

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**YABANCI DEVLETLERDEN ALINAN VELAYET
KARARLARININ TENFİZİ**

RUMEYSA PARTALCI

2501110314

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL

İSTANBUL 2014



Y Ü K S E K L İ S A N S
T E Z O N A Y I

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : RUMEYSA PARTALCI

Numarası : 2501110314

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman: PROF.DR.GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL

Tez Savunma Tarihi : 17.06.2014

Tez Savunma Saati: 10:30

Tez Başlığı : YABANCI DEVLETLERDEN ALINAN **VELAYET** KARARLARININ TENFİZİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜ'NE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR. GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL		KABUL
2-PROF.DR.B.BAHADIR ERDEM		KABUL
3-DOÇ.DR.AYFER UYANIK ÇAVUŞOĞLU		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DOÇ.DR.FARUK KEREM GİRAY		
2-YRD.DOÇ.DR.BAHAR CEYDA SÜRAL		

Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi

Rumeysa PARTALCI

ÖZ

Çalışmamızda, yabancı devletlerden verilen velayete ilişkin kararların Türk mahkemelerinde tenfizi ele alınmıştır. İncelenen konu kapsamında, MÖHUK'taki genel tanıma ve tenfiz düzenlemelerine yer verilmekle birlikte, daha çok velayet kararlarına özgü olan hususlar üzerinde durulmuştur. Velayet kararlarının, TMK m. 351 uyarınca, değişen şartlara göre yeniden düzenlenebilmesi, bu bağlamda önem taşımaktadır. Velayet kararlarının bu özelliği sebebiyle, kesin hüküm niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. Bu çalışmada, velayet kararlarının hem şekli hem de maddi anlamda kesin hüküm olarak kabul edilebileceği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla velayet kararlarının tenfize konu olmasına bir engel bulunmamaktadır. Yine velayet hakkındaki düzenlemelerin iç hukukumuzda kamu düzeninden kabul edilmesi ve buna bağlı olarak Yargıtay'ın Türk hukukuna uygun olmayan kararları doğrudan reddetmesi konumuz bakımından çok önemlidir. Yargıtay'ın uygulamasının anlaşılabilmesi amacıyla, incelenen konu hakkındaki Yargıtay kararlarına yer vermeye çalışılmıştır. Velayet kararlarının tenfizinde her zaman çocuğun ön planda tutulması gerekmektedir. Çocukla ilgili her meselede, “çocuğun üstün menfaati” ilkesi göz önünde tutularak karar verilmelidir. Bu ilke, çocuk haklarını koruyan sözleşmelerin de temelini oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Velayet, Tanıma, Tenfiz, Çocuk, Çocuğun Üstün Menfaati, Kamu Düzeni.

Enforcement of Foreign Court Judgments on Custody

Rumeysa PARTALCI

ABSTRACT

This study examines enforcement of foreign court judgments regarding custody issues. While this study touches upon general recognition and enforcement regulations under International Private and Civil Procedure Law (Law No. 5718), custody related issues have been deeply discussed. In this regard, adjustment of custody decisions depending on the changing conditions under Article 351 of Turkish Civil Code (Law No. 4721) carries importance. Due to such nature of custody decisions, it is disputed whether the custody orders are final judgments. This study concludes that custody decisions are final judgments both in terms of substantive law and procedural law. Thus, no obstacles exist as to hinder the enforceability of custody decisions. In addition, it is quite important that the custody regulations are deemed as related to public policy and as a result, the Supreme Court's direct rejection of decisions that are not in compliance with Turkish law. In order to understand the Supreme Court's practice, the relevant Supreme Court decisions have been analyzed. Child should be in the focus of custody decisions' enforcement. 'The best interests of the child' should be regarded while giving any decision related to child. This principle constitutes the basis of the conventions on the rights of children.

Keywords: Custody, Recognition, Enforcement, Child, The Best Interests of the Child, Public Policy.

ÖNSÖZ

Günümüzde yabancı unsurlu evlilikler ve evlilik dışı birliktelikler artmıştır. Dolayısıyla yabancı unsurlu evlilik ve birlikteliklerin sona ermesi de artış göstermiştir. Bu artışa paralel olarak, bu birliktelik ve evliliklerde doğan çocukların velayeti sorunu gündeme gelmiştir. Bu sebeple, yabancı devletlerden alınan velayet kararlarının Türkiye’de tenfizinin nasıl gerçekleşeceği önemlidir.

Çalışma konusu kapsamında MÖHUK’taki tanıma ve tenfiz hükümleri, velayet kararları özelinde incelenmiştir. Çoğunlukla velayet kararlarının tenfizinde karşılaşılan güçlükler ele alınmıştır. Söz konusu güçlüklerin aşılması için doktrinde önerilen çözümler değerlendirilmiştir.

Tez çalışması sırasında bana her zaman destek olan, görüş ve önerileriyle tezimin hazırlanmasına büyük emek veren tez danışmanım, Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL’e çok teşekkür ederim.

Uygulamadaki deneyimi ve alanındaki uzmanlığı ile bizlere her zaman katkıda bulunan hocam Prof. Dr. Cemal ŞANLI’ya da çok teşekkür ederim.

Üniversite dördüncü sınıftan beri fikirleriyle bizlere örnek olan ve desteğini hiçbir zaman esirgemeyen hocam Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM’e de çok teşekkür ederim.

Kıymetli görüşleri ile tezimin planını oluşturma aşamasında bana önerilerde bulunan ve yardımını hiç esirgemeyen hocam Doç. Dr. Emre ESEN’e de çok teşekkür ederim.

İstanbul Üniversitesi’nde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başlamadan önce tez konusunun belirlenmesi aşamasında bana vakit ayırarak önerilerde bulunan, tezimi okuyarak gerekli düzeltmeleri yapan ve yabancı kaynaklara ulaşmam konusunda her zaman yardım eden hocam Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY’a da teşekkürü bir borç bilirim.

Yardımsaverliği ve sıcakkanlılığı ile üniversiteye alışmama katkıda bulunan, çalışma azmini örnek aldığım hocam Yrd. Doç. Dr. İnci ATAMAN FİGANMEŞE'ye de çok teşekkür ederim.

Maddi ve manevi desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen, bana her zaman yardımcı olan, Araş. Gör. Dr. Mine TAN DEHMEN'e, Araş. Gör. Dr. Ayşe Elif ULUSU'ya, Araş. Gör. Hümevra Zeynep NALÇACIOĞLU ERDEN'e, Araş. Gör. Cemre TÜYSÜZ'e, Araş. Gör. Ayşe Yasemin AYDOĞMUŞ'a ve Araş. Gör. İlyas ARSLAN'a da teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1
I. VELAYET KARARLARININ MÖHUK HÜKÜMLERİNE GÖRE TENFİZİ.....	5
A. VELAYET KARARLARININ TENFİZİNDE USUL.....	8
1. Tenfiz Davası.....	8
a. Tenfiz Talebi.....	8
b. Görevli ve Yetkili Mahkeme, Yargılama Usulü ve Dava Sonucunda Verilecek Karar	9
2. Velayet Kararlarının Boşanma Kararlarıyla Olan İlişkisi	14
B. VELAYET KARARLARININ TENFİZİ ŞARTLARI	18
1. MÖHUK Madde 50’de Belirtilen Ön Şartlar	18
2. MÖHUK Madde 54’te Belirtilen Asli Şartlar	27
a. Karşılıklılık	27
b. Yetki.....	32
c. Savunma Hakları.....	42
II. VELAYET KARARLARININ TENFİZİNDE KAMU DÜZENİ VE YARGITAY’IN YAKLAŞIMI	45
A. GENEL OLARAK	45
B. VELAYET KARARLARININ TENFİZİNDE BAKILACAK KAMU DÜZENİ KISTASLARI	54

1. Çocuğun Üstün Menfaati İlkesi.....	56
2. Anayasa'daki Temel İlkeler	64
a. Velayet Hakkı Sahipleri	66
b. Boşanmadan Sonra Velayet.....	68
c. Kişisel İlişki Kurma Hakkı.....	75
d. Evlilik Dışı Çocukların Velayeti	78
3. Ahlak Kuralları	80
III. VELAYET KARARLARININ LÜKSEMBURG SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNE GÖRE TENFİZİ	84
A. GENEL OLARAK	84
B. ÇOCUĞUN HAKSIZ GÖTÜRÜLMESİ DURUMUNDA İADESİ.....	96
1. Çocuğun Derhal İadesi.....	97
2. Çocuğun Derhal İade Edilemediği Durumlarda Tanıma ve Tenfiz.....	99
C. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİ GEREĞİNCE TANIMA VE TENFİZ.....	100
D. SÖZLEŞME'YE GÖRE TANIMA VE TENFİZ USULÜ	104
E. SÖZLEŞME'NİN MÖHUK İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	107
SONUÇ	113
KAYNAKÇA	119

KISALTMALAR

A.e.	:	Aynı Eser
A.g.e.	:	Adı Geçen Eser
A.g.m.	:	Adı Geçen Makale
A.y.	:	Aynı Yer
Bkz./bkz.	:	Bakınız
bs.	:	Bası
C./c.	:	Cilt
ÇHDS	:	Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
ÇHKS	:	Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
Ed.	:	Editör
FLA	:	Macar Medeni Kanunu
Haz.	:	Hazırlayan
HD	:	Hukuk Dairesi
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İHAM	:	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	:	İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi
K.	:	Kanun
m.	:	Madde
MÖHUK	:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No./no.	:	Numara
RG.	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa, Sayfalar
Sa.	:	Sayı
T.C.	:	Türkiye Cumhuriyeti
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
V./v	:	Versus
Vd.	:	Ve Devamı

Vol.	:	Volume
Y.	:	Yargıtay
YHGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
yuk.	:	Yukarıda

GİRİŞ

Milletlerarası hukukta, devletlerin başka devletlerden verilen kararları kendi kararları gibi kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır¹. Her karar, verildiği devletin yargı hakkına dayanan bir egemenlik fiili durumundadır². Bu egemenlik fiili de, kural olarak, sadece kararın verildiği devlet sınırlarında etkisini sürdürmektedir³.

Tanıma ve tenfiz kurumlarının getirilmesinin sebebi, bir devlette verilen kararın diğer devletlerde de geçerliliğini sürdürmesini sağlamaktır⁴. Böylece, devletler arasında karşılıklılık sağlanır, iş yükü azaltılarak para ve zaman kaybının önüne geçilir, ilgili kişilerin menfaati korunur ve en önemlisi hukuki güvenlik gerçekleştirilir⁵.

¹ Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar, Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Usul Hukuku**, 13. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2014, s. 623, Yılmaz Altuğ, **Devletler Özel Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Çağlayan Basımevi, 1995, s. 218, Ergin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku: Kanunlar İhtilâfı Hukuku-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, 20. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013, s. 484, Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumazlıkların Çözüm Yolları**, 5. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013, s. 206, Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 462, Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi**, İstanbul, Beta Basımevi, 2010, s. 279, Ahmet Cemal Ruhi, **Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 17.

² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 614, 635, Şanlı, **a.g.e.**, s. 215, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 479, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 484, Ergin Nomer, “Devletler Hususî Hukukunda ‘Milletlerarası Yetki’ Mefhumu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 40, Sa. 1-4, 1974, s. 398, 404, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 17.

³ Erdoğan Göğer, **Devletler Hususî Hukuku: Kanunlar İhtilâfı**, 4. bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 374, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 614, Altuğ, **Devletler Özel Hukuku**, s. 218, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 484, Ergin Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, 1. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2009, s. 144, Şanlı, **a.g.e.**, s. 215, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 462, B. Bahadır Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü”, **Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı: Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri**, Haz. Şükran Şıpka, Ebru Şensöz, Ayşe Nilay Şenol, Arif Barış Özbilen, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 18, 2006, s. 133, Rona Aybay, Esra Dardağan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması: Kanunlar İhtilâfı**, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 292, Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 100.

⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 616, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 462-463, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 485.

⁵ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 484, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 145, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 18.

Türk hukukunda tanıma ve tenfiz kurumları, 5718 sayılı MÖHUK'ta düzenlenmiştir. 5718 sayılı MÖHUK⁶, İkinci Kısım, İkinci Bölümde, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi” başlığı altında, 50-59. maddeler arasında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, 60-63. maddeler arasında da yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi yer almaktadır. Çalışmada MÖHUK 60. ve 63. maddeler arasında yer alan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bahsine girilmeyecektir.

5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önce tanıma ve tenfiz hususundaki düzenlemeler, mülga 2675 sayılı MÖHUK⁷'ta yer almaktaydı. Mülga 2675 sayılı MÖHUK'tan önce ise, 6100 sayılı HMK⁸ ile yürürlükten kaldırılan, mülga 1086 sayılı HUMK⁹ 537-545. maddeleri arasında sadece tenfiz bahsi yer almaktaydı. Mülga 1086 sayılı HUMK'ta yabancı kararlarının tanınması hususunda ayrı hüküm ve şart mevcut değildi¹⁰. Doktrinde ise, tenfizden ayrı olarak tanımanın kabul edilmesi gerektiği görüşü ağır basmaktaydı¹¹. Çalışmada esas olarak yürürlükte bulunan MÖHUK'ta yer alan maddeler incelenecektir. Ancak zaman içerisinde meydana gelen değişikliklere de yer vermek amacıyla, mülga 2675 sayılı MÖHUK ve mülga 1086 sayılı HUMK'ta yer alan maddeler de yürürlükte bulunan MÖHUK ile karşılaştırmalı bir şekilde incelenecektir.

Yabancı devletlerden alınan velayet kararlarının -hukuki menfaatler gereği- sadece tanınmaları yeterli olmamakta, tenfiz edilmeleri gerekmektedir¹². Bu sebeple, tanıma bahsi üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

⁶ Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG. 12.12.2007/26728.

⁷ Kabul Tarihi: 20.05.1982, RG. 22.01.1982/17701.

⁸ Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG. 04.02.2011/27836.

⁹ Kabul Tarihi: 18.06.1927, RG. 02, 03, 04.07.1927/622, 623, 624.

¹⁰ Yılmaz Altuğ, **Türk Milletlerarası Usul Hukuku: Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, 3. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 128, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 493.

¹¹ Işıl Özbakan, **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Kazancı Matbaacılık, 1987, s. 79, Bilgin Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No: 17, Yetkin Basımevi, 1996, s. 19, Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 39.

¹² Günseli Gelgel, **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler: Ders Notları**, İstanbul, Beta Basımevi, 2012, s. 55.

İlk bölümde, MÖHUK'ta yer alan tenfiz düzenlemeleri hakkında bilgi verilecektir. Bu bağlamda tenfiz usulü ve tenfiz şartları incelenecektir. Tenfiz usulü kapsamında, tenfiz davası, bu davada görevli ve yetkili mahkeme, davada uyulacak yargılama usulü ve dava sonucunda verilebilecek kararlara değinilecektir. Velayet kararları ile boşanma kararları arasındaki yakın ilişki sebebiyle, bu hususa ayrı bir başlık altında yer verilecektir. Usul hakkındaki açıklamalardan sonra, MÖHUK m. 50 ve m. 54'teki şartlar incelenecektir. Çalışmanın konusunun velayet kararları ile sınırlandırılması sebebiyle, velayet kararlarının tenfizinde özellik gösteren hususlar üzerinde önemle durulacaktır. Bu bağlamda, idari makamlardan verilen velayet kararlarının tenfizi hususuna değinilecektir. Ayrıca, TMK m. 351 gereğince velayet kararlarının değişen şartlara bağlı olarak yeniden düzenlenebilmesinin tenfiz sürecine etkisi üzerinde de durulacaktır. Kamu düzeni müdahalesinin velayet kararlarındaki özel önemi sebebiyle, bu şarta ikinci bölümde ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir.

İkinci bölümde, MÖHUK m. 54/1(c)'de yer alan kamu düzeni şartına ve Yargıtay'ın velayet kararlarının tenfizindeki yaklaşımına değinilecektir. Çalışmanın konusu bakımından en büyük önemi taşıyan bölüm budur. Özellikle Yargıtay'ın yaklaşımının anlaşılabilmesi için Yargıtay kararlarına yer verilecektir. Yabancı devletlerden alınan velayet kararlarının kamu düzeni sebebiyle reddinde Yargıtay kararları ve doktrinde yer verilen kıstaslar ayrıntılı olarak incelenecektir. "Çocuğun üstün menfaati ilkesi" çalışmada en çok başvurulan kıstas olacaktır. Velayet hakkına sahip olabilecek kişiler, boşanmadan sonra velayet hakkı, kişisel ilişki kurulması ve evlilik dışı çocukların velayeti bu ilke ışığında incelenecektir.

Üçüncü bölümde, tarafı bulunduğumuz "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi"¹³ hükümlerine göre velayet kararlarının tenfizi bahsi incelenecektir. Sözleşme incelenirken, tarafı olduğumuz başka sözleşmelerle

¹³ Bu Sözleşme, 20.05.1980 tarihinde, Avrupa Konseyi sözleşmelerinden biri olarak Lüksemburg'da hazırlanmıştır. Bundan sonra bu Sözleşme'den "Lüksemburg Sözleşmesi" olarak bahsedilecektir. Türkiye, "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Hakkında Kanun" ile Sözleşme'yi onaylamıştır. Kanun No: 4433, Kabul Tarihi: 04.08.1999, RG. 08.08.1999/23780. Sözleşme metni, 02.11.1999 tarihli ve 23864 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

karşılaştırılmasına da yer verilecektir. Sözleşme uyarınca çocuğun haksız olarak götürülmesi durumunda iadesi ve velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizi inceleme konumuzu oluşturacaktır. Sözleşme'nin hükümlerinin daha iyi anlaşılabilmesi ve değerlendirilebilmesi için MÖHUK ile karşılaştırılması da yapılacaktır. Çocuğun menfaatlerinin korunması amacıyla olan Sözleşme hakkında olumlu ve olumsuz eleştirilere yer verilecektir.

I. VELAYET KARARLARININ MÖHUK HÜKÜMLERİNE GÖRE TENFİZİ

Yabancı bir devletten alınan velayet kararının, Türk mahkemelerinden verilen kararlar gibi etki doğurabilmesi için tenfizi gerekmektedir¹. Çünkü tenfiz, kesin hüküm kuvveti taşıyan aynı zamanda da icra kabiliyeti bulunan yabancı bir kararın, Türk hukukunda kamu gücünün harekete geçirilmesi² ile gereğinin yerine getirilmesidir³. Velayet kararlarının icrai kabiliyeti bulunmaktadır.

Bir kararın icra kabiliyeti taşıması, onun bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını gerektiren hükümleri olduğunu ve bunların devletin gücü ile yerine getirilebileceğini göstermektedir⁴. Kesin hüküm ise, bir davanın esası hakkında verilen nihai karardır⁵. Kesin hüküm niteliği taşıyan her kararın icra kabiliyeti olmayabilir. Bazı kararlar niteliği gereği sadece kesin hüküm teşkil ederler, icra kabiliyetleri yoktur⁶. Bazı devlet hukuklarında ise, kararlar kesinleşmemiş olmasına rağmen icra edilebilmektedir⁷. Avustralya ve İngiltere’den alınan boşanma kararları

¹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 55, Ahmet Cemal Ruhi, “Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velâyet Konusundaki İlâmların Türkiye’de Tenfizi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, Sa. 3-4, Aralık, 2003, s. 732, Berivan Gökçenay, “Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Fakültesi, 2009, s. 211-212, Ziya Akıncı, Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 160, Nuray Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta Basımevi, 2013, s. 542.

² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s.616, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 465, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 494.

³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 616, Şanlı, **a.g.e.**, s. 207, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 465, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 488.

⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 617, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 465.

⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 616, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 486, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 476, İlhan E. Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1986, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 443, 1975, s. 678, Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 693, Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medenî Usul Hukuku: Ders Kitabı**, 24. bs., Ankara, Yetkin Basımevi, 2013, s. 450, Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6 c., 6. bs., İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 3, s. 3004-3005, H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, Tıpkı 8. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2011, s. 553, Abdürrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2012, s. 727, Timuçin Muşul, **Medeni Usul Hukuku**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 481, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 44, Doğan, **a.g.e.**, s. 99, 100.

⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 616, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 464.

⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 622.

bu bağlamda değerlendirebilir. İngiliz hukukunda boşanma davası sonucunda ilk olarak bir “**decree nisi**” (geçerli bir sebep gösterilip itiraz edilmezse kesinleşen boşanma hükmü, geçici boşanma hükmü) kararı verilir⁸. Bu **decree nisi** kararından sonra belli bir süre geçince, şartların aynı olması durumunda “**decree absolute**” (kesin boşanma hükmü) kararı verilir⁹. İngiliz hukukunda 1973 Matrimonial Causes Act zamanında bu süre altı ay iken¹⁰, 1996 Family Law Act ile altı hafta olarak kabul edilmiştir¹¹. Aynı doğrultuda, Avustralya hukukunda da boşanma davası sonucunda verilen karar hemen kesinleşmemektedir. Avustralya’da yürürlükte bulunan 1975 Family Law Act uyarınca bir boşanma kararı, verildikten bir ay sonra kesinleşmektedir¹². Karar, bu süre içerisinde eşlerden birinin ölümü veya eşlerin barışması durumunda geçersiz olmaktadır. Bu geçici nitelikte boşanma kararlarının, icra kabiliyetleri olmasına rağmen, Türk hukukunda etki doğurmaları mümkün değildir¹³. Kararın mutlaka kesin hüküm teşkil etmesi gerekmektedir¹⁴. Bu noktada, Sidney Aile Mahkemesi’nden verilen geçici nitelikteki boşanma kararının tanınması talebinin reddi örnek olarak gösterilebilir. Yargıtay, talebin reddi üzerine açılan temyiz davasında, geçici nitelikteki boşanma kararının tanınmasının mümkün olmadığını belirtmiş ve hükmü onamıştır¹⁵.

Tespit ve yenilik doğurucu davalar sonucunda verilen kararlar icra kabiliyeti taşımazlar¹⁶. Tespit davası, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu ya

⁸ M.D.A. Freeman, “Marriage and Divorce in England”, **Family Law Quarterly**, Vol. 29, Issue 3, s. 556, Mary Welstead, “Divorce in England and Wales: Time for Reform”, **Denning Law Journal**, Vol. 24, s. 28.

⁹ Freeman, **a.y.**, Welstead, **a.y.**

¹⁰ Freeman, **a.g.m.**, s. 556.

¹¹ (Çevrimiçi), www.legislation.gov.uk, 13.11.2013, Welstead, **a.g.m.**, s. 28.

¹² Söz konusu Kanun, gözden geçirilerek, 11.10.2013 tarihinde yeniden yürürlüğe konmuştur, (Çevrimiçi), www.comlaw.gov.au, 24.05.2014.

¹³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 622.

¹⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 622, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 475, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 489.

¹⁵ Y. 2. HD., E. 1999/5858, K. 1999/7609, 30.06.1999, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 24.05.2014.

¹⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 617, 669, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 464, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 495, Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 252, 266, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 327, Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 451, M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 19. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 316, Kuru, **a.g.e.**, C. 3, s. 3010-3011, Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, 14. bs., Ankara, Yetkin Basımevi, 2013, s. 439, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 207, 210, Karşlı, **a.g.e.**, s. 380, 382, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 46.

da bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi için açılmaktadır¹⁷. Yenilik doğurucu davada ise, yeni bir hukuki durumun yaratılması veya mevcut durumun muhtevasının değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması istenmektedir¹⁸. Bu davalar sonucunda bir tespitin yapılması veya yeni bir hukuki durumun ortaya çıkarılması, herhangi bir işleme gerek kalmadan sadece kararın verilmesi ile sağlanmaktadır. Dolayısıyla, tespit ve yenilik doğurucu davalar sonucunda verilen yabancı kararların sadece tanınmaları, yani Türkiye’de kesin hüküm olarak kabulü mümkündür¹⁹. Ancak davalının bir şey vermeye, yapmaya ya da yapmamaya mahkum edilmesinin talep edildiği eda davaları sonucunda verilecek kararların tenfizi gerekmektedir²⁰. Tanıma ve tenfiz kavramlarının farkı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Tanıma, tenfizden farklı olarak, kesin hüküm niteliği taşıyan ancak kamu gücü vasıtasıyla icra edilmesine ihtiyaç duyulmayan kararlar bakımından söz konusu olmaktadır. Ancak bu ayrım tanıma ve tenfiz kurumlarının birbirleriyle etkileşim halinde olmalarını engellememektedir²¹. Tenfiz, tanımayı da kapsayan bir kavramdır²². Tanınmayan bir kararın tenfizi mümkün değildir²³. Yabancı kararların tanınması için tenfizi şart olmadığı halde²⁴, tenfizi için tanınması şarttır²⁵.

¹⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 617, Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 252, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 324, Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 314, Kuru, **a.g.e.**, C. 3, s. 3006, Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 435, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 202, Karşlı, **a.g.e.**, s. 378, Muşul, **a.g.e.**, s. 130, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 45.

¹⁸ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 617, Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 264, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 336, Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 316, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 207, Karşlı, **a.g.e.**, s. 337, 380-381, Muşul, **a.g.e.**, s. 133, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 46.

¹⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 616-617, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 464, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 495.

²⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 617, Doğan, **a.g.e.**, s. 102.

²¹ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 484.

²² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 616-617, Gelgel, **a.g.e.**, s. 55, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 467, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 484.

²³ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 484, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 467.

²⁴ B. Bahadır Erdem, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’un 38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi ve Bu Bendin Yarattığı Sorunlar”, **Mahmut R. Belik’e Armağan**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basımevi, 1993, s. 108.

²⁵ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 484, Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararları**, s. 31, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 144, Gelgel, **a.g.e.**, s. 55, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 467, Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 294.

A. VELAYET KARARLARININ TENFİZİNDE USUL

1. Tenfiz Davası

Yabancı bir devletten alınan kararın tenfizi için Türk mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir²⁶. Dolayısıyla velayet kararlarının tenfizi usulü kapsamında tenfiz davasının incelenmesi gerekmektedir.

a. Tenfiz Talebi

MÖHUK m. 52’de tenfiz talebinin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Buna göre, yabancı kararın tenfizinde hukuki menfaati olan herkes tenfiz talebinde bulunabilir²⁷. Dolayısıyla bir yabancı velayet kararının tenfizini çocuğun anne veya babası talep edebileceği gibi, çocukla ilişkisi bulunan gerçek veya tüzel kişiler de talep edebilir²⁸. Bunlara ek olarak, bazı milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde kurulmuş yetkili makamlar da tenfiz talebinde bulunmaya yetkilidir²⁹. İleride görülecek olan, Lüksemburg Sözleşmesi buna örnek olarak gösterilebilir³⁰. Sözleşme’nin 2. maddesi, taraf her devletin Sözleşme’de öngörülen görevlerin yerine getirilmesi için bir merkezi makam ataması gerektiğini belirtmektedir. Sözleşme’nin 5. maddesi gereği, merkezi makamların görevlerinden biri, yabancı velayet kararlarının tenfizinin sağlanmasıdır.

MÖHUK m. 52’ye göre, tenfiz talebi mahkemeye dilekçe verilmesi şeklinde yapılmalıdır. Dilekçede, tenfiz isteyenle karşı tarafın varsa kanuni temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri, kararı veren yabancı makamın adı ve hangi devlete ait olduğu, ilamın tarih ve numarası ile hükmün özeti ve tenfiz kararın bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu yer almalıdır. Açıkça görülebileceği gibi, bu Türk hukukunda dava sürecinde yer alabilecek normal bir

²⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 627, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 462, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 488.

²⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 628, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 529, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 515, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 61.

²⁸ Gelgel, **a.g.e.**, s. 61, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 515.

²⁹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 61.

³⁰ **A.e.**, s. 61.

dilekçe niteliği taşımaktadır³¹. Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 36 da yürürlükte bulunan maddeyle aynı düzenlemeleri içermekteydi.

MÖHUK m. 53, bu tenfiz dilekçesine eklenmesi gereken diğer belgeleri göstermektedir. Maddeye göre, yabancı kararın o devlet makamlarınca usulen onanmış aslı veya örneği ile onanmış tercümesi ve kararın kesinleştiğini gösteren o devlet makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi tenfiz dilekçesinde yer almalıdır. Yürürlükte bulunan bu madde, mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 37 ve mülga 1086 sayılı HUMK m. 539’a göre farklıdır. Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 37 ve mülga 1086 sayılı HUMK 539’a göre, tenfiz dilekçesine yabancı kararın o devlet makamlarınca usulen onanmış aslı ve onanmış tercümesi eklenmeliydi. Yabancı devlet tarafından kararın onanmış örneğinin verilmesi yeterli değildi. MÖHUK m. 53 ile yabancı kararın onanmış örneği de kabul edilmektedir. Doktrinde, taraflara kolaylık sağlanmasının -bazı yabancı devletler kararın aslını vermediği için- isabetli olduğu belirtilmiştir³².

Tenfiz talebine ilişkin bu dilekçe, maddede belirtilen belgeler de eklenince duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir (MÖHUK m. 55).

b. Görevli ve Yetkili Mahkeme, Yargılama Usulü ve Dava Sonucunda Verilecek Karar

MÖHUK m. 51’e göre, tenfiz kararını vermede görevli mahkeme asliye mahkemesidir. Doktrinde, kanunda yer alan “asliye mahkemesi” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, kanunda yer alan bu ifadeden asliye hukuk mahkemelerinin anlaşılması gerekmektedir³³. Ancak tenfizi talep edilen yabancı kararın aile

³¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 627.

³² **A.e.**, s. 630.

³³ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 492-493, 516, Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları”, s. 149, Şanlı, **a.g.e.**, s. 207, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 532-534, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 122, İsmail Özmen, **Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Nesep ve Evlat Edinme Davaları**, Ankara, Feryal Matbaacılık, 1999, s. 804, Nazif Kaçak, **Açıklamalı-İçtihatlı, Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2004, s. 794, Hasan Özkan, **Açıklamalı-İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı**, 2. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 1494, İzzet

hukukuna ilişkin olması halinde, bu kararın tenfizinde görevli mahkeme, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun³⁴ m. 4'teki açık hüküm gereği aile mahkemeleridir. Yargıtay'ın da, 16.10.1984 tarihli bir kararında³⁵, tenfiz kararını vermede görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğundan bahsedilmiştir. Aynı doğrultuda, 14.06.2010 tarihli bir kararda da³⁶, tanıma ve tenfiz kararı vermekle görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Bu görüşe göre, söz konusu sonuç tenfiz davasının niteliğinden çıkmaktadır. Tenfiz davasında, sadece şekli bir değerlendirme ile yabancı kararın MÖHUK'taki şartları taşıyıp taşımadığına bakılmaktadır. Bizim hukukumuzda **revision au fond** -yabancı kararın yeniden gözden geçirilmesi, yabancı davanın esasına girilmesi³⁷- yasağı bulunduğu için karara konu uyuşmazlığın niteliği önem taşımamaktadır³⁸. Yabancı karara konu uyuşmazlık hangi konuda olursa olsun, bunun tenfizi hakkındaki dava asliye hukuk mahkemesinde görülmelidir. Dolayısıyla bu görüşe göre, ticari nitelikteki yabancı kararların tenfizi davasının asliye ticaret mahkemesinde açılmaması gerekmektedir³⁹. Çünkü ticari uyuşmazlık, yabancı kararın tenfizi sırasında yeni baştan görülmemektedir⁴⁰. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁴¹ 5/3. maddesi, 20.06.2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanun⁴² ile

Doğan, **Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 236.

³⁴ Kabul Tarihi: 09.01.2003, RG. 18.01.2003/24997.

³⁵ Y. 2. HD., E. 1984/7572, K. 1984/8064, 16.10.1984; “2675 sayılı MÖHUK 35. maddede tenfiz kararı vermek görevi Asliye Hukuk Mahkemesi'ne verilmiştir.”, Ahmet Cemal Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 795-796, Nihat İnal, **Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Aile Mahkemeleri Davaları, Nişanlanma, Evlenme, Boşanma, Mal Rejimi, Eşya, Soybağı, Evlat Edinme, Velayet, Nafaka, Vesayet, Yabancı Aile Mahkemeleri Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2004, s. 1183.

³⁶ Y. 2. HD., E. 2010/1513, K. 2010/11695, 14.06.2010, Nuray Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları**, İstanbul, On İki Lehma Yayıncılık, 2010, s. 72-73.

³⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 623, Erdem, “38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi”, s. 119, Günseli Öztekin, “Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.06.2000 Tarihli Kararı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19-20, Sa. 1-2, 1999-2000, s. 780, Şanlı, **a.g.e.**, s. 213, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 469.

³⁸ Şanlı, **a.g.e.**, s. 208, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 533-534.

³⁹ Şanlı, **a.g.e.**, s. 331-332.

⁴⁰ Burak Huysal, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 32, Sa. 1, 2012, s. 74.

⁴¹ Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011/27846.

