu kurallar hakkında bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 63; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 154; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 55, 361; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 141-147.

²³⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 156; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 141.

²³⁶ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (Erişim, 21.04.2011).

yorumlanmıştır. Ancak ne var ki yine böyle yorumun yapıldığı kararlarda bu nitelimenin sonucu bağlama kurallarına başvurulmaksızın ilgili kanun hükümlerinin uygulanması gerekirken kamu düzenine aykırılığı düzenleyen hükme dayanılmıştır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Alman ananın, Alman baba aleyhine Türkiye’de ikamet eden müşterek çocuklarının velâyeti konusunda açmış olduğu davaya ilişkin olarak, kamu düzenini bir bağlama kuralı niteliğinde alarak; “(...) *velâyet kamu düzeni cümlesinden bulunduğundan, çatışma halinde esasen Türk Medeni Kanunu’nun uygulanacağı tâbidir*” açıklamasına yer vermiştir²³⁷. Velâyet, aile hukukundan doğması ve çocuğun yararı ilkesi ile yakından ilişkili olması nedeniyle kamu düzenini ilgilendirmektedir. Dolayısıyla bu durum velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı hukuka müracaat edilmeden doğrudan Türk hukukunun uygulanmasına yol açmaz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de, 1994 yılında vermiş olduğu bir kararında, yetkili yabancı hukukun velâyet ve velâyetin kurulmasına ilişkin hükümleri incelenmeksizin karar verilmesini bozma nedeni olarak saymıştır²³⁸. Buna göre yabancı unsurlu bir davada öncelikle kanunlar ihtilâfı kuralları göz önünde bulundurularak uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir. Yargıtay’ın farklı kararlarına rağmen doktrinin ısrarlı eleştirileri ve yayınlarıyla doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzenine aykırılığın farklı kavramlar olduğu anlayışı yerleşmeye başlamıştır.

²³⁷ Y. 2. HD.’nin 1973/4623 E., 1973/4363 K. sayılı ve 02.07.1973 tarihli kararı (naklen, Çelikel, Nomer, **a.g.e.**, s. 332 (İKİD, Y. 13, 1973, s. 2369)).

²³⁸ Y. 2. HD., 1994/10464 E. ve 1994/11852 K. sayılı 14.11.1994 tarihli kararı (Huysal, **a.g.e.**, s. 165, dn. 479).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VELÂYETE İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

Yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında çoğu zaman davanın yabancı bir ülke mahkemesinde görülerek karara bağlanması ihtimali ile karşılaşılmaktadır. Velâyete ilişkin düzenleme içeren bu kararın bağımsız bir velâyet davası sonucunda verilmiş olması ihtimali yanında boşanma ve ayrılık davaları sonucunda verilmiş kararlar şeklinde olması da mümkündür.

Yabancı mahkemelerden (veya makamlardan) alınan velâyete ilişkin kararların Türkiye’de hüküm ve sonuç doğurabilmesi için Türk mahkemelerince tanınması ve tenfizi gerekmektedir. Tanıma, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm kuvveti ile bu kararın varlığının Türk hukuku bakımından da kabulü ve bu kararlar kazanılmış hakların tanınması anlamına gelmektedir²³⁹. Bir diğer anlatımla tanıma, yabancı bir ülke mahkemesince verilmiş kararının kesin hüküm kuvvetinin kabulüdür. Tenfiz ise yabancı bir ülke mahkemesince verilmiş kararın, sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak maddi icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete geçiren vasıftır²⁴⁰. Tenfiz ile birlikte, tenfiz edilen kararın yabancı bir ülkede icra edilebilir hale gelmesi söz konusu olmaktadır. Nitekim 5718 sayılı MÖHUK’un 50. maddesinde bu durum, “*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır*” ifadesiyle açıklanmıştır.

Mahkemelerce verilen kararlar eda kararları, tespit kararları ve yenilik doğuran kararlar olmak üzere üç türde ortaya çıkması mümkündür. Eda

²³⁹ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 468; Bilgin Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996 (Tenfiz), s. 15; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 294; Doğan, **a.g.e.**, s. 96; Şanlı, **a.g.m.**, s. 72.

²⁴⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 577.

kararları bir şeyin yapılması, verilmesi veya yapılmamasına ilişkin kararlardır. Eda davalarının öncüsü olarak kabul edilen tespit kararlarında bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespiti yapılır. Yenilik doğuran kararlar ise bir hukuki durum kuran, değiştiren veya kaldıran, bir diğer deyişle yeni bir hukukî durum yaratan kararlardır. Bu üç karar türünün nitelikleri dikkate alındığında yenilik doğuran kararların yalnızca tanınması mümkün olmakla birlikte, tenfizi mümkün değildir²⁴¹. Zira hükmün kesinleşmesi ile birlikte yenilik doğurucu etki meydana geleceği için, yenilik doğurucu nitelikteki hükümlerin icra edilmesine gerek bulunmamaktadır²⁴². Tespit davaları sonucunda verilen kararlar ise amaçları açısından tenfiz edilmeye uygun değildir. Buna karşılık eda davaları sonucunda verilen kararların hem tanınması hem de tenfizi mümkün olacaktır²⁴³. Tenfizi mümkün olan velâyete ilişkin kararlar gibi eda kararlarının tanınması mümkün olmasına rağmen, tanıma kararının icra etkisi kabul edilmediğinden bu kararların tanınması yoluna pek fazla başvurulmamaktadır²⁴⁴.

Tanıma ve tenfize tez çalışmamızın konusunu velâyete ilişkin kararlar açısından bakıldığında çeşitli ihtimallerle karşılaşılmaktadır. Öncelikle velâyetin soybağının hükümlerinden olması nedeniyle soybağının kurulmasıyla birlikte tesis edilen velâyete ilişkin kararın tanınmasına karar verilmesi kanaatimizce mümkündür. Zira bu tür bir hüküm yenilik doğurucu nitelikte olacaktır. Bu hükmün çocuğun teslimi gibi icrai bir sonucu gerektirmemesi halinde ve velâyet hakkının kullanılması açısından velâyetin kime ait olacağı konusundaki kararın Türk mahkemeleri önünde tanınması yeterli olacaktır. Buna karşılık hükmün icrası talep edilecekse bu kez kararın tenfizinin talep edilmesi gerekecektir.

Velâyete ilişkin kararın boşanma davasında bir hüküm fıkrası halinde ortaya çıkması halinde hükmün icra edilebilmesi için boşanma kararının

²⁴¹ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 470; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 294-295; Doğan, **a.g.e.**, s. 97.

²⁴² Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 294-295.

²⁴³ Doğan, **a.g.e.**, s. 97.

²⁴⁴ Çelikel, **a.g.e.**, s. 579; Doğan, **a.g.e.**, s. 108.

tenfizi gerekecektir²⁴⁵. Boşanma kararları açısından önem taşıyan husus tanımadır²⁴⁶. Boşanma kararının bir hükmü niteliğindeki velâyete ilişkin kararın icrası ise ancak kararın tenfizi ile sağlanabilecektir²⁴⁷.

Velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusu da çocuğun yararını gözeten dünyadaki akım nedeniyle önemli bir inceleme konusu olmuştur. Çocuğun yararını ön plana alan bu düşünce neticesinde ortaya çıkan 1961 La Haye ve 1980 Avrupa Sözleşmelerinde velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizini kolaylaştırarak sağlamak amacıyla birtakım düzenlemelere yer verilmiştir.

Anayasa'nın 90/5. ve MÖHUK'un 1/2. maddelerindeki milletlerarası sözleşmelerin öncelikli uygulamasına ilişkin düzenlemeler gereğince, velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler getiren milletlerarası sözleşme hükümleri velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizinde öncelikli olarak uygulanacaktır. Söz konusu sözleşmelerin uygulama alanına girmeyen velâyete ilişkin kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizinde ise 5718 sayılı MÖHUK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu itibarla velâyete ilişkin bir kararın tanınması ve tenfizi istemi karşısında Türk mahkemeleri öncelikle, olayın 1961 La Haye Sözleşmesi'nin ya da 1980 Avrupa Sözleşmesi'nin uygulanma alanına girip girmediğini inceleyecek ve eğer dava konusunun bu Sözleşmelerin uygulanma alanı dışında ise tanıma ve tenfize ilişkin MÖHUK düzenlemelerine başvuracaktır.

Açıklamalarımız ışığında bu bölümde öncelikle velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlere yer veren milletlerarası sözleşme hükümleri ve bu konuda aradıkları şartlar üzerinde durulacak,

²⁴⁵ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 471; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 295. Boşanma kararlarının tenfizle birlikte tanınması, boşanma kararında nafaka, tazminat, velâyet gibi hususların hükmüne bağlanmış olması halinde, bu hükümlerin icrası için tenfizin zorunlu olması nedeniyle söz konusu olur (Bkz. Tiryakioğlu, **Tenfiz**, s. 31).

²⁴⁶ Boşanma kararının Türk nüfus kütüğüne tescilini ve tarafların yeniden evlenmelerini sağlamak açısından, boşanma kararının tanınması yeterli olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, **Tenfiz**, s. 25-26.

²⁴⁷ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 471. Y. 2. HD.'nin 1994/10555 E., 1994/11467 K. sayılı ve 24.11.1994 tarihli kararı (Ruhi, **Boşanma**, s. 873-874).

devamında 5718 sayılı MÖHUK çerçevesinde tanıma ve tenfizin nasıl gerçekleşeceği belirlenmeye çalışılacaktır.

I. 1961 LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA VELÂYETE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ

Küçüklerin korunması hakkında makamların yetkisi ve uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemelere yer veren 1961 La Haye Sözleşmesi, bu kararların tanınmasına ilişkin kurallar da getirmektedir. Sözleşmenin 7. maddesinde; *“Yetkili makamlar tarafından bu Sözleşmenin yukarıdaki maddeleri uyarınca alınmış olan tedbirler bütün Âkit Devletlerde tanınır. Bununla beraber, söz konusu tedbirlerin alındıkları Devletten başka bir Devlette icra edilmelerinin gerekmesi halinde bunların tanınması ve tenfizi talep edildiği devletin iç hukukuna göre ya da uluslararası sözleşmelere göre yapılır”* düzenlemesine yer verilmiştir. Sözleşmeye taraf olan devletler, Sözleşmenin makamların yetkisi ve uygulanacak hukuk kurallarına göre alınmış tedbirleri, Sözleşmeye göre değerlendirerek kendi iç hukuk sistemlerinde tanıyacaktır. Kararın Sözleşmeye taraf bir devlet tarafından tanınması bu anlamda Sözleşmeye göre yetkili makamlar tarafından verilmiş olmasına ve yine Sözleşmeye göre yetkili hukukun tatbik edilmiş olmasına bağlıdır.

Sözleşmenin 7. maddesi ile getirilmiş olan tanıma zorunluluğunun iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen küçüğün şahsı veya mallarının ciddi bir tehlikeye maruz kaldığı hallerde mutad mesken makamları tarafından verilen kararlardır. Bu halde, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarının ciddi tehlike hallerine dayanarak aldığı koruma tedbirlerini taraf ülkeler tanımak zorunda değildir.

Diğer istisnai durum ise, Sözleşmenin 15. maddesi kapsamında çekince hakkını kullanan ülkelerin bu çekinceye dayanarak almış olduğu

tedbirler hakkındadır. Buna göre, küçüğün ana babası arasındaki evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması ve ayrılığa ilişkin bir talep hakkında karar verecek makamlarının, küçüğün şahsını veya mallarını koruma tedbirleri alma yetkisini saklı tutan bir âkit devlet makamlarınca çekinceye dayanarak alınmış olan tedbirlerin diğer âkit devletlerce tanınması zorunlu değildir.

Gerek 8. madde gerekse 15. madde gereğince alınan kararların tanınması konusunda istisna, Sözleşmenin tanımayı düzenleyen 7. maddesinden kaynaklanmaktadır²⁴⁸. Sözleşmenin 7. maddesinde “*Yetkili makamlar tarafından bu Sözleşmenin yukarıdaki maddeleri uyarınca alınmış olan tedbirler*” denilmek suretiyle yalnızca 1. ve 4. maddeleri gereğince yetkili olan makamlar tarafından alınan kararlar, Sözleşmenin getirmiş olduğu tanıma zorunluluğu kapsamında düzenlenmiştir. Söz konusu yetkili makamlar ise çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet ya da vatandaşı olduğu devlet makamlarıdır.

1961 La Haye Sözleşmesi gereğince milletlerarası yetkinin belirlenmesinde yalnızca mahkemelerin değil, idarî mercilerin de makamlar arasında sayıldığı belirtilmiştir. Bu halde, 1961 La Haye Sözleşmesinin tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemeleri hem adlî hem de idarî merciler tarafından verilen kararları içermektedir. Türk mahkemeleri Sözleşme hükümleri uyarınca idarî merciler tarafından verilen kararları da tanımak zorunda kalacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, Sözleşmenin yabancı idarî makam kararlarının yalnızca tanınması konusunda düzenlemeler getirmiş olmasıdır. Bu kararların tenfizi konusunda ise tenfiz talep edilen ülkenin iç hukuk kuralları uygulanacaktır. Hukukumuz açısından değerlendirildiğinde MÖHUK kuralları uyarınca ancak yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizinin mümkün olduğu görülmektedir. Bu halde ülkemizde Sözleşme hükümleri gereğince Sözleşmenin uygulama alanına giren hallerde, yabancı idarî makam kararlarının tanınması mümkün iken

²⁴⁸ Akıncı, Demir Gökyayla, a.g.e., s. 179.

tenfizi mümkün olmayacaktır. Sözleşme, bu kararların tenfizine ilişkin bir hüküm getirmemiş olmakla, tenfizi tamamen tenfiz talep edilen ülkenin iç hukukuna bırakmıştır. Buna göre ülkemiz açısından, tenfiz konusunda öncelikle 1980 Avrupa Sözleşmesinin, Avrupa Sözleşmesinin uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklar açısından ise 5718 sayılı MÖHUK'un uygulanması söz konusu olacaktır.

Sözleşme kapsamında bulunan bir kararın Türkiye'de tanınması açısından adlî ya da idarî bir makam tarafından verilmiş olması önemli olmamakla birlikte burada önem taşıyan husus daha önce belirtildiği gibi kararın Sözleşme uyarınca yetkili bir makam tarafından ve yetkili hukuk uygulanarak verilmiş olmasıdır. Yargıtay da bu konuda vermiş olduğu kararlarında Sözleşmede öngörülen yetki kurallarına aykırı olarak ve haber verme yükümlülüğünü ihlâl ederek verilen kararların tanınmasını reddetmektedir²⁴⁹.

1961 La Haye Sözleşmesi'nde yalnızca tanıma konusunda hükümlere yer verilmiş olması karşısında eksikliği hissedilen kurallara Türkiye'nin henüz taraf olmadığı 1996 La Haye Sözleşmesinde ayrıntılı bir biçimde yer verilmiştir. 1996 La Haye Sözleşmesi'nin 23. maddesine göre tanımanın

²⁴⁹ Y. 2. HD.'nin 2003/11401 E., 2003/14618 K. sayılı ve 30.10.2003 tarihli kararında buna ilişkin olarak verilen karar şu açıklamayı içermektedir: "(...)Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'nin 5. maddesi; küçüğün eskiden ikamet ettiği devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirlerin, yeni mutad mesken makamları tarafından kaldırılıncaya veya yerlerine yenileri konuluncaya kadar geçerli kalacağını, küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirlerin, bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırılamayacağını veya yerine yenilerinin konulamayacağını öngörmüştür.

Koca, Türkiye'de 10.3.2000'de boşanma davası açmış, mahkemece 5.10.2000'de boşanmaya, müşterek çocuk 1997 doğumlu Erol Doğukan ile 1994 doğumlu Nusret Berkay'ın velâyeti babaya bırakılmış, bu karar 12.4.2002'de taraflarca temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Boşanma ve velâyete ilişkin karar verildikten sonra, hüküm kesinleşmeden 15.1.2001'de Alman mahkemesi yeniden velâyetin düzenlenmesi cihetine gitmiştir.

Alman makamlarınca Türk Mahkemesi'ne haber vermeden önceden yapılan velâyet düzenlenmesini yok sayarak küçüklerin velâyetini anneye vermesi sözleşmeye uygun bir davranış olarak kabul edilemez. Bu açıklama karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır" (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Aynı yönde bkz. Y. 2. HD.'nin 2005/5173 E., 2005/8203 K. sayılı ve 25.05.2005 tarihli kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu), Y. 2. HD.'nin 2004/10536 E., 2004/1197 K. sayılı ve 14.10.2004 tarihli kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu), Y. 2. HD.'nin 2002/1257 E., 2002/2416 K. sayılı ve 26.02.2002 tarihli kararı (Özguçur, a.g.e., s. 543-544); Y. 2. HD.'nin 1998/5858 E., 1998/6955 K. sayılı ve 29.06.1998 tarihli kararı (YKD, Y. 1998, C. 24, S. 12, s. 1771-1172).

gerçekleşmesi açısından tanıma isteminde bulunan kişinin herhangi bir makama başvurmasına gerek yoktur. Aynı maddede tanımanın reddi sebeplerine de sınırlayıcı olarak yer verilmiştir²⁵⁰. 1996 La Haye Sözleşmesi'nde tenfize ilişkin düzenlemeler de getirilmiştir. Sözleşmenin 28. maddesi, bir âkit devlette alınan ve bir başka âkit devlette tenfiz edilebilir olduğu bildirilen veya tenfiz amacıyla tescil edilen önlemlerin, sonraki devlette, sanki o devletin makamlarınca alınmışlar gibi icra edilmesi ilkesini getirmektedir²⁵¹. Tenfiz, çocuğun yüksek yararı göz önüne alınmak suretiyle tenfiz talebinde bulunulan ülkenin kendi makamlarından alınmış kararlar gibi kolaylıkla gerçekleştirilecektir²⁵².

II. AVRUPA SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA VELÂYETE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ

Çocukların velâyetine ilişkin herhangi bir âkit devlette verilen kararın diğer âkit devletlerde tanınması ve tenfizi ile çocukların velâyetinin yeniden tesisini sağlamak olmak üzere iki temel amacı bulunan Avrupa Sözleşmesi, velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizine ilişkin ayrıntılı hükümler içermektedir. Bir tanıma ve tenfiz isteminin Avrupa Sözleşmesi kapsamında

²⁵⁰ 1996 La Haye Sözleşmesi'nin tanımayı düzenleyen 23. maddesi şu şekildedir; “1. Bir âkit devlet makamlarınca alınan tedbirler diğer âkit Devletlerde kendiliğinden tanınır.

2. Ancak tanıma,

a) Tedbir II. Bölümdeki hükümlere göre yetkili makamlarca alınmamışsa;

b) Tedbir mücbir hal dışında, adli veya idarî bir yargılamada talepte bulunulan Devletin usule ilişkin temel prensipleri ihlâl edilerek çocuk dinlenilmeden alınmışsa;

c) Bu tedbirin kendi velâyet sorumluluğunu ihlâl ettiğini iddia eden her kişinin talebi üzerine, bu tedbir mücbir hal dışında bu kişiye dinlenilmesi için imkân tanınmadan alınmış ise;

d) Tanıma, çocuğun yüksek menfaati gözetildiğinde talep yeri Devletin kamu düzenine açıkça aykırı ise,

e) Tedbir, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit olmayan bir Devlette sonradan alınan bir tedbirler telif (telafi) edilemiyorsa ve bu son tedbir talepte bulunulan Devletin tanıma koşullarına sahip ise;

f) 33. maddede öngörülen usule uyulmamışsa reddedilir”.

²⁵¹ Uluocak, **a.g.m.**, s. 413.

²⁵² 1996 La Haye Sözleşmesi'nin 28. maddesine göre; “Bir âkit devlette alınan ve diğer âkit Devlette tenfizi amacı ile tenfizi veya tenfize yönelik tescili kararlaştırılan tedbirler, bu diğer âkit Devlette, bizzat kendi makamlarınca kararlaştırılmış gibi, çocuğun yüksek menfaati göz önünde tutulmak suretiyle öngörülen sınırlar içinde, tenfiz edilir”.

değerlendirilebilmesi için, öncelikle kararın velâyete ilişkin bir karar olması ve âkit devlet makamlarınca verilmiş olması gerekmektedir.

Avrupa Sözleşmesinde velâyete ilişkin kararın mahkeme kararı olması şartı aranmamaktadır. Zira Sözleşmenin 1/c maddesinde makam kavramından adlî ya da idarî bir makamların anlaşılacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle Sözleşmenin uygulanma alanına giren kararların Türkiye’de tanınması ve tenfizinde, Sözleşme hükümleri uygulanarak idarî makam kararlarının tenfizi de mümkün olacaktır. 1961 La Haye Sözleşmesi, idarî makamlar tarafından Sözleşme kapsamında alınan kararların yalnızca tanınmasına imkân tanırken, Avrupa Sözleşmesiyle velâyete ilişkin idarî makam kararlarının hem tanınması hem de tenfizi imkânı getirilmiştir.

A. Tanıma ve Tenfiz Şartları

Sözleşmenin “*Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisi*” başlıklı ikinci bölümünde tanıma ve tenfiz şartlarına yer vermiştir. Burada velâyete ilişkin kararın tanınması ve tenfizi için aranan şartlar hem olumlu hem de olumsuz şartlar olarak yer almıştır. Bu durumda Sözleşme kapsamında tanıma ve tenfizin gerçekleşebilmesi için kararın birtakım genel şartları taşıması (olumlu şart) ve ret sebeplerini içermemesi (olumsuz şart) aranmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Sözleşme kapsamında alınan kararların âkit devletlerde tanınması ve tenfizini amaçlayan Sözleşmenin, tanıma ve tenfiz taleplerinin reddi sebeplerini de oldukça geniş bir biçimde düzenlemiş olduğunu söylemek mümkündür²⁵³.

Sözleşme kapsamında genel şartlara, çocuğun haksız götürülmesi halinde aranan şartlara, velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizi için aranacak şartlara ve çocukla kişisel ilişki kurulması kararının tanınması ve tenfizi için aranacak şartlara yer verilmiştir.

²⁵³ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85-86.

1. Tanıma ve Tenfize İlişkin Genel Şartlar

Sözleşmenin 7. maddesinde “*Âkit Devletlerin birinde verilmiş velâyete ilişkin bir karar diğer herhangi bir Âkit Devlette tanınır ve verildiği Devlette kabili infaz olduğu takdirde tenfiz edilir*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre Sözleşme kapsamında bir kararın tanınması ve tenfizinin söz konusu olabilmesi için öncelikle âkit devlet makamlarınca verilmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte bu kararın Sözleşme uyarınca tanınması ve tenfizi için “*kabili infaz*”, yani icra kabiliyetini haiz olması şartı aranmaktadır. Dikkat edilirse burada aranan husus, kararın kesinleşmiş olması değil, kararın verildiği ülkede icra kabiliyetini haiz olmasıdır²⁵⁴.

Sözleşmede, çocuğun haksız götürme nedeniyle iadesi ile genel olarak velâyete ilişkin bir kararın tenfizi açısından ayırım yapılmıştır²⁵⁵. Sözleşmenin 8. ve 9. maddelerinde, haksız götürme halinde velâyete ilişkin kararın tenfizi düzenlenmiştir. Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına girmeyen haksız götürmelerde ise velâyete ilişkin taraf devlet mahkemesi kararı, Sözleşmede oldukça sınırlı tutulan tenfizin reddi sebepleri dikkate alınarak incelenecek, ancak burada yer alan tenfizin reddi sebepleri yoksa karar tenfiz edilecektir. Sözleşmenin 10. maddesinde ise haksız götürme dışında kalan velâyete ilişkin kararların tenfizi ile 8. ve 9. maddelerde yer alan koşulları taşımayan haksız götürmeler düzenlenmektedir.

2. Çocuğun Haksız Götürülmesi Halinde Kararın Tanınması ve Tenfizi

Sözleşmenin 8. maddesinde “*belirli hallerde*”, muhatap devletin yetkili makamlarının tanıma ve tenfiz kararı olmaksızın çocuğun iadesi için doğrudan harekete geçecekleri düzenlenmiştir²⁵⁶. Bu haller; çocuğun yerinin haksız olarak değiştirilmiş olması; haksız götürme tarihinde ana, baba ve

²⁵⁴ Çelikel, **a.g.m.**, s. 115.

²⁵⁵ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185.

²⁵⁶ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 86.

çocuğun kararın verildiği devletin vatandaşı olması ve çocuğun söz konusu devlette mutad meskeninin bulunması (m. 8/1-a) ve haksız götürme tarihinden itibaren altı ay içinde herhangi bir âkit devlet makamına başvuruda bulunulmuş olmasıdır (m. 8/1-b).

Sözleşmenin 8/2. maddesi uyarınca yukarıda belirtilen hallerin varlığına rağmen, muhatap devletin hukuk sisteminin çocuğun iadesi için bir adlî kararın varlığını zorunlu kılması hali düzenlenmiştir. Bu halde, çocuğun iadesi doğrudan değil, ancak bir adlî makam kararı ile sağlanabilecektir. Ancak velâyet kararı hakkında muhatap devletin yetkili makamları *“belirli hallerde”* sözleşmedeki ret sebeplerini göz önüne almaksızın tanıma ve tenfiz kararı verecektir.

Çocuğun velâyet hakkına sahip kişi ile başka bir kişi arasında, bu kişiye şahsî ilişki kurma hakkı veren, yetkili bir makam tarafından onaylı bir anlaşma yapılmış olması halinde, çocuğun anlaşmaya dayanarak ülke dışına çıkarılmış ve süresinde velâyet hakkı sahibine iade edilmemiş olması mümkündür. Bu durumda, Sözleşmenin 8/1-b ve 8/2. maddeleri gereğince velâyetin yeniden tesisi yoluna gidilecektir (m. 8/3).

Sözleşmenin 8. maddesinde sayılan koşulları taşımayan haksız götürmelerde²⁵⁷ çocuğun iadesinin sağlanabilmesi için, Sözleşme hükümlerine dayanarak, âkit devletlerden biri şeklinde karşımıza çıkacak olan muhatap devlette tenfiz davası açılması gerekmektedir. Sözleşmenin 9. maddesinde, bu şekilde açılan tenfiz davalarının reddi sebeplerine yer verilmiştir. Söz konusu tenfiz talebinin reddi sebepleri sınırlı sayıdadır.

Sözleşmenin 9. maddesinde yer alan ret sebeplerinin uygulanabilmesi için *“8 inci maddede öngörülenler dışındaki haksız olarak götürme durumlarında ve götürmeden itibaren altı aylık bir süre içinde herhangi bir merkezi makama müracaat edilmiş”* olması gerekmektedir (m. 9/1). Aksi

²⁵⁷ Çocuk ve ebeveynlerinin farklı vatandaşlığa sahip olmaları veya çocuğun mutad meskeninin vatandaşı olduğu devletten başka bir devlette bulunması gibi haller buna örnek olarak gösterilebilir: Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 87, dn. 15; Sayman, **a.g.m.**, s. 131.

halde tenfiz talebi bu ret sebeplerinin yanısıra Sözleşmenin 10. maddesinde sayılan ret sebepleriyle ilgili olarak incelenerek, bu ret sebeplerine göre de reddedilebilecektir.