⁴² Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 30.06.2012 – 28339.

değiştirilmiştir. Bu değişikliğe göre, asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki iş bölümü ilişkisi artık görev ilişkisi olmuştur. Eskiden asliye ticaret mahkemesinde açılan tenfiz davası, taraflarca ilk itiraz olarak davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesinin gerektiği belirtilmezse, asliye ticaret mahkemesinde görülmeye devam edilmekteydi. Bu görüşe göre artık asliye ticaret mahkemesinin, önüne gelen yabancı kararın tenfizi talebinde re'sen görevsiz olduğunu göz önüne alması ve tenfiz davasını asliye hukuk mahkemesine göndermesi gerekmektedir.

Diğer bir görüşe göre, MÖHUK m. 51'deki "asliye mahkemesi" ifadesinden asliye hukuk mahkemeleri anlaşılmamaktadır⁴³. Kanunda asliye hukuk mahkemesi ifadesi açıkça yer almadığı için asliye mahkemesinin birer türevi olan iş mahkemeleri⁴⁴, denizcilik ihtisas mahkemeleri, fikri ve sınai haklar mahkemeleri, kendi alanlarına giren konularda tenfiz kararı vermede görevlidirler⁴⁵. Yine aynı doğrultuda, asliye ticaret mahkemeleri de ticari nitelikteki yabancı kararların tenfizi kararını vermede görevlidirler⁴⁶. Bu görüş doğrultusunda Yargıtay'ın 13.03.2013 tarihli bir kararı bulunmaktadır⁴⁷. Gerekçe olarak, tenfiz şartlarından biri olan kamu düzeni gösterilmektedir. Her mahkemenin, yabancı hükmün kamu düzenine aykırı olup olmadığını kendi görev alanına giren uyuşmazlıklarda daha isabetli bir şekilde belirleyeceği belirtilmiştir⁴⁸.

Kanaatimizce, maddede yer alan asliye mahkemeleri ifadesinden, asliye hukuk mahkemelerinin anlaşılması gerekmektedir. Tenfiz davasında yabancı kararın esasına girme yasağı bulunduğu için, davaya konu olan karardaki hukuki ihtilafın niteliği önemli olmamalıdır. Yabancı "hükmün" kamu düzenine açıkça aykırı olmaması şartında aranan, ileride de bahsedileceği gibi, yabancı hükmün, "hüküm

⁴³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 625, Kuru, **a.g.e.**, C. 6, s. 5794, Huysal, **a.g.m.**, s. 76, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 43-47.

⁴⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 625.

⁴⁵ Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 43.

⁴⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 625, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 45.

⁴⁷ Y. 11. HD., E. 2013/3171, K. 2013/4944, 13.03.2013; "...Ancak anılan maddede 'tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir' düzenlemesi mevcut olup, asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğundan bahsedilmemektedir.", Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 45.

⁴⁸ Huysal, **a.g.m.**, s. 76, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 43.

fıkrasının”, somut olayda ortaya çıkardığı hukuki sonuç veya sonuçlardır⁴⁹. Dolayısıyla tenfiz davasında görevli mahkemenin -yabancı kararın esasına girilmediği için- asliye hukuk mahkemesi olması gerekmektedir. Ancak tabi ki, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4 gereği, aile hukukuna ilişkin yabancı kararların tenfizinde görevli mahkeme aile mahkemeleridir. Dolayısıyla yabancı velayet kararlarının tenfizinde aile mahkemeleri görevlidir. Asliye hukuk mahkemesi, aile mahkemesi bulunmayan yerlerde, aile mahkemesi sıfatıyla tenfiz davasına bakmaktadır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de, E. 2009/611, K. 2009/9872 sayılı, 25.05.2009 tarihli bir kararında, velayetin kaldırılmasına yönelik yabancı kararın tenfizinde görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğunu belirtmiş ve görevsizlik kararı veren Ankara 2. Aile Mahkemesi’nin kararını bozmuştur⁵⁰.

Tenfiz davasında yetkili mahkeme, MÖHUK m. 51/2 gereğince, 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 biri olabilmektedir. Tenfiz davaları bakımından her daim hazır yetkili bir mahkeme bulundurulmak istenmiştir⁵¹. Ayrıca bu fıkra uyarınca kademeli bir sistem öngörülmüştür⁵². Önce yerleşim yeri mahkemesine bakılmalıdır. Somut olayda üst kademedede yer alan yetkili mahkemelerden biri bulunuyorsa, diğer kademelere geçilememektedir⁵³.

Tenfiz davası MÖHUK m. 55’e göre, basit yargılama usulüne uyularak görülmektedir. Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 39 da bu hususta aynı düzenlemeyi içermekteydi. Mülga 1086 sayılı HUMK m. 538’e göre ise, tenfiz talebinin temyiz

⁴⁹ Bkz.: s. 49.

⁵⁰ Ekşi, **Yargıtay Kararları**, s. 70. Aynı doğrultuda, Y. 2. HD., E. 2008/4922, K. 2008/8982, 19.06.2008; “4787 sayılı Kanunun 4/2 maddesinde ise, aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi davalarının aile mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir.”, Ekşi, **Yargıtay Kararları**, s. 67-68, Y. 2. HD., E. 2008/6987, K. 2008/10100, 08.07.2008, Ekşi **Yargıtay Kararları**, s. 71, Y. 2. HD., E. 2003/7494, K. 2003/11343, 16.09.2003, Ahmet Cemal Ruhi, **27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 415-416.

⁵¹ Şanlı, **a.g.e.**, s. 209, Şanlı, Esen, Ataman- Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 535.

⁵² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 626.

⁵³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 626, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 535.

şeklinde yapılması gerekmektedir. Tenfiz kararına, temyiz duruşması sonunda karar verilmektedir⁵⁴.

MÖHUK m. 56'ya göre, yargılama sonucunda mahkemece kararın kısmen veya tamamen tenfizine ya da talebin reddine karar verilebilir. Bu, yabancı kararın altına yazılır ve hakim tarafından mühürlenip imzalanır. MÖHUK m. 57'ye göre, tenfizine karar verilen yabancı kararlar, Türk mahkemelerinden verilmiş gibi icra olunur. Tenfiz talebinin reddi ve kabulü konusundaki kararların temyizi mümkündür ve HMK'nın aksine burada temyiz yerine getirmeyi durdurmaktadır. Dolayısıyla Türk mahkemesi önüne gelen bir yabancı velayet kararının tenfizi davası sonucunda hakimin vereceği üç nihai karar vardır⁵⁵. İlk olarak hakim, yabancı velayet kararının tenfizini kabul edebilir. Bu durumda velayet kararı, Türk mahkemelerinden verilmiş bir karar gibi icra edilir. İkinci olarak, velayet kararının kısmen tenfizi söz konusu olabilir⁵⁶. Bu durumda da, sadece kabul edilen kısım icra edilir⁵⁷. Üçüncü olarak, yabancı velayet kararının tenfizinin tamamen reddi söz konusu olabilir. Hakimin, velayet kararının tamamen reddi durumunda nasıl hareket etmesi gerektiğine aşağıda değinilmektedir⁵⁸. Çünkü burada velayetin yeniden düzenlenmesi sorunu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bu husus, daha detaylı bir şekilde ileride anlatılacaktır.

⁵⁴ Osman Fazıl Berki, **Devletler Hususî Hukuku**, 2 c., 6. bs., Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1966, C. 2, s. 356, Göğer, **a.g.e.**, s. 382.

⁵⁵ Gelgel, **a.g.e.**, s. 63.

⁵⁶ Y. 2. HD., E. 2004/3276, K. 2004/4252, 05.04.2004; "...Diğer taraftan mahkemece ilamın kısmen tenfizine de karar verilebilir.", İ. Doğan, **a.g.e.**, s. 408, Y. 2. HD., E. 2003/3784, K. 2003/4670, 02.04.2003; "...Ancak yabancı ilamın kısmen tenfizine karar verilmesi de imkân dahilindedir.", Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, s. 888-889, Y. 2. HD., E. 1994/7563, K. 1994/7540, 15.08.1994; "...Ancak yenilik doğurucu hükümde eda kararı varsa (boşanma ile verilen tazminat, nafaka vs. gibi), eda konusunu oluşturan bölümleri hakkında (tazminat, nafaka) tenfiz kararı gerekir.", Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, s. 898-899.

⁵⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 63.

⁵⁸ Bkz.: s. 15-16.

2. Velayet Kararlarının Boşanma Kararlarıyla Olan İlişkisi

Velayet kararları, uygulamada genellikle boşanma davası sonucunda verilen kararlar içerisinde yer almaktadır⁵⁹. Bu durum, velayet kararlarının boşanma kararları ile sürekli etkileşim halinde olmasına sebep olmaktadır.

Velayete ilişkin kısımlar da içeren yabancı boşanma kararının Türkiye’de tanınması ve tenfizinde üç farklı durum ortaya çıkabilir. İlk durumda, hem boşanmanın hem de velayet kararının kabulü söz konusu olabilir. İkinci olarak, kararın boşanmaya ilişkin kısmı kabul edilebilir, velayete ilişkin kısım reddedilebilir. Son olarak, boşanmaya ilişkin kısmın reddi, velayete ilişkin kısmın da reddini gerektirebilir. Aşağıda bu üç duruma değinilmektedir.

Yabancı bir boşanma kararının Türkiye’de sonuç doğurması için tanınması gerekmektedir⁶⁰. Çünkü boşanma kararı, yenilik doğurucu karar niteliğindedir⁶¹. Ancak bir boşanma kararında velayete ilişkin kısımlar da yer alıyorsa, boşanma ve velayete ilişkin kısımların tanıma ve tenfiz şartları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir⁶². Velayet kararlarının icrai niteliklerinden dolayı tanınmaları yeterli olmamakta, tenfiz edilmeleri gerekmektedir⁶³. Kararın boşanmaya ilişkin kısmı tanıma şartları açısından değerlendirilmeli, şartlara aykırılık yoksa

⁵⁹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 65, Cemal Şanlı, “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 16, Sa. 1-2, 1996, s. 73, Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 178.

⁶⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 617, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 464, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 494.

⁶¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 617, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 464, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 494-495.

⁶² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 617, Şanlı, “Velayet”, s. 75, Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Beta Basımevi, 2006, s. 158, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 161, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 466, Tezgel, **a.g.e.**, s. 151.

⁶³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 617, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 466, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 494, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 153-154, Gelgel, **a.g.e.**, s. 66, Atâ Sakmar, **Devletler Hususî Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 203, Özbakan, **a.g.e.**, s. 116, Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararları**, s. 31, Huysal, **a.g.e.**, s. 179, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 154-155, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 161, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 542, Y. 2. HD., E. 1994/12870, K. 1995/273, 12.01.1995; “...Bu itibarla tarafların çocuklarının velâyetin de düzenlendiği, temyiz konusu boşanma kararının Türk mahkemesince tanınmış olması, Türk vatandaşı olan eşlerin nüfus kayıtlarına gerekli tescilin yapılmasına yeterli ise de çocukların velâyetine ilişkin hükümlerin icrasına yeterli bulunmamakta bir tenfiz kararını gerektirmektedir.”, Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, s. 873-874, Tezgel, **a.g.e.**, s. 151.

tanınmasına karar verilmelidir. Velayete ilişkin kısım ise tenfiz şartları açısından değerlendirilmeli, şartlara uygun ise tenfizine karar verilmelidir. Böylece hem boşanmanın hem de velayetin kabulü gerçekleşmektedir.

Yabancı boşanma kararında boşanmaya ilişkin kısım tanımaya uygun olduğu halde, velayete ilişkin kısım tenfize uygun olmayabilir. Örneğin kararın velayete ilişkin kısmı, çocuğun menfaatleri gözetilmeden, zararına olacak şekilde düzenlenmiş olabilir. Bu durumda kararın velayete ilişkin kısmının tenfizi, kamu düzenine açıkça aykırı olduğu için reddedilmelidir⁶⁴. Ancak kararın velayete ilişkin kısmının reddedilmesi, boşanmaya ilişkin kısmının tanınmasına engel olmamaktadır⁶⁵. Hakim, kararın boşanmaya ilişkin kısmının tanınmasını kabul etmeli ve velayete ilişkin kısmını reddetmelidir⁶⁶. Bu durumda, velayete ilişkin kısmın Türkiye’de hiçbir etkisi olmamaktadır. Dolayısıyla çocukların velayetine ilişkin bir düzenleme boşluğu olduğundan Türk hukuku açısından velayet meselesi askıda kalmaktadır⁶⁷. Bu askıda kalan durum bakımından doktrinde şöyle bir çözüm önerilmektedir: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁶⁸ m. 182/1’e göre, hakim boşanmaya karar verirken velayeti de düzenlemek zorundadır. TMK m. 182/1, bu askıda kalan durum bakımından da uygulama alanı bulmalıdır. Böylece hakimin velayet hususunu yeniden düzenlemesi gerekmektedir⁶⁹. Çünkü bu askıda kalan durum, çocuğun haksız olarak alıkonulması veya kaçırılmasına sebep olabileceği gibi, kişisel ilişki kurma ve velayet hakkına ilişkin ihtilaflara da yol açabilecektir⁷⁰. Ayrıca başka bir görüşe göre hakimin, Anayasa m. 41’deki çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma görevinden dolayı velayeti yeniden düzenlemesi gerekmektedir⁷¹. Yabancı velayet kararının tenfizinin reddi üzerine yeniden düzenlenmesi hususu, tenfiz hakiminin görevi olarak MÖHUK’ta yer almamaktadır. Tenfiz hakimi, MÖHUK gereği, sadece tenfiz şartlarının bulunup bulunmadığına

⁶⁴ Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararları**, s. 80, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 161.

⁶⁵ Huysal, **a.g.e.**, s. 181, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 161.

⁶⁶ Gelgel, **a.g.e.**, s. 66, Şanlı, “Velayet”, s. 73, Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararları**, s. 80, Huysal, **a.g.e.**, s. 181, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s.155, 159, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 161.

⁶⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 63, Şanlı, “Velayet”, s. 79, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 156, Giray, **a.g.e.**, s. 285.

⁶⁸ Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 08.12.2001/24607.

⁶⁹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 76- 77, Şanlı, “Velayet”, s. 80, Huysal, **a.g.e.**, s. 181, 186-187, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 156, Giray, **a.g.e.**, s. 286-287.

⁷⁰ Gelgel, **a.g.e.**, s. 63.

⁷¹ Giray, **a.g.e.**, s. 286.

bakmaktadır. **Revision au fond** yasağı sebebiyle, karara konu olan davanın esasını inceleyememektedir. Ancak ileride göreceğimiz gibi, Lüksemburg Sözleşmesi, m. 8/3'e göre, belli şartların oluşması durumunda, yetkili makamlarca velayetin yeniden düzenlenmesi mümkündür. Kanaatimizce de MÖHUK gereği tenfiz hakiminin yetkileri belli olsa da, velayet kararlarının özelliği sebebiyle, velayetin tenfizinin reddi ile oluşan boşluğun hakim tarafından re'sen düzenlenmesi uygun gözükmemektedir. Bu durum, velayetin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Velayet, çocuğun menfaatleriyle çok yakından ilgilidir. Bu sebeple, hakimin her durumda çocuğun menfaatlerine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Velayet hususunda bir boşluğun oluşması, çocuğun menfaatlerine aykırıdır. Hakimin -tenfiz davasında görev ve yetkisini aşmasına sebep olsa da- istisnai bir durum olarak velayeti yeniden düzenlemesi işin niteliği ile bağdaşmaktadır.

Diğer bir durum da, yabancı bir kararda velayete ilişkin kısmın tenfiz şartlarını taşımasına karşılık, boşanmaya ilişkin kısmın tanıma şartlarını taşınamamasıdır. Bu durumda boşanmaya ilişkin kısmın reddi, velayete ilişkin kısmın da reddine yol açmaktadır⁷². Çünkü velayete ilişkin karar verilmesinin sebebi, boşanmaya ilişkin karardır. Burada velayet, boşanmadan ayrı olarak düşünülmemelidir⁷³. Boşanmanın reddi ile birlikte onun sonucu olan velayetin varlık sebebi kalmamıştır⁷⁴. Tenfiz kararının tanımayı içinde taşıması da bu sonucu desteklemektedir. Tanıma, tenfizin içinde yer almaktadır⁷⁵ ve **ipso iure** -kendiliğinden- gerçekleşmektedir⁷⁶. Bu sebeple, yabancı kararın tanınmaması ihtimalinde, Türk hukukunda varlığı doğmamaktadır. Var olmayan bir kararın tenfizi ise mümkün değildir.

Söz konusu durumlar, velayete ilişkin düzenlemenin yer aldığı yabancı boşanma kararları için geçerlidir. Ancak bu durum bir zorunluluk olarak

⁷² Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararları**, s. 79, Huysal, **a.g.e.**, s. 181, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 155, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 162-163.

⁷³ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 155.

⁷⁴ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163.

⁷⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 616-617, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 465, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 484.

⁷⁶ Günseli Öztekin, "Brüksel Anlaşması Anlamında Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi", **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1990, s. 199, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 493, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 152.

düşünülmemelidir. Yabancı velayet kararı, boşanma kararı içinde yer almayabilmektedir⁷⁷. Velayete ilişkin ihtilaf hakkında yabancı devlette ayrı bir dava açılmış olabilir. Bu sebeple, yabancı boşanma kararında velayet düzenlemesinin olmaması, söz konusu karar Türkiye’de tanımaya konu edildiğinde, kamu düzenine aykırılık oluşturmamaktadır⁷⁸. Yabancı velayet kararının, boşanmadan ayrı olarak tenfizi mümkündür⁷⁹.

Doktrinde, velayete ilişkin hüküm içermeyen boşanma kararının tanınmasının ardından bir boşluk olduğu için velayetin hakim tarafından düzenlemesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁰. Bu görüşe göre hakim, velayetin düzenlenmesi bakımından bir taleple bağlı olmadığı için önüne gelen herhangi bir davada konuyu re’sen inceleyip karara bağlayabilir⁸¹. Ancak yabancı kararda yer almayan bir husus hakkında yeni bir talepte bulunulamayacağını düşünen de vardır. Bu görüşe göre hakim, yabancı kararda hiç bulunmayan bir husus hakkında düzenleme yapamaz⁸². Boşanma kararında velayet hususunda hüküm yoksa hakimin yapması gereken -usul ekonomisi açısından aleyhe durum oluştursa da- taraflara Türkiye’de yeni bir dava açmalarını telkin etmektedir⁸³. Bu şekilde mesele çocuk için sonuca bağlanacaktır.

Gerçekten de hakim, tanıma ve tenfiz davasındaki yetkilerinden dolayı, yabancı kararda hiç olmayan bir husus hakkında düzenleme yapamamaktadır. Ancak velayet gibi çocuğun hakları ile yakından ilişkili bir hususta zaman önemlidir. Velayet hususunda boşluk olması çocuğun menfaatlerine aykırı bir durum yaratabilir. Velayetin düzenlenmesinin uzun sürmesi, çocuğun maddi ve manevi menfaatleri ve esenliği için olumsuz bir durum oluşturabilir. Çocuğun, anne veya baba tarafından alıkonulması veya başka bir devlete götürülmesi söz konusu olabilir. Bu sebeple,

⁷⁷ Huysal, **a.g.e.**, s. 186, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 159, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 542.

⁷⁸ Huysal, **a.g.e.**, s. 187, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 506, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 92, Pelin Güven, **Tanıma - Tenfiz: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Yetkin Basımevi, 2013, s. 144, Mehmet Tezgel, **Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 173, Y. 2. HD., E. 2007/20370, K. 2008/ 4162, 26.03.2008; “Yabancı mahkeme kararında velayet hususunda hüküm oluşturulmamış olması da Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz.”, Ekşi, **Yargıtay Kararları**, s. 123.

⁷⁹ Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 542, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 211.

⁸⁰ Şanlı, “Velayet”, s. 80, Huysal, **a.g.e.**, s. 187.

⁸¹ Şanlı, “Velayet”, s. 80, Huysal, **a.g.e.**, s. 187.

⁸² Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 751-752.

⁸³ **A.e.**, s. 752.

velayet hususunda istisnai bir durum kabul edilmeli ve her mesele çocuğun menfaatleri bakımından değerlendirilmelidir.

B. VELAYET KARARLARININ TENFİZİ ŞARTLARI

1. MÖHUK Madde 50’de Belirtilen Ön Şartlar

MÖHUK m. 50/1’e göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye’de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Bu fıkra da bahsedilen “yabancı bir mahkemeden verilme”, “hukuk davalarına ilişkin olma” ve “kesinleşmiş olma”, yabancı bir kararın tenfizi için gerekli ön şartlardır⁸⁴.

Yabancı bir mahkemeden verilmiş olma şartı ile tenfizi istenen kararın bir “yargı organı”ndan verilmiş olması gerektiği vurgulanmaktadır⁸⁵. Bu sebeple MÖHUK’a göre, “sadece idari kararların” tenfizi, “mahkeme hükmü” niteliğinde olmadıkları için mümkün değildir⁸⁶. Yabancı kararı veren makamın bir yargı organı niteliğinde olup olmadığına, hem kararı veren devletin hukukuna hem de Türkiye’de tenfizi istendiği için Türk hukukuna göre karar verilmelidir⁸⁷. Dolayısıyla, burada bir çifte vasıflandırma yapılmaktadır⁸⁸.

⁸⁴ Atâ Sakmar, **Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2961, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 652, 1982, s. 54, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 470, Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararları**, s. 20, İnci Ataman Figanmeşe, “Milletlerarası Özel Hukukta Mirasçılık Belgeleri” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Fakültesi, 1998, s. 29, Giray, **a.g.e.**, s. 280.

⁸⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 619, Şanlı, **a.g.e.**, s. 213.

⁸⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 619, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 470-472, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 489, Gülören Tekinalp, Ergin Nomer, Ayşe Odman Boztosun, **Private International Law in Turkey**, The Netherlands, Kluwer Law International BV, 2012, s. 689, Y. 2. HD., E. 1995/3612, K. 1995/4567, 13.04.1995; “Boşanma kararı bir mahkemenin verdiği hüküm niteliği taşımadığından kesinleşmiş mahkeme kararlarının yerine getirilebileceğine ilişkin yukarıda açıklanan yasal kuralın kapsamı dışında kalmaktadır.”, Ahmet Cemal Ruhi, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, Ankara, 2003, s. 315.

⁸⁷ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 471, Özbakan, **a.g.e.**, s. 144.

⁸⁸ Güven, **a.g.e.**, s. 29.

Bazı milletlerarası sözleşmelerle veya özel kanun hükümleriyle yabancı idari makamlardan verilen kararların tenfizi sağlanabilmektedir⁸⁹. Bu nitelikte özel bir kanun olarak, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁹⁰ örnek gösterilebilir⁹¹. Kanunun 30/2. maddesine göre, evlat edinmeye ilişkin yabancı idari makamlar tarafından verilen ve o devlet hukukuna göre kesinleşmiş veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgeler, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verildikten sonra Türkiye’de icra edilebilmektedir. İdari makam kararlarının tenfizine olanak sağlayan milletlerarası sözleşme olarak, 15 Nisan 1958 tarihli “Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi”⁹² örnek gösterilebilir. Sözleşme’ye göre, taraf devletlerden birinin idari makamı tarafından verilen nafaka kararının, diğer taraf devletlerde tenfizi mümkün olabilmektedir. Ayrıca aşağıda incelenecek olan Lüksemburg Sözleşmesi’nde de, idari makamlar tarafından verilen velayet kararlarının tenfizine olanak sağlanmıştır. Ancak kural -böyle bir özel kanun hükmü veya sözleşme ile olanak tanınmadıkça- yabancı kararın mahkemeden verilmiş olmasıdır⁹³.

Yabancı kararın hukuk davalarına ilişkin olması gerekmektedir⁹⁴. Ancak bu şart, kararın hukuk mahkemesinden verilmiş olması anlamına gelmemektedir⁹⁵. Bu husus, MÖHUK m. 50/2’den anlaşılmaktadır. Fıkraya göre, yabancı ceza kararlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilmektedir. Dolayısıyla burada yabancı kararın özel hukuk ilişkilerinden doğan bir uyuşmazlığı çözmek için verilmesi önemlidir. Bu hususta doktrinde, idare mahkemelerinden verilen özel hukuk ilişkisinden doğan kararların da (tazminat

⁸⁹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 471.

⁹⁰ Kabul Tarihi: 25.04.2006, RG. 29.04.2006/26153.

⁹¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 619.

⁹² Türkiye de, “Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” ile Sözleşme’yi onaylamıştır. Kanun No: 1620, RG. 27.09.1972/14319.

⁹³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 619, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 472, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 489.

⁹⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 619, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 473, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 489.

⁹⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 619, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 473, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 489.

kararları gibi) tenfizinin mümkün olduğu belirtilmiştir⁹⁶. Kanaatimizce de bu görüşe katılmak gerekmektedir. Çünkü önemli olan, yabancı mahkemenin niteliği değil, kararın özel hukuk ilişkisinden doğan bir uyuşmazlığın çözümü için verilmesidir.

Yabancı bir kararın özel hukuk ilişkisine ait bir konuda olup olmadığına dair vasıflandırma -usul hukukuna ait sorunların vasıflandırma işlemlerinin kural olarak “**lex fori**”ye göre yapılması gerektiğinden- Türk hukukuna göre yapılmalıdır⁹⁷. Velayet, 4721 sayılı TMK m. 335-351 arasında düzenlenmiş olup, özel hukuk ilişkisine ait bir kavramdır. Dolayısıyla velayete ilişkin kararlar Türkiye’de tenfiz edilebilirler⁹⁸.

Bazı devletlerde kişiyi cezalandırmak amacı güden tazminat kararları verilmektedir. Bu tazminat kararları, güçlü birer silah olup, davalının finansal açıdan yok olmasına yol açmadan onu cezalandırmak ve caydırmak amacı gütmektedir⁹⁹. Amerikan hukukundaki, cezalandırıcı nitelik taşıyan **punitive damages** ve zararın üç katı oranında tazminat içeren **treble damages** kararları bu hususta örnektir¹⁰⁰. Doktrinde, zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedilmesinin -Türk hukukunda tazminat kararlarının sadece zararın telafisi amacını gütmesi gerektiği için- kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmiştir¹⁰¹. Buna ek olarak MÖHUK m. 50 gereğince, sadece hukuk davalarına ilişkin kararların tenfizi mümkün olduğu için cezalandırıcı tazminatın cezai niteliğinden dolayı tenfizi mümkün değildir denmiştir¹⁰².

Başka bir görüşe göre ise¹⁰³, Türk özel hukukunda bazı kanunlarda cezalandırıcı nitelikte tazminat düzenlemelerine yer verilmiştir. 5846 sayılı Fikir ve

⁹⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 619, Şanlı, **a.g.e.**, s. 213, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 473-474.

⁹⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 439, Şanlı, **a.g.e.**, s. 207, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 473.

⁹⁸ Giray, **a.g.e.**, s. 281.

⁹⁹ Kathleen S. Kizer, “California’s Punitive Damages Law: Continuing to Punish and Deter Despite, *State Farm v. Campbell*”, **Hastings Law Journal**, Vol. 57:827, March, 2006, s. 827, 831.

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 578-681.

¹⁰¹ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 490, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 149, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 288.

¹⁰² Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 490, Şanlı, **a.g.e.**, s. 214, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 474, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 177-179, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 288, Doğan, **a.g.e.**, 106.

¹⁰³ Pelin Güven, “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr.**

Sanat Eserleri Kanunu¹⁰⁴ m. 68’de ve 2872 sayılı Çevre Kanunu¹⁰⁵ m. 20 ve m. 26’da yer alan hükümler buna örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁶. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹⁰⁷ m. 58/2’de de, rekabet ihlali durumunda uğranılan zararın üç katı oranında bir tazminat kabul edilmiştir. Bu, cezalandırmak ve caydırmak amacı güden bir tazminat niteliğindedir. Ayrıca MÖHUK m. 38/2’de, rekabetin engellemesine yabancı hukukun uygulandığı hallerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan fazlasına hükmedilemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Türk hukukundaki üç kat tazminat bu hususta sınırı oluşturmaktadır¹⁰⁸. MÖHUK m. 38/2 düzenlemesi ve kamu düzeninin istisnai niteliği¹⁰⁹ karşısında bir yabancı kararın sırf cezalandırıcı tazminat içerdiği için tenfizi reddedilmemelidir. Ancak zararın üç katını çok fazla geçen bir tazminata hükmedilmesi durumunda, somut olayın özelliklerine göre kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmalıdır¹¹⁰. Açıkça görülebileceği gibi, Türk özel hukukunda cezalandırıcı nitelikte tazminat düzenlemesine yer verilmiştir. Kanaatimizce de, bahsedilen görüşe katılmak gerekmektedir.

Mülga 1086 sayılı HUMK döneminde tenfiz şartlarının hepsine 540. maddede yer verilmişti. Bunlar arasında “hukuk ve ticaret davalarına mütedair bir ilam olmalı” şartı yer almaktaydı. Dolayısıyla eski sistemde de, yabancı bir kararın tenfizi için özel hukuka ilişkin bir karar olması gerekliydi¹¹¹. Yine ceza mahkemelerinden verilen kararlardaki kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında mülga 1086 sayılı HUMK m. 545 gereğince tenfiz talebinde bulunmak mümkündü. Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 34’de de, hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş yabancı kararlar hakkında tenfiz kararı alınabileceği belirtilmişti. Mülga 1086 sayılı HUMK ve mülga 2675 sayılı MÖHUK bu şart bakımından yürürlükteki MÖHUK ile aynı doğrultuydaydı.

Ata Sakmar’a Armağan, Ocak, 2011, s. 429-466, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 676-677, 680-681, Güven, **a.g.e.**, s. 143-144.

¹⁰⁴ Kabul Tarihi: 05.12.1951, RG. 13.12.1951/7981.

¹⁰⁵ Kabul Tarihi: 09.08.1983, RG. 11.08.1983/18132.

¹⁰⁶ Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 665-668.

¹⁰⁷ Kabul Tarihi: 07.12.1994, RG. 13.12.1994/22140.

¹⁰⁸ Güven, **a.g.m.**, s. 429-466.

¹⁰⁹ Güven, **a.g.e.**, s. 143.

¹¹⁰ Güven, **a.g.e.**, s. 144, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 681.

¹¹¹ Berki, **a.g.e.**, s. 351.

MÖHUK m. 50’de belirtilen bir diğer şart, kararın kesinleşmiş olmasıdır. Kesin hüküm teşkil etmeyen bir kararın tenfizi mümkün değildir¹¹².

Türk hukukunda kesin hüküm, maddi ve şekli olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹¹³. Maddi kesin hükmün olumlu ve olumsuz olmak üzere iki ayrı etkisi bulunmaktadır¹¹⁴. Maddi kesin hüküm, adli gerçekliği ifade etmektedir¹¹⁵. Adli gerçekliği ifade etmesi, onun olumlu etkisidir¹¹⁶. Olumsuz etkisi ise, davanın tarafları arasında uyuşmazlığın sona ermesi ve artık o uyuşmazlık hakkında aynı taraflar arasında, aynı konuda, aynı dava sebebine dayanarak yeni bir dava açılmamasıdır¹¹⁷. Dolayısıyla verilen kesin hüküm ile kararın (Türk hukukunda hüküm fıkrasının) bağlayıcı bir etkiye sahip olması sağlanmaktadır. Bağlayıcılık, aynı hukuki sonuçları içeren ikinci bir davada farklı bir sonuca ulaşılmaması ve önceden verilen kararın dikkate alınması zorunluluğu olarak ortaya çıkmaktadır¹¹⁸. Şekli anlamda kesin hüküm ise, verilen karara karşı her türlü itiraz ve kanun yolunun kapanması, kararın iptal edilememesidir¹¹⁹. HMK’ya göre (m.303), kural olarak hükümler şekli ve maddi kesinliği birlikte taşımaktadırlar. Bir kararın, maddi anlamda kesin hüküm haline gelebilmesi için öncelikle şekli anlamda kesinleşmiş

¹¹² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 621, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 475, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 489.

¹¹³ Aysel Çelikel, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29, Sa. 1-2, 1963, s. 243, 244, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 615, 621, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 486, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 476, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 693, Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 653, Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 840, Kuru, **a.g.e.**, C. 5, s. 4980, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 553, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 62, Karşı, **a.g.e.**, s. 603, Doğan, **a.g.e.**, s. 101.

¹¹⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 616, Postacioğlu, **a.g.e.**, s. 678, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 693, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 556, Muşul, **a.g.e.**, s. 482.

¹¹⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 615, 621, Postacioğlu, **a.g.e.**, s. 677, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 694, Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 840, Kuru, **a.g.e.**, C. 5, s. 4986, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 556.

¹¹⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 616, Postacioğlu, **a.g.e.**, s. 677, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 694, Muşul, **a.g.e.**, s. 483.