Sözleşmenin 9. maddesinde yer alan ret sebeplerine ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“a) Davalı veya yasal temsilcisinin gıyabında verilen bir kararın sözkonusu olması halinde, davalıya, savunmasını yapmasına imkân verecek bir sürede dava dilekçesi veya benzeri belgenin tebliğ edilmiş olması. Ancak, davalının bulunduğu yerin menşe Devlette davayı açan davacıdan gizlenmiş olması nedeniyle tebligatın yapılmamış olması halinde bu tebligat eksikliği tanıma veya tenfiz işleminin reddi için sebep teşkil etmez.

b) Davalının veya yasal temsilcisi bulunmaksızın verilen bir kararın sözkonusu olması halinde, kararı veren makamın yetkisi:

i) Davalının mutad meskeni veya,

ii) En az birinin halen orada mutad olarak oturmaya devam etmesi şartıyla, çocuğun ana babasının son müşterek mutad meskeni veya,

iii) Çocuğun mutad meskenine dayanmakta ise.

c) Çocuğun götürülmesinden önce bir yıl süre ile talep eden Devlette mutad olarak oturmuş olması hali ayırık olmak üzere, tanınması veya tenfizi istenen kararın götürülmeden önce talep edilen Devlette verilmiş bir kararla bağdaşmaması,

2. Tanıma ve tenfiz haksız götürmeden itibaren altı ay içinde istenmiş olduğu takdirde, herhangi bir merkezi makamdan bir talepte bulunulmamış olması halinde de bu maddenin birinci paragrafı hükümleri uygulanır.

3. Karar hiçbir şekilde, esastan bir inceleme konusu olamaz”.

Sözleşmenin 9. maddesinde yer alan ret sebeplerinin özetle, savunma hakkının ihlâli, kararın yetkili makam tarafından verilmemesi ve kesin hüküm engeli olmak üzere üç halden ibaret olduğunu söylemek mümkündür.

3. Sözleşmenin 10. Maddesi Uyarınca Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi

Sözleşmenin 10. maddesinde, 8. ve 9. maddelerin kapsamına girmeyen hallerde tanıma ve tenfiz şartları düzenlenmiştir. Burada da yine tanıma ve tenfize engel olan haller sayılarak, tanıma ve tenfizin olumsuz şartlarına yer verilmiştir. Ancak 8. ve 9. madde kapsamındaki haller dışındaki hallerde²⁵⁸ 9. maddede yer alan ret sebepleri yine uygulanacaktır. Bunun yanında 10. maddede yer alan ret sebepleri yönünden de tenfiz talebi incelenerek karar verilecektir. Bir diğer ifadeyle, 9. maddede bahsi geçen haksız götürme dışındaki velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizi hem 9. hem de 10. maddelerde yer alan olumsuz koşullara uygun olmasıyla mümkündür.

Sözleşmenin 10/1. maddesi uyarınca tenfizin reddi sebepleri düzenlemesi aşağıdaki gibidir:

“a) Kararın sonuçlarını, talepte bulunulan Devletin aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri ile bağdaşmadığı açık bir biçimde tespit edilmemişse;

b) Aradan geçen zaman da dahil, ancak haksız götürme sebebiyle sadece çocuğun oturduğu yerin değişmesi hariç olmak üzere, şartlarda meydana gelen değişiklikler sebebiyle ilk kararın sonuçlarının artık çocuğunun yararıyla açıkça bağdaşmaz nitelikte görülürse;

²⁵⁸ Çocuğun götürüldüğü tarihte haksız götürme yoksa veya haksız götürme halinde 6 aylık süre içinde bir merkezi makama başvurulmamış ya da kararın tenfizi istenmemişse, Sözleşmenin 8. ve 9. maddeleri dışındaki bir hâlden söz edilir (Sayman, **a.g.m.**, s. 131-132).

c) Menşe Devlette dava açıldığı an:

i) Çocuk, talepte bulunulan Devlet vatandaşı veya mutad meskeni bu Devlette iken, menşe Devleti ile bu bağlardan hiçbiri yok idi ise;

ii) Çocuk aynı zamanda menşe Devlet ve talepte bulunulan Devlet vatandaşı ve mutad meskeni talepte bulunulan Devlette ise;

d) Karar, gerek talepte bulunulan Devlet, gerek üçüncü bir Devlette verilen ve talepte bulunulan Devlette yerine getirilebilir bir karar ile tanıma ve yerine getirme müracaatında önceki bir dava yüzünden bağdaşmıyorsa ve red çocuğun çıkarlarına uygunsa”.

Görüldüğü üzere Sözleşmenin 9. maddesinde düzenlenen kesin hüküm engeline Sözleşmenin 10. maddesinde de yer verilmiştir. Ancak bu kez kesin hükmün bulunması tenfiz talebinin reddi için tek başına yeterli görülmemiş, bununla birlikte reddin “çocuğun yararı”na uygun olması şartı aranmıştır²⁵⁹.

Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, birinci fıkrada öngörülen hâllerde, tanıma ve tenfize ilişkin usulü işlemlerin ertelenebilmesi mümkündür. Buna göre erteleme söz konusu olabileceği haller şunlardan ibarettir:

“a) İlk karar hakkında olağan bir kanun yoluna başvurulmuşsa;

b) Talep edilen Devlette, menşe Devlette açılan davadan önce başlanmış çocuğun velâyetine ilişkin bir davaya devam edilmekte ise;

c) Çocuğun velâyetine ilişkin başka bir karar, herhangi bir yerine getirme davası veya bu kararın tanınmasına dair başka bir dava konusu teşkil ediyorsa”.

Burada belirtmek gerekir ki, yabancı mahkeme tarafından verilen velâyete ilişkin kararın bir başka ülkede tanınması ve tenfizi ihtiyacı kararın verilmesinden yıllar sonra ortaya çıkabilir. Bu durumda Avrupa

²⁵⁹ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 88.

Sözleşmesi'nin 10/1-b maddesi uyarınca, kararın verilmesinden sonra uzun bir süre geçmesi sonucu koşullarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle tenfizi istenen velâyet kararının çocuğun yararı ile bağdaşmadığı hallerde kararın tenfizi reddedilebilecektir.

4. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Kararlar

Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesinde çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararların tenfizi hususu düzenlenmiştir. Buna göre şahsî ilişki kurulması konusundaki kararlar ve velâyete ilişkin kararların şahsî ilişki kurma hakkını öngören hükümleri, velâyete ilişkin diğer kararlar gibi aynı şartlar altında tanınır ve tenfiz edilir. Maddenin devamında ise talepte bulunulan devletin makamlarının özellikle tarafların taahhütlerini de göz önüne alarak çocukla kişisel ilişki kurulması hakkının kullanımı ve koşulları hakkında düzenleme yapabileceği düzenlenmiştir (m. 11/2).

Diğer yandan, çocukla kişisel ilişkilerin devamı konusuna verilmiş bir karar bulunmadığı veya velâyete ilişkin verilmiş bir kararın tanınmasının ya da tenfizinin reddedilmiş olduğu hallerde ise, çocukla kişisel ilişkinin sağlanması açısından, hak iddia eden kişi taraf devletin merkezî makamına başvurabilir. Merkezî makam da kendisine yapılan başvuru üzerine bu konuda bir karar verilmesi için kendi yetkili mercilerine başvurabilir (m. 11/3).

B. Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi Davasında İzlenecek Usul

Sözleşmenin 9/3. maddesinde tenfiz incelemesi sırasında kararın hiçbir şekilde esastan inceleme konusu yapılamayacağı düzenlenmiştir. Tenfiz incelemesi, kararın Sözleşme kapsamında yer alıp almadığı ve Sözleşmede yer alan olumlu ve olumsuz şartları taşıyıp taşımadığı

konularıyla sınırlıdır. Bununla birlikte Sözleşmede tanıma ve tenfiz usulüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Usule ilişkin düzenlemeler, Sözleşmenin 13. ve 16. maddeleri arasındaki üçüncü bölümde yer almıştır. İlk olarak, 13. maddede tanıma ve tenfiz için yapılacak taleplerde başvuru için eklenmesi gereken evraklar düzenlenmiştir.

Taraf devletler, Sözleşme gereğince velâyete ilişkin kararların tanınması veya tenfizi konusunda basit ve seri usul uygulayacaklardır (m. 14). Hukukumuzda da tenfiz davaları basit yargılama usulüne tâbidir (5718 sayılı MÖHUK m. 55/1) ve Sözleşme bu yönüyle Türk hukukuyla uyumludur²⁶⁰. Ancak Türk Hukuku bakımından bu tür davalarda basit ve seri usulün benimsenmiş olmasına rağmen, uygulamada davaların neticelerinin seri bir biçimde temin edilememesi sonucu ile sıkça karşılaşıldığını belirtmek gerekmektedir²⁶¹.

Sözleşmeyle aynı zamanda taraf devletlere tenfiz talebinin basit bir başvuru ile yapılmasına olanak sağlama yükümlülüğü de getirilmiştir (m. 14). Bu amaçla taraf devletlerin, âkit devletlerce Sözleşme bakımından onay veya benzeri bir şekil koşulu aramaları da önlenmiştir (m. 16).

Sözleşmede tenfiz davalarının görülmesi sırasında uyulması gereken bir başka usulü kurala daha yer verilmiştir (m. 15). Düzenlemeye göre kendisinden istemde bulunulan ilgili merci Sözleşmenin 10/b maddesi uyarınca karar tesis etmeden önce, çocuğun görüşünü alabileceği gibi, lüzum gördüğü soruşturmayı da yapabilecektir. Ancak çocuğun yaşı ve idrak yeteneği çocuğun görüşünde etkilidir. Merci, çocuğun yaşı ve idrak kabiliyetini ayrıca değerlendirecektir.

²⁶⁰ Bkz. Huysal, **a.g.e.**, s. 197.

²⁶¹ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 191.

C. Sözleşme Uyarınca Taraf Devletlerin Çekince Hakları

Sözleşme metninde kullanılan ifadelerden de anlaşılacağı üzere sözleşme büyük ölçüde bir uzlaşma metnidir²⁶². Nitekim âkit devletlere 8. ve 9. maddelerde²⁶³ belirtilen hallerde dahi, 10. maddede yer alan ret sebeplerini kullanma imkânı verilmektedir. Buna karşılık, Sözleşmede öngörülen tanıma ve tenfiz ile ilgili genel ilkeler ve tanıma ve tenfiz sebepleri için çekince konulabileceği kabul edilmiştir²⁶⁴.

Sözleşmenin 17. ve 18. maddelerinde taraf devletlerin Sözleşmeye koyabilecekleri çekincelere yer verilmiştir. Sözleşmenin 17/2. maddesine göre, 8. 9. ve 10. maddelerdeki²⁶⁵ düzenlemelere çekince koyan taraf devlette verilen kararların tanınması ve tenfiz istemleri, bu çekinceye yer alan ek nedenlerden herhangi birine dayanılarak diğer bir taraf devlette reddedilebilecektir.

Ayrıca taraf ülkeler Sözleşmenin 18. maddesine dayanarak 12. madde hükümleri ile bağlı kalmak istemediği yönünde çekince koyabilir. Böylelikle

²⁶² Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 90.

²⁶³ Sözleşmenin 8. maddesi “1. Bir haksız götürme vukuunda muhatap Devletin makamı, aşağıdaki durumların birlikte varlığı halinde çocuğun velâyetinin iadesi için gerekli önlemleri derhal alır.

(a) Kararın verildiği ülkede bu kararın dayandığı davanın açılması veya daha önce olduğu takdirde, haksız götürme tarihinde çocuk ile ana-babanın münhasıran bu Devletin tabiyetinde olmaları ve çocuğun mutad oturma yerinin bu Devletin ülkesinde bulunması ve

(b) İadenin yapılmasına ilişkin istemin, haksız götürmenin vuku bulmasından itibaren altı ay içinde bir makama iletilmiş olması.

2. Muhatap Devletin kanununa göre bir yardım merciine başvurulmaksızın bu Maddenin 1. Fıkrası gereklerinin yerine getirilmesi mümkün olmadığı takdirde, bu Sözleşmede belirtilen red sebeplerinden hiç biri bu adli işlemlere uygulanmayacaktır.

3. Çocuğun velâyetini elinde bulunduran kişi ile bir başka kişi arasında, bu kişinin çocukla ilişkilerini sürdürmesine izin veren ve yetkili bir merci tarafından onaylanmış bir anlaşma bulunup da bu anlaşmaya dayanılarak çocuk yurt dışına çıkarılmış ve üzerinde anlaşılan süre sonunda velisine iade edilmemiş ise, velâyet, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile 2. Fıkrası uyarınca iade edilecektir. Bir yetkili merciin üye sahip olmayan kişiye çocukla kişisel ilişki kurma hakkı veren kararı konusunda da aynı işlem yapılacaktır” düzenlemesini içermektedir. Sözleşmenin 9. maddesinde ise 8. maddede hükme bağlanan haksız götürmeler dışındaki haksız götürmelerde haksız götürmenin vuku bulduğu tarihten itibaren altı ay içinde bir makama başvurulduğu takdirde tanıma ve tenfiz talebinin hangi hallerde reddedebileceği düzenlenmiştir. Bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, III/A-3.

²⁶⁴ Çelikel, **a.g.m.**, s. 112.

²⁶⁵ Sözleşmenin 10. maddesi Sözleşmenin 8. ve 9. maddelerinde hükme bağlananlar dışında tanıma tenfizin, 9. maddede öngörülen haller dışında reddedilebileceği hallere ilişkindir.

sözleşme hükümleri, bu şekilde bir çekince koyan taraf devlette verilen 12. madde kapsamındaki kararlara uygulanmayacaktır.

Taraf devletlerin katılımı artırmak amacıyla Sözleşme metnine, geniş bir biçimde çekince koyma yetkisinin tanınması, Sözleşmede benimsenen çocuğun ve ana babanın haklarını koruma amacını etkileyeceği yönüyle eleştirilmiş ve konulan her çekincenin çocuğun iadesini güçleştireceği, çekince koymuş devletin kararlarının diğer taraf devletler tarafından karşılıklılık çerçevesinde reddedilmesine yol açacağı ifade edilmiştir²⁶⁶.

III. MÖHUK KAPSAMINDA VELÂYET İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ

Velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizine ilişkin kurallar içeren 1961 La Haye Sözleşmesi'nin ve 1980 Avrupa Sözleşmesi'nin uygulanma alanına girmeyen velâyete ilişkin kararlar hakkında 5178 sayılı MÖHUK hükümleri uygulanacaktır. 5178 sayılı MÖHUK'un ikinci bölümünde, "*Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması*" başlığı altında 50-59. maddeler arasında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir. Söz konusu kurallar yabancı mahkemelerin velâyete ilişkin verdikleri kararlar hakkında özel olarak düzenlenmiş olmamakla birlikte, bu genel düzenlemeler velâyete ilişkin kararlar hakkında da uygulanacaktır.

MÖHUK kapsamında tanıma ve tenfiz, birtakım ortak ön şartlara tâbi tutulmuştur. Buna karşılık tanıma ve tenfizin farklı nitelikleri gereği aranan aslî şartları da kısmen değişiklik göstermektedir. MÖHUK'un 58. maddesi gereğince, aşağıda incelenecek olan tenfiz için aranan karşılıklılık şartı hariç tüm şartlar kararın tanınması için de aranacaktır. Bu açıklamalar ışığında velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin

²⁶⁶ Huysal, a.g.e., s. 198.

MÖHUK'un 50 ve 54. maddelerinde yer alan tenfiz şartlarını taşıması halinde mümkün olacağını söylemek mümkündür.

Tanıma ve tenfiz talebi karşısından mahkemece yapılacak iş, yabancı mahkeme kararının kanunda yazılı şartları taşıyıp taşımadığını tespit etmekten ibarettir²⁶⁷. Tanıma ve tenfiz şartlarının dışında hâkimin takdir hakkı söz konusu değildir²⁶⁸. Burada belirtmek gerekir ki; tanıma ve tenfiz davasında hâkimin kanunun aradığı şartlar dışında şartlar araması ve kararı içerik bakımından incelemesi de mümkün değildir. Kanunda yazılı şartların gerçekleşmesi halinde hâkim, tanıma veya tenfiz kararı vermek zorundadır.

MÖHUK'un 51. maddesinde tenfiz kararı verilmesinde görevli ve yetkili mahkemeler düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasına göre görevli mahkeme asliye mahkemesi olarak belirlenmiştir. İkinci fıkrada ise yetkiye ilişkin olarak basamaklı bir kural getirilmiştir. Buna göre yetkili mahkeme; kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer mahkemesi, Türkiye'de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden biridir.

Bu açıklamalar ışığında burada MÖHUK düzenlemesi gereğince tenfizin ve bunun içinde tanımanın ortak ön şartları ve ardından tenfizin aslî şartları belirlenmeye çalışılacaktır.

A. Tanıma ve Tenfizin Ön Şartları

5718 sayılı MÖHUK gereğince bir kararın tanınması ve tenfizinden söz edilebilmesi için öncelikle 50. maddede yer alan önşartların sağlanmış olması

²⁶⁷ Hukukumuzda tanıma ve tenfiz konusunda “yeniden göden geçirme” (*revision*) sistemi yerine “belli koşulların varlığının saptanması” (*exequatur*) sistemi kabul edilmiştir (Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 293). Bu nedenle tenfiz istemi sonucunda mahkemenin verdiği karara da “*exequatur*” adı verilmektedir (Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 584). Söz konusu iki temel tanıma tenfiz sistemi ve diğer tanıma tenfiz sistemleri hakkında bilgi için bkz. Tiryakioğlu, **Tenfiz**, s. 16-17.

²⁶⁸ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 585.

gerekmektedir²⁶⁹. Madde başlığı her ne kadar “*Tenfiz Kararı*” şeklinde ise de burada aranan ön şartların tanıma için de aranması gerektiği kabul edilmektedir²⁷⁰.

MÖHUK’un 50. maddesinde yer alan ön şartlar arasında tanınması ve tenfizi talep edilen kararın hukuk davalarına ilişkin olması da aranmaktadır²⁷¹. Buna karşılık, çalışmamız konusu olan velâyete ilişkin kararlar hukuk davalarına ilişkin olduğundan, burada bu şartın varlığının ayrıca araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Bunun dışında velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi için aranacak ön şartlar aşağıdaki şekildedir:

1. Kararın Mahkeme Kararı Niteliğinde Olması

5718 sayılı MÖHUK’un 50. maddesi “*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır*” hükmünü içermektedir. Buna göre yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi için öncelikle tanınması ve tenfizi talep edilen yabancı kararın hukuk davalarına ilişkin bir “*mahkeme kararı*” olması yani yargı organları tarafından verilmiş olması şartı aranmaktadır. 1961 La Haye ve 1980 Avrupa Sözleşmelerinin aksine, yabancı bir idarî merci kararının MÖHUK uyarınca tanınması ve tenfizi mümkün değildir.

Yabancı bir kararın “*mahkeme kararı*” niteliğinde olup olmadığı kararın verildiği ülke hukukuna göre tayin edilecektir. Ancak kararın verildiği ülkede

²⁶⁹ 5718 sayılı MÖHUK’un tanıma ve tenfizin ön şartlarını düzenlediği 50. maddesi, 2675 sayılı mülga MÖHUK’un 34 üncü maddesini aynen karşılamaktadır.

²⁷⁰ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 468; Çelikel, **a.g.e.**, s. 580; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 296; Doğan, **a.g.e.**, s. 97. Tanımanın tenfizden nitelik bakımından farklı olması nedeniyle, maddenin tanıma açısından mutlak olarak uygulanmayarak, yargı makamları dışındaki makamlar tarafından verilen boşanma kararlarının tanınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bilgi için bkz. Tiryakioğlu, **Tenfiz**, s. 37.

²⁷¹ Bkz. Çelikel, **a.g.e.**, s. 580; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 297; Doğan, **a.g.e.**, s. 99-100.

bir dini kuruluş ya da halk jürisinin kararına da mahkeme kararı niteliği tanınmış olabilir. Bu halde yabancı bir kararın tanınması ve tenfizi için, bu kararın hem kararın verildiği ülke hukukunun hem de Türk hukukunun vasıflandırmasında “mahkeme kararı” niteliğinde olması gerektiği ileri sürülmüştür²⁷². Hukukumuz açısından bir kararın mahkeme kararı sayılabilmesi için bağımsız bir yargı organı tarafından verilmiş olması yeterlidir. Bu anlamda bağımsız, hâkimiyete sahip, bir devletin taşıması gereken unsurları taşıyan her devletin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkündür²⁷³.

Bazı ülke hukuklarında boşanma gibi velâyete ilişkin hüküm fıkrası içerebilecek uyuşmazlıkların idari makamlarca çözüldüğü görülmektedir. Bu durumda kararı veren merciin gerek Türk hukukuna gerekse kararın verildiği ülke hukukuna göre mahkeme niteliğinde olmaması mümkündür. Bu halde tanıma ve tenfiz talebinin kabulü mümkün müdür? Bu tür bir kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizinden söz edebilmek için, verildiği ülkenin yargı organları tarafından denetlenip denetlenmediğinin araştırılması gerekmektedir. Yargı organları dışında bir makam tarafından verilen karar, yargı organları tarafından denetlenerek onanmış ise bu halde kararın tanınması ve tenfizinin mümkün olduğunu söylemek mümkündür²⁷⁴. Zira onay ile karar yargı organlarının denetiminden geçerek kesinleşmiş olmaktadır. Buna karşılık, yargı denetiminden geçmeyen yargı organları dışındaki bir makam tarafından verilen kararın tanınması ve tenfizi mümkün olmamakla birlikte, ancak bir tespit davasına konu edilebileceği öne sürülmüştür²⁷⁵.

²⁷² Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 393.

²⁷³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 576; Doğan, **a.g.e.**, s. 97.

²⁷⁴ Doğan, **a.g.e.**, s. 98.

²⁷⁵ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 493.

2. Kararın Kesinleşmiş Olması

MÖHUK'un 50. maddesinde düzenlenen tanıma ve tenfizin diğer ön şartı ise kararın verildiği ülke kanunlarına göre kesinleşmiş olmasıdır. Bu halde Avrupa Sözleşmesi'ne göre icra kabiliyetini haiz bir kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi mümkün iken, MÖHUK uyarınca icra kabiliyeti yeterli görülmemiş, kararın kesinleşmiş olması şartı aranmıştır.

Maddi ve şekli anlamda kesin hüküm²⁷⁶ teşkil etmeyen kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Buna karşılık TMK m. 351 uyarınca velâyete ilişkin kararların durumun değişmesi halinde ortaya çıkan yeni koşullara uyarlanması mümkündür. Diğer bir deyişle değişen koşullara göre velâyet durumu her zaman değerlendirilebilir²⁷⁷. Bu nedenle velâyete ilişkin kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Ancak velâyete ilişkin kararların değişen durumlara bağlı olarak sonradan kısmen veya tamamen değiştirilebilmesi, bu kararların MÖHUK m. 50 anlamında kesinleşmiş sayılmalarına ve tanınıp tenfiz edilmelerine engel değildir²⁷⁸.

Yargıtay 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında “*tedbir niteliğindeki*” velâyete ilişkin kararların tenfizi açısından da kararın kesinleşmiş olması şartını aranmaması gerektiğinden söz etmiştir. Karara göre: “*Tenfizi istenen Gent Asliye Hukuk Mahkemesinin 11.3.2002 tarihli, boşanma davası süresince alınan geçici tedbir niteliğindeki velâyet, kişisel ilişki ve nafakaya ilişkin kararların tenfizi için kesinleşmesine gerek yoktur*”²⁷⁹. Buna karşılık, MÖHUK'un 50. maddesinin açık düzenlemesi ve tanıma tenfiz müessesesinin yapısına karşısında bu tarz yorumun kabulü mümkün değildir.

²⁷⁶ Şekli anlamda kesin hüküm, bir dava sonucunda verilen karar aleyhine başvurulacak kanun yolu olmaması halinde ortaya çıkar ve davayı sona erdirir. Buna karşılık maddi anlamda kesin hüküm ise kararın içeriğinin bağlayıcı güce sahip olmasını, dava konusu hakkında yeniden bir dava açılarak karar tesis edilmesinin mümkün olmamasını ifade eder ve uyumsuzluğun esasına ilişkindir.

²⁷⁷ Y. 2. HD'nin 2003/5306 E. ve 2003/6780 K. sayılı ve 08.05.2003 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷⁸ Cemal Şanlı, “Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 72.

²⁷⁹ Y. 2. HD.'nin 2005/3832 E., 2005/6704 K. sayılı ve 25.04.2005 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

Yüksek Mahkeme uygulaması, kanunun açık hükmüne bariz aykırı bir uygulama oluşturmaktadır.

B. Tenfizin Aslî Şartları

MÖHUK'un "Tenfiz Şartları" başlıklı 54. maddesi; "(1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dâhilinde verir:

a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.

b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması" düzenlemesini getirmektedir. Bu halde, yabancı mahkemelerden verilen velâyete ilişkin bir kararın Türkiye'de tenfizi için dört ayrı koşulun varlığı aranmaktadır.

1. Karşılıklılık

Velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için ilâmın alındığı devletle Türkiye arasında ya ilamların tenfizine dair bir anlaşma veya o devlette Türk mahkeme kararlarının tenfizine imkân veren bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması gerekmektedir. Karşılıklılık şartı, milletlerarası anlaşma²⁸⁰, yabancı ülkenin kanun hükmü ve fiilî uygulama olmak üzere üç şekilde gerçekleşebilir²⁸¹.

Velâyete ilişkin bir kararın tenfizinin iki ya da çok taraflı milletlerarası anlaşmalara göre sağlanabilmesi için, bu anlaşmaların uygulanmasının malvarlığına ilişkin kararların tenfizi ile sınırlı tutulmamış olması gerekmektedir²⁸². Türkiye’nin, İtalya, Romanya gibi bazı ülkelerle yapmış oldukları tenfize ilişkin anlaşmalar yalnızca malvarlığına ilişkin haklarla sınırlı olduklarından velâyete ilişkin kararlar açısından akdi karşılıklılık şartını sağlamayacaklardır. Bu halde, karşılıklılık şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından kanunî ya da fiilî duruma göre bir karşılıklılık incelemesi yapmak gerekecektir.

Akdi, kanuni ya da fiili karşılıklılığın tek başına yeterli olup olmayacağı konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre²⁸³ akdi ya

²⁸⁰ Türkiye, mahkeme kararlarının tenfizi konusunda İtalya (RG. 03.03.1929-1133), Romanya (RG. 17.05.1972-14190), Tunus (RG. 11.09.1984-18512), KKTC (RG. 13.01.1989-20079), Polonya (RG. 23.07.1990-20583), Cezayir (RG. 08.09.1991-20985), Avusturya (RG. 23.09.1991-21000), Irak (RG. 02.08.1992-21303), Azerbaycan (RG. 25.08.1993-26679), Çin Halk Cumhuriyeti (RG. 12.11.1994-22109), Gürcistan (RG. 24.08.1997-23090), Arnavutluk (RG. 09.11.1997-23165), Kazakistan (RG. 12.11.1997-23168), Makedonya (RG. 14.05.2000-24049), Mısır (RG. 22.05.2000-24056), Hırvatistan (RG. 24.05.2000-24058), Moldova (RG. 28.05.2000-24062), Kuveyt (RG. 30.05.2000-24064), Tacikistan (RG. 30.05.2000-24064), Ukrayna (RG. 22.12.2003-25324), Litvanya (RG. 20.04.2004-25439), Moğolistan (RG. 04.05.2004-25452) ile ikili anlaşmalar yapmıştır (Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 597-598).

²⁸¹ 2675 sayılı mülga MÖHUK’un 38/1. maddesinde de aynı doğrultuda karşılıklılık şartı aranmış, buna karşılık 2675 sayılı mülga MÖHUK’la yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK’un mülga 540. maddesinde de karşılıklılık şartı aranmış olmasına rağmen, karşılıklılığın sağlanması yalnız karşılıklılık konusunda devletler arasında bir anlaşma olması şartına bağlanmıştır. Bununla birlikte daha önce HUMK düzenlemesinde yer almayan yabancı devlette Türk mahkeme kararlarının tenfizine imkân veren bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması halleri ilk kez 2675 sayılı mülga MÖHUK ile hukukumuzda karşılıklılık ilkesi kapsamında değerlendirilmiştir.

²⁸² Şanlı, **a.g.m.**, s. 74.