¹¹⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 615-616, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 145, Postacioğlu, **a.g.e.**, s. 678, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 693, Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 665, Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 851, Kuru, **a.g.e.**, C. 5, s. 4986, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 556, Karşı, **a.g.e.**, s. 419, 608, Muşul, **a.g.e.**, s. 482.

¹¹⁸ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 486, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 476, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 694, Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 665, Kuru, **a.g.e.**, C. 5, s. 5053-5057.

¹¹⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 615, 621, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 486, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 146, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 476, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 693, Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 654, Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 840, Kuru, **a.g.e.**, C. 5, s. 4981, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 554, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 63, Karşı, **a.g.e.**, s. 603, Muşul, **a.g.e.**, s. 481.

olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, şekli anlamda kesin hüküm, maddi anlamda kesin hükmün bir ön şartıdır¹²⁰.

Mülga 1086 sayılı HUMK döneminde, 540. maddede sayılan tenfiz şartları arasında, “Hüküm, hükmü veren mahkemenin kanununa göre hakikaten mevcut, kat’î ve nihai olmalıdır.” şeklinde bir şart bulunmaktaydı. Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 34’de ise, “...o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların” ifadesi yer almaktaydı. İki kanun da yürürlükte bulunan MÖHUK ile temelde aynı düzenlemelere sahiptilerdi. Ancak, mülga 1086 sayılı HUMK’ta diğerlerinden farklı olarak “nihai olma” ifadesi yer almaktaydı.

Doktrinde, 1086 sayılı HUMK’un -“nihai olma” ifadesinden dolayı- şekli anlamda kesinliğin yanı sıra maddi anlamda kesinliği de aradığı savunulmuştur¹²¹. Ancak kanunda aksine bir hüküm getirilmediği için şekli anlamda kesinliğin yeterli olduğunu belirten de olmuştur¹²².

Doktrinde, yürürlükte bulunan MÖHUK döneminde de, şekli anlamda kesinliğin yeterli olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, yabancı kararın şekli anlamda kesinleşmesi yeterlidir, maddi anlamda kesinliği aramaya gerek yoktur¹²³. Başka bir görüşe göre, sadece şekli anlamda kesinliğin değil, hukuki güvenliğin sağlanması bakımından maddi anlamda kesinliğin de aranması gereklidir¹²⁴. Bir diğer görüşe göre ise, mülga 1086 sayılı HUMK döneminde yer alan “nihai olma” ifadesi, 5718 sayılı MÖHUK 50. madde metninde artık bulunmadığından, kararın şekli anlamda kesinleşmiş olması yeterli

¹²⁰ Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 655, Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 840, Kuru, **a.g.e.**, C. 5, s. 4984, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 553, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 63, Karşı, **a.g.e.**, s. 603.

¹²¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 621.

¹²² Göğer, **a.g.e.**, s. 386.

¹²³ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s. 58, Şeref Ertaş, **Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi**, Kudret Ayiter’e Armağandan Ayrı Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1988, s. 391, Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararları**, s. 38, Kuru, **a.g.e.**, C. 6, s. 5771, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 41, Banu Şit, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Sa. 1, 2011, s. 62.

¹²⁴ Göğer, **a.g.e.**, s. 386, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 485, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 477, Özbakan, **a.g.e.**, s. 150, 468, Ataman Figanmeşe, “Mirasçılık Belgeleri”, s. 34-35, Giray, **a.g.e.**, s. 281.

sayılabilir¹²⁵. Ancak bizim hukukumuzdaki gibi, şekli anlamda kesinliğin maddi anlamda kesinliği içermediğini kabul eden hukuk sistemleri bakımından, sadece şekli anlamda kesinlik taşıyan kararların tenfizine olanak sağlanmamalıdır¹²⁶. Kanaatimizce de, belirtilen bu görüşe katılmak gerekmektedir. Dolayısıyla kararın şekli anlamda kesinleşmesi, verildiği devlet hukukunda kesin hüküm olarak kabulü için yeterliyse, Türkiye’de tenfizinde de yeterli olmalıdır. Ancak kararın verildiği devlet hukuku -bizim hukukumuzla aynı doğrultuda- maddi anlamda kesinleşmeyi de arıyorsa, Türkiye’de tenfizinde de kararın maddi anlamda kesinleşmiş olması gerekmektedir.

TMK m. 351 gereğince velayet kararları, değişen şartlara bağlı olarak, yeniden gözden geçirilebilir ve bu şartlara uydurulabilir. Velayet kararlarının sonradan değiştirilebilmesi, onların kesin hüküm teşkil edip etmediğini tartışmalı kılmaktadır. Bu durum, söz konusu kararların tenfizi bakımından da önem taşımaktadır.

Yargıtay’ın bir kararına¹²⁷ konu olan yerel mahkeme kararında, kendisine velayet hakkı verilmeyen anne ile çocuk arasında haftanın beş günü kişisel ilişki kurma hakkı düzenlenmiştir. Yargıtay, kişisel ilişki kurma hakkının babanın velayet hakkını kullanmasına engel olacak şekilde düzenlendiğini belirtmiştir. Velayet kararlarının -değişen şartlara göre yeniden düzenlenebilmesi sebebiyle- kesin hüküm teşkil etmediği vurgulanarak, yerel mahkemenin kişisel ilişki kurma hakkını yeniden düzenlemesi gerekir denmiştir. Aynı doğrultuda başka bir kararda¹²⁸, yerel mahkemenin Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu’ndaki uzmanlar aracılığıyla inceleme yapmadığı, çocuk sağlığı ve psikiyatrisi uzmanlarından rapor almadığı tespit edilmiştir. Yerel mahkemenin bu incelemeyi yapması gerektiğine karar verilmiştir. Yapılacak inceleme sonucunda çocuğun bedeni ve fikri gelişmesi tehlikede bulunursa -velayet kararları kesin hüküm teşkil etmediği için- anne ve babanın velayetinin kaldırılmasına karar verilebilir denmiştir. Yine 2003 yılındaki bir

¹²⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 621.

¹²⁶ Aysel Çelikel, “Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 2, Sa. 2, 1982, s. 13, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 621.

¹²⁷ Y. 2. HD., E. 1998/6412, K. 1998/7398, 11.06.1998, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 18.11.2013.

¹²⁸ Y. 2. HD., E. 1999/13346, K. 2000/581, 25.01.2000, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 12.12.2013.

Yargıtay kararına¹²⁹ konu olan yerel mahkemenin kısa kararında velayet düzenlemesi yer almasına rağmen, gerekçeli kararında velayete hükmedilmemiştir. Yargıtay, yerel mahkeme kararında velayete ilişkin hüküm bulunmasa da -velayetle ilgili kararlar teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden- her an için yeniden düzenleme yapılabileceğine değinmiştir. Bu Yargıtay'ın yerleşik görüşüdür. Yargıtay ile aynı doğrultuda görüş beyan eden yazarlar da bulunmaktadır¹³⁰.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, velayet kararlarının kural olarak kesin hüküm niteliği taşıdığı savunulmaktadır¹³¹. Ancak velayet kararlarının, kesin hükmün doğurduğu etkiler bakımından diğer mahkeme kararlarından farklı olduğu belirtilmektedir¹³². Bu görüşe göre, velayet kararının değişen hukuki durum ve şartlara göre yeniden düzenlenebilmesi, kesin hüküm niteliği taşımasına engel oluşturmamaktadır¹³³. Çocuğun psikolojik ve fiziki şartlarının veya diğer eşin sosyal ve maddi şartlarının değişmesi ya da diğer eşin ölmesi hallerinde, velayetin zorunlu olarak yeni şartlara uydurulması ve değiştirilmesi gerekmektedir¹³⁴. Söz konusu durumlarda velayetin yeni şartlara uydurulması, maddi anlamda kesin hükmün etkileri bakımından bir istisna oluşturmaktadır¹³⁵. Şartların değişmesi durumunda yepyeni bir hukuki olayla karşılaşılmalıdır¹³⁶. Aslında hukuki sebep olarak gösterilen velayetin içeriği değişmiştir¹³⁷. Hukuki sebebin içeriği, hukuki kurumun adı değildir¹³⁸. Ortaya çıkan yeni olaylar, hukuki sebebin içeriğini oluşturmaktadır. Dolayısıyla velayetin ortaya çıkan yeni şartlar karşısında düzenlenmesi durumunda, tarafları ve konusu aynı olsa da, hukuki sebebi farklı olan bir dava mevcuttur¹³⁹. Tüm bu sebeplerden dolayı yabancı velayet kararları, hem maddi hem de şekli anlamda

¹²⁹ Y. 2. HD., E. 2003/3841, K. 2003/5046, 08.04.2003, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 16.12.2013.

¹³⁰ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 160.

¹³¹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 65, Şanlı, "Velayet", s. 72, Huysal, **a.g.e.**, s. 177, Gökçenay, "Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları", s. 212.

¹³² Huysal, **a.g.e.**, s. 177.

¹³³ Gelgel, **a.g.e.**, s. 54, Giray, **a.g.e.**, s. 281-282, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 161, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 544.

¹³⁴ Gelgel, **a.g.e.**, s. 64.

¹³⁵ Şanlı, "Velayet", s. 72, Giray, **a.g.e.**, s. 281, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 161.

¹³⁶ Gelgel, **a.g.e.**, s. 65.

¹³⁷ **A.e.**, s. 65.

¹³⁸ **A.e.**, s. 65.

¹³⁹ **A.e.**, s. 65.

kesin hüküm olarak kabul edilip, Türk hukukuna göre tenfiz edilebilmelidir¹⁴⁰. Kanaatimizce de, velayet kararlarının maddi kesin hüküm niteliği taşıdığı kabul edilebilir.

Bir başka husus da, velayet kararının tenfizinin kabulünden sonra, ortaya çıkan yeni durumlar karşısında hakimin nasıl hareket edeceğidir. Doktrinde, tenfiz edilen hatta tenfiz edilecek yabancı velayet kararlarının, TMK'nın 351. maddesi gereğince değiştirilebilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir¹⁴¹. Bu görüşe göre, velayet kararının sırf yabancı bir karar olmasından dolayı değiştirilmesinin kabul edilmemesi, Türk mahkemesi kararlarına ayrıcalık tanımak anlamına gelmektedir¹⁴². Bu durum, yabancı devletin yargılama yetkisine müdahale olarak yorumlanmamalıdır¹⁴³. Yargıtay da bir kararında¹⁴⁴, tenfiz edilen velayet kararının değiştirilebileceğini kabul etmiştir. Ancak bu değişikliğin, kararı veren yabancı makamın “izni” ile gerçekleşeceği ifade edilmiştir. Yine Yargıtay'ın, 29.11.2001 ve 26.02.2002 tarihli kararlarında da¹⁴⁵ aynı sonuca varılmıştır. Gerekçe olarak tarafı bulunduğumuz, 05.10.1961 tarihli, “Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme”¹⁴⁶ m. 5 gösterilmiştir. Söz konusu madde uyarınca, küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirler bu makamlara “haber verilmeden” kaldırılamaz. Kararlarda, bu maddeye göre hareket edilmesinin gerektiği vurgulanmıştır. Kanaatimizce de, ortaya çıkan yeni durumlar karşısında, tenfiz edilen velayet kararı değiştirilebilmelidir. Ancak tabi ki, tarafı bulunduğumuz Sözleşme hükümleri de dikkate alınmalıdır. Sözleşme m. 5'te “haber vermekten” bahsedilmektedir. Dolayısıyla velayet kararları, kararı veren yabancı makama haber verilerek değiştirilebilir. Yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarında sözü edilen yabancı

¹⁴⁰ Gelgel, **a.g.e.**, s. 65, Şanlı, “Velayet”, s. 72, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 213.

¹⁴¹ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 163, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 546.

¹⁴² Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 163.

¹⁴³ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 163, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 546.

¹⁴⁴ Y. 2. HD., E. 2001/17145, K. 2002/2106, 15.02.2002, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 26.05.2014.

¹⁴⁵ Y. 2. HD., E. 2001/1558, K. 2001/16794, 29.11.2001, Özmen, **Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, s. 154, Y. 2. HD., E. 2002/1257, K. 2002/2416, 26.02.2002, Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, s. 657.

¹⁴⁶ Bundan sonra bu Sözleşme'den “1961 tarihli La Haye Sözleşmesi” olarak bahsedilecektir. Türkiye Sözleşme'yi 25.08.1983 tarihinde imzalamış ve 24.11.1983 tarihinde uygulamaya sokmuştur (RG. 21.11.1983-17966).

makamın “izni”ne gerek bulunmamaktadır. Yabancı makamı önceden bilgilendirmek yeterli sayılmalıdır.

Velayet kararları, bahsedildiği üzere, boşanma davası sonucunda verilmiş olan hükümde yer alabilir ve kesinleşince tenfizi mümkün olabilir. Ancak önemle belirtilmelidir ki, boşanma davası sürerken hükmedilen geçici nitelikteki velayet kararları, MÖHUK’a göre kesinleşmedikleri için tenfiz edilemezler¹⁴⁷. Ancak Lüksemburg Sözleşmesi m. 7’de bu hususta farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Sözleşme incelenirken buna değinilecektir.

2. MÖHUK Madde 54’te Belirtilen Asli Şartlar

a. Karşılıklılık

MÖHUK m. 50’de belirtilen ön şartlar dışında, MÖHUK m. 54’de dört adet şart sayılmıştır. Bu şartlar, yabancı bir kararın tenfizi için gereken asli şartlardır¹⁴⁸. Öyle ise, yabancı bir kararın tenfizi için aranan şartlar toplam yedi adettir.

MÖHUK m. 54’te yer alan şartlardan ilki, yabancı devlet ile Türkiye arasında karşılıklılığın bulunmasıdır. Madde 54/1(a)’da yer alan şart şöyledir: “Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması”.

Maddenin ifadesine göre, karşılıklılık kapsamında üç adet şarttan birinin varlığına bakılmaktadır. İlk olarak karşılıklılık, yabancı devlet ile Türkiye arasındaki bir sözleşmeden kaynaklanabilmektedir. Sözleşme yoksa, yabancı devletin Türkiye’den verilen kararların tenfizini mümkün kılan kanuni düzenlemesi veya fiili uygulaması ile de karşılıklılık sağlanabilmektedir.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 38/1(a)’nın metni, MÖHUK m. 54/1(a)’nın metni ile aynıdır. Mülga 2675 sayılı MÖHUK döneminde de, karşılıklılık

¹⁴⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 54, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 157, Y. 2. HD., E. 1999/5858, K. 1999/7609, 30.06.1999, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 19.11.2013.

¹⁴⁸ Ataman Figanmeşe, “Mirasçılık Belgeleri”, s. 29.

kapsamında üç adet şarttan birinin varlığına bakılıyordu. Mülga 1086 sayılı HUMK döneminde ise durum farklıydı. Mülga 1086 sayılı HUMK 540/1’de, karşılıklılık şartı kapsamında sadece kararı veren yabancı devlet ile Türkiye arasında aktedilmiş bir sözleşme aranmaktaydı. Bu durum da Türkiye ile arasında sözleşme bulunmayan devletlerin kararlarının tenfizine hiç olanak bırakmamaktaydı¹⁴⁹. O dönemde doktrinde bu husus haklı olarak eleştirilmiş ve fiili karşılıklılığın da aranmasının gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁰.

Karşılıklılık şartı, siyasi nitelik taşıdığı için doktrinde eleştirilmiştir¹⁵¹. Şartı eleştiren yazarlara göre, yabancı bir kararın tenfizi için gereken şartlar ya Türk vatandaşlarının ya da genel olarak kamunun menfaatini gözetirken, karşılıklılık şartı sadece politik amaçlara hizmet etmektedir¹⁵². Sadece politik amaçlara hizmet eden böyle bir şart yüzünden, ister Türk vatandaşı olsun ister yabancı, bir kişinin lehine aldığı kararın tenfizi reddedilmektedir. Yazarlar bunu hukuka uygun bulmamaktadır. Karşılıklılığı eleştiren bir başka görüşe göre ise, bu şartın tespiti çok uzun zaman almakta, bu durum da velayet kararlarının tenfizi hususunda gecikmeye yol açmaktadır¹⁵³. Diğer bir görüşe göre ise, siyasi bir amaçla getirilmiş olsa da karşılıklılık şartının bulunması gereklidir¹⁵⁴. Türkiye’nin -hatta hiçbir yabancı devletin- kararlarını tenfiz etmeyen bir devlete ait kararların Türkiye’de tenfiz edilmesi için haklı bir sebep yoktur¹⁵⁵. Mülga 1086 sayılı HUMK dönemindeki sadece sözleşmeye dayanan karşılıklılık şartının günümüzde yumuşatılmış halini de düşünürsek, şartın uygulanmasındaki güçlükler aşılmıştır¹⁵⁶.

Sözleşmeye dayanan karşılıklılığın tespiti, kanuni veya fiili karşılıklılığın tespitine göre daha kolaydır¹⁵⁷. Hakim karşılıklılığın tespitini re’sen yapmaktadır¹⁵⁸.

¹⁴⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 632.

¹⁵⁰ Berki, **a.g.e.**, s. 353, Göğçer, **a.g.e.**, s. 386.

¹⁵¹ Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 88 vd., Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 499, Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 742.

¹⁵² Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 499, Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 742.

¹⁵³ Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 556.

¹⁵⁴ Çelikel, “Tenfiz Şartları”, s. 8, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 622.

¹⁵⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 632, Doğan, **a.g.e.**, s. 108.

¹⁵⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 632.

¹⁵⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 633, Şanlı, **a.g.e.**, s. 218, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 481.

¹⁵⁸ Altuğ, **Usul Hukuku**, s. 122, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 633, 639, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 481, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 498.

Ancak hakimın bu tespiti gerçekleştirirken, tarafların yardımına başvurma olanağı da vardır¹⁵⁹.

Karşılıklılık şartı bakımından, tarafların vatandaşı olduğu devlet değil, yabancı kararı veren devlet göz önüne alınmaktadır¹⁶⁰. Karşılıklılığın tenfiz talebinin yapıldığı anda bulunması gerekli ve yeterlidir. Yabancı kararın kesinleştiği anda karşılıklılığın bulunup bulunmaması önemli değildir¹⁶¹.

Kanuni karşılıklılık, Türkiye’de yürürlükte bulunan kanun ve mevzuat hükümlerinin aynısının yabancı devlette de aranması anlamına gelmemektedir¹⁶². Yabancı devletin tenfiz usulünün Türk hukukundaki usulden farklı olması önemli değildir¹⁶³. Kanuni karşılıklılıkta, yabancı hukukta tenfizin mümkün olması ve Türkiye’den verilen mahkeme kararları için özel bir engelin bulunmaması önem taşımaktadır¹⁶⁴. Bu özel engel, her somut olayın kendi özelliklerine göre değişebilmektedir. Yabancı devlette tenfiz, Türkiye’deki tenfizden daha ağır şartlara bağlanmış ise kanuni karşılıklılık gerçekleşmemiş demektir¹⁶⁵. Bu noktada, **revision au fond** sistemini kabul eden devletlerden verilen kararlar örnek olarak gösterilebilir. Bu sistemi kabul eden devletler ile Türkiye arasında kanuni karşılıklılık yoktur¹⁶⁶. Ancak belirtilmelidir ki, **revision au fond** sistemini kabul eden ama fiilen Türk mahkemesi kararlarını tenfiz eden -yani fiili karşılıklılığın sağlandığı- devletlerden verilen kararların tenfizine olanak sağlanması gerekmektedir¹⁶⁷.

Fiili karşılıklılığın tespiti için, somut bir olayda aynı nitelikte bir Türk mahkemesi kararının ilgili yabancı devlette tenfiz edildiğinin ispatı gerekmektedir¹⁶⁸.

¹⁵⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 633, 639, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 481.

¹⁶⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 636.

¹⁶¹ Çelikel, “Tenfiz Şartları”, s. 9, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 636-637.

¹⁶² Çelikel, “Tenfiz Şartları”, s. 8.

¹⁶³ Şanlı, **a.g.e.**, s. 223, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 486.

¹⁶⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 636.

¹⁶⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 635, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 500, Şanlı, **a.g.e.**, s. 219, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 484.

¹⁶⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 635-636, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 500, Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları”, s. 136, Giray, **a.g.e.**, s. 285, Şanlı, **a.g.e.**, s. 221, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 484.

¹⁶⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 635-636, Giray, **a.g.e.**, s. 285.

¹⁶⁸ Çelikel, “Tenfiz Şartları”, s. 8, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 636, Şanlı, **a.g.e.**, s. 218, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 481.

Doktrinde fiili karşılıklılığın tespitinin, yabancı devletteki mevcut durumun Dışişleri Bakanlığı tarafından incelenmesinden sonra Adalet Bakanlığı'na, oradan da tenfiz başvurusu yapılan mahkemeye bildirilmesi şeklinde yapılması gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁹.

Fiili karşılıklılık, tenfiz hususunda büyük önem taşımaktadır. Öyle ki, siyasi bir sözleşme veya kanun hükmü bulunmasına rağmen yabancı bir devlet Türk mahkemesi kararlarını veya genel olarak tüm yabancı kararları fiilen tenfiz etmiyorsa, bu durumda karşılıklılık şartı gerçekleşmemiştir¹⁷⁰. Ancak Türk mahkemesi kararının yabancı devlette tenfizinin haklı sebeple reddi halinde, fiili karşılıklılık yoktur denilemez¹⁷¹. Ayrıca bir yabancı devlette daha önce Türk mahkemesi kararının tenfizi istenmemişse, fiili karşılıklılık da gerçekleşmemiştir. Türkiye'de söz konusu yabancı devlet kararının tenfizinin bu yüzden reddedilmesi doğru değildir¹⁷². Devletlerin karşılıklılık konusunda öncü davranmaları gerekmektedir¹⁷³.

Yabancı devletlerden alınan velayet kararlarının tenfizinde karşılıklılık şartı bakımından özellik gösteren bir konu bulunmamaktadır¹⁷⁴. Dolayısıyla velayet kararlarının tenfizi sırasında ilk olarak, bu yabancı devlet ile Türkiye arasında bir sözleşme var mı diye bakılmalıdır. Bu noktada, Lüksemburg Sözleşmesi önem taşımaktadır. Bu Sözleşme dışında, Türkiye'nin yabancı devletlerle iki taraflı olarak yaptığı sözleşmeler de önem taşımaktadır¹⁷⁵. Eğer yabancı devlet ile Türkiye

¹⁶⁹ Altuğ, **Usul Hukuku**, s. 122.

¹⁷⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 636, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 498, Erdem, "Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları", s. 135, Şanlı, **a.g.e.**, s. 224, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 488.

¹⁷¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 636, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 498.

¹⁷² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 636, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 488-489, Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 301, Doğan, **a.g.e.**, s. 109.

¹⁷³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 635.

¹⁷⁴ Huysal, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁷⁵ Yabancı devletlerden alınan velayet kararlarının Türkiye'de tenfizi sırasında göz önüne alınması gereken iki taraflı sözleşmeler şunlardır: RG. 22.05.2013/28654; Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan Arasında Hukuki ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması, RG. 05.07.2011/27985 (Mükerrer); Türkiye Cumhuriyeti ile Kırgız Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli İşbirliği Anlaşması, RG. 05.07.2011/27985 (Mükerrer); Türkiye Cumhuriyeti ile İran İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Cezai Konularda Adli İşbirliği Anlaşması, RG. 15.06.2011/27965; Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması, RG. 22.05.2010/27588; Türkiye

arasında velayet kararlarının tenfizine ilişkin bir sözleşme yoksa, yabancı devletin tenfiz düzenlemelerinin Türk hukukundakilerden daha ağır şartlar taşımaması gerekmektedir¹⁷⁶. Yabancı devlette yer alan tenfiz şartları ile Türkiye’de yer alan tenfiz şartları arasında “denklik” olmalıdır¹⁷⁷. Bu durumda, kanuni olarak karşılıklılık şartı sağlanmış olmaktadır. Kanuni karşılıklılık dışında velayet kararının verildiği devlet ile Türkiye arasında fiili bir karşılıklılık var mı diye bakılabilmektedir. Somut olayda bu üç şarttan biri bulunuyorsa, yabancı velayet kararını veren devlet ile Türkiye arasında karşılıklılık gerçekleşmiş demektir.

Cumhuriyeti ile Umman Sultanlığı Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması, RG. 10.02.2008/26783; Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması, RG. 04.11.2007/26690; Türkiye Cumhuriyeti ile Bosna-Hersek Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması, RG. 15.10.2007/26671; Türkiye Cumhuriyeti ile Slovakya Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması, RG. 04.05.2004/25452; Türkiye Cumhuriyeti ile Moğolistan Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi, RG. 20.04.2004/25439; Türkiye Cumhuriyeti ile Litvanya Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması, RG. 23.03.2004/25411; Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması, RG. 22.12.2003/25324; Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması, RG. 28.05.2000/ 24062; Türkiye Cumhuriyeti ile Moldova Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması, RG. 14.05.2000/24049; Türkiye Cumhuriyeti ile Makedonya Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması, RG. 24.04.2000/24058; Türkiye Cumhuriyeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması, RG. 12.11.1997/23168; Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Hukuki Konularda Yardımlaşma Anlaşması, RG. 09.11.1997/23165; Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi, RG. 24.08.1997/23090; Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması, RG. 12.11.1994/22109; Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması, RG. 02.08.1992/21303; Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Adli İşbirliği Sözleşmesi, RG. 23.09.1991/21000; Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme, RG. 08.09.1991/20985; Türkiye Cumhuriyeti ile Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki İşbirliğine İlişkin Sözleşme, RG. 23.07.1990/20583; Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi, RG. 13.02.1989/20079; Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma, Tanıma ve Tenfiz, Suçluların Geri Verilmesi ile Hükümlülerin Nakli Sözleşmesi, RG. 11.10.1984/18512; Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşmaya Dair Sözleşme, RG. 03.03.1929/1133; Türkiye İtalya Arasında Akt ve İmza Edilmiş Olan Adli Himaye, Adli Makamların Hukuk ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Muzaheret ve Adli Kararların Tenfizi Mukavelenamesi, (Çevrimiçi), www.resmigazete.gov.tr, 02.05.2014.

¹⁷⁶ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 158.

¹⁷⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 56, Şanlı, **a.g.e.**, s. 219-220, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 482, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 158, YHGK, E. 1990/13-3, K. 1990/347, 13.06.1990; “...iki ülkenin hukuk düzenindeki paralelliğin varlığı”, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C. 16, Sa. 7, Temmuz, 1990, s. 1284.

b. Yetki

MÖHUK m. 54/1(b)'de, "ilamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması" bir tenfiz şartı olarak yer almaktadır.

Bu şarta göre, hem Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi hem de kararı veren makamın milletlerarası hukukun genel kabul gören yetki kurallarına göre yetkili olup olmadığı (taraflardan birinin itiraz etmesi şartıyla) araştırılmaktadır.

17.01.2013 tarihli Yargıtay kararında¹⁷⁸ münhasır yetki hakkında açıklamalar yer almaktadır. Karara göre:

"Münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve egemenlik sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümlanlık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır."

Yine aynı karara göre: "Münhasır (kesin) yetki kuralları dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallardır. Bu kuralların temel dayanağı kamu düzenidir."

Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin ne zaman bulunduğı ve hangi yetki kurallarının milletlerarası yetki bakımından münhasır nitelik taşıdığı kanunda açık bir şekilde belirtilmemiştir¹⁷⁹. Dolayısıyla bu hususta kesin bir çözüme ulaşılammış ve birçok değişik düşünce ortaya çıkmıştır.

Önemle belirtmelidir ki, yabancı kararların tenfizini engelleyen münhasır yetki kavramı, iç hukuktaki kesin yetki kavramından farklıdır¹⁸⁰. HMK 11. madde ve

¹⁷⁸ Y. 18. HD., E. 2012/12365, K. 2013/483, 17.01.2013, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 27.11.2013.

¹⁷⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 641, B. Bahadır Erdem, **Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, İstanbul, Beta Basımevi, 2003, s. 18, Şanlı, **a.g.e.**, s. 225, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 489.

¹⁸⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 641, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 502, B. Bahadır Erdem, "22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin

15. maddeleri arasında, iç hukukumuzdaki kesin yetki halleri sayılmıştır¹⁸¹. Bu kesin yetki halleri, iç hukukta yer alan ilişkilere yönelik olarak getirilmişlerdir. Milletlerarası özel hukukun konusuna giren ilişkilerin amacının ve niteliğinin farklı olması, iç hukuktaki düzenlemelerin aynı şekilde kabulünü olanaksız kılmaktadır¹⁸².

Yargıtay'ın yakın bir tarihe kadar vesayet konusunda Türk mahkemelerini münhasır yetkili gören ve yabancı devletlerden alınan vesayet kararlarının tenfizini reddeden kararları bulunmaktaydı. Yargıtay, 06.12.2005 tarihli kararında¹⁸³, vesayet konusunda karar vermede Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu ve yabancı vesayet kararının tanınması veya tenfizine hukuken olanak bulunmadığını belirtmiştir. Yargıtay'a göre bunun sebebi, vesayet işlerinin kamu düzenini ilgilendirmesidir. Yine aynı şekilde, 18.11.2009 tarihli kararında¹⁸⁴ yabancı vesayet kararının tenfizini, Türk mahkemelerinin bu konuda münhasır yetkili olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Aynı yöndeki 08.07.2009 kararında da¹⁸⁵, TMK m. 411'deki "vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir" hükmünün, milletlerarası alanda da Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini düzenlediğini ve bu yüzden yabancı devletten alınan kararın tenfizinin

Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, Sa. 2, 2002, s. 166, Erdem, **a.g.e.**, s. 18, Şanlı, **a.g.e.**, s. 225, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 77.

¹⁸¹ İç hukuktaki kesin yetki kuralları için bkz.: Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 153-159, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 203-210, Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 150-151, Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 172-175, Kuru, **a.g.e.**, C. 1, s. 549-551, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 101-106, Karlı, **a.g.e.**, s. 282-285, Muşul, **a.g.e.**, s. 90-95.

¹⁸² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 641, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 490, Nomer, "Milletlerarası Yetki", s. 425.

¹⁸³ Y. 2. HD., E. 2005/14443, K. 2005/17022, 06.12.2005; "Yabancı vesayet kararında gösterilen, vesayeti gerektiren sebep, Türk Hukukuna göre de vesayeti gerektirir nitelikte ise, yabancı karar, bu yönde Türk Mahkemesinde delil olabilir. Ama vesayet kararını verecek olan yine Türk mahkemesidir... Vesayet işleri kamu düzenini ilgilendirdiğinden bir Türk vatandaşı hakkında yabancı vesayet kararının Türkiye'de tanınması veya tenfizi mümkün değildir.", (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 27.11.2013.

¹⁸⁴ YHGK, E. 2009/2-557, K. 2009/527, 18.11.2009; "Vesayet işlerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi münhasır yetkidir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir konuda yabancı mahkemece verilen bir kararın tanınmasına ve tenfizine hukuken olanak yoktur.", (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 27.11.2013.

¹⁸⁵ YHGK, E. 2009/2-280, K. 2009/326, 08.07.2009; "Dava, yabancı mahkemeden verilmiş vasi tayini kararını tanıma ve tenfizi istemine ilişkindir... Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir konuda yabancı mahkemece verilen kararın tenfizine ve tanınmasına karar verilemez.", (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 27.11.2013.

reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 17.01.2013 tarihli kararı¹⁸⁶ ile bu yaklaşımını değiştirmiştir. Kararda, iç hukukta yer alan her kesin ve kamu düzeninden sayılan kuralın, milletlerarası alanda da kabulünün mümkün olmadığı belirtilmiştir. TMK m. 411, iç hukukta kesin ve kamu düzenine ait kabul edilmektedir; ancak milletlerarası alanda münhasır yetki kuralı değildir. Vesayet kararlarının tanınmaması, yabancı devletlerin yargılama faaliyetlerine ve karar verme yetkilerine müdahale niteliği taşımaktadır. Yargıtay'ın görüşünü değiştirmesi kanaatimizce de çok yerinde ve hukuka uygun olmuştur.

İç hukukta yer alan bir kesin yetki kuralı -genel kuraldan farklı olarak- Türk mahkemelerinin milletlerarası alanda münhasır yetkisini de düzenlemektedir¹⁸⁷. Türk mahkemelerinin, milletlerarası alanda münhasır yetki taşıdığı konusunda doktrinde görüş birliğine varılan tek kural da budur¹⁸⁸. Gayrimenkulün aynına ilişkin davalarda, gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kesin olduğuna dair HMK m. 12/1'deki kural, milletlerarası alanda da geçerlidir¹⁸⁹. Bir yetki kuralının milletlerarası alanda da münhasır yetki kuralı olup olmadığı, maddenin ifadesi ve konuluş amacından çıkarılmaktadır¹⁹⁰.