²⁸³ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 473; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 596; Doğan, **a.g.e.**, s. 102. Burada ayrıca Türk hukukunun tenfiz için aradığı şartlardan çok daha ağır şartların arandığı bir tenfiz sistemine

da kanuni düzenlemeler karşılıklılığın sağlanması açısından tek başına yeterli değildir. Buna göre karşılıklılıktan söz edebilmek için fiilen bu kuralların uygulanıyor olması şartı da aranacaktır. Bu görüşü savunan yazarlara göre devletler arasındaki bu yönde bir anlaşmanın ya da kanunî düzenlemenin varlığına rağmen, bu yönde bir talep olmadığı için uygulama gerçekleşmemiş ise bu durum tenfiz açısından bir engel teşkil etmeyecektir²⁸⁴. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre²⁸⁵ ise tenfize konu kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında bir anlaşmanın mevcut olması ya da kararın verildiği ülkenin bu konuda bir kanunî düzenlemeye sahip olması veya fiili bir uygulama bulunması hallerinden her biri karşılıklılık şartının oluşması açısından tek başına yeterlidir. Zira kanun ifadesinden her bir koşulun eşit değerde ele alınarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Aksi halde, kanun düzenlemesinde akdi ya da kanuni karşılığın aranması yerine yalnızca fiili karşılıklılık şartı aranması gibi bir durumun varlığından söz edilebilecektir ki bu da kanunun akdi ve kanuni karşılıklılığa fazladan yer vermesi anlamına gelmektedir.

Karşılıklılık şartının oluşup oluşmadığı, tüm tenfiz davalarında hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulacak ve bu şartın oluşmaması halinde tenfiz talebi reddedilecektir. Karşılıklılık, hukukî olmaktan ziyade politik bir şarttır²⁸⁶. Bu nedenle tarafları hiçbir şekilde ilgilendirmemesi ve karşılıklılığın oluşmasında devletlerin ilk önce birbirlerinden hareket beklemeleri gibi nedenlerle eleştirilmektedir²⁸⁷. Ancak bu durum yalnızca fiili karşılıklılık şartı açısından söz konusu olacaktır ve yabancı mahkemelerden verilen kararların salt hukukî bir yaklaşımla tenfizinin gerektiğini savunmak

sahip devlet ile Türkiye arasında kanuni karşılık şartının bulunmayacağı da ileri sürülmüştür (Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 595-596). Ancak Türk mahkemeleri tenfiz incelemesi sırasında bu konuları araştırmaya yetkili olmadığından, kanuni karşılık söz konusu şartın gerçekleşmesi açısından kanaatimizce yeterli sayılmalıdır.

²⁸⁴ Doğan, **a.g.e.**, s. 102; Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. Y. 2. HD.'nin 1992/2204 E., 1992/2894 K. sayılı ve 24.06.1992 tarihli kararı (Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 473).

²⁸⁵ Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 300.

²⁸⁶ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 474; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 592; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 301; Doğan, **a.g.e.**, s. 101.

²⁸⁷ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 474.

doğru bir düşünce tarzı oluşturmaz²⁸⁸. Zira Türk mahkemelerinden verilen kararların tenfizini kabul etmeyen ve hatta yabancı mahkeme kararının tenfizine yer vermeyen bir hukuk sisteminden verilen kararın Türkiye’de tenfizini sağlamak hiçbir haklı sebebe dayandırılmayacaktır.

Tenfiz davalarında karşılıklılık şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde birtakım güçlüklerle karşılaşılmaktadır. Adalet Bakanlığı bu zorlukların önüne geçmek ve yanlış uygulamalara sebebiyet vermemek açısından her yıl Ocak ayında yayımladığı bir genelgeyle hangi ülkeler açısından karşılıklılık şartının gerçekleştiğini belirtmektedir²⁸⁹. Bu genelge de yer alan ülkeler açısından karşılıklılık şartının gerçekleştiğinin tespitinde herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Buna karşılık, tebliğ de yer almayan bir ülke kararının tenfizi talebiyle karşı karşıya kalınması halinde, bu ülke açısından karşılıklılık şartının gerçekleşmediğini söylemek mümkün değildir. Bu durum beraberinde ciddi zorluklar getirmektedir²⁹⁰. Çoğu zaman hâkim ancak tarafların yardımı ile karşılıklılığın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edebilecektir.

2. Kararın Yetkili Mahkeme Tarafından Verilmiş Olması

Gerek 2675 sayılı mülga MÖHUK’ta (m. 38/c) gerekse 5718 sayılı MÖHUK’ta (m. 54/b, c. 1) *“ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması”* tenfiz şartlarından olarak aranmıştır. Bununla birlikte 5718 sayılı MÖHUK ek olarak bir de *“davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması”* şartını getirmiştir (m. 54/b, c. 2). 5718 sayılı MÖHUK 54/b maddesinin ikinci

²⁸⁸ Doğan, a.g.e., s. 101; Çelikel, Erdem, a.g.e., s. 592.

²⁸⁹ Genelge metni için bkz. http://www.adalet.gov.tr/duyurular/genelgeler/genelge_pdf/63-1.pdf (Erişim: 03.04.2011).

²⁹⁰ Doğan, a.g.e., s. 103.

cümlesi ile eklenen bu yeni tenfiz şartı, milletlerarası usul hukukunda yabancı mahkemenin “aşırı yetki” halinde olmaması şeklinde tanımlanmaktadır²⁹¹.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere tenfizi talep edilen kararın yetkili mahkeme tarafından verilmiş olup olmadığının tespitinde ilk olarak kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilip verilmediğinin saptanması gerekmektedir. Milletlerarası usul hukuku anlamında münhasır yetkiden söz edebilmek için, yetki kuralının ifadesi ve konuluş amacı göz önünde bulundurularak bir davanın mutlak olarak Türk mahkemelerinde görülmesi öngörülmüş olmalıdır²⁹². Bu nedenle yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde dikkate alınacak olan Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi ile iç hukukta kullanılan münhasır yetki kavramları birbirinden farklıdır²⁹³.

Türk hukukunda, gerek Türk vatandaşı ve gerekse yabancı küçüklerin velâyetine ilişkin davaların münhasıran Türk mahkemelerinde görülmesini öngören bir yetki kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle, yabancı mahkemelerin velâyet kararları Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmez ve bu şart bakımından tenfize engel olunamaz²⁹⁴.

Yabancı mahkemenin yetkisi konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise 5718 sayılı MÖHUK’un 54. maddesinin b bendinin ikinci cümlesinde yer alan tenfiz engeli olan “aşırı yetki²⁹⁵”dir. Aşırı yetki, yabancı mahkemenin yetkisinin milletlerarası usul hukukunun genel kabul gören yetki kurallarının dışında ve kabul edilmesi mümkün olmayan bir şekilde oluşması şeklinde tanımlanmaktadır²⁹⁶. MÖHUK’un 54/b maddesinde ise “ilamın dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisinin bulunmaması” hâli aşırı yetki sayılmaktadır.

²⁹¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 599.

²⁹² Doğan, **a.g.e.**, s. 103; Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 475.

²⁹³ İç hukuktaki münhasır (kesin) yetki halleri hakkında bkz. Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 21. bs., Ankara, YetkinYayıncıları, 2010, s. 250-255.

²⁹⁴ Şanlı, **a.g.m.**, s. 76.

²⁹⁵ Aşırı yetki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, **a.g.m.**, s. 50 vd.

²⁹⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 605; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 303.

Tenfiz incelemesi sırasında tenfizi talep edilen kararın Türk mahkemelerin münhasır yetkisine girip girmediği re'sen incelenecekken, yabancı mahkemenin yetkisinin aşırı yetki sayılıp sayılmayacağına inceleme davalının bu yönde itiraz etmesi koşuluna bağlıdır. Bu durum MÖHUK'un 54/b maddesinde yer alan "*davalının itiraz etmesi şartıyla*" ifadesiyle açıkça hükme bağlanmıştır. Aşırı yetkinin açık ve bariz sayıldığı durumlarda dahi davalının itirazı olmaması halinde bu durum tenfiz davasına bakan hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulamayacaktır.

Aşırı yetki kuralları çerçevesinde kendini yetkili gören bir ülke mahkemelerinden karar verilmesi, tarafların tabii hâkimden mahrum olmalarını ve bununla birlikte tabii hâkim ilkesinin ihlâli sonucunu ortaya çıkaracaktır²⁹⁷. Tabii hâkim ilkesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının da ihlâl edilmesi sonucunda kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılması mümkündür²⁹⁸. Böylece karşı tarafın bu yönde bir itirazı olmaması halinde dâhi, aşırı yetki kuralının uygulandığı kararların kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfiz edilmemesi olanaklıdır.

3. Kamu Düzenine Açık Aykırılık Bulunmaması

Velâyete ilişkin yabancı bir mahkeme kararının tenfizi açısından aranan bir diğer şart, bu mahkeme kararının kamu düzeni müdahalesini gerektirecek bir hüküm taşımasıdır. MÖHUK'un 54. maddesinin c bendinde bu şart "*Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması*" şeklinde ifade bulmuştur. Görüldüğü üzere burada bulunmaması aranan şart salt kamu düzenine aykırılık değil, kamu düzenine açıkça aykırılıktır. Yabancı hukukun uygulanmasına neden olan kamu düzenine aykırılık ile yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde aranan kamu düzenine açık aykırılık

²⁹⁷ Doğan, a.g.e., s. 105.

²⁹⁸ Nomer, Şanlı, a.g.e., s. 478.

bulunmaması şartı arasında temelde bir farklılık bulunmamaktadır²⁹⁹. Her iki halde de yabancı hukuk kuralının değil, kural sonucunda ortaya çıkan kararın kamu düzenine aykırılığı dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte, yabancı hukukun uygulanmasına engel olan kamu düzeninde, yabancı hukuk kuralının uygulanması sonucunda verilen karar dikkate alınırken, usul hukuku alanında kabul edilen savunma hakkının ihlali gibi temel değerlere aykırılık da kamu düzeninin müdahalesini gerektirebilecektir³⁰⁰. Kamu düzeni tanıma ve tenfizde, yabancı hukukun uygulanmasına oranla daha zayıf bir müdahale gücüne sahiptir³⁰¹. Diğer yandan burada söz konusu olan kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun uygulanmasına engel olan kamu düzeninden farklı olarak, yabancı kuralın uygulanmasını engellemez; yabancı mahkeme kararının Türkiye’de icra edilmesini önler³⁰².

Velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde en sık karşılaşılabilecek tenfiz engeli kamu düzenine aykırılıktır. Zira velâyet öncelikle çocukların menfaatine ilişkin olduğundan, Türk kamu düzeni müdahalesine sıkça rastlanması mümkündür³⁰³. Velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı hâkim tarafından re’sen göz önünde bulundurulması gereken ve her somut olayda olayın özelliklerine göre takdir edilecek bir husustur. Bu nedenle hangi tür yabancı mahkeme kararlarının kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile tenfiz edilemeyeceğini önceden tespit etmek mümkün değildir³⁰⁴.

Kamu düzeni zaman ve mekâna göre farklılık gösteren bir kavramdır³⁰⁵. Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde kamu

²⁹⁹ Doğan, **a.g.e.**, s. 106. Yabancı hukukun uygulanmasına engel olan kamu düzeni hakkında açıklamalar için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II/B-4.

³⁰⁰ Doğan, **a.g.e.**, s. 106.

³⁰¹ Devletler özel hukuku ile karşılaştırıldığında tanıma ve tenfiz hukukunda kamu düzeninin yumuşatılmış etkisinden söz edilir. Buna karşılık tanıma tenfiz hukukunda kamu düzeninin uygulama alanı çok daha geniştir. Tanıma tenfiz hukukundaki kamu düzeni ile devletler özel hukukundaki (yabancı hukukun uygulanmasına engel olan) kamu düzeni arasındaki diğer farklar için bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 480-482.

³⁰² Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 304.

³⁰³ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 164.

³⁰⁴ Doğan, **a.g.e.**, s. 106.

³⁰⁵ Doğan, **a.g.e.**, s. 107.

düzeni müdahalesinden söz edebilmek açısından önemli olan Türk mahkemesi hâkiminin tanıma ve tenfize karar verdiği anda kamu düzenine açık aykırılık bulunmamasıdır³⁰⁶. Bu halde kararın verildiği anda kamu düzenine aykırılık oluşturan bir kararın daha sonra tanıma ve tenfiz anında kanun iç hukuktaki değişiklikler gibi nedenlerle kamu düzenine aykırı bulunmaması mümkündür.

Yabancı mahkemelerden verilen velâyete ilişkin kararın Türk kamu düzenine aykırı sayılması açısından Türk hukukundan farklı düzenlemeler içermesi yeterli değildir³⁰⁷. Burada önemli olan, yabancı mahkeme ilamında yer alan velâyete ilişkin hükmün uygulanmasının Türkiye’de ağır ve kamu vicdanında kabul edilemez sonuçlar doğurmaması gereğidir³⁰⁸. Bir diğer anlatımla yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırı olması, uygulanan hukuk kuralının soyut olarak aykırı olması değil, o hukuk kuralının uygulanması sonucunda verilen mahkeme kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesidir³⁰⁹.

Velâyetin düzenlenmesinde çocuğun merkez alınarak karar verilmesi gerekmektedir. Çocuğun menfaatleri ikinci plana atılarak, dini, milli, kültürel, etnik ve sosyal düşüncelerle hareket edilmesi ve velâyetin münhasıran bu düşüncelerle düzenlenmesi kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir³¹⁰. Buna göre çocuğun menfaati dikkate alınmaksızın, velâyet hakkının yaşa, etnik kökene, ülke farkına veya cinsiyete göre ana veya babadan birine doğrudan verilmesi şeklindeki kararlar; ana babalık duygularının tatminine imkân vermeyen kararlar; gerekçesiz kararlar; velâyetin kendisine verilmediği taraf ile çocuk arasında hiçbir şekilde şahsi münasebet tesis edilmemesi yönündeki kararlar; velâyetin kendisine verilmediği tarafla çocuk arasındaki şahsi münasebetlerin fiilen icrasını imkânsız kılan ya da zorlaştıran;

³⁰⁶ Tiryakioğlu, **Tenfiz**, s. 48.

³⁰⁷ Yargıtay kararlarında da Türk hukukuna her aykırılığın Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağına yer verilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında çocuğa soybağının reddi davası açma hakkının tanınmamış olmasını Türk kamu düzenine açık aykırı bulmamıştır. Y. 2. HD.’nin 2009/6063 E., 2009/8609 K. sayılı ve 04.05.2009 tarihli kararı (Doğan, **a.g.e.**, s. 106, dn. 34).

³⁰⁸ Ruhi, Kaplan, **a.g.m.**, s. 647.

³⁰⁹ Tiryakioğlu, **Tenfiz**, s. 46; Doğan, **a.g.e.**, s. 105.

³¹⁰ Şanlı, **a.g.m.**, s. 76.

münhasıran etnik köken, dil, din, ırk, renk esas alınarak tesis edilen kararlar gibi kararların Türk kamu düzenine aykırı kabul edilmesi mümkündür³¹¹.

Velâyete ilişkin kararların tenfizinde Türk kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olup olmayacağı değerlendirilirken çocuğun yararı ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle taraflar arasındaki anlaşmayla bağlı kalınarak, çocuğun yararı göz önünde bulundurulmaksızın tesis edilen kararlar kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir. Yargıtay bu konuda bir kararında *“Yabancı mahkeme kararı boşanma hükmüne konu velâyetin değiştirilmesi isteği ile ilgili olup taraflar arasında gerçekleşen anlaşmaya dayalı olarak tesis edilmiştir. Oysaki velâyetin sonradan meydana gelen olaylar nedeniyle değiştirilmesi (M.K.149) genel ilke uyarınca (M.K.148) çocukların gelecekleri düşünülerek ve onların ruhsal ve bedensel gelişmelerinin eşlerden hangisinin yanında en iyi şekilde sağlanabileceği araştırılarak hükme bağlanır. Hâkim eşlerin istekleri dışında yalnızca çocukların özetlenen yararını göz önünde tutarak bu yönü serbestçe takdir eder. Yabancı mahkemenin bu hususu dikkate almadan verdiği karar Türk kamu düzenine açık bir aykırılık oluşturduğundan isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır”* açıklamasına yer vermiştir³¹².

Yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzeni müdahalesi açıklanırken de değinildiği üzere, yabancı mahkeme kararının tenfizinde evliliğin sona ermesine rağmen velâyetin eşlerden her ikisine birden bırakılması Yargıtay tarafından kamu düzenine aykırı kabul edilmiştir³¹³.

³¹¹ Şanlı, a.g.m., s. 76.

³¹² Y. 2. HD.’nin 1991/2108 E., 1991/35585 K. sayılı ve 28.02.1991 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. Y. 2. HD.’nin 1997/675 E., 1997/1633 K. sayılı ve 17.02.1997 tarihli kararı (Nomer, Şanlı, a.g.e., s. 482, dn. 272).

³¹³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu konuya ilişkin bir kararında *“Yabancı boşanma ilamında 9 Aralık 1988 doğumlu Esra ve 24 Mart 1995 doğumlu Mert isimli müşterek çocukların velâyetleri anne ve babaya birlikte bırakılmıştır.*

Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim velâyeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. (TMK. md. 336) Velâyet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocukların velâyetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUK. md. 38/c)

Birlikte velâyetin Türk kamu düzenine aykırı bulunması evlilik sona erdikten sonra küçüğün velâyetinin ana baba tarafından birlikte kullanılıp kullanılmayacağına küçüğün menfaati dikkate alınarak hâkim tarafından takdir edilebileceği gerekçesi ile eleştirilmiştir³¹⁴. Bu görüşü savunan yazarlar tarafından Türk hukukunda da, ortak hayatın sona ermesi halinde hâkimin küçüğün velâyetini eşlerden birine vermesi zorunluluğundan değil, fakat verebileceğinden söz edildiğinden burada hâkimin takdir hakkının bulunduğu ifade edilmektedir³¹⁵

Gerçekleşen bu durum karşısında ilamın velâyete ait kısmı hakkındaki tenfiz isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” gerekçesi ile yabancı mahkeme kararını kamu düzenine aykırı bulmuştur. Oyçokluğuyla alınmış olan kararın muhalefet şerhinde ise “Tanıma veya tenfize karar veren hâkim, yabancı kararın doğru olup olmadığını inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Yabancı kararda uygulanmış olan usul hükümleri ve maddi hukukî tespitler inceleme dışında tutulmalıdır.

Yabancı ilamın anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir. Maddede bu durum açıkça sözcüğü ile ifade edilmiştir. Yabancı mahkemenin Türk hukukunun emredici hükümlerini dikkate almaması yahut yanlış uygulanması başlı başına tenfiz veya tanıma isteğinin reddine sebep teşkil etmez.

Hollanda'nın Amsterdam Mahkemesi tarafların boşanmalarına karar vermiş 9.12.1988 doğumlu Esra ile 24.03.1995 doğumlu Mert'in velâyetinin ana ve babada müşterek olduğuna işaret etmiştir.

Boşanma sonucu yabancı mahkemenin çocukların velâyetinin ana-babaya birlikte verilmesi Türk Medeni Kanununun 336. maddesine uygun bulunmamaktadır. Ancak yabancı mahkemenin velâyet düzenlemesine yönelik bölümü teknik manada kesin hüküm özelliğini taşımamakta değişen şartlar karşısında yeniden düzenlenmesi de imkân dâhilindedir. Yabancı kararda uygulanmış olan usul hükümleri ve maddi hukukî tespitler inceleme dışında tutulmalıdır.

Yabancı ilamın anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir. Maddede bu durum açıkça sözcüğü ile ifade edilmiştir. Yabancı mahkemenin Türk hukukunun emredici hükümlerini dikkate almaması yahut yanlış uygulanması başlı başına tenfiz veya tanıma isteğinin reddine sebep teşkil etmez.

Hollanda'nın Amsterdam Mahkemesi tarafların boşanmalarına karar vermiş 9.12.1988 doğumlu Esra ile 24.03.1995 doğumlu Mert'in velâyetinin ana ve babada müşterek olduğuna işaret etmiştir.

*Boşanma sonucu yabancı mahkemenin çocukların velâyetinin ana-babaya birlikte verilmesi Türk Medeni Kanununun 336. maddesine uygun bulunmamaktadır. Ancak yabancı mahkemenin velâyet düzenlemesine yönelik bölümü teknik manada kesin hüküm özelliğini taşımamakta değişen şartlar karşısında yeniden düzenlenmesi de imkan dahilindedir” açıklamasına yer verilmiştir (Y. 2. HD.'nin 2004/13947 E., 2004/5854 K. sayılı ve 27.12.2004 tarihli kararı (Doğan, **a.g.e.**, s. 245, dn. 59). Yargıtay kararı ile aynı yönde bkz. Y. 2. HD.'nin 2003/2818 E., 2003/3889 K. sayılı ve 20.03.2003 tarihli kararı (Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 483, dn. 274). Y. 2. HD.'nin 2006/2773 E., 2006/9267 K. sayılı ve 12.06.2006 tarihli kararı; Y. 2. HD.'nin 2004/12285 E., 2004/13680 K. sayılı ve 22.11.2004 tarihli kararı; Y. 2. HD.'nin 2004/13801 E., 2004/15855 K. sayılı ve 27.12.2004 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).*

³¹⁴ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 483, dn. 274.

³¹⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin diğer kararlarında da aksi yönde bir anlayışı benimsediği anlaşılmaktadır. Bu konudaki bir kararına göre; “1- Evlilik devam ettiği sürece ana-baba velâyeti

Yargıtay kararlarında birlikte velâyetin kamu düzenine aykırı bulunmasına gerekçe olarak, velâyete ilişkin düzenlemelerin emredici nitelikte olması ve Türk Medeni Kanunu anlamında kamu düzeninden olması gösterilmektedir. Bu durum kamu düzeninin müdahalesi açısından yeterli değildir ve Yargıtay'ın emredici kuralların kamu düzeni müdahalesine neden olmayacağı yönündeki yerinde kararları ile çelişmektedir³¹⁶. Aksi halde velâyete ilişkin emredici hükümlere aykırı hiçbir yabancı mahkeme kararının tenfizinden söz edilmemesi gerekecektir. Nitekim birlikte velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığını savunan yazarlar tarafından dâhi, söz konusu gerekçe, Türk velâyet hukukunun emredici kurallarının yabancı mahkeme kararlarında da aynen dikkate alınmasının tenfiz zorunlu bir şartı haline getirilmesi anlamına geldiği düşüncesiyle eleştirilmektedir³¹⁷. Buna karşılık, birlikte velâyet Türk toplumunun temel değerleri ile uyuşmadığından kamu düzeni müdahalesinin kabul edilmesi isabetli olacaktır³¹⁸. Diğer yandan velâyetin değiştirilmesi olanağından bahisle de Türk toplumunun değerlerine

birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim velâyeti eşlerden birine vermek zorundadır. (TMK. md. 336) Yabancı mahkemenin çocukların velâyetini yazılı şekilde düzenlemesi Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUK. mad. 38/c) Bu nedenlerle mahkemenin velâyet düzenlemesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde isabetsizlik yoktur.

2- Yabancı ilamın kısmen tenfizine karar verilmesi imkân dâhilindedir. (MÖHUK. md. 40) Michigan Eyaleti mahkemesinden verilen boşanma ilamı kesinleşmiştir. 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Yasanın 36, 37, 38. maddelerinin aradığı şartlar gerçekleşmiştir. Mahkemece, yabancı ilamın boşanmaya yönelik bölümünün tenfizine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile isteğin tümünün reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır” şeklinde hüküm tesis etmiştir (Y. 2. HD.'nin 2006/2773 E., 2006/9267 K. sayılı ve 12.06.2006 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)). Aynı yönde bkz. Y. 2. HD.'nin 2003/2818 E., 2003/3889 K. sayılı ve 20.03.2003 tarihli kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu), Y. 2. HD.'nin 2004/13947 E., 2004/15854 K. sayılı ve 27.12.2004 tarihli kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

³¹⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi buna ilişkin olarak bir kararında şu şekilde bir açıklamaya yer vermiştir: *“Tanıma veya tenfize bakan hâkim kural olarak yabancı mahkeme kararının doğruluğunu inceleyemez. Gerek yabancı kararda uygulanmış olan usul ve gerekse kararda yer alan maddî ve hukukî tespitler incelemenin konusu dışındadır.*

Türk Hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması tek başına mahkeme kararının tanınması veya tenfizini engelleyici bir sebep olarak görülemez. Türk kamu düzeni, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerinin korunması için sadece kamu düzenine aykırılığı aşıkâr olan olaylara münhasır olduğunun kabulü gerekir. Tenfizi istenen yabancı ilamda bu anlamda açıkça kamu düzenine aykırılıkta yoktur”. Y. 2. HD.'nin 2004/10683 E., 2004/13120 K. sayılı ve 04.11.2004 tarihli kararı (Nomer, Şanlı, a.g.e., s. 483, dn. 274).

³¹⁷ Söz konusu eleştiri için bkz. Nomer, Şanlı, a.g.e., s. 483, dn. 274.

³¹⁸ Bkz. Doğan, a.g.e., s. 246.

ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı bir kararın tenfiz edilmesi kanaatimizce mümkün olmamalıdır.

Yargıtay kararlarında tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının velâyet kendisine bırakılmayan ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması yönünde karar vermemiş olması durumu ise kamu düzenine aykırı bulunmamıştır. Bu yöndeki bir Yargıtay kararına göre “*Yabancı boşanma kararında; velâyetleri annelerine verilen müşterek çocuklar için iştirak nafakasına hükmedilmemiş olması ve babanın çocuklarla kişisel ilişkisinin düzenlenmemesi, bu düzenlemenin çocuk koruma kurumunun tavsiyesinden sonraya bırakılması, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz. Zira, baba kişisel ilişkisinin düzenlenmesini, sonradan isteyebileceği gibi, sonradan da çocuklar için iştirak nafakası istenebilir. Hükmün, bu konularda eksiklik taşıması kamu düzenini zedelemesiz. Yabancı mahkeme, tarafların müşterek milli hukuku olan Türk Hukukuna göre boşanma kararı verdiği göre, davanın kabulüne karar verilecek yerde, reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır*³¹⁹”. Gerçekten de çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bir kararın daha sonra her zaman verilmesi mümkündür ve velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararında çocuk kendisine bırakılmayan ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisi düzenlenmemişse bu durum kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Türk hukukunda küçükler üzerindeki velâyet hakkının TMK'nin 335-337. maddeleri gereğince sadece ana babaya tanınan bir hak olması sebebiyle evlat edinme dışında, küçüğün velâyetini bir başka kişiye tevdi eden yabancı mahkeme kararlarının da tenfiz edilemeyeceği görüşündedir³²⁰. Velâyet kurumunun yapısı dikkate alındığında çocuğun velâyetinin ana baba ya da evlat edinen dışında bir

³¹⁹ Y. 2. HD.'nin 2004/3609 E., 2004/4423 K. sayılı ve 07.04.2004 tarihli kararı (Ruhi, **a.g.e.**, s. 867-868). Aynı yönde bkz. Y. 2. HD.'nin 1997/675 E., 1997/1633 K. sayılı ve 17.02.1997 tarihli kararı (Çelikel, Nomer, **a.g.e.**, s. 499-500).

³²⁰ Y. 2. HD.'nin 2003/3754 E., 2003/4670 K. sayılı ve 02.04.2003 tarihli kararı (Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 483, dn. 273).

kişiyi bırakılması durumu ve bunun Türkiye’de icrası Türk kamu düzenine uygun düşmeyecektir.

Velâyete ilişkin bir kararın tanınması ve tenfizi istemli bir davada özellik gösteren bazı durumlar ile karşılaştırılması mümkündür. Bu durumlar velâyete ilişkin bir hüküm içeren yabancı mahkeme kararının kısmen tanınması ve tenfizi hali ile tanınması ve tenfizi istenen karar ile aynı konuda daha önce Türk mahkemelerinden verilmiş farklı bir kararın bulunması halleridir.