Bazı yabancı boşanma kararlarında eşlerin malları bölüştürülürken, ortada bir gayrimenkul varsa bunun kime ait olacağı hususunda da karar verilmektedir. Bu gayrimenkul Türkiye'de bulunuyorsa, yabancı boşanma kararının tanınmasında

¹⁸⁶ Y. 18. HD., E. 2012/12365, K. 2013/483, 17.01.2013; “Dava, vasi atanması hakkındaki yabancı ilamın tanınmasına ilişkindir...Alman mahkemesi tarafından Türk milli hukuku ile çatışmayacak ve hatta aynı paralelde verdiği kararın ne milli hukuka ve ne de münhasır yetki ya da kamu düzeni ile bir alakası bulunmamaktadır. Kısıtlama kararının tanınmasına ilişkin davanın kabulü gerekir.”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 27.11.2013.

¹⁸⁷ Emre Esen, “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, Sa. 2, 2002, s. 188, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 490, Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 303.

¹⁸⁸ Erdem, **a.g.e.**, s. 18-19, Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları”, s. 137, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 490.

¹⁸⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 641, Cemal Şanlı, “Türkiye’deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.6, Sa. 1, 1986, s. 45, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 500, Tekinalp, Nomer, Boztosun, **a.g.e.**, s. 690-691, Şanlı, **a.g.e.**, s. 225, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 490, Nomer, “Milletlerarası Yetki”, s. 416-418, Kuru, **a.g.e.**, C. 6, s. 5779.

¹⁹⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 642, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 500, Şanlı, **a.g.e.**, s. 225, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 490, Doğan, **a.g.e.**, s. 110.

sorun oluşturmaktadır¹⁹¹. Bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararında, yabancı boşanma kararının sadece boşanmaya ait kısmının tanınmasının gerektiği, gayrimenkulün temlikini öngören kısmının tenfizinin mümkün olmadığı belirtilmiştir¹⁹². Kararda gerekçe olarak, hem o zaman yürürlükte bulunan mülga 1086 sayılı HUMK m. 13'deki (yani HMK m. 12) gayrimenkullere ilişkin kesin yetki kuralına hem de mülga 2675 sayılı MÖHUK 23/3. maddesine dayanılmıştır. Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 23/3, MÖHUK m. 21/4'e karşılık gelmektedir. Maddeye göre, gayrimenkul üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlere şekil yönünden bu malların bulundukları devletin hukuku uygulanır. Bu madde uygulanacak hukuka ilişkin bir madde olup, milletlerarası yetki ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu Yargıtay kararında gerekçe olarak bu maddeye dayanılması kanaatimizce yerinde olmamıştır. Mülga 1086 sayılı HUMK m. 13'deki (yani HMK m. 12) kesin yetki kuralının, milletlerarası alanda da Türkiye'nin münhasır yetkisini oluşturması, boşanma kararındaki gayrimenkul temlik kararının tenfiz edilmemesinin yeterli gerekçesini oluşturmaktadır. Doktrinde hakim olan görüşe göre, Türkiye'de bulunan bir gayrimenkulün temlikine ilişkin hüküm, onun aynında değişikliğe yol açmaktadır. Bu konuda Türkiye münhasır yetkili olduğu için kararın gayrimenkul temlikine ilişkin kısmı tenfiz edilmemelidir¹⁹³. Ancak bu konuda doktrinde başka bir görüşe göre, söz konusu boşanma davasında gayrimenkulün aynına ilişkin bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Eşlerin karşılıklı anlaşmaları sonucunda gayrimenkul paylaşımı gerçekleştirilmiştir. Bu durumda tenfizin reddedilmesi yerinde değildir¹⁹⁴. Kanaatimizce, boşanma davasında gayrimenkule ilişkin bir uyuşmazlık yoksa da verilen temlik kararı ile gayrimenkulün aynında değişiklik gerçekleşmiştir. Bu da Türk mahkemelerinin milletlerarası alandaki münhasır yetkisine aykırılık oluşturmaktadır.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK döneminde, sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen mülga 1086 sayılı HUMK m. 19'un (HMK m. 15), Türk mahkemelerinin milletlerarası alanda münhasır yetkisini de düzenlediği

¹⁹¹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 494-495.

¹⁹² Y. 2. HD., E.1996/44, K.1996/782, 25.1.1996, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 25.10.2013.

¹⁹³ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 500, Tekinalp, Nomer, Boztosun, **a.g.e.**, s. 690-691, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 494-495, Şanlı, "Boşanma Kararının Tenfizi", s. 44, 45.

¹⁹⁴ Aysel Çelikel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2007, s. 505.

savunulmaktaydı¹⁹⁵. Aynı şekilde, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu¹⁹⁶ m. 5 gereğince, iş davalarında işçinin işini mutaden yaptığı iş yerinin milletlerarası alanda da münhasır yetkili olduğu kabul edilmekteydi. Daha sonra 5718 sayılı MÖHUK ile Türk mahkemelerinin sigorta sözleşmesinden doğan davalarla ilgili olarak milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 46’da, iş davaları ile ilgili olarak milletlerarası yetkisi ise MÖHUK m. 44’te düzenlenmiştir. MÖHUK m. 44’e göre, “bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan ihtilaflarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir”. Ancak ikinci cümleye göre, “işçinin, işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir”. MÖHUK m. 46 ikinci cümle ise şu şekildedir: “...ancak sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir”. Madde metinlerinden açıkça görülebileceği gibi bu maddelerin getiriliş amacı, ekonomik yönden güçlü işveren ve sigorta şirketlerine karşı zayıf konumdaki işçi ve sigorta ettireni korumaktır¹⁹⁷. Aynı amaç MÖHUK m. 45’te de bulunmaktadır. MÖHUK m. 45’te, tüketiciye karşı açılacak davalarda tüketicinin Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesi yetkili kabul edilmiştir. Tüm bu maddelerde milletlerarası alanda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi olduğu doğrudur; ancak bu münhasır yetki “sınırlı” bir münhasır yetkidir¹⁹⁸. Burada münhasır yetki, zayıf konumdaki işçinin, sigorta ettirenin veya tüketicinin kendi lehine yabancı bir devletten aldığı kararı Türkiye’de tenfiz ettirmesine engel olmamaktadır.¹⁹⁹

Taraflar, Türk mahkemelerinin milletlerarası alanda münhasır yetkisinin bulunduğu hallerde yetki anlaşması ile yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmış olsalar

¹⁹⁵ Altuğ, **Usul Hukuku**, s. 123, Ertaş, **a.g.e.**, s. 394.

¹⁹⁶ Kabul Tarihi: 30.01.1950, RG. 04.02.1950/7424.

¹⁹⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 644, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 501, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 491.

¹⁹⁸ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 643, Şanlı, **a.g.e.**, s. 227, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 491, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 503.

¹⁹⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 642-645, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 503, Şanlı, **a.g.e.**, s. 226, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 491.

bile bu anlaşma geçerli olmamaktadır. Anlaşma ile de bu münhasır yetki bertaraf edilemez²⁰⁰.

MÖHUK m. 54/1(b)'de yer alan şartın ikinci kısmı, yabancı devletin taraflarla veya dava konusuyla ilişkisiyle ilgilidir. İlk olarak belirtilmelidir ki, yabancı kararı veren makamın milletlerarası alandaki ve iç hukukundaki yetkisi, kendi hukuku ile ilgili bir meseledir ve bu hukuk kurallarına göre belirlenmektedir²⁰¹. Bu husus, MÖHUK ile mülga 1086 sayılı HUMK arasındaki farklardan biridir. Mülga 1086 sayılı HUMK döneminde, tenfiz şartlarının topluca sayıldığı 540. maddede, yabancı kararın yetkili bir mahkemeden verilmiş olması şartı yer almaktaydı. Bu şart, yabancı mahkemenin hem özel (kendi iç hukuku bakımından) hem de genel (milletlerarası özel hukuk bakımından) olarak yetkili olmasını aramaktaydı²⁰². MÖHUK m. 54'e göre bakılacak olan, yabancı devletin kendisine "aşırı yetki" tanıyıp tanımadığıdır. Yabancı bir devletin kendisine aşırı yetki tanıyarak verdiği karar -davalının itiraz etmesi şartıyla- tenfiz edilmemektedir²⁰³.

Devletin dava konusu veya taraflarla hiçbir gerçek hukuki ilişkisi olmadığı halde kendisini yetkili sayması veya kabul edilmesi mümkün olmayan yetersiz ilişkilere dayanması, "aşırı yetki" (**exorbitant jurisdiction**) olarak tanımlanmaktadır²⁰⁴. Milletlerarası alanda hangi yetki kurallarının aşırı nitelikte olduğunu kesin sınırlar çizerek tespit etmek zordur. Bir yetki kuralının aşırı olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre belirlenmektedir²⁰⁵. Amerikan hukukundaki, **transient rule** veya **mere presence** şeklinde ifade edilen yetki kuralı

²⁰⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 570, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 501, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 495.

²⁰¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 640, Erdem, "Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları", s. 137.

²⁰² Berki, **a.g.e.**, s. 354, Göğer, **a.g.e.**, s. 387.

²⁰³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 640, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 504-505, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 496, Tekinalp, Nomer, Boztosun, **a.g.e.**, s. 695-696.

²⁰⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 640, 645, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 504-505, Şanlı, **a.g.e.**, s. 228, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 496, Aysel Çelikel, Ergin Nomer, Faruk Kerem Giray, Emre Esen, **Devletler Hususi Hukuku: Çözümlenmiş Örnek Olaylar-Seçilmiş Mahkeme Kararları**, 11. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013, s. 211.

²⁰⁵ Nuray Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2000, s. 50.

bu hususta örnek olarak gösterilebilir²⁰⁶. Bu yetki kuralı, davalının geçici ve kısa süreli olarak Amerika’da sırf fiziksel olarak bulunması (**physical presence**) ve kendisine Amerika’da bulunduğu sürede devlet tarafından tebligat yapılması (**personal service**) esasına dayanmaktadır²⁰⁷. Aşırı yetki kurallarının kapsamı, ayrıntıları ve ifade edilişi her devlete göre farklılık göstermektedir²⁰⁸. Ancak bu kurallara yer veren devletlerin dayandıkları ortak esas, kendi vatandaşlarını yargılamak için davalıları göz ardı etmektir²⁰⁹. Milletlerarası yetki alanında, genel olarak, davalının korunması amacıyla hareket edilmektedir. Aşırı yetki kuralları ise bu amaca ulaşmayı engellemektedir²¹⁰. Ayrıca aşırı yetki kuralları, Anayasa’nın 37. maddesinde belirtilen “kanuni hakim güvencesi” ilkesinin de ihlaline yol açmaktadır. Bu durumda, tarafların adil yargılanma haklarına aykırılık oluştuğu için kamu düzeninin müdahalesi gerekmektedir²¹¹.

Kanada Temyiz Mahkemesi, “**Beals v. Saldanha**” davasında, davalının geçici olarak devlette bulunmasına dayanan yetki kuralının makul ve adil olmadığını ve keyfi uygulamaya yol açtığını belirtmiştir²¹². Doktrinde de bu yetki kuralının sakıncalarına değinilmekte ve kaldırılması istenmektedir. Bu görüşe göre, teknolojik gelişmeler, milletlerarası ticaretin gelişmesi, insanların değişik devletler arasında hareketinin artması ve globalleşme karşısında, devletlerin yetki kurallarını yeniden gözden geçirmeleri gerekmektedir²¹³. Doktrinde, milletlerarası bir sözleşme ile uygulanan yetki kurallarının kapsamının belirlenmesi önerilmiştir²¹⁴. Bu konuda

²⁰⁶ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 503-505, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 165, Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları”, s. 137-138, Şanlı, **a.g.e.**, s. 228, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 496, Ekşi, **Tanıtma ve Tenfiz**, s. 264.

²⁰⁷ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 503-505, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 496, Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 54, Ergin Nomer, “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, C. 23, Sa. 1-2, 2003, s. 574, Kevin M. Clermont, John R. B. Palmer, “Exorbitant Jurisdiction”, **Maine Law Review**, Vol. 58, Issue 2, 2006, s. 474, 477, Richard Frimpong Oppong, “Mere Presence and International Competence in Private International Law”, **Journal of Private International Law**, Vol. 3, Issue 2, October 2007, s. 325, Ekşi, **Tanıtma ve Tenfiz**, s. 247.

²⁰⁸ Clermont, Palmer, **a.g.m.**, s. 474.

²⁰⁹ Clermont, Palmer, **a.y.**

²¹⁰ Nomer, “Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, s. 571.

²¹¹ Doğan, **a.g.e.**, s. 113.

²¹² Oppong, **a.g.m.**, s. 322.

²¹³ Oppong, **a.g.m.**, s. 325, Clermont, Palmer, **a.g.m.**, s. 478.

²¹⁴ Clermont, Palmer, **a.g.m.**, s. 505.

yapılan bir çalışma, 27.09.1968 tarihli “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Brüksel Konvansiyonu’dur”²¹⁵. Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda aşırı yetki kuralları hakkında yapılan ilk çalışma bu Konvansiyon’dur²¹⁶. Konvansiyon’a taraf devletlerin milletlerarası alanda yetkileri, iç hukuklarına göre değil, Konvansiyon kurallarına göre belirlenmektedir²¹⁷. Avrupa Konseyi, 22.12.2000 tarihinde “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Tüzük’ü”²¹⁸ çıkarmıştır. Böylece Avrupa Birliği devletlerinde bu Tüzük, 01.03.2002’de yürürlüğe girmesiyle, Brüksel Konvansiyonu yerine geçmiştir²¹⁹. 1968 Brüksel Konvansiyonu, Brüksel I. Tüzük’ün temelini oluşturduğu için Tüzük çoğu konuda benzer hükümler getirmiştir²²⁰. Tüzük’te, Konvansiyon’daki aşırı yetkiye ilişkin kurallar korunmuştur²²¹. Tüzük’ün 3. maddesinde, bu aşırı yetki kurallarının taraf devletlere uygulanmayacağı belirtilmiştir²²². Ancak Brüksel I. Tüzük’ü, 1968 Brüksel Konvansiyonu gibi, başvuruya bağlı olduğu ve sadece katılan devletler arasında geçerli olduğu için milletlerarası bir düzenleme getirememektedir. Üye devletlerin iç

²¹⁵ Konvansiyon hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz.: B. Bahadır Erdem, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerin Milletlerarası Yetki Kuralları İle Karşılaştırılması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan**, C. 17-18, Sa. 1-2, 1997-1998, s. 183-215, Öztekin Gelgel, “Brüksel Anlaşması”, s. 199-210.

²¹⁶ Nuray Ekşi, “Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan**, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1164.

²¹⁷ Ata Sakmar, Nuray Ekşi, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, C. 22, Sa. 2, 2002, s. 726, Arzu Küçükalyağın, “Brüksel I. Tüzüğü’nde Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 55, 2004, s. 335-336.

²¹⁸ Bu Tüzük’ten “Brüksel I. Tüzük’ü” olarak bahsedilmektedir.

²¹⁹ B. Bahadır Erdem, “Aile Hukukuna İlişkin Davalarda Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma ve Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Avrupa Konseyi Tüzüğündeki Milletlerarası Yetki Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 21, Sa. 1-2, 2001, s. 34, Sakmar, Ekşi, **a.g.m.**, s. 728, Küçükalyağın, **a.g.m.**, s. 337-338, Ekşi, **a.g.m.**, s. 1140.

²²⁰ B. Bahadır Erdem, “Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü”, **Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan**, 2 c., İstanbul, Beta Basımevi, 2003, C. 2, s. 1012, Ekşi, **a.g.m.**, s. 1142.

²²¹ Ekşi, **a.g.m.**, s. 1164.

²²² Sakmar, Ekşi, **a.g.m.**, s. 737, Erdem, “Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Avrupa Konseyi Tüzüğü”, s. 1012.

hukuklarındaki aşırı yetki kuralları, Tüzük’e taraf olmayan devlet vatandaşları için uygulanmaya devam etmektedir²²³.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK’ta, olumsuz bir tenfiz şartı olarak, yabancı devletin aşırı yetki kullanmasına yer verilmemişti²²⁴. Sadece kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması gerekiyordu²²⁵. Doktrinde, yabancı devletin yetkisinin tenfizi şartları kapsamında hiç yer almaması eleştirilmiştir²²⁶. Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 38/1(b) yetersiz kaldığı için, Amerikan hukukundaki gibi kendisini aşırı yetkili gören devletlerden verilen kararların tenfizinin, kamu düzeni şartı uyarınca engellenmesinin gerektiği savunulmuştur²²⁷. Kamu düzeni şartına başvurulmasının sebebi, aşırı yetki kurallarının, anayasal bir ilke olan eşit ve adil yargılanmaya aykırılık oluşturmasıdır²²⁸. Yürürlükte bulunan MÖHUK düzenlemesi ile artık kamu düzeni şartına başvurmaya gerek kalmamıştır.

Velayet kararlarının tenfizi bakımından da, yabancı devletin kendisine milletlerarası yetki kurallarına uymayacak şekilde aşırı yetki tanıyıp tanımadığına bakılmaktadır. Burada özellik gösteren bir durum yoktur.

Velayete ilişkin kararlarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunmamaktadır²²⁹. Dolayısıyla bu şart bakımından da özellik gösteren bir durum yoktur²³⁰. Ancak mülga 1086 sayılı HUMK döneminde durum farklıydı. Mülga 1086 sayılı HUMK m. 540 gereği, yabancı bir kararın tenfizi için kişi hallerine ve aile hukukuna ilişkin olmaması gerekmektedir. Mülga 1086 sayılı HUMK m. 540’ta bu şart, “ilamın ahkâmı şahsiyeye ve aile hukukuna ait bir davaya mütedair” bulunmaması şeklinde ifade edilmişti. Bu hükmün yabancılara uygulanıp

²²³ Sakmar, Ekşi, **a.g.m.**, s. 726, Küçükyalçın, **a.g.m.**, s. 336.

²²⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 645-646.

²²⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 645, Altuğ, **Usul Hukuku**, s. 122, Altuğ, **Devletler Özel Hukuku**, s. 219, Şanlı, **a.g.e.**, s. 228, Kuru, **a.g.e.**, C. 6, s. 5779.

²²⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 645-646, Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 96 vd., Nomer, “Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, s. 568.

²²⁷ Nomer, “Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, s. 577.

²²⁸ Nomer, **a.y.**

²²⁹ Şanlı, “Velayet”, s. 75, Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararları**, s. 78, Giray, **a.g.e.**, s. 288.

²³⁰ Huysal, **a.g.e.**, s. 179, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 159.

uygulanmaması konusunda doktrinde tartışma vardı²³¹. Ancak bu hükmün Türklere uygulanması konusunda görüş birliği mevcuttu²³². Dolayısıyla Türklerin kişi hallerine ve aile hukukuna ilişkin davalarında, Türk mahkemeleri münhasır yetkiye sahipti ve bu konuda alınan bir yabancı kararın Türkiye’de tenfizi mümkün değildi²³³. O dönemde bu şart doktrinde eleştirilmiştir²³⁴. Mülga 1086 sayılı HUMK’taki bu düzenleme, mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 28 ile düzeltilmiştir²³⁵.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 28, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarını ikamet ettikleri devlette açmadıkları veya açamadıkları takdirde, Türkiye’de hangi mahkemelerde açabileceklerini gösteriyordu. Aynı şekilde, mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 38/1(e) ile bu konuda alınan kararların Türk mahkemelerinde tenfizi mümkün hale gelmiştir²³⁶. Maddeye göre, yabancı devletlerden alınan Türklerin kişi hallerine ilişkin kararları Türkiye’de tenfiz edilebiliyordu. Ancak kişi hallerine ilişkin davalarda, Türk kanunlar ihtilafının gösterdiği hukuk uygulanmamış ve Türk vatandaşı kişi buna itiraz etmişse, yabancı kararın tenfizi mümkün olmazdı. Şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin meseleler kişi halleri kapsamındadır²³⁷. Velayet de aile hukukuna, yani kişi hallerine ilişkin bir kavramdır²³⁸. Bu sebeple, 2675 sayılı MÖHUK döneminde, yabancı velayet kararları verilirken Türk kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuk uygulanmadıysa karar Türkiye’de tenfiz edilmezdi²³⁹. Ancak bu belirttiğimiz gibi sadece Türk vatandaşı kişinin itirazı ile uygulama alanı bulmaktaydı. Bu şart, Türk vatandaşlarını korumak için getirilmiş olmasına rağmen,

²³¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 658 (183. dn.), Berki, **a.g.e.**, s. 355, Sakmar, **Boşanma**, s. 202-203, Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 82-83, Özbakan, **a.g.e.**, s. 186; yazarlar bu maddenin hem Türklere hem de yabancılara uygulanması gerektiğini savunmuştur. Doktrinde başka bir görüşe göre ise, bu maddenin yabancılara uygulanmaması gerekmektedir, Aysel Çelikel, **Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, (Doktora Tezi)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1963, s. 73-74.

²³² Berki, **a.g.e.**, s. 355, Sakmar, **Boşanma**, s. 202-203, Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 82-83, Özbakan, **a.g.e.**, s. 186, Çelikel, **Ahkâmı Şahsiye**, s. 73-74.

²³³ Erdem, “38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi”, s.110, Özbakan, **a.g.e.**, s. 117, 118.

²³⁴ Göğer, **a.g.e.**, s. 385.

²³⁵ Erdem, “38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi”, s. 112, 113.

²³⁶ Bahadır Erdem, “2675 Sayılı MÖHUK 38/e Bendinin Amacı ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Bu Konuda Müstakar Hale Gelen Kararlarının Eleştirisi”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İstanbul, 2000, s. 332.

²³⁷ Erdem, “2675 sayılı MÖHUK 38/e bendi”, s. 331, Erdem, “38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi”, s. 109.

²³⁸ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 160, 161.

²³⁹ Y. 2. HD., E. 2004/3276, K. 2004/4252, 05.04.2004, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 16.12.2013.

somut olayda bazı durumlarda Türk vatandaşları aleyhine sonuçlar doğurması²⁴⁰, MÖHUK’a göre yetkili olan hukukun uygulanmış olup olmadığının tespitinin güç olması ve bunlara karşılık çağdaş milletlerarası özel hukuk anlayışına uygun olmaması sebebiyle doktrinde eleştirilmiştir²⁴¹.

c. Savunma Hakları

MÖHUK m. 54 kapsamındaki üçüncü şart, yabancı kararın kamu düzenine açıkça aykırı bulunmamasıdır. Ancak bu şarta -incelenen konu açısından önemi sebebiyle- aşağıdaki bölümde ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir.

MÖHUK m. 54/1(ç)’ye göre; “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” yabancı bir kararın tenfizinin şartlarından biridir.

Bu şartın, yabancı devlet kararının Türkiye’de tenfizini engellemesi için davalının itiraz etmesi gerekmektedir²⁴². Dolayısıyla MÖHUK m. 54/1(ç) -kararın aşırı yetkili bir devletten verilmiş olması durumunda olduğu gibi- hakimın re’sen karar verebileceği bir şart değildir²⁴³. Ancak doktrinde, hakimın bu şartı re’sen incelemesi gerektiği savunulmaktadır²⁴⁴. Kanaatimizce de, yazarların görüşüne katılmak gerekmektedir. Davalının savunma hakkı, usul hukukunun temellerinden birini oluşturmaktadır²⁴⁵. Hakimın böyle önemli bir hususu re’sen incelemesi gerekmektedir.

²⁴⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 661 (183. dn. devamı), Erdem, “38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi”, s. 119.

²⁴¹ Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 92, Altuğ, **Usul Hukuku**, s. 125.

²⁴² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 647, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 507, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 513.

²⁴³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 657, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 514-515.

²⁴⁴ Şanlı, **a.g.e.**, s. 235-236, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 507, Ertaş, **a.g.e.**, s. 397, Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 749.

²⁴⁵ Şanlı, **a.g.e.**, s. 235, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 507.

Davalının savunma haklarına tüm aykırılık halleri, madde kapsamında yer almamaktadır²⁴⁶. Sadece, davalının yabancı devlet kanunları uyarınca davaya usulüne uygun davet edilmemesi²⁴⁷, davada temsilinin gerçekleşmemesi ve bu kanun hükümlerine aykırı şekilde yokluğunda veya gıyabında karar verilmesi durumlarında, itirazı üzerine yabancı kararın tenfizi engellenmektedir. Dolayısıyla madde kapsamında yer almayan başka bir savunma hakkına aykırılık durumunda (örneğin, davada belli işlemlerin yapılması için gereken sürelerle uyulmaması) MÖHUK m. 54/1(c)'de yer alan kamu düzeni şartına başvurulması gerekmektedir²⁴⁸.

Davalının savunma hakları ile ilgili bu açıklamalardan sonra, yabancı bir kararın tenfizi için gereken şartların –kamu düzeni hariç- hepsi incelenmiş bulunmaktadır. Hakim, önüne gelen somut olayda yabancı kararın tüm bu şartları taşıyıp taşımadığına bakmakta ve sonra kararını vermektedir. Hakimin bu noktada takdir hakkı yoktur²⁴⁹. Şartlar varsa yabancı kararın tenfizini kabul etmek durumundadır²⁵⁰. Bu husus, MÖHUK ile mülga 1086 sayılı HUMK dönemindeki farklardan birini oluşturmaktadır. Mülga 1086 sayılı HUMK döneminde, tüm şartlar olsa bile hakimin takdir hakkı bulunmaktaydı. Tüm şartların bulunması hakimi bağlamamaktaydı²⁵¹. Doktrinde, eski sistemdeki bu takdir hakkının MÖHUK'ta yer almaması, “hakkın elde edilmesindeki güvence bakımından” yerinde görülmektedir²⁵². Kanaatimizce de, bu durumun değişmesi yerinde olmuştur. Hakimin sahip olduğu takdir hakkını neye göre kullanacağını belirsiz olması, aynı

²⁴⁶ Mülga 2675 sayılı MÖHUK tasarısında ilk olarak genel bir ifade ile savunma haklarına uyma şeklinde bir düzenleme varken, sonradan mülga HUMK 540. maddesi ve şimdiki MÖHUK m. 54/1(ç) ile aynı doğrultuda bir düzenleme tercih edilmiştir, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 656.

²⁴⁷ Tuğrul Ansay, “Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Karşılıklı Muamele Şartı”, **Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 194, Ajans-Türk Matbaası, 1964, s. 256, Altuğ, **Usul Hukuku**, s. 124; yazarlara göre, ilan yolu ile yapılan çağrılar, kasten davalının bu çağrıdan haberinin olamayacağı şekilde yapılmışsa yine savunma hakkının ihlali söz konusudur.

²⁴⁸ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 656, 658, Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları”, s. 140, Şanlı, **a.g.e.**, s. 237, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 506-507, Doğan, **a.g.e.**, s. 119.

²⁴⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 624, Şanlı, **a.g.e.**, s. 215, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 467, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 516.

²⁵⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 624, Şanlı, **a.g.e.**, s. 213, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 467, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 516.

²⁵¹ Göğer, **a.g.e.**, s. 384, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 624.

²⁵² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 624.

nitelikte olaylarda farklı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olabilir ve bu durum da adaletsiz sonuçlar doğurabilir.

Velayet kararlarının tenfizinde MÖHUK'taki bu son şart bakımından özellik gösteren bir durum yoktur²⁵³. Kendisine karşı tenfiz istenen kişi, madde kapsamındaki savunma haklarının ihlali iddiasında ise, tenfiz davası sırasında itiraz etmelidir. Bu iddianın doğruluğu kanıtlanırsa, Türkiye'de bu yabancı velayet kararının tenfizi reddedilmelidir. Maddede, davalı taraf esas alınarak bir düzenlemeye gidilmiştir. Dolayısıyla velayete ilişkin bir davada çocuğun dinlenmemiş olması, bu madde kapsamında değil, kamu düzenine açıkça aykırılık kapsamında incelenmelidir²⁵⁴.

²⁵³ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 161.

²⁵⁴ Giray, **a.g.e.**, s. 295.

II. VELAYET KARARLARININ TENFİZİNDE KAMU DÜZENİ VE YARGITAY’IN YAKLAŞIMI

A. GENEL OLARAK

MÖHUK m. 54/1(c)’ye göre (mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 38/1(c), mülga 1086 sayılı HUMK m. 540), yabancı bir kararın tenfizine karar verilebilmesi için kamu düzenine “açıkça” aykırı olmaması gerekmektedir. Velayet kararlarının tenfizinde ön plana çıkan¹, en çok başvurulana² ve dikkat edilmesi gereken şart da budur. Velayet kararlarında kamu düzeninin müdahalesi, çocuğun korunması amacından dolayı sıklıkla etkili olmaktadır³. Yargıtay, birçok yabancı velayet kararının tenfizini Türk kamu düzenine aykırı olduğu için reddetmiştir⁴. Bu sebeple, velayet kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılığın doğru bir şekilde tespiti büyük önem taşımaktadır⁵.

Tüm kamu düzenine aykırılık hallerini önceden sınırlı sayıda tespit etmek mümkün değildir⁶. Kamu düzeni, zamana, yere ve somut olayın özelliklerine göre değişen bir kavramdır⁷. Kamu düzeninin bu değişken özelliği sebebiyle sınırlarının

¹ Huysal, **a.g.e.**, s. 187, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 164.

² Gelgel, **a.g.e.**, s. 60, 63.

³ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 164, Esra Dardağan Kibar, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, İstanbul, Beta Basımevi, 2011/1, s. 559, 560.

⁴ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 159.

⁵ Gelgel, **a.g.e.**, s. 66, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 546.

⁶ Ahmet Gündüz Ökçün, **Devletler Hususî Hukuku’nun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, 2. bs., Bütün Eserleri: 8, Yayın No: 108, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu, 1997, s. 91, Yılmaz Altuğ, **Âmme İntizamı ve Tesirleri: Bir Özet**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s. 376, 380, Aydanur Gürzumar, “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğ’e Armağan, C. 14, Sa. 1-2, 1994, s. 22, YİBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 26, 125-126, 134, Nedim Turhan, “Devletler Özel Hukukunda Kamu Düzeni”, **Yargıtay Dergisi**, C. 27, Sa. 1-2, Ocak-Nisan, 2001, s. 230, 231.

⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 646, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 501, Sakmar, **Yabancı İhlâmlar**, s. 77, Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları”, s. 144, Ökçün, **a.g.e.**, s. 108, 110, Kemal Dayınlarlı, **Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları**, 2. bs., Ankara, Sözkese Matbaası, 2011, s. 7, 32, Ruhi, **Boşanma İhlâmları**, 80.

kesin olarak çizilememesi, meseleyi büyük ölçüde hakimın takdirine bırakmaktadır⁸. Hakim somut olayda kamu düzeni müdahalesine gerek olup olmadığına re'sen karar vermektedir⁹. Ancak maddede yer alan “açıkça” kelimesi, kamu düzenine gereksiz yere başvurulmasını engellemektedir¹⁰. Yabancı kararın tenfizi, “açıkça” kamu düzeni müdahalesine gerek olmayan durumlarda bu şart bakımından reddedilememektedir. Çünkü kamu düzeni Türk hukukunda “istisnai” özelliğe sahiptir¹¹. Önceden kamu düzeninin istisna değil kural olduğu savunulmaktaydı¹². Artık milletlerarası özel hukukun temel ilkelerine de uygun olarak, kamu düzeni şartının bir kural değil istisna olduğunu her zaman göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

Kamu düzeni şartı -sınırları çizilerek tam bir tanımı yapılamasa da- çoğunlukla devletin kendisinden vazgeçilemeyecek temel ilkelerine uyulması ve bunların korunması esasında toplanmaktadır¹³. Anayasadaki temel hak ve hürriyetler, özellikle adil yargılanma ve savunma hakkı, devletin sosyal, siyasal ve iktisadi düzeni ve “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi”¹⁴ ile güvence altına alınmış insan hakları bu esas kapsamında sayılabilir¹⁵. Ayrıca,

⁸ Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 81, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 512, Şanlı, **a.g.e.**, s. 229, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 497, Günseli Öztekin, “Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgments Within the Framework of the Application of the Supreme Court of Appeals”, **Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Basımevi, 2000, s. 394.

⁹ Altuğ, **Usul Hukuku**, s. 123, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 657.

¹⁰ Kuru, **a.g.e.**, C. 6, s. 5780, Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 34.

¹¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 153, Gelgel, **a.g.e.**, s. 35-36, Günseli Öztekin Gelgel, “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 4, Sa. 8, 2005/2, s. 128, Altuğ, **Âmme İntizamı**, s. 385, Turhan, **a.g.m.**, s. 235, Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 33, Ahmet Cemal Ruhi, Yavuz Kaplan, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, Sa. 2, 2002, s. 645.

¹² Hıfzı Timur, **Devletler Hususi Hukukunda Âmme İntizamı**, İstanbul, Kenan Basımevi, 1942, s. 37.