Burada belirlenmesi gereken husus velâyete ilişkin kararların kısmen tenfizinin mümkün olup olmadığıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararı tanınması ve tenfizi amacıyla müstakil bir dava olarak Türk mahkemelerinin önüne gelebileceği gibi boşanma kararı içerisinde yer alan bir hüküm fıkrası şeklinde de gelebilir. Bu halde MÖHUK’un 56. maddesi gereğince kısmen tenfizin mümkün olduğunu göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Zira maddeye göre “*Mahkemece ilâmın kısmen veya tamamen tenfizine veya istemin reddine karar verilebilir*”. Birçok Yargıtay kararında da bu yönde bir uygulamaya yer verildiği görülmektedir³²¹. Velâyete ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı bulunması halinde, bu kısmın tenfizi talebinin reddi ile boşanma kararının tanınmasına karar verilmesi mümkündür. Buna karşılık, boşanmaya ilişkin ilâmın tanınmasının reddine ve bununla birlikte velâyete ilişkin hükmün tenfizine karar verme yoluna gidilmemelidir³²². Çünkü burada velâyet düzenlemesi boşanmanın sonuçlarındandır ve boşanmanın tanınmaması halinde bu kararın kesin hüküm etkisi Türkiye’de doğmayacaktır. Türkiye’de boşanmış sayılmayan eşlerin çocukları üzerindeki velâyeti müştereken kullanacakları yönündeki kural, aksine bir tedbir kararı mevcut değilse uygulanmaya devam edecektir.

³²¹ Y. 2. HD.’nin 2006/2773 E., 2006/9267 K. sayılı ve 12.06.2006 tarihli kararı; Y. 2. HD.’nin 2004/12285 E., 2004/13680 K. sayılı ve 22.11.2004 tarihli kararı; Y. 2. HD.’nin 2004/13801 E., 2004/15855 K. sayılı ve 27.12.2004 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

³²² Tiryakioğlu, **Tenfiz**, s. 79; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 162.

Kısmen tanınma ve tenfize ilişkin ortaya çıkan bir başka mesele de boşanma kararının tanınmasına karar verilmesine rağmen velâyete ilişkin hüküm fıkrasının tenfizi talebinin reddedilmesi halinde çocuğun velâyetinin Türk hukukuna göre akıbetinin ne olacağıdır. Bu yönde gerek MÖHUK'ta gerekse TMK'de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ana babanın boşanması halinde boşanmanın sonuçlarından olan velâyete ilişkin bir karar verilmesi zarureti açıktır. Açıklanan nedenle tanıma kararı ile eşlerin boşanmalarını Türk hukuku bakımından sağlamış olan mahkemenin çocuğun velâyeti hakkında da karar vermesi gerekmektedir³²³.

Tanıma/tenfiz hâkiminin bu konuda re'sen karar verebilmesi için velâyet düzenlemesine ilişkin tarafların herhangi bir talepte bulunmalarına da gerek bulunmamaktadır³²⁴. Yargıtay kararlarında herhangi bir dava nedeniyle çocuğun velâyetin boşlukta kaldığını öğrenen hâkimin, velâyet konusunu re'sen düzenleyebileceği belirtilmektedir³²⁵. Bu nedenle tanıma ve tenfiz istemli davada boşanmanın tanınmasına ve velâyete ilişkin hükmün tenfizinin reddine karar veren hâkimin velâyeti re'sen düzenlemesi gerekecektir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, aynı durum velâyete ilişkin karar verilmemiş olan boşanma kararlarının tanınmasında da söz konusu olacaktır.

Burada tespiti gereken bir diğer husus, Türk mahkemelerinden verilen ve kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığına rağmen tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir yabancı kararın tanınması ve tenfizinin mümkün olup olmadığıdır. Yabancı mahkeme kararının Türk mahkeme kararı ile bağdaşmayan hükümler içermesi de, tanıma tenfiz talebinin kamu düzeni müdahalesine uğrayabileceği hallerden biri olarak kabul edilmektedir³²⁶. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi buna ilişkin olarak bir kararında "*Türk mahkemesinin kesin hüküm niteliğini kazanmış bir ilâmı varsa, yabancı*

³²³ Şanlı, **a.g.m.**, s. 80.

³²⁴ Şanlı, **a.g.m.**, s. 80.

³²⁵ Örneğin Yargıtay çeşitli kararlarında nafaka davası sırasında velâyetin boşlukta olduğunu öğrenen mahkemenin velâyete ilişkin re'sen karar vermesi gerektiğini vurgulamıştır. Y. 2. D.'nin 1975/9587 E., 1975/9916 K. sayılı ve 30.12.1975 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası); Y. 2. HD.'nin 1998/2431 E., 1998/3326 K. sayılı ve 18.03.1998 tarihli kararı (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

³²⁶ Bkz. Tiryakioğlu, **Tenfiz**, s. 49; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 306.

mahkeme kararı kamu düzeni sebebiyle tanınamaz” açıklamasına yer vermiştir³²⁷. Bu durumda yabancı mahkeme kararı tenfiz edilmişse ve bu mahkeme kararı Türk mahkemelerinden verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile vardıkları sonuçlar bakımından çelişiyorsa bu durum yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturacaktır (HUMK m. 445/10)³²⁸.

Konuya velâyete ilişkin kararlar açısından yaklaşıldığında ise farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere velâyete ilişkin kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez ve değişen koşullar karşısında velâyete ilişkin yeni bir karar verilmesi mümkündür. Bu halde velâyete ilişkin Türk mahkemesinden verilmiş bir kararlar çelişen yabancı mahkeme kararının tenfizi halinde nasıl bir çözüm şekli uygulanacağını tespiti gerekmektedir.

Velâyete ilişkin karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemekle, değişen koşullar karşısında velâyetin değiştirilmesinin mümkün olması karşısında Türk mahkemeleri tarafından verilen velâyete ilişkin kararla çelişen yabancı mahkeme kararının tenfizi mümkündür³²⁹. Ancak böyle bir tenfiz istemi karşısında velâyete ilişkin Türk mahkeme kararının değiştirilmesi için haklı koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Bir diğer deyişle *“böyle bir dava Türk mahkemelerinin önüne gelse idi velâyetin değiştirilmesine karar verilmesi gerekirdi”* şeklinde bir tespitin yapılması halinde, velâyeti değiştiren kararın tenfizi de sağlanabilecektir. Buradaki inceleme ilk bakışta her ne kadar tenfizi istenen kararın içeriğini tetkik gibi görülse de, çocuğun menfaati bu yönde bir incelemenin yapılmasını haklı kılmaktadır³³⁰. Diğer yandan her ne kadar velâyete ilişkin kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmiyor ise de, aynı konuda verilmiş bir kesin hüküm olmaması şeklindeki tenfiz şartının amaçsal yorumu da kanaatimizce bu yönde bir incelemeye imkân kılmaktadır.

³²⁷ Y. 2. HD.’nin 1993/9648 E., 1993/11903 K. sayılı ve 08.12.1993 tarihli kararı (Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 484; dn. 280, naklen).

³²⁸ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 485; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 306.

³²⁹ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163.

³³⁰ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163.

Burada karşılaşılabilecek bir diğer durum ise Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir velâyete ilişkin dava var iken yabancı mahkemeden verilmiş bir velâyete ilişkin kararın tenfizinin talep edilmesi halidir. Bir yanda velâyete ilişkin bir dava devam ederken diğer yanda velâyete ilişkin hüküm içeren bir kararın tanınması ve tenfizi davası açılması durumunda her iki davanın konusu aynı olmadığından derdestlik ortaya çıkmayacaktır³³¹. Ancak bu davalardan birinin diğerini bekletici mesele yapması yönünde karar vermesi ihtimal dâhilindedir. Mahkemenin bekletici mesele olarak kabule karar vermesi, yabancı derdestliğin kabulü ile aynı sonucu doğuracaktır. Bu nedenle böyle bir karar verilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Doktrinde yabancı derdestlik ancak istisnai bazı hallerde kabul edilmektedir³³². Bunlardan biri de Türklerin kişi hallerine ilişkin davalardır (MÖHUK m. 41). Bu nedenle ancak Türklerin kişi hallerine ilişkin bir velâyet davasında, kararın bekletici mesele yapılması uygun söz konusu olabilecektir.

4. Savunma Haklarının İhlâl Edilmemiş Olması

Kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut o ülke kanunlarına aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda karar verilmiş ise savunma hakkının ihlâl edilmiş olduğundan söz etmek mümkündür (MÖHUK m. 54/ç). Söz konusu usul kurallarına aykırılık başlı başına tenfizin reddi sebebidir. Bu usul ihlâllerinin tenfize engel teşkil edebilmesi açısından ayrıca davalının savunma hakkının gerçekten ihlâl edilmiş olması şartı aranmayacaktır.

Tenfiz davasında hâkimin savunma hakkına riayet edilip edilmediğini re'sen araştırması mümkün değildir. Bu husus MÖHUK'un 54. maddesinin ç bendinin açık düzenlemesi gereğince ancak savunma hakkı ihlâl edilen

³³¹ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163.

³³² Türk hukukunda yabancı derdestlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, **a.g.m.**, s. 987-1008.

kişinin tenfiz davasına bu yöndeki itirazı halinde dikkate alınacak ve kararın tenfizine engel oluşturacaktır. Ancak yine bu halde de kamu düzenine aykırılık oluşturacak nitelikte bir ihlâl söz konusu ise hâkimin bu durumu kamu düzenine aykırılık nedeniyle re'sen göz önünde bulundurması mümkündür³³³.

Savunma hakkının ihlâl edilmiş sayılıp sayılmayacağına tespitinde kararın verildiği ülke kanunları uyarınca savunma hakkının anlamı ve kapsamı dikkate alınacaktır. Nitekim MÖHUK'un 54/ç maddesinde de bu olumsuz şarta yer verilirken, “o yer kanunları uyarınca” ibaresine yer verilmiştir. Bu halde tenfiz davasında hâkim Türk hukukuna göre değil, kararın verildiği ülke hukukuna göre maddede sayılan hususlara ilişkin ihlâl olup olmadığını araştıracaktır.

Türk hukuku anlamında savunma hakkının ihlâl edilmiş sayılması halinde ise kararın verildiği ülke hukukuna göre savunma hakkının ihlâli söz konusu değilse ancak kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilecektir. Türk hukukuna göre yapılan tespit Türkiye'nin katılmış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi³³⁴,nde teminat altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkı çerçevesinde savunma hakkına ilişkin ilkeler de yabancı mahkeme kararının tenfizini engelleme konusunda göz önünde bulundurulacaktır. Bu ilkeler Türk kamu düzeninin müdahalesi açısından da haklı bir sebep teşkil edecektir³³⁵.

³³³ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 486; Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 308; Doğan, **a.g.e.**, s. 107.

³³⁴ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) Avrupa Konseyi üyeleri tarafından 20.03.1950'de Roma'da imzalanarak, 03.09.1952'de yürürlüğe girmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye tarafından 18.05.1954'te onaylanmış ve 19.03.1954 tarihli ve 8652 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin ilk hali, 21 Eylül 1970'de yürürlüğe giren 3 nolu Protokolün 20.12.1971'de yürürlüğe giren 5 nolu Protokolün ve 01.01.1990'da yürürlüğe giren 8 nolu Protokolün düzenlemelerine uygun olarak değiştirilmiştir ve ayrıca yürürlüğe girdiği 21.09.1970'ten bu yana 5. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak Sözleşmenin bir parçası olan 2 nolu Protokolün metnini içermektedir. Protokollerin getirdiği bütün bu değişikliklerin veya eklemelerin yerini, yürürlüğe girdiği tarih olan 01.11.1998'den itibaren 11 nolu Protokol almış, bu tarihten itibaren 01.10.1994'te yürürlüğe giren 9 nolu Protokol yürürlükten kaldırılmıştır. 11. Protokol ile yeniden düzenlenen güncel Sözleşme metni ise 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³³⁵ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 487.

SONUÇ

Çocuğun korunması açısından günden güne artan bir öneme sahip olan velâyet, “küçüğün ya da bazı durumlarda ergin kısıtlı çocukların şahıs ve mallarının korunması amacıyla, onların temsili konusunda ana babanın sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin tamamı” olarak ifade edilebilir. Hukukumuzda velâyet, çocuk evlilik içinde doğmuş ise ana babaya, evlilik dışı doğmuş ise anaya tanınmış bir haktır. Bunun dışında çocuk, evlât edinilmiş ise velâyet kendiliğinden evlât edinene geçer. Ana, baba ya da evlât edinen dışında herhangi bir kimsenin çocuk üzerinde velâyet hakkına sahip olması mümkün değildir.

Milletlerarası alanda velâyete ilişkin olarak öne çıkan üç milletlerarası sözleşme bulunmaktadır. Bunlar, 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine Dair La Haye Sözleşmesi, 1980 tarihli Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 1980 tarihli Çocukların Milletlerarası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi'dir. Bahsi geçen sözleşmeler dışında 1961 La Haye Sözleşmesi'nin yerini almak üzere 1996 yılında Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize Ve İşbirliğine Dair Sözleşme kabul edilmiştir. 1996 La Haye Sözleşmesi, 1961 La Haye Sözleşmesi'nden farklı ve eksikliklerini gideren önemli düzenlemelere sahiptir. Ancak Türkiye henüz 1996 La Haye Sözleşmesi'ne taraf değildir.

Anayasa'nın 90/5. ve MÖHUK'un 1/2. maddelerindeki milletlerarası sözleşmelerin öncelikli uygulamasına ilişkin düzenlemeler gereğince, söz konusu milletlerarası sözleşmelerin uygulanma alanına giren konularda esas alınacağı açıktır. Bu sözleşmelerin uygulanma alanına girmeyen hususlarda ise 5718 sayılı MÖHUK hükümleri uygulanacaktır.

1961 La Haye Sözleşmesi oldukça karmaşık bir yetki sistemi getirmekte, çoğu zaman milletlerarası derdestlik problemi ile karşılaşılmasına meydan vermektedir. Buna karşılık, 1996 La Haye Sözleşmesi daha sistematik ve basit bir yetki sistemine yer vermiştir. Bu açıdan bakıldığında Türkiye'nin 1996 La Haye Sözleşmesi'ni onaylaması özellikle milletlerarası yetkinin belirlenmesi açısından isabetli olacaktır.