¹³ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 507, 508, Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 118, Ertaş, **a.g.e.**, s. 395, Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 12, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 497.

¹⁴ Bundan sonra bu Sözleşme'den “İHAS” olarak bahsedilecektir. Sözleşme 04.11.1950 tarihinde Roma'da kabul edilmiş ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi, 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır, RG: 19.03.1954/8662.

¹⁵ Nomer, **Usul Hukuku**, s. 167, Şanlı, **a.g.e.**, s. 229, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 497-498, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 80.

Yargıtay'ın 2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da¹⁶ bazı kamu düzenine aykırılık kıstasları sayılmıştır:

“Esasa uygulanan hukukun Türk hukukunda farklı olması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır.”

Yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, 30.04.2008 tarihli kararında da¹⁷ kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturacak durumlardan bazıları sayılmıştır:

“Anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel ilkelere, adil yargılanma ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk Hukuk düzeninin temelini oluşturan ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelere aykırılık oluşturması halinde kamu düzenine açıkça aykırılıktan söz edilir.”

Doktrinde de, yazarlar tarafından bazı kamu düzeni kıstasları belirtilmiştir. Bu kıstaslar, hakimlerin mutlak bağımsızlığı¹⁸, tarafların savunma haklarına uyulması¹⁹, temel ahlak kuralları²⁰, hukukun temel ilkeleri ve temel hak ve özgürlükler²¹, tenfizin Türk ekonomisine tahammülü güç mali yük getirmemesi²² ve Türk ekonomik hayatına veya bir kamu kuruluşunun varlığına ağır tehlike teşkil etmemesi²³, hakimın davaya bakmaktan yasaklı olmaması²⁴ ve yargılamanın

¹⁶ YİBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 25.11.2013.

¹⁷ Y. 2. HD., E. 2007/21645, K. 2008/6081, 30.04.2008, Ruhi, **Kanun**, 3. bs., s. 486-487.

¹⁸ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 649, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 508, Nomer, “Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, s. 569.

¹⁹ Çelikel, “Tenfiz Şartları”, s. 11, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 508, Nomer, “Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, s. 569, Şanlı, **a.g.e.**, s. 229, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 498.

²⁰ Gürzumar, **a.g.m.**, s. 22, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 27, Şanlı, **a.g.e.**, s. 229-230, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 499-500.

²¹ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 507, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 497, Gürzumar, **a.g.m.**, s. 22.

²² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 649, Çelikel, “Tenfiz Şartları”, s. 11.

²³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 649.

²⁴ **A.e.**, s. 649.

yenilenmesi sebeplerinin olmaması²⁵, kararın hile ile elde edilmiş olmaması²⁶, adil yargılanma hakkının ihlal edilmemiş olması, ifade özgürlüğüne uyulmuş olması, eşitlik, iyi niyet hakkaniyet ilkelerine uyulmuş olması²⁷, kararın ırk ya da cinsiyet ayırımına dayanılarak verilmiş olmaması²⁸ ve Türk kanunlarının dayandığı vazgeçilmez siyasi düşüncelere aykırı olmaması²⁹ şeklinde sayılabilir.

Kamu düzeni kavramı, yabancı kararların tenfizinden başka, kanunlar ihtilafı ve iç hukukta da karşımıza çıkmaktadır. Üçünde de yer alan bu kavram aynıdır³⁰; ancak kavramın gösterdiği özellik ve sonuçlar farklıdır³¹.

İç hukuktaki emredici hükümlere aykırılık, kamu düzeni müdahalesini gerektirmektedir³². Örneğin, kişi ehliyeti, rüşet yaşı, evlilik ile ilgili bazı hükümler iç hukukta emredici hükümlerdendir. Bu hükümlere uyulmaması, kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır³³. Emredici kurallar, toplumun menfaati için konulmuştur ve taraflar bu kuralların aksini hiçbir şekilde kararlaştıramazlar³⁴. Bir yabancı kararın tenfizindeki kamu düzeni kavramı, bu iç hukuktaki kamu düzeni kavramından farklı özelliktedir³⁵. İç hukukta emredici kurallarla düzenlenen bir durum, milletlerarası özel hukukta her zaman kamu düzeninden sayılamaz³⁶.

Kanunlar ihtilafı alanındaki kamu düzeni -aynı iç hukukta olduğu gibi- bir yabancı kararın tenfizindeki kamu düzeninden farklı özelliklere sahiptir³⁷. Kanunlar

²⁵ Çelikel, “Tenfiz Şartları”, s. 11, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 649-650.

²⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 650, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 500.

²⁷ Turhan, **a.g.m.**, s. 238.

²⁸ Musa Aygöl, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri (Harç, İspat Yükü ve Deliller-Vasıflandırma)”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, Sa. 2, 2011, s. 106-108.

²⁹ Ökçün, **a.g.e.**, s. 91, 92.

³⁰ Altuğ, **Âmme İntizamı**, s. 379, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 505, Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 19.

³¹ Gürzumar, **a.g.m.**, s. 24.

³² Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 91.

³³ Ertaş, **a.g.e.**, s. 395.

³⁴ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 36.

³⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 653, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 507.

³⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 653, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 496, Şanlı, **a.g.e.**, s. 235, Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 52, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 37, Y. 2. HD., E. 2004/10683, K. 2004/13120, 04.11.2004; “Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması tek başına mahkeme kararının tanınması veya tenfizini engelleyici bir sebep olarak görülmez.”, Ruhi, **Kanun**, 3. bs., s. 474.

³⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 646, Erdem, “2675 sayılı MÖHUK 38/e bendi”, s. 340-341.

ihtilafı alanında kamu düzeni, yabancı bir devletin kanununun uygulanmasını engellerken³⁸; yabancı bir kararın tenfizinde kamu düzeni, bu kararın Türk hukukuna göre icra edilmesini engellemektedir³⁹.

Yabancı bir kararın tenfizinde kamu düzeni, kanunlar ihtilafı ve iç hukuka göre daha sınırlı ve zayıf bir müdahale gücüne sahiptir⁴⁰. Burada kamu düzeninin “yumuşatılmış etkisi”nden bahsedilmektedir⁴¹.

Bir yabancı kararın tenfizi sırasında kamu düzeni müdahalesine gerek olup olmadığını anlamak için soyut olarak yabancı devletin hukuk kuralları değil, yargılama sonucunda ulaşılan somut hukuki sonuç veya sonuçlar incelenmektedir⁴². Dolayısıyla yabancı devletin kanununun Türk hukukundan farklı düzenlemeler içermesi⁴³, yorumunda hata yapılması, yanlış uygulanması veya yabancı kararın verildiği davada delillerin Türk hukukundan farklı değerlendirilmesi kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmemektedir⁴⁴. Yabancı kararın esası hakkında bir inceleme yapılmamakta, hüküm fıkrasının somut olayda ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar incelenmektedir⁴⁵. Doktrinde çoğunlukla bu doğrultuda görüş beyan edilmiştir. Kanaatimizce de bu görüşe katılmak gerekmektedir. Ancak başka bir görüşe göre, MÖHUK 54. maddedeki “hüküm” kavramından, yabancı kararın hüküm

³⁸ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 646, Ziya Akıncı, “The Public Policy Concept in Conflict of Laws”, **Argumentum**, Yıl: 3, Sa. 27, Ekim 1992, s. 432.

³⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 646, Erdem, “2675 sayılı MÖHUK 38/e bendi”, s. 341.

⁴⁰ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 508, Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, 09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, C. 19-20, Sa. 1-2, 1999-2000, s. 564, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 82, Dayınlı, **a.g.e.**, s. 23.

⁴¹ Sakmar, **Yabancı İlamlar**, s. 118.

⁴² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 646, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 506, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 502-503, Ergin Nomer, “Suudî Arabistan Hukukuna Göre ‘Talak’ ve Türkiye’de Tanınması [‘Talak’ ve Türk Kamu Düzeni]”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 65, Sa. 7-8-9, 1991, s. 502-503, Çelikel, Nomer, Giray, Esen, **a.g.e.**, s. 199, 214, 228, Aybay, Dardağan, **a.g.e.**, s. 306, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 81, Doğan, **a.g.e.**, s. 113.

⁴³ Şanlı, **a.g.e.**, s. 229, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 497.

⁴⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 647, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 508, Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme”, s. 128, Şanlı, **a.g.e.**, s. 234, Çelikel, Nomer, Giray, Esen, **a.g.e.**, s. 215, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 83-86, Zeynep Derya Tarman, Işık Önay, “Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 60, Sa. 2, 2011, s. 332.

⁴⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 646, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 506, Şanlı, **a.g.e.**, s. 234, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 502-503.

fıkrası ve dolayısıyla ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlar anlaşılmamaktadır⁴⁶. Gerekçe olarak, bazı hususlarda kamu düzeni şartına aykırılığın bulunup bulunmadığının sadece yabancı kararın esasına girilerek anlaşılabileceği gösterilmiştir⁴⁷. Ancak -daha sonra da belirtileceği gibi- kanaatimizce, bazı hususlarda yabancı kararın esasına girilebilmesi, temel kuralı bertaraf etmemektedir.

Doktrinde, yabancı kararın gerekçesiz olmasının kamu düzenine aykırılık oluşturduğu savunulmuştur⁴⁸. Ancak Yargıtay'ın 2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile kararın sadece gerekçesiz olmasının kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı belirtilmiştir⁴⁹. Kararda, tenfiz hakiminin yabancı kararın maddi hukuk bakımından doğruluğunu inceleme ve değerlendirme yetkisinin olmadığına dayanılmıştır. Hakimin, kararda mevcut olan bir gerekçeyi inceleyip değerlendirmesinin yetkisi bulunmadığı için mümkün olmadığı belirtilmiştir. Yabancı bir kararda gerekçenin bulunması veya bulunmamasının, kararın kamu düzenine aykırılığını belirlemede önem taşımadığı savunulmuştur. Anayasa m. 141'deki "bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" kuralının, münhasıran Türk mahkemeleri için geçerli olduğuna değinilmiştir. Doktrinde bazı yazarlar bu karara katılmaktadır⁵⁰. Ancak bu karar, bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir⁵¹. Kanaatimizce gerekçenin, Anayasa'da da koruma altına alınan, savunma haklarını ilgilendirdiği için aranması gerekmektedir. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında yer alan karşı oy yazısında belirtildiği gibi, gerekçe hükmün dayandığı hukuki esasları açıklamaktadır. Böylece, yabancı kararı daha anlaşılır hale getirmektedir⁵². Tenfizi

⁴⁶ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 129-131, 143, 287.

⁴⁷ **A.e.**, s. 288.

⁴⁸ Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 79, Şanlı, "Velayet", s. 76. Aynı doğrultuda, Y. 2. HD., 30.06.1999, E. 1999/5858, K. 1999/7609 ve Y. 13. HD., 05.12.2001, E. 2001/9007, K. 2001/11406 sayılı kararları, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 30.12.2013.

⁴⁹ YİBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 25.11.2013.

⁵⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 655, Ruhi, **Boşanma İlâmları**, s. 85.

⁵¹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 498-500, Şanlı, **a.g.e.**, s. 229-231; "...Kanaatimizce, mahkeme kararlarında gerekçe, demokratik hukuk devletinin bir gereğidir. Keyfiliği önleyecek yegâne ilke, kararların gerekçeli olmasıdır. Gerekçe ile kararın dayandığı maddi ve hukuki dayanaklar anlaşılır hale gelir. Ve, bir kararın adalete muvafık olup olmadığı da gerekçeye bakılarak söylenebilir. Bu sebeple, Anayasanın 141. Maddesindeki ilke, anayasada yer alan temel bir yargılama ilkesidir ve Türkiye'de etki tanınacak yabancı mahkeme kararları bakımından da geçerli ve bağlayıcıdır.", Doğan, **a.g.e.**, s. 116; Doğan, hakimin, somut olayın özelliklerine göre, gerekçesiz kararın tenfizini kabul edip etmeme yetkisinin olması gerektiğinden söz etmiştir, "...Dolayısıyla, tarafların hukuki dinlenilme hakkını kullanıp kullanmadıkları da gerekçeden anlaşılacaktır."

⁵² Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 498, 327. dn.

istenen kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı gerekçe ile saptanabilir. Dolayısıyla kararın tenfiz şartlarına uygun olup olmadığı, gerekçeye bakılarak daha rahat anlaşılmaktadır⁵³. Yine karşı oy yazısında, İHAS m. 45 ve m. 6'ya dayanılmıştır. İHAS m. 45 gereği, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi"⁵⁴ kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Türk mahkemeleri, önlerine gelen davalarda İHAS'ı -İHAM uygulaması ile birlikte- dikkate almak zorundadır⁵⁵. İHAS m. 6 da adil yargılanma hakkını güvence altına almaktadır. Bu madde uyarınca kararların gerekçeli olması gerekmektedir⁵⁶. Ayrıca doktrinde, yabancı kararda velayete dayanak oluşturan gerekçelerin belli olmamasının çocuğun menfaatlerine aykırılık oluşturabileceği belirtilmektedir⁵⁷.

Yabancı velayet kararının kesinleşme tarihiyle Türkiye'de tenfizinin talep edildiği tarih arasında çok uzun bir sürenin geçmesi, velayete dayanak oluşturan gerekçelerin değişmesine sebep olabilmektedir. Örneğin, eşler çocukları daha bir yaşındayken yabancı bir devlette boşanmış ve velayet hakkı boşanma sonucunda anneye verilmiş olabilir. Aradan on yıl geçtikten sonra annenin velayetine ilişkin kararın Türkiye'de tenfizinin istenmesi durumunda hakimin ne karar vereceği önemlidir⁵⁸. Doktrinde, bu durumda da çocuğun menfaatlerine aykırılık oluşabileceğine değinilmiştir⁵⁹. Bu görüşe göre, çocuğun menfaatlerine uymayan bir durum varsa, yabancı velayet kararının tenfizinin kamu düzenine aykırılık sebebiyle

⁵³ A.e., s. 498.

⁵⁴ Bundan sonra bu mahkemeden "İHAM" olarak bahsedilecektir.

⁵⁵ Bkz.: s. 108.

⁵⁶ Nuala Mole, Catharina Harby, **The Right to a Fair Trial: A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights**, 2. bs., Directorate General of Human Rights Council of Europe, Human Rights Handbooks Series No: 3, 2006, s. 49 (Bu eser, Avrupa Konseyi'nin Türkiye ile ortak girişimi çerçevesinde hazırlanmıştır. İlgilenen herkes tarafından kullanılması amacıyla, Türkiye Barolar Birliği tarafından çoğaltılmıştır; Nuala Mole, Catharina Harby, **Adil Yargılanma Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No: 3, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 89, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları:7, Şen Matbaa, 2005, s. 43).

⁵⁷ Şanlı, "Velayet", s. 76, Huysal, a.g.e. s. 185, Akıncı, Demir Gökyayla, a.g.e., s. 166-167, Güven, a.g.e., s. 150.

⁵⁸ Huysal, a.g.e. s. 184, Akıncı, Demir Gökyayla, a.g.e., s. 167, Güven, a.g.e., s. 150.

⁵⁹ Gelgel, a.g.e., s. 76, Huysal, a.g.e., s. 184-185, Akıncı, Demir Gökyayla, a.g.e., s. 167, Güven, a.g.e., s. 150-151.

reddedilmesi gerekmektedir⁶⁰. Hakimin, velayetin tenfizinin reddinden doğan boşluğu da, velayeti yeniden düzenleyerek doldurması gerekmektedir⁶¹.

MÖHUK'ta yabancı bir kararın alınmasından sonra ne kadar süre içerisinde tenfizinin istenebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır⁶². Ancak örneğin İngiliz hukukunda, velayete ilişkin yabancı kararın verilmesinin üzerinden uzun bir sürenin geçmiş olması, yeniden inceleme sebebi olarak kabul edilmektedir⁶³. Lüksemburg Sözleşmesi m. 10 gereğince de, verilmesinden uzun bir süre sonra tenfizi istenen kararın, meydana gelen değişiklikler sebebiyle çocuğun menfaatleri ile bağdaşmaması durumunda reddi gerekmektedir. Kanaatimizce de, çocuğun velayetine dayanak oluşturan gerekçelerin olmaması veya değişmesi onun menfaatlerine aykırılık oluşturmaktaysa; kararın tenfizinin kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddi gerekmektedir. Yukarıda ele alınan örnek olayda, on yıllık süre içerisinde anne çocukla ilgilenmemiş⁶⁴, onun ihtiyaçlarını karşılamamış⁶⁵ veya çocuğun babasıyla kişisel ilişkisini engellemiş olabilir⁶⁶. Böyle bir durumda yabancı hükmün sonuçları, kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır. Dolayısıyla kararın tenfizi reddedilmelidir. Hakim velayeti reddettikten sonra yeniden düzenlemelidir.

Yabancı bir kararın, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan Türk mahkemelerinden verilen kesinleşmiş bir kararla çelişmesi halinde de kamu düzenine

⁶⁰ Gelgel, **a.g.e.**, s. 76, Şanlı, “Velayet”, s. 76, Huysal, **a.g.e.**, s. 185, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 167, Güven, **a.g.e.**, s. 150.

⁶¹ Bkz.: s. 15-16, Gelgel, **a.g.e.**, s. 76, Şanlı, “Velayet”, s. 79-80, Huysal, **a.g.e.**, s. 184-185, Güven, **a.g.e.**, s. 150-151.

⁶² Güven, **a.g.e.**, s. 150.

⁶³ Albert Venn Dicey, John Humphrey Carlile Morris, Lawrence Antony Collins, **Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws**, Ed., Adrian Briggs, Andrew Dickinson, Jonathan Harris, J. D. McClean, Peter McEleavy, Campbell McLachlan, C.G.J. Morse, Fifteenth Edition, Vol. 2, Sweet & Maxwell, London, 2012, s. 1153-1154.

⁶⁴ Y. 2. HD., E. 2001/5770, K. 2001/7431, 11.05.2001; “Anne iki buçuk yıl küçüğü terketmiş velayet görevini ihmal etmiştir. Velayet hakkının değiştirilmesi gerekir.”, Y. 2. HD., E. 2001/14471, K. 2001/1465, 30.01.2001; “Annenin velayet görevini yerine getirmekte ihmali olduğu kanıtlanmamıştır. Bu nedenle velayet hakkının değiştirilmesi davasının reddi gerekir.”, Y. 2. HD., E. 2000/13018, K. 2000/13645, 06.11.2000; “Velayet hakkı kendisine verilen baba evlenmiş çocuklar uzun süre anne yanında kalmış baba ilgilenmemiştir. Velayet hakkının değiştirilmesi gerekir.”, İsmail Özmen, **Açıklamalı-İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 420-421.

⁶⁵ Y. 2. HD., E. 1994/2167, K. 1994/2768, 21.03.1994; “Velayet hakları babaya tevdi edilen çocukların babaanneye bırakıldığı okula gönderilmedikleri belirlenmiştir. Velayetin değiştirilmesine karar verilmesi gerekir.”, **A.e.**, s. 420.

⁶⁶ Y. 2. HD., E. 2000/12847, K. 2000/13179, 30.10.2000; “Çocuğun anne ile görüştürülmesine engel olmak velayet hakkının değiştirilmesi nedenidir.”, **A.e.**, s. 421.

aykırılıktan dolayı tenfizinin reddi gerekmektedir. Bu durumda açık bir şekilde kamu düzenine aykırılık bulunmaktadır⁶⁷. Ancak yabancı kararın Türk mahkemesi kararından önce verilmesi durumunda dikkatli bir inceleme yapılmalıdır⁶⁸. Çünkü bu durum, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurabilir⁶⁹. Ayrıca çalışma konumuz olan velayet kararlarının tenfizi söz konusu olunca, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, yabancı bir velayet kararının, Türk mahkemelerinden verilen tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir kararla çelişmesi halinde reddedilmemesi gerekmektedir⁷⁰. Bu durum, velayete ilişkin kararların maddi kesin hükmün bir istisnasını oluşturmasından ve şartlara bağlı olarak değiştirilebilmesinden (TMK m. 351) kaynaklanmaktadır⁷¹. Eğer şartların değişmesi için yeterli zaman geçmişse, yabancı velayet kararı tenfiz edilmelidir. Böylece Türk mahkemesinden verilen velayet kararı, TMK'nın açık hükmü gereğince değişen şartlara bağlı olarak yeniden düzenlenmiş olmaktadır. Ancak Türk mahkemesinden verilen velayet kararı ile yabancı devletten alınan velayet kararı arasında, kararın değiştirilmesine olanak sağlayacak kadar bir sürenin geçmemiş olması, yabancı kararın tenfizinin reddine yol açabilmektedir⁷².

Başka bir görüşe göre ise, yabancı velayet kararının, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan Türk mahkemelerinden verilen kesinleşmiş bir kararla çelişmesi halinde -diğer yabancı kararların tenfizinde olduğu gibi- kamu düzeninin müdahalesi gerçekleşmeli ve kararın tenfizi reddedilmelidir⁷³.

Kanaatimizce, burada da olaya -çocukla ilgili tüm meselelerde olduğu gibi- çocuğun menfaatleri bakımından yaklaşmak gerekmektedir. Yabancı velayet kararı,

⁶⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 650, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 512, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 500, Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 80, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 291, Erdem, "Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları", s. 139, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 318, Güven, **a.g.e.**, s. 147.

⁶⁸ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 650-651. Farklı görüş, Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 80; Sakmar, yabancı mahkeme kararının Türk mahkeme kararından önce veya sonra verilmiş olmasının bir önem arz etmediğini belirtmiştir. Sakmar ile aynı doğrultuda; Ruhi, **Boşanma İlâmları**, s. 88.

⁶⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 650-651.

⁷⁰ Huysal, **a.g.e.**, s. 178, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163.

⁷¹ Huysal, **a.g.e.**, s. 178, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163.

⁷² Huysal, **a.g.e.**, s. 178.

⁷³ Gelgel, **a.g.e.**, s. 65, Ruhi, "Velâyet Konusundaki İlâmlar", s. 745.

tarafları, konusu ve sebebi aynı olan Türk mahkemesi kararından daha sonra verildiyse, velayetin değiştirilmesini gerektiren durumların oluşup oluşmadığına bakılmalıdır. Eğer velayetin değiştirilmesini gerektiren sebepler varsa ve yabancı velayet kararı bunları içeriyorsa, çocuğun menfaatleri bakımından bu kararın tenfizinin reddedilmemesi gerekmektedir.

B. VELAYET KARARLARININ TENFİZİNDE BAKILACAK KAMU DÜZENİ KISTASLARI

Velayet kararlarının tenfizi sırasında birçok durum kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturabilmektedir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında bahsedilen başlıca kamu düzenine aykırılık kıstaslarına geçilmeden önce, Yargıtay’ın velayet kararlarında kamu düzenine ilişkin yaklaşımından bahsedilmesi gerekmektedir.

Velayet düzenlemesi, iç hukukumuzda kamu düzenine ilişkin kabul edilmektedir⁷⁴. Yargıtay, buna dayanarak, genellikle yabancı devletlerden alınan velayet kararlarının tenfizini doğrudan reddetmektedir. 02.03.1990 tarihli bir

⁷⁴ Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme”, s. 128, Giray, **a.g.e.**, s. 289, Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 726, Esat Şener, **Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Boşanma, Yargıtay İçtihatları, Bilimsel Görüşler ve İlgili Mevzuat**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s. 653, Özmen, **Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, s. 90, Kaçak, **a.g.e.**, s. 649, Ebru Ceylan, **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, İstanbul, Beta Basımevi, 2006, s. 157, Nurten Yetik, **Açıklamalı – İctihathı, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, 2. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2007, s. 118, YHGK, E. 2012/2-794, K. 2013/310, 06.03.2013; “Zira, velayetin düzenlenmesi kamu düzenine ilişkin olup, bu nitelikteki davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulandığından...”, YHGK, E. 2001/2-430, K. 2001/432, 23.05.2001; “...mahkemece, velayetin düzenlenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu...”, Y. 2. HD., E. 2012/14579, K. 2013/6846, 13.03.2013; “Velayete ilişkin davalar kamu düzeniyle doğrudan ilgili olup, re’sen araştırma ilkesi geçerlidir.”, Y. 2. HD., E. 2012/2741, K. 2012/4573, 05.03.2012; “Velayet kamu düzenine ilişkindir.”, Y. 2. HD., E. 2007/13854, K. 2008/13967, 23.10.2008; “Velayet kamu düzenine ilişkindir.”, Y. 2. HD., E. 2007/2045, K. 2007/2362, 20.02.2007; “Velayetin düzenlenmesi ve değiştirilmesi kamu düzeni ile ilgili olup...”, Y. 2. HD., E. 2004/1187, K. 2004/4389, 06.04.2004; “Velayetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgilidir.”, Y. 2. HD., E. 2003/3784, K. 2003/4670, 02.04.2003; “Velayete ilişkin hükümler kamu düzeninden olmakla birlikte...”, Y. 2. HD., E. 2003/2818, K. 2003/3889, 20.03.2003; “Velayetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgili olduğu için...”, Y. 2. HD., E. 1999/13346, K. 2000/581, 25.01.2000; “Görülüyor ki velayet hakkı ve çocuk ile ilgili olarak alınacak kararlar kamu düzeni ile ilgilidir.”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 23.12.2013, Y. 2. HD., E. 2000/1593, K. 2000/2024, 18.02.2000; “Velayet hakkının düzenlenmesi kamu düzenine ile ilgili olup...”, Özmen, **Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, s. 165, Y. 2. HD., E. 1998/13883, K. 1998/13887, 21.12.1998; “...o halde çocukla ilgili bu dava kamu düzeni ile ilgilidir.”, Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, 560.

Yargıtay kararına göre⁷⁵, yabancı devletlerin milli hukuklarına uygun olarak verilen aile hukukunu ilgilendiren hükümlerin tanınması veya tenfizi için bunların aynı zamanda Türk milli hukukuna uygun olması gerekmektedir. Yine başka bir Yargıtay kararında⁷⁶, velayete ilişkin hükümlerin kamu düzeninden olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple de, yabancı kararların TMK'ya aykırı olan velayete ilişkin hükümlerinin tenfizinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Doktrinde, Yargıtay'ın bu yaklaşımı eleştirilmektedir⁷⁷. Yargıtay'ın, özel hukukun bazı alanlarına ilişkin yabancı kararların tenfizini, Türk mevzuatına uymadıkları için, “kategorik” bir yaklaşımla doğrudan reddetme eğiliminde olduğu savunulmaktadır⁷⁸.

Kanaatimizce de, yabancı bir kararın sırf Türk hukukuna göre kamu düzenine ilişkin bir konuda olmasından dolayı tenfizinin reddedilmemesi gerekmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, MÖHUK m. 54'e göre yabancı hükmün tenfizi, kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olması durumunda engellenmektedir. Yabancı kararda yer alan hukuki ihtilafın niteliğinin Türk hukukuna göre kamu düzeninden sayılması, doğrudan yabancı kararın tenfizinin reddini gerektirmemektedir. Karara konu olan hukuki ihtilaf ne olursa olsun, önemli olan kararın sonuçlarının Türk kamu düzenine aykırı olmamasıdır⁷⁹.

Bir kuralın, niteliği itibarıyla kamu düzeninden olduğu için milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanmasını engellemesi, ancak “doğrudan uygulanan kurallar”ın devreye girmesiyle mümkün olmaktadır⁸⁰. Doğrudan uygulanan kurallar, devletin sosyal, ekonomik ve siyasi yapıları ile toplumun genel ahlak anlayışının sonucu olarak ortaya çıkmıştır⁸¹. Bu kurallar, somut olaya maddi çözüm

⁷⁵ Y. 2. HD., E. 1989/10963, K. 1990/ 2445, 02.03.1990, **İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi**, Yıl 30, Ekim 1990, Sa. 358, s. 7542.

⁷⁶ Y. 2. HD., E. 2003/3784, K. 2003/4670, 02.04.2003, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 26.12.2013.

⁷⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 652-654, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 509, Şanlı, **a.g.e.**, s. 234-235, Öztekın Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme”, s. 128, Gelgel, **a.g.e.**, s. 36, 67-69, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 505-506, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 164, Giray, **a.g.e.**, s. 289-290, Özbakan, **a.g.e.**, s. 128, 129.

⁷⁸ Giray, **a.g.e.**, s. 289-290, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 506.

⁷⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 646, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 506, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 502-503, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 34.

⁸⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 155, 156, Gelgel, **a.g.e.**, s. 72.

⁸¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 153, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 181, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 7-8.

getirmektedirler⁸². Kamu düzeni kuralları ise, doğrudan uygulanan kurallardan farklıdır⁸³. Kamu düzeni müdahalesi için “açıkça” bir aykırılık aranmakta ve bu kural istisnai olarak uygulanmaktadır. Esas olan yabancı hükmün uygulanmasıdır. Yabancı hüküm somut olaya uygulandıktan sonra, Türk kamu düzenine açıkça bir aykırılık oluşuyorsa, ancak bu durumda yabancı kararın tenfizi reddedilebilmektedir.

Bu konuda çeşitli ilkeler, kamu düzenine aykırılığı tespitite ölçüt olarak belirlenebilir.

1. Çocuğun Üstün Menfaati İlkesi

Yabancı devletlerden alınan velayet kararlarının tenfizinin reddinde en önemli sebep, kararın çocuğun üstün menfaatine aykırı hükümler içermesi veya çocuğun üstün menfaatini yeterince koruyamamasıdır⁸⁴. Çocuğun üstün menfaati, çocuk haklarını koruyan ve Türkiye’nin de tarafı bulunduğu milletlerarası sözleşmelerin ortak temel ilkesini oluşturan önemli bir kavramdır⁸⁵. Sonradan devletlerin iç hukuklarında da yer almıştır⁸⁶. Çocuğun üstün menfaati, Türk hukukunda da velayet hakkının yürütülmesinde en önemli ilkedir⁸⁷.

⁸² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 155.

⁸³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 155, Gelgel, **a.g.e.**, s. 72.

⁸⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 653, Şanlı, “Velayet”, s. 76, Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme”, s. 128, Gürzumar, **a.g.m.**, s. 43, Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 745, Huysal, **a.g.e.**, s. 179, 182, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 159, 160, Gelgel, **a.g.e.**, s. 70, Giray, **a.g.e.**, s. 290-291, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 214, Tezgel, **a.g.e.**, s. 172, Güven, **a.g.e.**, s. 135, Dardağan Kibar, **a.g.m.**, s. 558.

⁸⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 653, Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme”, s. 121, Giray, **a.g.e.**, s. 47, Gülçin Elçin Grassinger, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. 1, İstanbul, On İki Lehva Yayıncılık, 2010, s. 823, Emine Akyüz, **Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması**, 3. bs., Ankara, Pegem Akademi, 2013, s. 46.

⁸⁶ Grassinger, **a.g.m.**, s. 823.

⁸⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 30, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, **Medenî Hukuk**, Tıpkı 20. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2014, s. 278, Emine Akyüz, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, İnsan Hakları Eğitimi Dizisi, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 2000, s. 242, Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 517, S. Hülya İmamoğlu, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 54, Sa. 1, 2004, s. 170, Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 162, İlknur Serdar, “Birlikte Velâyet”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, Sa. 1, 2008, s. 163, Özmen, **Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, s. 91.

02.09.1990 yılında yürürlüğe giren, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin”⁸⁸ 3. maddesinde: “kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir” denmektedir. ÇHDS’ye hakim olan en önemli unsur, çocuğun üstün menfaati ilkesidir⁸⁹.

Afrika’da çocuk hakları konusunda yapılan ilk sözleşme olan, Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı’nda da “çocuğun en yüksek menfaatinin gözetilmesi” ilkesi yer almaktadır⁹⁰.

Çocuğun üstün menfaati kavramın teknik bir tanımı yapılamamıştır⁹¹. Bunun sebebi ise, çocuğun menfaatlerinin yaşadığı çevreye, sosyal ortama ve yaşına göre değişebilmesidir⁹². Çocuğun menfaati, her somut olaya göre, pedagojik, psikolojik, sosyolojik ve tıbbi araştırmaları gerektiren bir kavramdır⁹³.

TMK m. 339/1 uyarınca, “ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar”. Yine TMK 340/1’e göre, “ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar”. Açıkça görülebileceği gibi, çocuğun menfaati kavramının sadece tarifinin yapılması ve içeriğinin belirlenmesi mümkündür⁹⁴.

Üstün menfaat kavramı, çocuğun fiziksel, duygusal, sosyal, kültürel ve ekonomik ihtiyaçlarının dikkate alınmasını gerektirmektedir⁹⁵. Ayrıca bu kavram

⁸⁸ Bundan sonra bu Sözleşme’den, “ÇHDS” olarak bahsedilecektir. Türkiye Sözleşme’yi, 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun ile onaylamıştır, RG: 27.01.1995/22184. Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için, Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 2 c., 8. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, C. 1, s. 723.

⁸⁹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 29, Gemalmaz, **a.g.e.**, C. 1, s. 727.

⁹⁰ Gemalmaz, **a.g.e.**, C. 2, s. 509-510.

⁹¹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 29, Giray, **a.g.e.**, s. 47-48, Serdar, **a.g.m.**, s. 163, Grassinger, **a.g.m.**, s. 825, Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 46.

⁹² Gelgel, **a.g.e.**, s. 30, Giray, **a.g.e.**, s. 48-49, Grassinger, **a.g.m.**, s. 825, Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 46.

⁹³ Gelgel, **a.g.e.**, s. 30, Giray, **a.g.e.**, s. 49, Serdar, **a.g.m.**, s. 164-165, Grassinger, **a.g.m.**, s. 825, Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 46.

⁹⁴ İmamoğlu, **a.g.m.**, s. 170, Serdar, **a.g.m.**, s. 163-164, Grassinger, **a.g.m.**, s. 826.

⁹⁵ Giray, **a.g.e.**, s. 50, Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 46.

gereğince, çocuğun eğitim gibi temel ihtiyaçları karşılanmalı ve çocuğa muhtaç olduğu sevgi ve şefkat gösterilmelidir⁹⁶.

Çocuğun üstün menfaati ilkesi, Yargıtay kararlarında da çok büyük önem taşımaktadır⁹⁷. Birçok kararda⁹⁸ bu ilkeye dayanılmış ve onun doğrultusunda karar verilmiştir.

Çocuğun üstün menfaati ilkesinin işlevsel bir biçimde uygulanabilmesi için çocuğun kendisini ilgilendiren hususlarda görüşlerine başvurulması gerekmektedir⁹⁹.

Yabancı velayet kararı alınırken çocuğun istek ve arzusunun değerlendirilmemiş olması, kararın tenfizinin reddinde önemli bir sebeptir¹⁰⁰. Gerçekten de, çocuğu çok yakından ilgilendirdiği için velayet kararı alınırken çocuğun görüşleri önem taşımaktadır.

ÇHDS m. 12’de, bu konuya ilişkin şöyle denmektedir:

⁹⁶ Giray, **a.g.e.**, s. 50, Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 46.

⁹⁷ Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararları**, s. 80.

⁹⁸ Y. 2. HD., E. 2009/8818, K. 2010/114, 11.01.2010; “Mahkemece yapılan araştırma ve toplanan delillerden çocuğun menfaatlerinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü sonucuna varılmakla...”, Y. 2. HD., E. 2004/7507, K. 2004/8824, 01.07.2004; “Özellikle çocukların yararı da dikkate alındığında...”, YHGK, E. 1992/2- 763, K. 1993/117, 17.03.1993; “...müşterek çocuğun velayetinin, ana veya babadan birine bırakılırken, küçüğün menfaatlerinin gözönünde bulundurulacağı da kuşkusuzdur.”, Y. 2. HD., E. 2003/5306, K. 2003/6780, 08.05.2003; “...açılan velayet davasında çocuğun menfaatleri düşünülerek velayet babaya verilip anne ile şahsi ilişkileri düzenlenmelidir.”, Y. 2. HD., E. 2004/7326, K. 2004/8201, 21.06.2004; “Küçüğün menfaatleri gözönüne alınarak...”, Y. 2. HD., E. 2013/2773, 2013/21832, 25.09.2013; “Velayetin düzenlenmesinde asolan çocuğun üstün yararadır.”, Y. 2. HD., E. 2011/10761, K. 2011/23988, 29.12.2011; “Velayet düzenlenmesinde asıl olan, çocuğun üstün yararadır.”, Y. 2. HD., E. 2012/10813, K. 2012/28248, 26.12.2012; “Kuşkusuz velayetin düzenlenmesinde, çocukların üstün yararı, ana ve babanın isteklerinden önce gelir.”, Y. 2. HD., E. 2007/2045, K. 2007/2362, 20.02.2007; “Velayetin düzenlenmesinde ve değiştirilmesinde asolan çocuğun yüksek çıkarına...en uygun çözüme ulaşmaktadır.”, Y. 2. HD., E. 2011/2727, K. 2012/204, 16.01.2012; “Bu tür kişisel ilişki çocuğun sadece yüksek yararları gerektirdiği takdirde veya ana ve babanın bu haklarını amacına aykırı kullanmaları halinde kısıtlanabilir veya engellenebilir.”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 25.12.2013, Y. 2. HD., E. 1999/14425, K. 1999/443, 01.02.1999; “Velayet haklarının düzenlenmesinde asıl olan küçüklerin yararadır.”, Özmen, **Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, s. 162, Y. 2. HD., E. 1998/13883, K. 1998/13887, 21.12.1998; “Velayet düzenlenmesinde asıl olan küçüğün menfaatidir.”, Özmen, **Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, s. 163, Y. 2. HD., E. 2001/14060, K. 2001/16341, 22.11.2001; “Velayetin düzenlenmesinde asolan küçüklerin yararı olup...”, Özmen, **Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, s. 168-169, Y. 2. HD., E. 1991/2108, K. 1991/3555, 28.02.1991; “Hâkim eşlerin istekleri dışında sadece çocukların özetlenen yararını gözönünde tutarak bu yönü sebestçe takdir eder.”, Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, s. 832, YHGK, E. 1969/786, K. 1969/771, 18.10.1969, YHGK, E. 1963/36, K. 1963/50, 12.06.1963, Giray, **a.g.e.**, s. 51.

⁹⁹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 32, Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 52-53.

¹⁰⁰ Gelgel, **a.g.e.**, s. 60, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 506, 337. dn.

“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.

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.”

Yine 25.01.1996 tarihli “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”¹⁰¹ 3. ve 6. maddelerinde, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüş ve düşüncesinin alınması gerekliliğinden bahsedilmiştir.

Yargıtay da birçok kararında¹⁰², çocuğun görüş ve düşünceleri alınmadan verilen kararların kabul edilemeyeceğine değinmiştir. Çocuğun görüşlerine

¹⁰¹ Bundan sonra bu Sözleşme’den “ÇHKS” olarak bahsedilecektir. Türkiye de, “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile Sözleşme’yi onaylamıştır. Kanun No: 4620, RG: 02.05.2002/24743. Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için, Gemalmaz, **a.g.e.**, C. 2, s. 258.

¹⁰² Y. 2. HD., E. 2004/7643, K. 2004/8532, 28.06.2004; “Küçük Esra’nın annenin velayeti altında bırakılmasını istediğinden davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”, Y. 2. HD., E. 2003/1779, K. 2003/2976, 06.03.2003; “Velayetin nez’i davalarında, 25.01.1996 tarihli çocuk haklarının kullanılmasına ait Avrupa Sözleşmesinin 3. Maddesi gereğince çocuğun da dinlenilmesi gerekir.”, Y. 2. HD., E. 2003/3393, K. 2003/4801, 03.04.2003; “Müşterek çocuk 10 yaşındadır ve idrak çağındadır. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gereği velayetin nez’i davalarında çocuğun dinlenilmesi ve onun ifade edeceği görüşe de önem verilmesi gerekir.”, Y. 2. HD., E. 2002/7067, K. 2002/7794, 10.06.2002; “Velayeti babaya bırakılan çocuk idrak çağındadır. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri uyarınca bu çocuğun dinlenmesi, onun ifade edeceği görüşü de önem verilip, deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir.”, Y. 2. HD., E. 2004/2791, K. 2004/6081, 11.05.2004; “Zöhre 24.05.1990 doğumlu olup, görüşlerini açıklama olgunluğuna erişmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesi uyarınca bu çocuğun görüşlerine başvurulup, delillerin hep birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir.”, Y. 2. HD., E. 2010/14540, K. 2011/9974, 07.06.2011; “Çocuk Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6 ile “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine göre, çocuğun yüksek çıkarına açıkça aykırı olmadığı takdirde, çocukları ilgilendiren davalarda idrak çağındaki çocuğun görüşüne değer verilmesi gerekir.”, Y. 2. HD., E. 2012/15207, K. 2013/6906, 14.03.2013; “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gereğince, yüksek yararına aykırı düşmedikçe müşterek çocuğun görüşüne gereken önem verilerek idrak çağındaki çocuğun kendisini ilgilendiren konudaki beyanına önem verilmelidir.”, Y. 2. HD., E. 2010/12050, K. 2011/12818, 20.07.2011; “Velayet düzenlemesine konu idrak çağında olan çocuğun görüşünün alınarak gerektiğinde uzman incelemesi yaptırılarak, velayet düzenlemesi yapılması gerekir.”, Y. 2. HD., E. 2012/10813, K. 2012/28248, 26.11.2012; “İdrak çağında bulunan çocuğun adli merci önünde kendisini ilgilendiren dava hakkında görüşünü ifade etme imkanı tanınmalıdır.”, YHGK, E. 2011/2-547, K. 2011/695, 23.11.2011; “Yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda danışılarak, görüşünü ifade etme olanağı sağlanması; ifade edeceği bu görüş, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilmesi ve gerektiğinde uzmanlardan da yararlanılmak suretiyle bir karar verilmesi, olmalıdır.”, YHGK, E. 2011/2-884, K. 2012/197, 16.03.2012; “Velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması halinde, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekir.”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 27.12.2013, YHGK, E. 2003/2-513, K. 2003/521, 01.10.2003,

başvurulmadan alınan yabancı velayet kararlarının tenfizini de kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddetmektedir¹⁰³.

Çocuğun görüşlerine ne zaman ve nasıl başvurulacağının belirlenmesi, uygulamada önem taşımaktadır. Kendisini ilgilendiren her durumda mutlaka konuşturulması gerektiği şeklindeki anlayış, çocuğun yararı düşünülürken tam tersine zararına bir durum oluşturabilmektedir¹⁰⁴. Bu yüzden çocuğun üstün menfaati ilkesi, çocuğun istek ve arzusu doğrultusunda görüşlerine ve düşüncelerine başvurulmasında sınırı oluşturmaktadır¹⁰⁵. Çocuğun zorla konuşturulması, biyolojik veya psikolojik olarak rahatsızlanmasına sebep olabilmektedir¹⁰⁶. Çocuğun görüşlerine başvurma zorunluluğu, onun menfaatleri için getirilmiştir. Dolayısıyla bu ilkenin, somut olayda çocuğun menfaatlerine hizmet etmesi gerekmektedir¹⁰⁷. ÇHKMS m. 6/1(b)'de de, çocuğun üstün menfaatine açıkça ters düşmemesi şartıyla, çocuğa danışılacağından bahsedilmektedir.

Dinleme yerinin koşulları, çocuğun görüşlerine başvurulurken büyük önem taşımaktadır. Çocuğun rahat edeceği uygun koşullar oluşturulmalıdır¹⁰⁸. Çocuk dinlenirken, uzman bir pedagogun hakime eşlik etmesi yararlı olmaktadır¹⁰⁹. Ayrıca

Çelikel, Nomer, Giray, Esen, **a.g.e.**, s. 571-572, Y. 2. HD., E. 2002/14802, K. 2003/682, 21.01.2003; “Velâyet konusunda görüşlerini açıklama olgunluğuna sahip küçüklerin düşüncelerinin alınmaması da doğru bulunmamıştır.”, Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, s. 579, Y. 2. HD., E. 2003/10675, K. 2003/11766, 22.09.2003; “Çocuklar idrak çağındadır. 25.01.1996 günlü Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 6’ncı maddesi de dikkate alınıp çocukların da görüşü alınıp, deliller değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir.”, Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, s. 595.

¹⁰³ Y. 2. HD., E. 1991/2108, K.1991/3555, 28.2.1991, **İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi**, Yıl: 31, Eylül 1991, Sa. 369, s. 8216.

¹⁰⁴ Grassinger, **a.g.m.**, s. 823-824.

¹⁰⁵ Y. 2. HD., E. 2012/15207, K. 2013/6906, 14.03.2013; “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gereğince, yüksek yararına aykırı düşmedikçe müşterek çocuğun görüşüne gereken önem verilerek idrak çağındaki çocuğun kendisini ilgilendiren konudaki beyanına önem verilmelidir. Dosyada çocuğun görüşünün menfaatine aykırı düştüğü yönünde bir delil ve olgu bulunmadığına göre velayetinin davacı babaya verilmesi gerekir.”, Y. 2. HD., E. 2012/8449, K. 2013/2431, 30.01.2013; “Çocuğun yüksek yararına açıkça aykırı düşmedikçe görüşüne önem verilir.”, Grassinger, **a.g.m.**, s. 840.

¹⁰⁶ Grassinger, **a.y.**

¹⁰⁷ Grassinger, **a.g.m.**, s. 829-830, 839-842.

¹⁰⁸ Giray, **a.g.e.**, s. 172, Grassinger, **a.g.m.**, s. 843.

¹⁰⁹ Giray, **a.g.e.**, s. 171, 176. Ayrıca, çocuğun üstün menfaatinin belirlenmesinde psiko-sosyal bilimlerin yardımına ilişkin ayrıntılı bilgi için, Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 48-51.

çocuk bir kez dinlenmiş ama tekrardan dinlenmesi gerekiyorsa, psikolojik olarak zarar görmemesine dikkat edilmelidir¹¹⁰.

Çocuğun görüşlerine, yaşı ve olgunluk düzeyine bağlı olarak ağırlık verilmelidir¹¹¹. Henüz yeterli deneyime ve öngörüye sahip olmayan çocuk, görüşlerini açıklarken duygusal davranabilmektedir. Hakim, çocuğun görüşlerinin kendi menfaatlerine uymadığını görürse, beyan ettiği iradesinden farklı bir karar verebilmelidir¹¹². Örneğin çocuk, velayetin eşlerden birine verilmesine ilişkin bir davada, babasıyla birlikte kalmak istediğini belirtmiş olabilir. Bu durumda, babanın çocuğun eğitimi ve sağlığı ile ilgilenip ilgilenmediği incelenmelidir. Ayrıca, babanın ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam ve sağlığı da önem taşımaktadır. Baba alkolikse, dengesiz davranışlara sahipse veya çocuğun gelişimi bakımından olumsuz sonuçlara yol açabilecek bir ortamda yaşıyorsa, çocuğun velayetine sahip olamayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.03.2013 tarihli kararında da tüm bu hususların araştırılmasının gerektiğinden söz edilmiştir¹¹³. Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 22.12.2010 gün ve E. 2010/2-649, K. 2010/683 sayılı kararında da¹¹⁴ benimsenmiştir.

Yabancı bir kararda çocuğun menfaatlerine aykırı kanun hükümlerine dayanılması durumunda, bu kanun hükümlerinin kamu düzeni şartı kapsamında incelenmesinin **revision au fond** yasağına aykırı olup olmadığı meselesi, konumuz

¹¹⁰ Grassinger, a.y.

¹¹¹ Giray, a.g.e., s. 51, 175, Grassinger, a.g.m., s. 839, Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 48, Feriha Bilge Tanrıbilir, **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları**, Ankara, Yetkin Basımevi, 2011, s. 73.

¹¹² Giray, a.g.e., s. 180, Grassinger, a.g.m., s. 837, Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 51.

¹¹³ YHGK, E. 2012/2-794, K. 2013/310, 06.03.2013; “Bu kapsamda, tarafların çocuğunun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır. Velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahkemece çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme, kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafın velayet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması, sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır. Mahkemece, açıklanan özellikler yanında mümkün oldukça çocuğun alıştığı ortamın değiştirilmemesine, kardeşlerin ayrılmasına özen gösterilmeli, velayetin verileceği taraf yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olup olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı delil olup olmadığı veya hemen meydana gelecek tehlikenin varlığının ispat edilip edilemediği hususları da mutlaka değerlendirilmelidir.”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 28.05.2014.

¹¹⁴ (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 28.05.2014.

bakımından önem taşımaktadır. Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. MÖHUK'taki kamu düzeni şartında ifade edilen “hüküm”, kararın hüküm fıkrası ve bunun somut olayda ortaya çıkardığı hukuki sonuçlarıdır¹¹⁵. Dolayısıyla yabancı kararın esasına uygulanan hukukun ve tabi olduğu kanun hükümlerinin incelenmesi, içeriği inceleme yasağı kapsamında mümkün olmamaktadır¹¹⁶. Doktrinde, özellikle aile hukukuna ilişkin bazı hususlarda, kamu düzenine aykırılığın ancak yabancı kararın içeriğinin incelenmesi yoluyla anlaşılabilmesi belirtilmiştir¹¹⁷. Böyle durumlarda, kararın esasına uygulanan hukukun, yabancı davada izlenen usulün ve yabancı hakiminkin takdir yetkisini nasıl kullandığının incelenmesi gerektiği için, **revision au fond** yasağına çok sıkı bağlı kalınmaması gerektiği savunulmuştur¹¹⁸. Hatta sadece belli durumlarda değil, kamu düzeni müdahalesinin bulunduğu her durumda, **revision au fond** yasağının daha “esnek” uygulanması gerektiğinden söz edilmiştir¹¹⁹.

Bu duruma çözüm bulmak amacıyla birçok açıklama yapılmıştır. Bir görüşe göre, yabancı kararın dayandığı kanun, ancak Türk hukukunun vazgeçilmez nitelikteki¹²⁰ temel hukuk kurallarını ihlal ediyorsa kamu düzeni şartı kapsamında değerlendirilmelidir¹²¹. Burada temel hukuk kuralları ile kastedilen, Anayasa’da, Türkiye’nin taraf olduğu ÇHDS ve diğer sözleşmelerde korunan eşitlik, aile ve özellikle çocuk haklarına ilişkin kurallardır¹²². Sayılan temel hukuk kurallarının ihlali, istisnai bir durum olarak ele alınmalı ve hakimlere bu noktada gerekli yetki verilmelidir¹²³. Çocuğun üstün menfaatine aykırı bir durum olup olmadığı, ancak yabancı velayet kararına dayanak oluşturan maddi ve usuli esasların incelenmesi ile anlaşılmaktadır¹²⁴. Dolayısıyla hakim hem kararda uygulanan yabancı kanunu hem

¹¹⁵ Ergin Nomer, “Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 4, Sa. 2, 1984, s. 95, 97, Bkz.: yuk., s. 49.

¹¹⁶ Nomer, “Rızai Boşanma”, s. 95, YİBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 25.11.2013.

¹¹⁷ Turhan, **a.g.m.**, s. 236-238.

¹¹⁸ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 285.

¹¹⁹ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 76-77, Aygül, **a.g.m.**, s. 104-105.

¹²⁰ Gürzumar, **a.g.m.**, s. 46.

¹²¹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 69, 73, 75, Özbakan, **a.g.e.**, s. 176, Gürzumar, **a.g.m.**, s. 47, Huysal, **a.g.e.**, s. 184.

¹²² Gelgel, **a.g.e.**, s. 69, 73, Özbakan, **a.g.e.**, s. 176, Gürzumar, **a.g.m.**, s. 47.

¹²³ Huysal, **a.g.e.**, s. 184.

¹²⁴ Gelgel, **a.g.e.**, s. 70.

de yabancı davada izlenen usulü dikkate alabilmelidir¹²⁵. Ancak bu çok hassas ve ince bir çizgi olduğu için hakimlerin bilinçli bir şekilde ve milletlerarası özel hukukun esaslarına uygun olarak hareket etmesi gerekmektedir¹²⁶. Ayrıca hakim, yabancı karara dayanak oluşturan maddi ve usuli esasları yeniden araştırma görevi bulunmamaktadır¹²⁷. Hakim, dosyadan elde edebildiği bilgiler ölçüsünde inceleme yapmaktadır¹²⁸.

Bu konuyla ilgili başka bir görüşe göre, yabancı kararda yer alan sözleşmenin kararın tenfiz edileceği devletin doğrudan uygulanan kural niteliğindeki mevzuatına karşı bir hile veya muvazaa oluşturduğu, yabancı karara dayanak oluşturan belgelerin sahte olduğu ya da yabancı kararın hile ile elde edildiği ve davacı ile milletlerarası hiçbir işlemin yapılmadığı gibi iddialar ileri sürülürse; tenfiz mahkemesinin, yabancı kararda esas alınan belgelerin sahteliğine, sözleşmede bir hile veya muvazaanın olup olmadığına ve milletlerarası bir işlemin olup olmadığına ilişkin inceleme yapması gerekmektedir¹²⁹. Böyle durumlarda “zorunlu olarak” esasa ilişkin bazı unsurların ele alınması, teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamına gelmemektedir¹³⁰. Davanın esastan incelenmesi, yani **revision au fond** yasağı ile yabancı hukukun tüm yönleri bakımından doğruluğunun incelenmesi engellenmektedir. Yabancı kararın esasını oluşturan bazı hususların sınırlı olarak incelenmesi, bu yasak kapsamında değildir¹³¹.

Bir diğer görüşe göre ise, yabancı hükümden anlaşılan maddi vakıaların incelenmesi mümkündür¹³². Bu maddi vakıalar arasında illiyet bağı kurulamıyorsa, kamu düzeninin müdahalesi gerçekleşebilir¹³³.

Kanaatimizce, yabancı kanunun kamu düzenine aykırılığının incelenmesi, Anayasa ve sözleşmelerde yer alan -özellikle aile ve çocuğun korunmasına ilişkin-

¹²⁵ A.e., s. 70.

¹²⁶ A.e., s. 69.

¹²⁷ A.e., s. 70.

¹²⁸ A.e., s. 70.

¹²⁹ Şanlı, a.g.e., s. 234-235, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, a.g.e., s. 501-502.

¹³⁰ Şanlı, a.g.e., s. 235, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, a.g.e., s. 502.

¹³¹ Şanlı, a.g.e., s. 234-235.

¹³² Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları”, s. 139.

¹³³ Erdem, a.y.

temel hukuk kurallarının ihlali durumunda söz konusu olmaktadır. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere, bazı özellik gösteren durumlarda da (belgelerin sahteliğinin incelenmesi gibi) zorunlu olarak yabancı kararın esasının incelenmesi gerekebilir. Bu durum, kamu düzeni şartı kapsamında sadece hüküm fıkrasının -yani yabancı kararın olaya uygulandıktan sonra ortaya çıkardığı hukuki sonuçlarının- inceleneceğini belirten kuralı bertaraf etmemektedir. Belli bazı durumlarda yabancı kararın esasına girilmesi teknik anlamda bir esastan inceleme sayılmamaktadır¹³⁴.

2. Anayasa'daki Temel İlkeler

Anayasa'da yer alan temel ilkelere aykırı olan yabancı bir kararın Türkiye'de tenfizi mümkün değildir¹³⁵. Ancak Anayasa'da yer alan temel ilkelere aykırılık, T.C Anayasa'sına aykırılık anlamına gelmemektedir¹³⁶. Bu iki hususun karıştırılmaması gerekmektedir. Yabancı bir hukuk sisteminden verilen kararın T.C Anayasa'sına uygun olması beklenemez.

Yukarıda bahsedilen bizim de katıldığımız görüş uyarınca, normal durumdan farklı olarak, anayasal temel hakların, özgürlüklerin ve ilkelerin ihlali durumunda, yabancı hükme esas teşkil eden hukuk ve usul, kamu düzeni şartı kapsamında incelenebilmektedir¹³⁷. Bu başlık altında tekrar bu hususa değinmek gerekmektedir.

T.C Anayasa'sında, Birinci Kısım, Genel Esaslar, "Kanun Önünde Eşitlik" başlığı altında yer alan m. 10, konumuz bakımından önem taşımaktadır. Maddeye göre: "herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir". Buna göre, eşler arasında ayrımcılık yaparak¹³⁸, velayeti etnik köken, dil, din, renk ve cinsiyet farkına

¹³⁴ Şanlı, **a.g.e.**, s. 234-235.

¹³⁵ Gelgel, **a.g.e.**, s. 70, Ergin Nomer, "Anayasa ve Yabancı Kanun", **Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 411, Sevinç Matbaası, 1977, s. 555, Huysal, **a.g.e.**, s. 179-180, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 27, Giray, **a.g.e.**, s. 289, Turhan, **a.g.m.**, s. 235, Ekşi, **Tanima ve Tenfiz**, s. 280.

¹³⁶ Nomer, "Anayasa ve Yabancı Kanun", s. 550, Gürzumar, **a.g.m.**, s. 22.

¹³⁷ Bkz.: yuk., s. 63, Gelgel, **a.g.e.**, s. 68-69.

¹³⁸ Huysal, **a.g.e.**, s. 180.

göre anne veya babadan birine doğrudan veren kararlar kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir¹³⁹.

T.C. Anayasa'sı, Temel Hak ve Ödevler başlıklı İkinci Kısımda yer alan, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı İkinci Bölüm, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı Üçüncü Bölüm ve “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı Dördüncü Bölüm kapsamında yer alan başka herhangi bir temel hak ve özgürlüklere aykırılık durumunda da somut olayda kamu düzenine açıkça aykırılık oluşabilmektedir. Bu noktada, Anayasa m. 36'da yer alan “Hak Arama Özgürlüğü” akla gelebilmektedir. Gerçekten de bu özgürlük, yabancı bir kararın tenfizi sırasında önemli bir kamu düzeni kıstası olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddeye göre herkes, yargı organları önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunmada bulunma ve adil yargılanma hakkına sahiptir. Burada, MÖHUK m. 54/1(ç)'de düzenlenen savunma haklarına uyulması şartı kapsamında yer almayan durumlar için kamu düzenine aykırılık şartına başvurulmaktadır. Yabancı bir velayet kararı alınırken bir tarafın iddialarına, ileri sürdüğü sebeplere önem verilmemesi, bunların göz ardı edilmesi durumunda kamu düzenine aykırılık oluşabilmektedir. Ancak her temel hak ve özgürlüklere aykırılık doğrudan kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmamaktadır. Bu yüzden her somut olay bakımından ayrı ve dikkatli bir inceleme yapılması gerekmektedir¹⁴⁰.

Anayasa'da, İkinci Kısım, Üçüncü Bölüm, Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler, “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları” başlığı altında yer alan m. 41, yabancı velayet kararlarının tenfizinde kamu düzeni şartı bakımından en büyük önemi taşıyan maddedir. Madde metni şu şekildedir:

“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.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

¹³⁹ Şanlı, “Velayet”, s. 72, Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 745, Giray, **a.g.e.**, s. 290.

¹⁴⁰ Nomer, “Anayasa ve Yabancı Kanun”, s. 561, 562, Gürzumar, **a.g.m.**, s. 22.

Anayasa m. 41, açıkça görülebileceği gibi, ÇHDS m. 3'te yer alan “çocuğun üstün menfaati” ilkesinin iç hukukumuzda koruma altına alındığı maddedir¹⁴¹.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 1996 yılında verdiği bir kararda¹⁴², Anayasa m. 41 hakkında yer alan açıklamalar şu şekildedir:

“Anayasa bu madde ile özellikle ana ve çocukların özenle korunmasını emir etmektedir. Bu korumanın kime karşı olacağı sorunu akla gelmektedir. Kanımızca bu koruma, korunmayı gerektiren maddi manevi ve hukuki olguları içerir. Buna kanuna karşı koruma kocaya karşı koruma topluma karşı koruma dahildir.”

Uygulamada, Anayasa m. 41 çerçevesinde değerlendirilebilecek, Yargıtay kararlarına da konu olan bazı durumlarla karşılaşılmaktadır. Aşağıda bu durumlara yer verilecektir.

a. Velayet Hakkı Sahipleri

TMK m. 335'e göre:

“Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz. Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar.”

Maddenin ifadesine göre, ergin olmayan çocuğun ve -vasi atanmasına gerek yoksa- kısıtlanan ergin çocuğun velayeti, anne ve babasına aittir. Dolayısıyla anne ve babadan başka birine -evlat edinme durumu hariç- velayet verilemez¹⁴³. Bu madde, ailenin birliği ve korunması esasını içeren Anayasa m. 41 ile de uyumludur.

¹⁴¹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 30, Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme”, s. 128.

¹⁴² Y. 2. HD., E. 1996/11110, K. 1996/13467, 18.12.1996, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 04.01.2014.

¹⁴³ Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, **Medenî Hukuk: Şahsın Hukuku**, 5. bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 177, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963, s. 244, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Medenî Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1419, İstanbul, Gün Matbaası, 1969, s. 164, Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986, s. 506, Ergun Özsunay, **Medenî Hukuka Giriş**, 5. bs., İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3428, İstanbul, Güryay Matbaacılık, 1986, s. 253, Bülent Köprülü, Selim Kaneti, **Aile Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 246, Selâhattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 483, Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 301, Akyüz, **Çocuğun Güvenliğinin Korunması**, s. 243, Serozan, **a.g.e.**, s. 254, Bahattin Aras, **Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 304, Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan

Yabancı devletlerden alınan anne ve babadan başka birine velayet veren kararların Türkiye’de tenfizi, konumuz bakımından önem taşımaktadır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.09.2004 tarihli kararında¹⁴⁴, anne ve babadan başka birine velayet hakkı veren Hollanda S-Hertogenbosch Bölge Mahkemesi kararının tenfizini reddetmiştir. Söz konusu mahkeme, Umut D. E. Ve Rıfat D. E. isimli iki çocuğun velayetini, davacı Hülya E.’ye vermiştir. Ancak dava dosyasında yer alan nüfus kaydından, çocukların annelerinin Ayşe isimli biri olduğu anlaşılmıştır. Yargıtay, velayetin sadece anne ve babaya tanınan bir hak olduğunu belirtmiş, evlat edinme hali dışında anne ve babadan başka kimseye verilemeyeceğini önemle vurgulamıştır. TMK m. 335/1 uyarınca, çocuğun velayetinin yasal sebep olmadıkça anne ve babasından alınamayacağı da ifade edilmiştir. Ayrıca, küçüklerin velayetinin anne veya babadan başka birine verilmesinin “usul ve yasaya” aykırı olduğu belirtilmiştir.

Kanaatimizce de, Yargıtay’ın anne ve babadan başka birine velayet hakkı veren yabancı kararların tenfizini reddetmesi gerekmektedir. Ancak Yargıtay’ın tenfizin reddine gerekçe gösterdiği bazı hususlara katılmak mümkün değildir. Yargıtay, sözü edilen yabancı kararın “usul ve yasaya” aykırı olduğundan bahsetmiştir. Oysaki daha önce de belirtildiği gibi, iç hukukta emredici kurallarla düzenlenen bir durum, milletlerarası özel hukukta her zaman kamu düzeninden sayılamaz¹⁴⁵. Dolayısıyla yabancı devletin kanununun Türk hukukundan farklı düzenlemeler içermesi, kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmemektedir¹⁴⁶. Burada gerekçe olarak, çocuğun üstün menfaati ilkesi gösterilmelidir. Tarafı bulunduğumuz ÇHDS m. 7 ve m. 9 gereği, çocuğun anne babasıyla birlikte yaşama, onların bakımından yararlanma ve menfaatlerine aykırı olmadığı sürece onlardan ayrılmama hakları bulunmaktadır. Ayrıca yine tarafı bulunduğumuz İHAS m. 8, devletlere aile yaşamının korunması konusunda pozitif bir takım yükümlülük

Oğuztürk, **Aile Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 158, Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku**, C. 3, 9. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 342, Özmen, **Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, s. 90.

¹⁴⁴ Y. 2. HD., E. 2004/9168, K. 2004/10346, 21.09.2004, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 17.02.2014.

¹⁴⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 653, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 496, Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 52, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁴⁶ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 508, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 497, Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme”, s. 128, Çelikel, Nomer, Giray, Esen, **a.g.e.**, s. 215, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 84-85, Tarman, Önay, **a.g.m.**, s. 332.

getirmektedir. Bu sözleşmeler ve Anayasa m. 41 ışığında çocuğun velayetinin anne ve babasına ait olması gerekmektedir.

b. Boşanmadan Sonra Velayet

TMK m. 336’da yer alan hükme göre,

“Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir.

Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.”

Maddenin ilk fıkrasında, evlilik devam ederken velayetin kullanımının nasıl olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu fıkra, ailenin birliği ve korunması esasına (Anayasa m. 41) uygundur. Maddede sorun oluşturan husus, boşanma halinde velayetin düzenlenmesidir.