1961 La Haye Sözleşmesi'nde küçük hakkında koruma tedbirleri almaya yetkili makamların, bu koruma tedbirlerine ilişkin olarak kendi iç (maddi) hukuklarını uygulayacakları yönünde bir genel kurala yer verilmiştir. Buna göre uygulanacak hukuk, asıl olarak küçüğün mutad meskeni hukukudur. 5718 sayılı MÖHUK kuralları gereğince uygulanacak hukukun tespitinde velâyetin soybağının hükümlerinden olması nedeniyle soybağının hükümlerine uygulanacak hukuktan hareketle uygulanacak hukuk belirlenecektir. Boşanmanın sonucu olarak ortaya çıkan velâyet uyuşmazlıklarında ise boşanmaya uygulanacak hukuka bağlanma kabul edilmiştir. Bu halde 1961 La Haye Sözleşmesi'nin uygulanma alanına giren velâyete ilişkin uyuşmazlıklarla, MÖHUK kuralları uygulanacak velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda farklı bağlama noktaları tercih edilmiştir. Her ne kadar 1961 La Haye Sözleşmesi gereğince uygulanacak hukukun tespiti kolaylaşmakta ise de MÖHUK sisteminin uygulanacak hukukun tespiti açısından daha uygun olduğunu söylemek mümkündür.

Üzerinde durulan bir başka husus velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizidir. Bu konuda 1961 La Haye Sözleşmesi'nde, 1980 Avrupa Sözleşmesi'nde ve 5718 sayılı MÖHUK'ta düzenlemelere yer verilmiştir. 1961 La Haye Sözleşmesi velâyete ilişkin kararların yalnızca tanınmasına ilişkin düzenlemelere yer verirken, tenfizini taraf devletlerin iç hukukuna bırakmıştır. 1980 Avrupa Sözleşmesi ile 5718 sayılı MÖHUK ise hem tanıma hem de tenfize ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Tanıma ve tenfize ilişkin söz konusu iki Sözleşmede de idari makamlar tarafından verilen velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizine olanak sağlanırken, MÖHUK'ta yalnızca mahkemeler tarafından verilen

kararların tanınması ve tenfizinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Sözleşmeler tanıma ve tenfizi düzenlerken, kararın taraf devletlerce kendi mahkemelerinden verilmiş gibi uygulanmasını düzenlemektedir. Buna karşılık MÖHUK'ta tanıma ve tenfiz birtakım ön ve asli şartlara tâbi tutulmuştur. Türk hukuk sisteminde yalnızca mahkeme kararlarının tanınması tenfizi ve bu tanıma tenfiz sırasında birtakım şartların varlığının araştırılması önem taşımaktadır. Velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizine ilişkin kurallar içeren 1961 La Haye Sözleşmesi'nin ve 1980 Avrupa Sözleşmesi'nin uygulanma alanına girmeyen velâyete ilişkin kararlar hakkında 5178 sayılı MÖHUK hükümleri uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

ACABEY, Mehmet Beşir; **Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2002.

AKINCI, Ziya; **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1994.

AKINCI, Ziya, DEMİR GÖKYAYLA, Cemile; **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ KARAMAN, Derya; **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, C. II, 12. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2010.

AKYÜZ, Emine; **Hâkimin Velâyet Hakkına Müdahalesi**, Ankara, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 1974 (Velâyet).

AKYÜZ, Emine; “Medeni Kanununun 272. Maddesine Göre Çocuğun Korunması ve Yeni İsviçre Medeni Kanunu Gözönünde Tutularak Yapılması Önerilen Değişiklikler”, **AÜEBFD**, C. 19, S. 1, 1986, s. 137-160 (Çocuğun Korunması).

ATAMAN FİGANMEŞE, İnci; “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul, İ.Ü. Eğitim ve Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, 1999, s. 55-100.

AYBAY, Rona, DARDAĞAN, Esra; **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

BAKTİR ÇETİNER, Selma; **Velâyet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

BULUT, Harun; **Aile Hukukunda Velâyet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları**, İstanbul, Beta Yayınları, 2007.

ÇELİK, Cemil; “Velâyetin Kaldırılması”, **AÜHFD**, C. 54, S. 1, 2005, s. 255-308.

ÇELİKEL, Aysel, ERDEM, Bahadır; **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2009.

ÇELİKEL, Aysel; “Yabancı Mahkemelerde Verilen Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, Yılmaz ALTUĞ’a Armağan, **MHB**, Yıl 17- 18, s. 1-2, İstanbul, 1997-1998, s. 107-116.

ÇELİKEL, Aysel, NOMER, Ergin; **Devletler Hususi Hukuku: Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları**, 9. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2008.

ÇETİNER, Selma Baktır; **Velâyet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

DAYINLARLI, Kemal; “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1998, s. 653-692 (Kamu Düzeni)

DAYINLARLI, Kemal, **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1994 (Tahkim).

DEVELİOĞLU, Ferit; **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük**, Ankara, Doğu Matbaası, 2001

DOĞAN, İzzet; **Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

DOĞAN, Vahit; **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

DOĞAN, Vahit, “Türk Hukukunda Yabancı Derdestlik”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2003, s. 987-1008.

EKŞİ, Nuray; **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. bs, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2000.

ERDEM, B. Bahadır; “Aile Hukukuna İlişkin Davalarda Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Avrupa Konseyi Tüzüğündeki Milletlerarası Yetki Kuralları”, **MHB**, Y. 21, S. 1-2, 2001, s. 33-42.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin; **Aile Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986.

HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

HUYSAL, Burak; **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.

İMAMOĞLU, Hülya; “Yeni Türk Medeni Kanunundaki Düzenleme ve Velâyete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, C. 54, S. 1, 2005, s. 165-190.

KARAYALÇIN, Yaşar; “İngiliz Hukukunda Trust ve Avrupa Hukuku”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, Ankara, BTHAE Yayınları, 1998, s. 651- 689.

KÖPRÜLÜ, Bülent, KANETİ, Selim; **Aile Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder; **Medeni Usul Hukuku**, 21. bs., Ankara, YetkinYayınları, 2010.

NOMER, Ergin; “Devletler Hususi Hukukunda ‘Milletlerarası Yetki’ Mefhumu”, **İHFM**, 1974, S. 1-4, s. 402-408.

NOMER, Ergin, ŞANLI, Cemal; **Devletler Hususî Hukuku**, 16. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2008.

OĞUZMAN, Kemal, DURAL, Mustafa; **Aile Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998.

ÖZKAN, Işıl; **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara, Naturel Yayınevi, 2003.

ÖZTAN, Bilge; **Aile Hukuku**, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

ÖZTEKİN GELGEL, Günseli; “Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırmaları, Evlât Edinmeye İlişkin Problemler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 4, S. 8, 2005/2, s. 119-148.

ÖZUGÜR, Ali İhsan; **Velâyet-Vesayet-Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku: Aile Mahkemeleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet; **Medenî Usul Hukuku**, 7. bs, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.

RUHİ, Ahmet Cemal; **Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004 (Boşanma).

RUHİ, Ahmet Cemal; “Yabancı Mahkemelerden Alınan Velâyet Konusundaki İlâmların Türkiye’de Tenfizi”, **AÜEHFD**, C. 7, S. 3-4, Aralık-2003, s. 721-756 (Tenfiz).

RUHİ, Ahmet Cemal, KAPLAN, Yavuz; “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, **MHB**, Y. 22, 2002, s. 343 vd. (Kamu Düzeni).

SAYMAN, Yücel; “Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor”, **MHB**, Yıl 16, S. 1-2, 1996, s. 129-137.

SERDAR, İlknur; “Birlikte Velâyet”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 2008, s. 155-197.

SEROZAN, Rona; **Çocuk Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Vedat Yayınevi, 2005.

SEROZAN, Rona; “Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler”, **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, 1997, s. 381-406.

ŞAFAK, Ali; **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 4. bs., Ankara, Temel Yayınları, 2002.

ŞANLI, Cemal; **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, BTHEA Yayınları, 1986 (Tahkim).

ŞANLI, Cemal; “Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 71-82.

ŞENER, Esat; **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.

ŞENER, Esat; **Vesayet ve Velâyet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1996.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge; “Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velâyetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, **MHB**, Yıl 16, S. 1-2, 1996, s. 83-92.

TANRIVER, Süha; “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, **Makalelerim I (1985-2005)**, Ankara, Asil Yayın ve Dağıtım, 2005, s.125-141.

TEKİNALP, Gülören; **Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları**, 10. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

TİRYAKIOĞLU, Bilgin; **Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku**, Ankara, Gaye Matbaası, 2000 (Çocukların Korunması).

TİRYAKIOĞLU, Bilgin; **Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar**, Ankara, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Bilim Serisi 6, 1991. (Çocuklara İlişkin Kurallar).

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996 (Tenfiz).

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme (La Haye 19 Ekim 1996)”, **Nihal ULUOCAK’a Armağan**, İstanbul, 1999, s. 381-424.

ULUOCAK, Nihal; “Çocukların Korunması Hakkında Öntasarının Değerlendirilmesi”, **MHB**, Yıl 16, S. 1-2, 1996, s. 109-117 (Öntasarı).

ULUOCAK, Nihal; “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi”, **MHB**, Yıl 16, S. 1-2, 1996, s. 119-127 (Tasarı).

ÜNAL, Şeref; “Almanya Federal Cumhuriyeti Mahkemelerinin Küçüklerin Korunması Hakkında 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme”, **AD**, Y. 2, S. 78, Mart – Nisan 1987, s. 81-111 (1961 La Haye).

ÜNAL, Şeref; “Velâyetin Nez’i”, **YD**, C. 17, S. 1-2, Ocak-Nisan 1991, s. 209-214 (Velâyetin Nez’i).

ÖZET

ATİK, Mehmet Fatih. Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

Genel olarak küçüğün ya da bazı durumlarda ergin kısıtlı çocukların şahıs ve mallarının korunması amacıyla, onların temsili konusunda ana babanın sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin tamamı olarak ifade edilebilecek velayet, çocuğun menfaatinin korunması açısından gündən güne artan bir öneme sahiptir.

Uygulamada velâyetin milletlerarası özel hukuk açısından birçok uyuşmazlığa konu olduğu görülmektedir. Farklı vatandaşlığa sahip ya da farklı ülkelerde sakin tarafların evlilikleri ve bu evliliklerin son bulması hali çocukların velâyetinin belirlenmesi sorununu da gündeme getirmektedir. Diğer yandan farklı ülke vatandaşı olan tarafların evlilik dışında doğan çocuklarının velâyetinin kime ait olacağı sorunu da yine milletlerarası uyuşmazlıklara meydan verebilecektir.

Milletlerarası alanda velâyete ilişkin olarak öne çıkan üç milletlerarası sözleşme bulunmaktadır. Bunlar, 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine Dair La Haye Sözleşmesi, 1980 tarihli Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 1980 tarihli Çocukların Milletlerarası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi'dir. Anılan sözleşmeler dışında 1961 La Haye Sözleşmesi'nin yerini almak üzere 1996 yılında Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme kabul edilmiştir. 1996 La Haye Sözleşmesi, 1961 La Haye Sözleşmesi'nden farklı ve eksikliklerini gideren önemli düzenlemelere sahiptir. Ancak Türkiye henüz 1996 La Haye Sözleşmesi'ne taraf değildir.

Anayasa'nın 90/5. ve MÖHUK'un 1/2. maddelerindeki düzenlemeler gereğince söz konusu milletlerarası sözleşmeler uygulanma alanına giren uyuşmazlıklarda esas alınacaktır. Bu sözleşmelerin uygulanma alanına girmeyen hususlarda ise 5718 sayılı MÖHUK hükümleri uygulanacaktır.

Bu tez çalışmasında öncelikle, velayete ilişkin milletlerarası sözleşmelerin amacı, kapsamı ve temel kavramları belirlenerek, tanıtılması amaçlanmıştır. Bunun ardından yabancı unsur taşıyan velayet ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin ve uygulanacak hukukun tespiti yapılmıştır.

Üzerinde durulan bir başka husus velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizidir. Zira yabancı bir devlet makamları tarafından verilen kararların ancak Türkiye'de tanınması ile kesin hüküm kuvveti kazanması; tenfizi ile de icrası mümkün olabilecektir.

Anahtar Sözcükler

1. Velâyet
2. 1980 Avrupa Sözleşmesi
3. 1961 La Haye Sözleşmesi
4. 1996 La Haye Sözleşmesi
5. Milletlerarası Aile Hukuku

SUMMARY

ATİK, Mehmet Fatih. Child Custody in Private International Law, Master's Thesis, Ankara, 2011.

Child custody, which can generally be described as all parental rights and responsibilities for the protection of the privacy and properties of infants or adult children not liable for their actions, is increasingly gaining importance in terms of protecting the child's interests.

It has been observed in practice that custody has been a matter of many conflicts in Private International Law. The finalization of marriages between couples of different nationalities or between residents of different countries brings about the problem of determining the guardianship of their children. On the other hand, the question who will become the guardian of non-marital children of couples with different nationalities is another source of international disagreements.

There are basically three leading international conventions about child custody in international cases. These are Convention of La Haye of 1961 Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Infants, the European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, and the Convention of La Haye of 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. In addition, the Convention of 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children was ratified to replace the Convention of La Haye of 1961. The Convention of La Haye of 1996 has important rectifications that supply the deficiencies in the Convention of 1961. However, Turkey is not yet a party to the Convention of 1996.

Pertaining to the Turkish Constitutional Provision 90/5 and the Private International Law 1/2, the above mentioned international conventions will be taken as a basis in resolving the conflicts on child custody. As for the cases

beyond the coverage of those conventions, Turkish MOHUK 5718 will be applied.

The first aim of this thesis was to present a brief description of the international conventions by determining their aim, content, and basic concepts. Then which international authority or law should be applied in conflicts in international cases on child custody was discussed.

Another point that was stressed in the thesis was the recognition and the enforcement of decisions made by foreign courts on child custody. After all, only when the decisions made by foreign state authorities are recognized by Turkish courts will it be possible for those decisions to have the power of a final verdict and thus to be enforced.

Key Words

1. Child Custody
2. European Convention of 1980
3. The Convention of La Haye of 1961
4. The Convention of La Haye of 1996
5. International Family Law.