Yargıtay¹⁴⁷ ve doktrinde¹⁴⁸ yer alan bazı yazarlar tarafından, maddenin ikinci fıkrasında yer alan “verebilir” ifadesine rağmen, üçüncü fıkrasında yer alan çocuğun

¹⁴⁷ YHGK, E. 2012/2-794, K. 2013/310, 06.03.2013; “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ancak boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliği sona erdiğinden velayetin beraberce kullanılma olanağı kalmamaktadır.”, Y. 2. HD., E. 1973/4171, K. 1973/4058, 19.06.1973; “Boşanma kararı verildiği takdirde hâkim, velâyeti ana ve babadan birine verir.”, Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, s. 543, Y. 2. HD., E. 2004/13947, K. 2004/15854, 27.12.2004; “Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. (MK. md. 336) Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocukların velayetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUK. md. 38/c)”, Y. 2. HD., E. 2004/12285, K. 2004/13680, 22.11.2004; “Evlilik devam ettiği sürece ana-baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermek zorundadır.”, Y. 2. HD., E. 2003/3784, K. 2003/4670, 02.04.2003; “Evlilik devam ettiği sürece ana baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermek zorundadır. Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin çocukların velayetini yazılı şekilde düzenlemesi Türk Medeni Kanununa aykırıdır.”, Y. 2. HD., E. 2006/6824, K. 2006/13638, 10.10.2006, Y. 2. HD., E. 2006/2773, K. 2006/9267, 12.06.2006; “Evlilik devam ettiği sürece ana-baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermek zorundadır. (TMK. md.336)”, Y. 2. HD., E. 2003/2818, K. 2003/3889, 20.03.2003; “Velayetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgili olduğu için, yabancı mahkeme kararı ile boşanma sonucu velayetin ana ve babaya birlikte bırakılması hükmünün tenfizden tanınmasına imkan yoktur. Çünkü Türk Hukukunda boşanma sonucu velayet, eşlerden sadece birisine verilir.”, Y. 2. HD., E. 2003/4019, K. 2003/5500, 15.04.2003; “Velayetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgili olup, yabancı mahkemenin ortak çocuğun velayetini ana ve

“kendisine bırakılan tarafa ait olduğu” ifadesinden dolayı, boşanmadan sonra eşlerin çocuk üzerinde müşterek velayete sahip olamayacağı düşünülmektedir. Bu görüşe göre hakim, boşanmadan sonra ortak çocuğun velayetini eşlerden birine vermek zorundadır.

Yine TMK m. 182/2 sebebiyle de, boşanmadan sonra çocuk üzerinde müşterek velayete hükmetmenin olanaksız olduğu düşünülmektedir. TMK m. 182/2’de şöyle denilmektedir:

“Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.”

Başka bir görüşe göre hakim, TMK m. 336/3 ve m. 182/2’de yer alan açık hükümler gereği, boşanma sonrasında çocuk üzerinde müşterek velayete karar verememektedir. Ancak velayetin boşanmadan sonra anne ve babadan biri tarafından kullanılması yerine birlikte kullanılması, çocuğun anne ve babasıyla daha yakın ilişkiler kurabilmesi ve boşanmanın zorluklarını atlatabilmesi bakımından daha yararlı gözükmemektedir. Yine aynı şekilde, anne ve babanın çocukları üzerindeki sorumlulukları ve hakları bakımından müşterek velayet daha yararlıdır. Bu sebeplerden dolayı, TMK’da bir eksiklik vardır ve bu eksikliğin düzeltilmesi gerekmektedir¹⁴⁹.

babanın her ikisi üzerinde bırakan kararı Türk Medeni Kanununa aykırıdır.”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 11.02.2014.

¹⁴⁸ Ali Naim İnan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 3, 1968, s. 138, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 381, Köprülü, Kaneti, **a.g.e.**, s. 198, 247, Tekinay, **a.g.e.**, s. 272, Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 110, Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 140, Selma Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 48, Ali İhsan Özüğür, **Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 830, Serap Helvacı, Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk**, 2. bs., İstanbul, Legal Kitabevi, 2011, s. 162.

¹⁴⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 653-654, Rona Serozan, “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, **Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 772-773; Yazar, TMK m. 336’nın ÇHDS ve Anayasa m. 41’e aykırı olduğunu, bu yüzden maddenin Anayasaya aykırılığının Anayasa Mahkemesi önüne gitmesi gerektiğini belirtmektedir. Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları”, s. 145, Ceylan, **a.g.e.**, s. 164, Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 748, Ruhi, **Boşanma İlâmları**, s. 90.

Bir diğer görüşe göre ise, soruna ilişkin tartışmanın çıkış noktaları, TMK m. 336/3 ve TMK m. 182/2'dir. Bu kanun hükümleri çok açık değildir¹⁵⁰. Kanun hükümlerinin sadece lafzı değil, söylemeyi amaçladığı da önemli sayılmalıdır¹⁵¹. Söz konusu maddelerden, çocuğun anne ve babanın ikisine birden verilmesinin yasaklandığı yönünde bir anlam çıkarılamaz¹⁵². TMK m. 336/3, velayetin her iki eşe birden verilemeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır¹⁵³. Kaldı ki, TMK m. 336/2'de hakimin, ortak hayatın sona ermiş olması durumunda çocuğun velayetini eşlerden birine vereceğinden değil, "verebileceğinden" söz edilmektedir¹⁵⁴. Dolayısıyla TMK m. 336/2'de "verebilir" derken kabul edilen müşterek velayet, TMK m. 336/3'de dışlanmış olamaz¹⁵⁵. Bu fıkra yorumlanırken, "çocuğu alıkoyma hakkı" ve "velayet" karıştırılmamalıdır. TMK m. 336/3'de bahsedilen, velayet değil, "alıkoyma" hakkıdır ve alıkoyma hakkına sahip eşin velayet hakkına diğer eş ortak etmesine bu fıkra engel değildir¹⁵⁶. Alıkoyma ve velayet farklı kavramlardır ve birbirlerinden ayrılabilir. Alıkoyma hakkı, maddi ve fiziki bir anlama sahiptir¹⁵⁷. TMK'nın alındığı İsviçre Medeni Kanunu'nda da "çocuklar kendisine emanet edilen eş" ile "çocuklar kendisine emanet edilmeyen eş"ten söz edilmektedir¹⁵⁸. Yine kaynak kanunumuz olan, İsviçre Medeni Kanunu m. 297/2 ve m. 133/son uyarınca, hakim velayeti anne ve babaya birlikte verebilmektedir¹⁵⁹. Ayrıca artık teknolojik gelişmelerin etkisiyle, alıkoyma hakkı da değişmektedir¹⁶⁰. Artık alıkoyma hakkının her iki eşe birden verilmesi de mümkün olabilmektedir. Ancak velayetin anne ve babaya müşterek olarak verilmesi, alıkoyma hakkının da ikisine birden verilmesi zorunluluğunu

¹⁵⁰ Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 98-99.

¹⁵¹ Bilge Öztan, "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 260, Serdar, **a.g.m.**, s. 175-176.

¹⁵² Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 102, Öztan, **a.g.m.**, s. 253, Serdar, **a.g.m.**, s. 174-176.

¹⁵³ Öztan, **a.g.e.**, s. 467, Öztan, **a.g.m.**, s. 257.

¹⁵⁴ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 509, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 170, Gülçin Elçin Grassinger, **Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, İstanbul, On İki Lehva Yayıncılık, 2009, s. 12, Giray, **a.g.e.**, s. 290.

¹⁵⁵ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 72.

¹⁵⁶ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, 74, 80-82, Sevgi Usta, **Çocuk Hakları ve Velayet**, İstanbul, On İki Lehva Yayıncılık, 2012, s. 30.

¹⁵⁷ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁵⁸ **A.e.**, s. 103.

¹⁵⁹ Grassinger, **a.g.e.**, s. 11.

¹⁶⁰ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 122.

doğurmamaktadır¹⁶¹. Velayet, anne ve babaya müşterek olarak verilirken; alıkoyma hakkı, anne ve babadan birine verilebilir. Dolayısıyla kanundaki ifade çocuğun menfaatine uygun olarak yorumlanmalıdır¹⁶². Burada amaç -her zaman olduğu gibi- çocuk haklarını koruyan ve Türkiye'nin de tarafı bulunduğu bütün milletlerarası sözleşmelerin ortak esası olan çocuğun üstün menfaatine en uygun çözümün bulunmasıdır¹⁶³. Müşterek velayetin -anne ve babanın aralarındaki uyuşmazlıklara ve kavgalara çocuk üzerinden devam edebilecekleri için- çocuğun menfaatlerine aykırı sonuç doğuracağını öngören görüş¹⁶⁴ bu bakımdan yeterli ve belirleyici değildir. Çünkü zaten müşterek velayete çocuğun iyiliğine, üstün menfaatlerine aykırı düşmemesi halinde karar verilmelidir. Zaten somut olayda çocuğun menfaatine aykırı bir durum oluşuyorsa müşterek velayete karar verilememektedir¹⁶⁵.

Bu görüşü savunanların önerisi, hakime müşterek velayet konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmesi ve bunun yanında doğrudan ilgililere (anne, baba ve çocuk) de belirli, sınırlı bir takdir hakkı tanınmasıdır. Böylece olaydan olaya değişkenlik gösterebilecek bir sistem ortaya çıkmaktadır¹⁶⁶. Bu sisteme göre anne ve baba, çocuğun velayetine müştereken sahip olmak için anlaşma yapabilmelidir¹⁶⁷. Ancak bu anlaşma hakimin onayından geçmelidir¹⁶⁸. Hakim, anlaşmanın çocuğun menfaatleri, esenliği, iyiliği ve mutluluğu ile bağdaşıp bağdaşmadığını kontrol edebilmelidir¹⁶⁹. Ayrıca hakim anne ve babanın -anlaşmamış olsalar bile- çocuk üzerinde müşterek velayete sahip olmasının, çocuğun iyiliği, esenliği ve menfaatleri için en iyi çözüm olduğunu düşünürse müşterek velayete karar verebilmelidir¹⁷⁰. Aslında zaten TMK m. 166/3'te, eşlerin boşanmanın mali sonuçları ile çocuklarının durumu hakkında anlaşma yapabilecekleri, hakimin de tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak bu anlaşmada gerekli değişiklikleri

¹⁶¹ A.e., s. 133.

¹⁶² Öztan, a.g.e., s. 517, Giray, a.g.e., s. 52.

¹⁶³ Çelikel, Erdem, a.g.e., s. 653, Öztan, a.g.e., s. 467, Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 96, Öztan, a.g.m., s. 255, Grassinger, a.g.e., s. 12.

¹⁶⁴ Hatemi, Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s. 110, Harun Bulut, **Aile Hukukunda Velayet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları**, İstanbul, Beta Basımevi, 2007, s. 5.

¹⁶⁵ Öztan, a.g.e., s. 467, Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 82, 210-211, 213.

¹⁶⁶ Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 154, Öztan, a.g.m., s. 259, Giray, a.g.e., s. 294.

¹⁶⁷ Öztan, a.g.e., s. 467, Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 85, 88.

¹⁶⁸ Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 158, 171.

¹⁶⁹ A.e., s. 45, 169, 201.

¹⁷⁰ A.e., s. 85, 88.

yapabileceği öngörülmüştür. Bu sebeple, önerilen sistem kanun ile paraleldir ve TMK 336/3 ve TMK 182/3'ün emredici bir düzenleme olmadığını göstermektedir¹⁷¹.

Kanaatimizce de, TMK m. 336/3 ve m. 182/2 hükümleri, anne ve babanın çocuk üzerinde müşterek velayete sahip olmasını engellememektedir. Gerçekten de, kanun maddesinin bir fıkrasında kabul edilen (“verebilir” ifadesi) müşterek velayetin, diğer fıkrasında yasaklandığı söylenemez. Aslında tüm sorun, ÇHDS ve ÇHKS’de önemle belirtilen “çocuğun menfaatinin önceliği” ilkesinin, TMK’da yeterince gözetilmemesinden kaynaklanmaktadır¹⁷². Çocukla ilgili tüm meselelerde temel prensip her zaman çocuğun üstün menfaati olmalıdır¹⁷³. Bu yüzden somut olayda çocuğun üstün menfaati, anne ve babasının kendi üzerinde müşterek velayetini gerektiriyorsa, müşterek velayete karar verilmelidir. ÇHDS m. 9 gereğince, çocuğun kendi üstün menfaatine aykırı olmadıkça anne ve babasından, onların rızası dışında ayrılmama hakkı bulunmaktadır. Anayasa m. 41 gereğince de, çocuğun üstün menfaati koruma altına alınmıştır. TMK m. 336/3 hükmünün dar yorumlanması, Anayasa m. 41’e aykırılık oluşturmaktadır¹⁷⁴. Bu madde, tarafı bulunduğumuz ÇHDS dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Velayetin mutlaka anne veya babadan birine verilmesi gerekmez. Bu ortadaki çözümlerden sadece birisidir¹⁷⁵. Boşanma durumunda evlilik birliği sona erse de, eşler ortak çocuklarının anne ve babası olarak kalmaya devam etmektedir¹⁷⁶. Ayrıca, yine Anayasa m. 41, ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığını kabul etmektedir. Boşanma durumunda velayetin eşlerden birine verilmesi, bu eşitliğe uymamaktadır¹⁷⁷. Anne ve baba - özellikle anlaşmalı boşanmalarda- müşterek velayet hususunda anlaşma yapabilmeli, bu anlaşma da hakim tarafından çocuğun menfaatlerine uygun olup olmadığı noktasında kontrole tabi tutulmalıdır. Hatta hakim, anne ve baba anlaşma yapmamış

¹⁷¹ A.e., s. 103.

¹⁷² Rona Serozan, “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, 2 c., İstanbul, Beta Basımevi, 2003, C. 2, s. 515.

¹⁷³ Gelgel, **a.g.e.**, s. 30, Öztan, **a.g.e.**, s. 517, İmamoğlu, **a.g.m.**, s. 171, Serozan, **a.g.e.**, s. 162, Serdar, **a.g.m.**, s. 164-165, 168-169, Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 73.

¹⁷⁴ Giray, **a.g.e.**, s. 294.

¹⁷⁵ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 143, 152.

¹⁷⁶ Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları”, s. 145, Giray, **a.g.e.**, s. 294.

¹⁷⁷ Giray, **a.g.e.**, s. 294.

olsa bile, somut olayda çocuğun menfaatleri gerektiriyorsa müşterek velayete hükmedebilmelidir.

Müşterek velayet hususunda birçok devlet kanununda düzenleme yer almaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda 16.12.1997 tarihinde, Belçika Medeni Kanunu'nda, 13.04.1995 tarihinde m. 302'de, Fransız Medeni Kanunu'nda, 08.01.1993 tarihinde, m. 287'de müşterek velayet düzenlenmiştir¹⁷⁸. Yine Macar Medeni Kanunu (FLA) m. 72/2 gereğince, eşler müşterek velayet hususunda anlaşma yaptılarsa ve aralarında iş bölümünü öngören bir protokol de hazırladıysa, müşterek velayete karar verilebilir¹⁷⁹. Avusturya Medeni Kanunu'nda da (m. 177 ve 167), müşterek velayete anne ve babanın birlikte yaşaması ve çocuğun iyiliğinin zedelenmemesi halinde hükmedilebileceği düzenlenmiştir¹⁸⁰. Aynı doğrultuda Çin hukukunda, anne babanın müşterek velayet hususundaki anlaşmalarının, çocuğun menfaati açısından değerlendirilerek kabul edileceği belirtilmiştir¹⁸¹. Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'nın birçok eyaletinde de müşterek velayet kabul edilmiştir¹⁸². Ayrıca boşanmadan sonra çocuğun iyiliği bakımından en iyi çözümün, anne ve babanın müşterek velayeti olduğunu belirten Alman Anayasa Mahkemesi kararları bulunmaktadır¹⁸³. Psikologlar tarafından da, velayetin anne ve babaya müştereken bırakılmasının çocuk bakımından isabetli olacağı belirtilmektedir¹⁸⁴.

Yargıtay, yukarıda da bahsedildiği üzere, çocuk üzerinde müşterek velayete hükmedilemeyeceği görüşündedir. Velayeti kamu düzenine ilişkin gören anlayışı sebebiyle de, yabancı bir velayet kararında müşterek velayete hükmedilmesi durumunda, bu kararın kamu düzenine aykırı olduğunu belirterek tenfizini reddetmektedir¹⁸⁵. Doktrinde ise, sırf anne ve babaya müşterek velayet verilmesinden

¹⁷⁸ Ceylan, **a.g.e.**, s. 164.

¹⁷⁹ Giray, **a.g.e.**, s. 292.

¹⁸⁰ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 147.

¹⁸¹ Giray, **a.g.e.**, s. 291.

¹⁸² Alison Harvison Young, "Joint Custody as Norm: Solomon Revisited", **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 32, No. 4, 1994, s. 785, Michelle A. Tarnelli, "Joint Custody Presumption in Vermont: A Proposal for Co-Parenting", **Vermont Law Review**, Vol. 36, 2011-2012, s. 1015.

¹⁸³ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁸⁴ Öztan, **a.g.e.**, s. 466, Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 39-40, Christy M. Buchanan, Parissa L. Jahromi, "Psychological Perspective on Shared Custody Arrangements", **Wake Forest Law Review**, Vol. 43, 2008, s. 421-422, 438-439.

¹⁸⁵ Bkz.: yuk., 147. dn.

dolayı kararın kamu düzenine açıkça aykırı olmayacağı ve bu yüzden Yargıtay'ın yaklaşımının hatalı olduğu belirtilmektedir¹⁸⁶. İç hukukta kamu düzeni kapsamında görülen, emredici hükümlerle düzenlenen her durum, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine aykırı sayılmadığından somut olayda çocuğun menfaatlerinin göz önüne alınarak yorum yapılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁷. Yine bu görüşe göre, yabancı kararın dayandığı kanun hükümleri çocuğun haklarına aykırılık durumunda istisnai olarak incelenebilirken, Yargıtay, müşterek velayete hükmedilen kararları reddederek, bu kanun hükümlerini hatalı bir şekilde inceleme konusu yapmıştır¹⁸⁸. Yabancı bir kararda dayanan kanunun TMK ile aynı hükümlere sahip olmaması, kararın kamu düzenine aykırılığını doğurmaz¹⁸⁹. Aynı doğrultuda, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, 22.11.2004 tarihli ve 10.10.2006 tarihli kararlarında yer alan muhalefet şerhlerinde de yabancı kararın esastan incelenmesi yasağına ilişkin açıklamalar yer almaktadır¹⁹⁰.

Kanaatimizce, doktrinde Yargıtay'ın hatalı yaklaşımına ilişkin yapılan eleştiriler yerindedir. Önemle vurguladığımız gibi, zaten çocuğun menfaatine uygun bir yorum ile TMK'ya göre müşterek velayete karar verilebilmelidir. Uygulamada müşterek velayete hükmeden mahkemeler de bulunmaktadır¹⁹¹. Ancak hukukumuzda müşterek velayete karar verilemeyeceğini ve TMK'nın bunu emredici düzenlemeler ile yasakladığını kabul eden görüş bakımından da, Yargıtay'ın müşterek velayete

¹⁸⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 653-654, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 509, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 170, Öztekın Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinme", s. 128, Gelgel, **a.g.e.**, s. 73, Şanlı, Esen, Ataman- Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 504-506, Giray, **a.g.e.**, s. 293, Ruhi, **Boşanma İlamları**, s. 91, Güven, **a.g.e.**, s. 136-137, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 548, İ. Doğan, **a.g.e.**, s. 344.

¹⁸⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 653, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 509, Nomer, **Usul Hukuku**, s. 170, Erdem, "Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları", s. 145, Demir, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 37-38, Giray, **a.g.e.**, s. 293, 294, Güven, **a.g.e.**, s. 136-137, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 548. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin yukarıda yer verdiğimiz 22.11.2004 tarihli ve 2004/12285 esas ve 2004/13680 karar sayılı kararında yer alan muhalefet şerhinde de, Türk hukukuna uymayan her yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağından bahsedilmiştir. Ayrıca çok yerinde olarak, Lüksemburg Sözleşmesi'ne taraf olan devletimizin Sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiğinden söz edilmiştir. Sözleşme'de, yabancı kararın tenfizinin, talepte bulunulan devletin aile ve çocuk hukukuna ilişkin temel ilkeleriyle bağdaşmaması halinde kamu düzenine aykırılıktan dolayı reddedileceği belirtilmiştir. Böylece, kamu düzeninin müdahalesi zorlaştırılmış ve asgari düzeye indirilmiştir, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 20.03.2014.

¹⁸⁸ Gelgel, **a.g.e.**, s. 73.

¹⁸⁹ Öztekın Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinme", s. 128-129, Ruhi, "Velâyet Konusundaki İlamlar", s. 747-748, Şanlı, Esen, Ataman- Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 493.

¹⁹⁰ Y. 2. HD., E. 2004/12285, K. 2004/13680, 22.11.2004, Y. 2. HD., E. 2006/6824, K. 2006/13638, 10.10.2006.

¹⁹¹ İzmir 4. Aile Mahkemesi, E. 2009/448, K. 2009/470, 27.05.2009, Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 654.

hükmedilen yabancı kararları kamu düzenine aykırı bularak reddetmesinin hukuken yerinde olmadığı söylenebilecektir. İç hukukumuzda yer alan her emredici düzenleme, milletlerarası anlamda kamu düzeninden sayılmamaktadır. Velayet kararlarının tenfizinde yaşanan problemler, hep bu hatalı sistematığe paralel sonuçlardır¹⁹². Yargıtay, başka hukuki ihtilafları içeren bazı yabancı kararların tenfizinde hukuken yerinde kararlar vermiştir¹⁹³. Yargıtay'ın bu yaklaşımını, müşterek velayete hükmedilen yabancı kararlarda da göstermesi gerekmektedir.

c. Kişisel İlişki Kurma Hakkı

TMK'da "Soybağının Hükümleri" başlığı altında yer alan, m. 323 gereğince, "ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir". Yine m. 182'de, boşanma sonrasında kendisine velayet verilmeyen eş ile çocuk arasında düzenlenmesi gereken kişisel ilişkiye yer verilmiştir:

"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.

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır."

¹⁹² Gelgel, a.g.e., s. 73.

¹⁹³ Y. 2. HD., E. 2007/820, K. 2008/1118, 07.02.2007; "Yabancı mahkemenin Türk hukukunu uygulamaması veya yanlış uygulaması başlı başına kamu düzenine aykırılık oluşturmaz ve tanımaya da engel teşkil etmez. Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek normlarının ihlâl edildiğinden söz edilebilir.", Ekşi, **Yargıtay Kararları**, s. 122-123, Y. 2. HD., E. 2007/7758, K. 2008/7134, 15.05.2008; "Yabancı mahkemenin Türk Hukukunun uygulanmaması veya yanlış uygulanması başlı başına kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz ve tanımaya da engel teşkil etmez.", Ekşi, **Yargıtay Kararları**, s. 127, Y. 2. HD., E. 2007/16684, K. 2008/16665, 04.12.2008; "Yabancı mahkemenin Türk Hukukunun uygulanmaması veya yanlış uygulanması başlı başına kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz ve tanımaya da engel teşkil etmez.", Ekşi, **Yargıtay Kararları**, s. 130-131, Y. 2. HD., E. 2004/10683, K. 2004/13120, 04.11.2004; "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 aykırılık da yoktur. Mahkemece tenfize karar vermek gerekirken yazılı şekilde isteğin reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.", (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 20.03.2014.

Anayasa m. 41/3'te de, çocuğun -üstün menfaatine aykırı olmadıkça- anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

ÇHDS m. 9'a göre de, "taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler". Böylelikle, velayet hakkına sahip olmayan anne veya baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişki hakkı, çocuk haklarını düzenleyen bu Sözleşme ile de korunmaktadır.

TMK, Anayasa ve ÇHDS gereğince, Türkiye'de verilen velayet kararlarında kişisel ilişki kurma hakkının yer alması gerekmektedir. Yabancı bir devletten alınan velayet kararında kişisel ilişki kurma hakkının yer almaması durumunda ise, bunun kararın tenfizine etkisi doktrin ve Yargıtay kararlarında tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, yabancı bir kararda kişisel ilişki kurma hakkına yer verilmemiş olması, Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır¹⁹⁴. Bu sebeple, bu yabancı kararın Türkiye'de tenfizi mümkün değildir. Bu görüşteki bir yazar¹⁹⁵ gerekçe olarak, kişisel ilişki hakkının çocuğun kardeşleriyle olan ilişkisi bakımından önemli olduğunu ve çocuğun psikolojisini etkilediğini belirtmiştir. Bu kadar önemli bir hakkın yabancı kararda düzenlenmemiş olması, kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır¹⁹⁶.

Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre ise, yabancı bir kararda kişisel ilişki kurma hakkına yer verilmemiş olması -kişisel ilişki kurulması talebi sonradan da yapılabileceğinden- kamu düzenine aykırılık oluşturmamaktadır ve bu sebeple tenfize engel olmamaktadır¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Şanlı, "Velayet", s. 76, Ruhi, "Velâyet Konusundaki İlâmlar", s. 728, Huysal, **a.g.e.**, s. 180, Gökçenay, "Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları", s. 214.

¹⁹⁵ Ruhi, "Velâyet Konusundaki İlâmlar", s. 723, 726.

¹⁹⁶ **A.e.**, s. 728.

¹⁹⁷ İ. Doğan, **a.g.e.**, s. 343, Güven, **a.g.e.**, s. 144.

Yargıtay bu hususta çok farklı kararlar vermiştir. Bazı kararlarında, kişisel ilişki kurma hakkına yer vermeyen yabancı kararların tenfizini kabul etmiştir¹⁹⁸. Bazen de bu kararları kamu düzenine aykırı oldukları sebebiyle reddetmiştir¹⁹⁹.

Çocukla kişisel ilişki kurma, kendisine velayet verilmeyen tarafın kişilik haklarından olup, kendisinden vazgeçilemez, feragat edilemez bir haktır²⁰⁰. Ancak bir yandan da bu hak, çocuğun velayet kendisinde olmayan anne veya babası ile iletişim kurmasını ve karşılıklı ilişkilerinin gelişmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla kişisel ilişki kurulması, çocuğun velayetine sahip olmayan eş bakımından önemli olmakla beraber, çocuğu da çok yakından ilgilendirmektedir. İHAS m. 8, bu hakkın teminatı durumundadır²⁰¹. Ayrıca bu hak, Anayasa m. 41/3 kapsamında da açıkça koruma altına alınmıştır. Bu kadar önemli olmasından dolayı hakim, tarafların talebi olmadan da çocukla anne veya baba arasındaki kişisel ilişkiyi düzenleyebilmektedir²⁰². Kanaatimizce, yabancı velayet kararında bu kadar önemli bir hakka yer verilmemiş olması durumunda -kararın tenfizinin reddedilmesi yerine- hakime bu hakkı düzenleme yetkisinin verilmesi, çocuğun menfaatlerine daha çok uyan bir çözümdür. Kişisel ilişki kurulması sonradan da talep edilebilir diyerek bu durumu çözümsüz bırakmak da, çocuğun velayet kendisinde olmayan tarafla bir süre iletişim kuramamasına sebep olmaktadır. Kişisel ilişki kurulana kadar geçen süre, çocuğun maddi ve manevi varlığı bakımından zararına olabilir. Ayrıca, usul ekonomisi ilkesi de bunu gerektirmektedir. Aynı doğrultuda, Lüksemburg Sözleşmesi m. 11/3'e göre, velayete ilişkin bir kararda kişisel ilişki kurma hakkına

¹⁹⁸ YHGK, E. 1997/675, K. 1997/1633, 17.02.1997; “Kanunun icabı hâle göre hâkime verdiği takdir yetkisi karşısında velâyeti babaya bırakılan çocuk ile anne arasında şahsî ilişki kurulmaması kamu düzenine açık aykırılık oluşturmaz”, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 509, Çelikel, Nomer, Giray, Esen, **a.g.e.**, s. 523, Y. 2. HD., E. 2004/3609, K. 2004/4423, 07.04.2004; “...babanın çocuklarla kişisel ilişkisinin düzenlenmemesi...Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz. Zira, baba kişisel ilişkinin düzenlenmesini, sonradan isteyebileceği gibi ...”, Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, s. 867-868.

¹⁹⁹ Kararlar için, Şanlı, “Velayet”, s. 77.

²⁰⁰ Faruk Kerem Giray, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesine İlişkin Değerlendirme”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, 2010/1, İstanbul, Beta Basımevi, 2011, s. 751, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 384, Köprülü, Kaneti, **a.g.e.**, s. 199, Tekinay, **a.g.e.**, s. 278, Öztan, **a.g.e.**, s. 457, Özüğür, **a.g.e.**, s. 832-834, Aras, **a.g.e.**, s. 306, Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 111, Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 142, Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 278, 299.

²⁰¹ Giray, **a.g.m.**, s. 752.

²⁰² Özüğür, **a.g.e.**, s. 832-834, Y. 2. HD., E. 1999/8023, K. 1999/8686, 07.09.1999, Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma**, s. 561.

dair bir hüküm bulunmuyorsa veya bu hakka yer veren kararın tenfizi reddedilmişse, talepte bulunulan devletin makamı kişisel ilişkiyi düzenleyebilir. Sözleşme m. 1/(c)'ye göre, velayete ilişkin kararın kapsamına çocukla kişisel ilişki kurma hakkı da girmektedir. Dolayısıyla hakim tarafından kişisel ilişkinin re'sen düzenlenmesini öngören çözüm, taraf olduğumuz Sözleşme hükümleri ile paraleldir.

d. Evlilik Dışı Çocukların Velayeti

TMK m. 337'ye göre:

“Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hakim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir.”

Maddeye göre, Türk hukukunda evlilik dışı çocukların velayetinin -velayetinin anneye verilmemesi hususunda bir zorunluluk yoksa- anneye ait olacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla evli olmayan insanlar çocukları üzerinde müşterek olarak velayet hakkına sahip olamamaktadır²⁰³. Ancak doktrinde, Türk hukukundaki düzenlemenin, Anayasa'da yer alan kadın erkek eşitliği ile ÇHDS m. 7'de yer alan çocuğun anne babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakları ve m. 9'da yer alan kendi menfaatlerine aykırı olmadığı sürece anne babasından ayrılmama ve kişisel ilişki kurma haklarıyla bağdaşmadığı savunulmaktadır²⁰⁴. Bu görüşe göre, çocuğun üstün menfaati gerektiriyorsa ve anne baba da bu konuda anlaşıyorsa, evli olmayan anne babanın da çocukları üzerinde müşterek velayetlerine karar verilebilmelidir²⁰⁵. Kanaatimizce de, burada dikkate alınması gereken esas çocuğun menfaati olmalıdır. Bir çocuğun evlilik içinde veya dışında doğması fark etmeksizin muhtaç olduğu aile düzeni sağlanmalıdır²⁰⁶. Çocuğun düzenli ve huzurlu bir aile ortamında yaşaması, menfaatlerine hizmet etmektedir²⁰⁷. Ayrıca Anayasa m. 41, en geniş anlamda aileyi

²⁰³ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 525, Köprülü, Kaneti, **a.g.e.**, s. 262-263, Tekinay, **a.g.e.**, s. 518-519, Öztan, **a.g.e.**, s. 636, Serozan, **a.g.e.**, s. 254, Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 160, Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 342, Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 301, Özmen, **Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, s. 94.

²⁰⁴ Serozan, **a.g.e.**, s. 255.

²⁰⁵ **A.e.**, s. 255.

²⁰⁶ Nüşin Ayiter, “Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkında Görüşler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, Sa. 1-4, 1973, s. 158.

²⁰⁷ Giray, **a.g.e.**, s. 50.

koruma altına almaktadır. Söz konusu maddede, ailenin birliği ve korunması ilkesi düzenlenirken, özellikle anne ve çocukların korunmasının devletin görevi olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple, resmi bir evlilik niteliği taşımayan birlikteliklerde doğan çocuklar da maddedeki korumadan yararlanabilmektedir²⁰⁸. Anayasa 41. maddesi, İHAS m. 8 kapsamında korunan hukuki esasları içermektedir²⁰⁹. İHAS m. 8, aile yaşamına saygı hakkını düzenlemektedir. Evlilik dışı yaşam birliktelikleri de aile yaşamına saygı hakkı kapsamındadır²¹⁰. Dolayısıyla Anayasa m. 41 gereğince, fiili bir birliktelikte doğan çocuğun da üstün menfaatine aykırı olmadıkça anne babası tarafından bakılma ve onlarla birlikte yaşama hakkı vardır. Bu hak uyarınca da, anne ve babası evli olmasa da çocuğun menfaati gerektiriyorsa müşterek velayete karar verilmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda durum böyle olmakla beraber, bazı devletlerde evli olmayan insanların da çocukları üzerinde müşterek velayet hakkına sahip olmalarına olanak sağlanmıştır. İsviçre (İsviçre Medeni Kanunu m. 133/3, 298a I) ve Almanya’da bulunan düzenlemeler bu konuda örnektir²¹¹. Yabancı devletlerden alınan bu kararların Türkiye’de tenfizi sorun oluşturabilecektir.

Çocukla ilgili tüm meselelerde çocuğun üstün menfaati ilkesinin ön planda tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla buradaki sorun yine bu esastan yola çıkılarak çözülmelidir. Çocuğun üstün menfaatleri gerektiriyorsa, evli olmayan anne ve babanın müşterek velayetine ilişkin kararın tenfizi gerekmektedir. Ancak evli olmayan anne ve babanın müşterek velayeti çocuğun menfaatine aykırıysa, kararın tenfizi kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddedilmelidir. Burada tek esas, çocuğun üstün menfaati olmalıdır. Aksi takdirde, yabancı kanunun Türk hukukuna göre

²⁰⁸ Serkan Ayan, **Evlilik Birliğinin Korunması**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 58, Şen Matbaa, 2004, s. 19, Ayşe Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, İstanbul, Beta Basımevi, 2009, s. 12.

²⁰⁹ Gülay Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013, s. 303.

²¹⁰ Arslan Öncü, **a.g.m.**, s. 317, Ulaş Karan, “Evlenme ve Aile Kurma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013, s. 425.

²¹¹ Serozan, **a.g.e.**, s. 255, Serozan, Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu husustaki bir kararına değinmiştir, Ceylan, **a.g.e.**, s. 163.

hukuken yerinde olmayarak incelenmesi söz konusu olmaktadır. Bu durum, milletlerarası özel hukukun esaslarına aykırıdır.

3. Ahlak Kuralları

Yargıtay’ın 2012 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı’nda²¹² bir kamu düzenine aykırılık kıstası olarak, “Türk genel adap ve ahlak anlayışına aykırılık” yer almaktadır. Doktrinde ise, kamu düzeni şartı kapsamında ahlak kurallarına aykırılık kıstasının yer alıp almayacağı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, her ahlak kuralı değil, uygar toplumların ortak olarak benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensipleri kamu düzenine açıkça aykırılıkta göz önüne alınmalıdır²¹³. Kanaatimizce bu görüşe göre, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda belirtilen “Türk genel adap ve ahlak anlayışı” her durumda kamu düzenine aykırılık kıstası olmayabilir.

Başka bir görüşe göre, Türk toplumunun geniş kesimlerince kabul gören, kendisinden vazgeçilmez nitelikteki temel ahlak kuralları kamu düzenine aykırılıkta bir kıstas olmalıdır²¹⁴. Dolayısıyla, bu görüşe göre, her ahlak kuralına aykırılık değil, toplumda huzur ve uyumu bozan veya kamu vicdanını derinden sarsan nitelikteki ahlak kuralları kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaktadır²¹⁵. Kanaatimizce bu görüş, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’ndaki kıstasa yakındır.

Bir diğer görüşe göre ise, ahlak kurallarına aykırılık kıstasının geniş yorumlanması tehlikeli olabilir. Bu yüzden, sadece kanun, örf ve adete girmiş ahlak kuralları kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır. Bunun dışındakiler tenfizin reddi sebebi olmamalıdır²¹⁶.

Kanaatimizce ilk görüşte yer alan, “uygar” toplumların ahlak anlayışı ifadesi, açık ve belirleyici değildir; çünkü “uygarlık, kendine uygar diyenlerin tekelinde

²¹² YİBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 25.11.2013.

²¹³ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 27.

²¹⁴ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 509, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 497, Gürzumar, **a.g.m.**, s. 23.

²¹⁵ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 509, Gürzumar, **a.g.m.**, s. 23.

²¹⁶ Özbakan, **a.g.e.**, s. 177.

değildir”²¹⁷. Uygarlık, her devlete göre değişen göreceli bir kavramdır. İkinci görüşte yer alan “toplumun geniş kesimlerince” kabul edilen ahlak kuralları ifadesi de, açık ve belirleyici olmaktan uzaktır. Toplumda çoğunlukla kabul edilen, genel huzur ve uyumu sağlayan ahlak kuralları zamanla değişmektedir. Bu çok kısa bir zaman olabileceği gibi, çok uzun bir zaman da olabilir. Bunun belirlenmesi çok güç gözükmemektedir. Üçüncü görüşte, ahlak kurallarına aykırılık kıstasının çok geniş yorumlanarak uygulanmasının tehlikeli olabileceği belirtilerek, yerinde bir tespit yapılmıştır. Ancak sınırın, kanunda da yer alan ahlak kurallarının kabulü şeklinde çizilmemesi gerekmektedir. Zaten Türk kanunlarının dayandığı temel ilkeler ve kanunlarla izlenen temel siyaset ayrı bir kamu düzeni kıstası olarak karşımıza çıkmaktadır²¹⁸. Yukarıda, Anayasa m. 41 çerçevesinde değerlendirilen durumlar buna örnek oluşturmaktadır. Dolayısıyla kanunda yer alan ahlak kuralları şeklinde ayrı bir başlık açmaya gerek bulunmamaktadır. “Ahlak kurallarına uyma” ifadesinin içeriği, objektif ve somut olgulara dayanarak belirlenmelidir. Eğer böyle bir belirleme yapılmazsa, soyut olarak bu kıstasa başvurmak hukuk mantığına uygun gözükmemektedir. Bir devletin içinde bile ne zaman değişeceği belli olmayan böyle bir kıstas, yabancı devletlerden alınan kararların tenfizi söz konusu olduğunda daha da soyut ve belirlenmesi olanaksız bir duruma yol açmaktadır. Konumuz bakımından Anayasa ve sözleşmelerle belirlenen temel ilkeler, bu bağlamda özellikle çocuğun üstün menfaati ilkesi, yabancı bir kararın tenfizinde önem taşımaktadır. Somut olayda ahlak kurallarına uygunluk kıstasının kullanılması, yabancı bir devletin hukuk siyasetinin ve ahlak anlayışının, sorgulanması sonucunu doğurmaktadır. Milletlerarası ilişkilerde diğer hukuk düzenlerine yer ve değer veren anlayış gereğince, milli hakim yeryüzünün ahlak anlayışını kontrol edememektedir²¹⁹.

Bu noktada, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığının velayet ve soybağına ilişkin sonuçlarının Türkiye’de tenfize konu olması incelenebilir. Tenfizin ahlak kurallarına uymadığı için reddedilmesi, yabancı devletlerin kabul ettiği hukuk siyasetinin ve ahlak anlayışının sorgulanmasına yol açabilecektir. Hukukumuzda

²¹⁷ Ahmet Güngören, “Barbarlar, Cadılar, Yabanılar, Yamyamlar, Mayalar...”, **Hâlâ Barbar Mıyız?**, Haz. Fırat Demir, İstanbul, Edebi Şeyler Yayınevi, 2014, s. 31.

²¹⁸ Ökçün, **a.g.e.**, s. 102-103.

²¹⁹ Nomer, “Anayasa ve Yabancı Kanun”, s. 554.

aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı veya evliliği kabul edilmemektedir. Bu türden birliktelikler, “bir statü olarak” tanınmamakta ve bu birlikteliklerin velayet, nafaka, soybağı gibi sonuçlarına hukuki etki verilmemektedir²²⁰. Hatta Yargıtay’a göre, eşcinsellik, “hastalık derecesine varan bir alışkanlık” durumundadır²²¹. Yargıtay’ın kanaatimizce hatalı olan bu görüşü, toplumun ahlak anlayışına ve Türk aile hukukunda yer alan düzenlemelere dayanmaktadır. Ancak başka devlet hukuklarında durum Yargıtay’ın kabul ettiği gibi değildir. Başka devletlerde çalışma konumuz olan velayet hususunda çeşitli düzenlemelerle karşılaşılmaktadır. Hollanda’da aynı cinsiyetten kişiler, evlilikleri veya kayıtlı birliktelikleri sürerken dünyaya gelen çocukların velayetine -eğer çocukla zaten başka bir evlilik veya birliktelik içinde kanuni velayet ilişkisi kurulmamışsa- 01.01.2002’den beri birlikte sahip olabilmektedir²²². Amerika Birleşik Devletleri’nin Vermont ve Kanada’nın Québec eyaletleri gibi pek çok eyalette de benzer düzenlemeler bulunmaktadır²²³. İzlanda hukukunda, bir çocuğun biyolojik anne ve babasının ölümü durumunda, anne veya babasıyla kayıtlı hayat ortaklığı kurmuş kişinin velayet hak ve görevine sahip olacağı düzenlenmiştir²²⁴. Alman hukukunda, velayet hakkına sahip eş razı olursa kayıtlı hayat ortaklığında bulunduğu diğer eş de çocuğun velayeti konusunda bazı noktalarda karar verme yetkisine sahip olabilmektedir²²⁵. Fransa hukukunda bu hususta kanuni bir düzenleme olmamasına rağmen, Fransız Yargıtay’ı, velayete ilişkin bazı hak ve görevlerin hayat ortaklığı kurmuş diğer eşe de tanınabileceğine karar vermiştir²²⁶. Yine başka bir davada Fransız Mahkemesi, hayat ortaklığı sona erdikten sonra bu ortaklık içerisinde taraflarca birlikte büyütülen çocuk üzerinde velayete dair hak ve görevlerin eski eş

²²⁰ Candan Yasan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri**, İstanbul, On İki Leuva Yayıncılık, 2013, s. 233.

²²¹ Y. 2. HD., E. 1982/5077, K. 1982/5531, 21.06.1982; “Eşcinsellik gibi hastalık derecesine varan bir alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum doğurabilir.”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 17.02.2014.

²²² Machteld Vonk, “One, Two or Three Parents? Lesbian Co-Mothers and A Known Donor With “Family Life” Under Dutch Law”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 18, No.1, Oxford University Press, 2004, s. 105.

²²³ Yasan, **a.g.e.**, s. 33.

²²⁴ **A.e.**, s. 33.

²²⁵ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 72. Ayrıca Almanya’da kabul edilen “Eşcinsel Hayat Ortaklıklarında Ayrımcılığın Sona Erdirilmesi (Engellenmesi) Hakkında Kanun: Hayat Ortaklığı” ve “Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Kanun” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 71-74, Yasan, **a.g.e.**, s. 33.

²²⁶ Yasan, **a.g.e.**, s. 34.

lehine tanınmamasının ayrımcılık olacağına karar vermiştir²²⁷. İsviçre’de, kayıtlı hayat ortaklığı içerisinde bir eşin çocuğunun olması durumunda diğer eşin “makul ölçüde” yardımıyla yükümlü olduğuna karar verilmiştir²²⁸. İncelenen tüm bu devlet hukuklarında, somut olayın şartlarına göre, çocuğun üstün menfaatinin korunması amacıyla yorum yapılmıştır. Türk mahkemelerinin de, yabancı bir devlette kurulan kayıtlı hayat ortaklığının velayete ilişkin sonuçlarının tenfizi sırasında gözetmesi gereken tek ilke çocuğun üstün menfaatidir. Aynı cinsiyetten kişilerin hayat ortaklıklarının velayete ilişkin sonuçları bakımından aranan tek kıstas, çocuğun üstün menfaati olmalıdır²²⁹. Türk genel adap ve ahlak anlayışına aykırı olduğu için kamu düzenine aykırı görülen ve tenfiz edilmeyen bir karar, çocuğun miras hakkından mahrum kalmasına ve soybağının kurulamamasına yol açabilmektedir²³⁰. Dolayısıyla yabancı velayet kararlarının tenfizinde, “Türk genel adap ve ahlak anlayışı” şeklinde belirlenmesi güç ve somut olayda çocuğun geleceği açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecek bir kıstas yerine, Anayasa ve sözleşmelerle korunan çocuk hakları ve çocuğun üstün menfaati ilkesi dikkate alınmalıdır.

²²⁷ A.e., s. 35-36.

²²⁸ A.e., s. 34.

²²⁹ A.e., s. 235.

²³⁰ A.e., s. 236.

III. VELAYET KARARLARININ LÜKSEMBURG SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNE GÖRE TENFİZİ

A. GENEL OLARAK

Lüksemburg Sözleşmesi, 20.05.1980 tarihinde, Avrupa Konseyi sözleşmelerinden biri olarak hazırlanmıştır¹. Türkiye bu Sözleşme'ye 1999 yılında taraf olmuştur.

Bu Sözleşme'nin amacı, giriş kısmında da belirtildiği gibi, çocuğun velayeti konusundaki kararların tanınması ve tenfizini kolaylaştırmaya yönelik önlemlerin alınması² ve böylece çocukların menfaatlerinin daha iyi korunması³, çocuğun haksız olarak sınır ötesine götürülmesi halinde iadesinin⁴ ve çocuğun velayetinin keyfi olarak kesilmesi durumunda yeniden düzenlenmesinin sağlanmasıdır⁵. Yine, Sözleşme'nin girişinde, “ebeveynin ziyaret hakkının velayet hakkının normal sonucu

¹ Tezgel, **a.g.e.**, s. 258. 2201/2003 sayılı Evliliğe ve Velayet Sorumluluğuna İlişkin Meseleler Hakkında Mahkemelerin Yetkisi ile Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Tüzük'ün 60. maddesi uyarınca, Avrupa Birliği üyesi devletlerin kendi aralarında Lüksemburg Sözleşmesi uygulanmamaktadır. Avrupa Birliği devletleri arasında sözü edilen Tüzük uygulanmaktadır, Nigel Lowe, Mark Everall QC, Michael Nicholls, **International Movement of Children, Law Practice and Procedure**, Bristol, Jordan Publishing Limited, Family Law, 2004, s. 397. Bu durum, Sözleşme'nin uygulama alanını kısıtlamaktadır, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 526.

² Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 525, Feriha Bilge Tanrıbilir, “Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 16, Sa. 1-2, 1996, s. 83, Yücel Sayman, “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 16, Sa. 1-2, 1996, s. 129, Aysel Çelikel, “Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, C. 17, Sa. 1-2, 1997-1998, s. 109, Bilgin Tiryakioğlu, **Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku**, Ankara, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Özkan Matbaacılık, 2000, s. 40, Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme”, s. 125, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185, Giray, **a.g.e.**, s. 236, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 391.

³ Gelgel, **a.g.e.**, s. 78, Giray, **a.g.e.**, s. 236, Sayman, **a.g.m.**, s. 129, Çelikel, “Velayet”, s. 108, Huysal, **a.g.e.**, s. 190-191, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 391.

⁴ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 83, Sayman, **a.g.m.**, s. 129, Çelikel, “Velayet”, s. 109, Giray, **a.g.e.**, s. 236, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 391.

⁵ Çelikel, “Velayet”, s. 109, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 91, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 148-149, Giray, **a.g.e.**, s. 236, İlknur Altuntaş, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006, s. 40, Bulut, **a.g.e.**, s. 203, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 216, Tezgel, **a.g.e.**, s. 258.

olduğu” ifadesi ile anne ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkının da güvence altına alınması amaçlanmıştır⁶.

Sözleşme, velayet kararlarının tanınması ve tenfizinin kolaylaştırılmasıyla çocukların daha iyi korunacağına değinmektedir. Gerçekten de, çocukların velayetine ilişkin bir kararın ihlali durumunda, velayet hak ve görevine sahip kişi bulunduğu devlette ihlale ilişkin karar alabilmektedir. Fakat bu karar sadece bulunduğu devlette etkisini doğurmaktadır. Bu kararın tenfiz edilmesiyle başka bir devlette de etki doğurması sağlanmaktadır⁷. Sözleşme’nin 7. maddesinde velayete ilişkin kararların hızlı bir şekilde başka devletlerde tanınması ve tenfizi için düzenleme getirilmiştir. Maddeye göre, taraf devletlerden birinde verilmiş velayete ilişkin bir karar diğer taraf devletlerde tanınır ve icra kabiliyetine sahipse tenfiz edilir⁸. Sözleşme, taraf devletlere birbirlerinin kararlarını tanıma ve tenfiz zorunluluğu getirmektedir⁹. Bir taraf devlette verilen velayete ilişkin kararın başka bir devlette tenfizi için sadece icra kabiliyetine sahip olması gerekli ve yeterlidir¹⁰. Geçici nitelikteki velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizi Sözleşme’ye göre mümkün olmaktadır¹¹. Bu durum Sözleşme ile MÖHUK’un farklarından biridir.

Sözleşme’nin amacına ulaşabilmesi ve etkin bir şekilde uygulanabilmesi için taraf her devletin bir merkezi makam ataması gerekmektedir¹². Türkiye’nin merkezi makamı, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel

⁶ Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 39, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 91, Huysal, **a.g.e.**, s. 191, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 148-149, Giray, **a.g.e.**, s. 236, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 40, Bulut, **a.g.e.**, s. 203, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 216, Tezgel, **a.g.e.**, s. 258.

⁷ Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 730.

⁸ Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme”, s. 124, Gelgel, **a.g.e.**, s. 79, Sayman, **a.g.m.**, s. 130, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 86, Çelikel, “Velayet”, s. 111, Huysal, **a.g.e.**, s. 193, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185, Tezgel, **a.g.e.**, s. 259, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 364.

⁹ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185.

¹⁰ Gelgel, **a.g.e.**, s. 79, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 86, Çelikel, “Velayet”, s. 111, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 91, Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 738, Huysal, **a.g.e.**, s. 199, Tezgel, **a.g.e.**, s. 259.

¹¹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 475, Y. 2. HD., E. 2005/3832, K. 2005/6704, 25.04.2005; “Tenfizi istenen Gent Asliye Hukuk Mahkemesinin 11.03.2002 tarihli boşanma davası süresince alınan geçici tedbir niteliğindeki velayet, kişisel ilişki ve nafakaya ilişkin kararların tenfizi için kesinleşmesine gerek yoktur.”, Ruhi, **Boşanma İlâmları**, s. 65-66, Ruhi, “Velâyet Konusundaki İlâmlar”, s. 738, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 149, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 216, Tezgel, **a.g.e.**, s. 259.

¹² Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 242, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85, Çelikel, “Velayet”, s. 110, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 40, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 182, Huysal, **a.g.e.**, s. 192, Bulut, **a.g.e.**, s. 204, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 363.

Müdürlüğü'dür¹³. Merkezi makamlar, Sözleşme'de öngörülen görevleri yerine getirmektedirler. Sözleşme'de öngörülen görevler m. 3 ve m. 5'te yer almaktadır. Madde 3'e göre, merkezi makamlar, aralarında işbirliği yapmalı ve Sözleşme'nin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla devam eden davalarla ilgili tüm bilgileri paylaşmalı, çocukların velayeti hususunda yapılacak mevzuat değişiklikleri konusunda birbirlerine bilgi vermeli ve Sözleşme'nin uygulaması aşamasında ortaya çıkabilecek güçlükler konusunda birbirlerine yardım etmelidirler (m. 3). Madde 3'teki görevlere ek olarak merkezi makam, çocuğun bulunduğu yeri tespit etmeli, çocuğun veya talepte bulunanın menfaatlerinin zarara uğramaması için uygun önlemleri almalı ve talepte bulunan makama alınan önlemler ve sonuçları hakkında bilgi vermelidir (m. 5). Bunlar haricinde merkezi makamın önemli görevlerinden biri de kararın tanınması ve tenfizini sağlamaktır. Dolayısıyla merkezi makamın bir kararın tenfizi için doğrudan yetkili makamlarına başvuru hakkı vardır. Merkezi makam, kararın tenfizi kabul edilirse, çocuğun talepte bulunana teslimini sağlamalıdır. Kararın tenfizinin reddi durumunda ise -işin esasına ilişkin dava açılması gerekiyorsa- merkezi makam, talepte bulunanın kendi devletinin vatandaşlarıyla eşit şartlarda davada temsili için elinden geleni yapmalıdır (m. 5/4). Bu noktada merkezi makam davanın açılması için doğrudan başvuru da yapabilmektedir. Sözleşme'de merkezi makamlar arasındaki iletişim diline yönelik de düzenleme yapılmıştır (m. 6).

Türkiye'nin tarafı bulunduğu 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, velayet kararlarının hızlı ve kolay bir şekilde tenfizi hususunda çok etkili olamamaktaydı¹⁴. Sözleşme, küçüklerin korunması için tedbir alabilecek yetkili makamları ve bu konuda uygulanacak hukuku göstermektedir¹⁵. Sadece m. 7'de, "yetkili makamlar tarafından bu Sözleşmenin yukarıdaki maddeleri uyarınca alınmış olan tedbirler bütün âkit Devletlerde tanınır" denmektedir. Tenfiz hususunda ise, maddenin devamında: "bununla beraber, söz konusu tedbirlerin alındıkları Devletten başka bir

¹³ Bulut, **a.g.e.**, s. 204, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 182, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 363.

¹⁴ Huysal, **a.g.e.**, s. 193, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 149, Gökçenay, "Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları", s. 216.

¹⁵ Öztekin Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme", s. 123, Nihal Uluocak, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 231, Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 251, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 169, Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 118.

Devlette icra edilmelerinin gerekmesi halinde bunların tanınması ve tenfizi ya tenfizin talep edildiği Devletin iç hukukuna göre ya da uluslararası sözleşmelere göre yapılır” ifadesi yer almaktadır. Sözleşme, tanımada olduğu gibi, “doğrudan tenfizi” kabul etmemiş¹⁶, her üye devletin kendi iç hukukunu veya tarafı bulunduğu milletlerarası sözleşme hükümlerini uygulayabileceğini belirtmiştir¹⁷. Dolayısıyla Lüksemburg Sözleşmesi’nin 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’ne göre daha amaca uygun ve işlevsel olduğu ve 1961 La Haye Sözleşme’sinde yer alan boşluğu doldurduğu söylenebilir¹⁸.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin gözden geçirilerek hukuksal ve teknik eksikliklerinin¹⁹ tamamlanması ve daha amaca uygun, işlevsel hükümler getirilmesi niyetiyle, 19.10.1996 tarihinde yeni bir sözleşme hazırlanmıştır²⁰. Bu Sözleşme, “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme”²¹ olarak anılmaktadır. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin yerini almıştır²². Sözleşme, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde var olan “yetkilerin yarışması”²³ durumunu düzenlemeye çalışmıştır²⁴. 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, küçüğün mutad meskeni devletin makamlarını yetkili makam olarak görmekte beraber, küçüğün milli hukukuna göre kurulan hukuki ilişkilerin de tanınmasını

¹⁶ Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 361.

¹⁷ Uluocak, **a.g.e.**, s. 233, Şanlı, “Velayet”, s. 81, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 83-84, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 26, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 149, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁸ Gelgel, **a.g.e.**, s. 78, Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 242, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 83-84, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 39, Huysal, **a.g.e.**, s. 193, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 149.

¹⁹ Nihal Uluocak, “Çocukların Korunması Hakkında Öntasarı’nın Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 16, Sa. 1-2, 1996, s. 115.

²⁰ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 258, Uluocak, “Öntasarı”, s. 109, Nihal Uluocak, “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Nihai Metin, 19 Ekim 1996)”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 16, Sa. 1-2, 1996, s. 119, Bilgin Tiryakioğlu, “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, (La Haye 19 Ekim 1996)”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul, Beta Basımevi, 1999, s. 381-383, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 153, Giray, **a.g.e.**, s. 248, Dardağan Kibar, **a.g.m.**, s. 548-549, Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 124-125.

²¹ Bundan sonra bu Sözleşmeden, “1996 tarihli La Haye Sözleşmesi” olarak bahsedilecektir.

²² Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 258, Çelikel, “Velayet”, s. 108, Giray, **a.g.e.**, s. 250, Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 125.

²³ Dardağan Kibar, **a.g.m.**, s. 548.

²⁴ Uluocak, “Öntasarı”, s. 116, Giray, **a.g.e.**, s. 248, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 538.

öngörmüş²⁵ ve hatta ihtilaf halinde milli makamlara üstünlük tanımıştır²⁶. Yetkinin, mutad mesken makamları ile milli makamlar arasında paylaştırılması sorun yaratmıştır²⁷. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi ile mutad mesken makamlarının yetkisi güçlendirilmiştir²⁸. Sözleşme ile çocuğun milli makamlarına ancak mutad mesken makamlarının takdirine bağlı olarak tedbir alma yetkisi verilmiştir²⁹. Türkiye, göç veren bir devlet konumunda olduğu için mutad mesken makamlarının yetkilerinin güçlü olduğu 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne katılmamıştır³⁰. Dolayısıyla Türkiye için 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulanmaya devam etmektedir. Türkiye bakımından uygulanmayacak olsa da, konumuzu oluşturan Lüksemburg Sözleşmesi ile 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi hükümlerinin -1961 tarihli La Haye Sözleşmesi de göz önünde tutularak- karşılaştırılması, Lüksemburg Sözleşmesi'nin değerlendirilmesi bakımından yararlı olabilecektir.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nden farklı olarak, tanıma ve tenfiz işleyişine ilişkin ayrıntılı hükümler getirmiştir³¹. Lüksemburg Sözleşmesi'nde yer alan hükümler, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin tenfiz prosedürünün temelini oluşturmaktadır³². Ancak 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, tanıma ve tenfiz hususunda -Lüksemburg Sözleşmesi'ne göre- çok fazla bir yenilik getirememiştir³³. Lüksemburg Sözleşmesi'nden farklı olarak, bir önlemin tanınması veya tanınmaması için önleyici nitelikte dava açabilme olanağı³⁴ ve yine tenfize ihtiyaç duyacak bir önlem için, tenfiz amacıyla önceden tescil olanağı

²⁵ Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 383, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 24, Aysel Çelikel, Cemal Şanlı, Günseli Öztekin, B. Bahadır Erdem, İnci Ataman, F. Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları**, 2 c., İstanbul, Beta Basımevi, 2005, C. 1, s. 283, Hakkı Dinç, İnci Biçkin, Emrullah Aycı, **Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2004, s. 357, Dardağan Kibar, **a.g.m.**, s. 548, Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 119.

²⁶ Şanlı, "Velayet", s. 81, Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 383.

²⁷ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 251, Şanlı, "Velayet", s. 82, Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 119.

²⁸ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 258, Dardağan Kibar, **a.g.m.**, s. 548.

²⁹ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 258.

³⁰ Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 424, Dardağan Kibar, **a.g.m.**, s. 549.

³¹ Uluocak, "Öntasarı", s. 112, Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 384-385, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 153, Giray, **a.g.e.**, s. 248.

³² Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 153.

³³ **A.e.**, s. 153.

³⁴ Uluocak, "Öntasarı", s. 113.

getirilmiştir³⁵. Bu şekilde bir önleyici dava veya tenfiz edilebilirlik bildirimi, Lüksemburg Sözleşmesi'nde yer almamaktadır.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi ile Lüksemburg Sözleşmesi'nde yer alan tanıma ve tenfizin reddi sebepleri de bazı noktalarda farklılık göstermektedir. Lüksemburg Sözleşmesi'nde oldukça geniş red sebepleri yer almaktadır. Bu sebeple doktrinde, 1961 La Haye Sözleşmesi'nin eksikliklerini tamamlamak ve velayet kararlarının daha çabuk tanınması ve tenfizini sağlamak amacıyla olan Lüksemburg Sözleşmesi'nin, kendisinden bekleneni veremediği belirtilmiştir³⁶. Gerçekten de, ileride ayrıntılı olarak incelenecek tanıma ve tenfizin reddi sebepleri oldukça geniş ve karmaşık bir anlatımla düzenlenmiştir³⁷. Bu durum da Sözleşme'nin amacına ulaşmasını güçleştirmektedir. Dolayısıyla bu hususun doktrinde eleştiri konusu olması anlaşılabilir bir durumdur. 1996 La Haye Sözleşmesi'nde ise bu kadar geniş red sebepleri bulunmamaktadır. 1996 La Haye Sözleşmesi'nde, m. 23 kapsamında tanımanın reddi sebepleri yer almaktadır. Bu tanımanın reddi sebepleri, Sözleşme m. 26/3 gereği, tenfiz amacıyla tescil bildirimi yapıldığı zaman da uygulama alanı bulmaktadır. Ancak Sözleşme m. 28 gereği, tenfiz söz konusu olduğu zaman, talepte bulunulan devletin aradığı şartların uygulanması gerekmektedir. Bu açıdan bakılacak olursa, 1961 La Haye Sözleşmesi'ne göre daha ayrıntılı tanıma ve tenfiz düzenlemesi getirilmekle beraber, tenfiz konusunda 1961 La Haye Sözleşmesi m. 7'den çok farklı bir düzenlemeye gidilmemiştir. Tenfiz, yine devletlerin iç hukukuna bırakılmıştır.

Lüksemburg Sözleşmesi'ndeki red sebeplerini, ayrıntıya girmeden bir bütün olarak ele alırsak, 1996 La Haye Sözleşmesi kapsamında yer alan ama Lüksemburg Sözleşmesi'nde yer almayan bazı hükümlere rastlayabiliriz. 1996 La Haye Sözleşmesi'nde, tanımanın reddi sebeplerinden biri olan m. 23/2(b)'de, çocuğun savunma hakkının ihlali yer almaktadır. Acil durumlar dışında, idari veya adli bir işlemle alınan koruma önlemi, çocuğun doğrudan veya temsilcisi ya da uygun bir kurumun yardımıyla dinlenmesine olanak verilmeksizin alınmış ve tanımanın talep

³⁵ Ayrıntılı bilgi için, bkz.: Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 409, 411-413.

³⁶ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85-86, Huysal, **a.g.e.**, s. 199, 200.

³⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 83, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 42, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 526.

edildiği devletin temel usul ilkeleri ihlal edilmişse tanıma talebi reddedilir³⁸. Sözleşme kapsamında, davalının savunma hakkının ihlali ise farklı bir red sebebi olarak düzenlenmiştir (m. 23/2(c)). Çocuğun dinlenmemiş olması, davalının savunma hakkının ihlalinin ayrı bir şekilde tanımanın reddi sebebi olarak yer almaktadır. Lüksemburg Sözleşmesi m. 9’da, sadece davalının belirtilen savunma haklarına uyulmamış olması tanıma ve tenfiz reddi sebebi olarak yer almaktadır. Çocuğun dinlenmemiş olması ve bu bağlamda çocuğun savunma haklarının ihlali, ayrı bir red sebebi olarak düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, Lüksemburg Sözleşmesi’nde de 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’ne benzer bir düzenleme yer almalıydı. Çocuğun haklarıyla çok yakından ilgili olan velayete ilişkin özel bir sözleşmede, çocuğun savunma haklarına aykırılık bir tanıma ve tenfiz reddi sebebi olmalıdır.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde, m. 23/2(d)’de yer alan tanımanın reddi sebebinin de doğrudan Lüksemburg Sözleşmesi’nde olmadığını görebiliriz. 1996 La Haye Sözleşmesi m. 23/2(d)’ye göre, alınan bir önlemin tanınması talepte bulunan devletin kamu düzenine açıkça aykırı ise tanıma talebi reddedilebilmektedir. Buradaki kamu düzenine aykırılık, çocuğun yüksek menfaati göz önüne alınarak değerlendirilmektedir³⁹. Lüksemburg Sözleşmesi’nde açık bir şekilde görülebilecek kamu düzenine aykırılık şartı bulunmamaktadır. Bu sebeple doktrinde, Sözleşme’nin, “hükümün kamu düzenine aykırı olmaması” şartını aramadığı ifade edilmiştir⁴⁰. Ancak doktrinde başka bir görüşe göre, Lüksemburg Sözleşmesi m. 10/1(a)’da kamu düzenine aykırılık şartından söz edilmektedir⁴¹. Maddeye göre, yabancı velayet kararının etkileri, kendisinden talepte bulunan devletin aile ve çocuk hukukuna ilişkin temel ilkeleri ile açıkça bağdaşmaz nitelikte bulunursa, kararın tanınması ve tenfizinin reddi gündeme gelecektir. Doktrinde kamu düzeni şartının, aile ve çocuk hukukunun temel değerleri ile sınırlandırıldığı ve Sözleşme’de bu sebeplerden başka kamu düzenine aykırılık sebebinin bulunmadığı savunulmuştur⁴². Hatta Sözleşme’nin böyle bir sınırlamaya gitmesi ile tanıma ve tenfiz kolaylaştığı ve bu

³⁸ Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 410.

³⁹ Uluocak, “Nihaî Metin”, s. 126, Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 410.

⁴⁰ Sayman, **a.g.m.**, s. 135, Çelikel, “Velayet”, s. 115.

⁴¹ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 92, Huysal, **a.g.e.**, s. 199, Tezgel, **a.g.e.**, s. 262-263.

⁴² Huysal, **a.g.e.**, s. 199, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 92, Tezgel, **a.g.e.**, s. 262-263.

bakımdan düzenlemenin yerinde ve isabetli olduğu ifade edilmiştir⁴³. Kanaatimizce de, Sözleşme’de bilinçli olarak kamu düzenine aykırılık şartına açıkça yer verilmemiştir. Kamu düzenine aykırılık şartı, aile ve çocuk hukukuna ilişkin temel ilkeler ile sınırlandırılmıştır.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi ile Lüksemburg Sözleşmesi arasında sadece tanıma ve tenfiz şartlarında farklılık bulunmamaktadır. Sözleşmelerde yer alan bazı temel kavramların açıklamasında da farklılık göze çarpmaktadır.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, çocuk tanımına ilişkin olarak, 1961 La Haye Sözleşmesi’nden farklı bir düzenleme getirmiştir. 1961 tarihli La Haye’de, Sözleşme’nin “küçüklere” ilişkin düzenlendiği belirtilmiştir⁴⁴. Sözleşme anlamında, m. 12 gereğince, “küçük” kavramından, gerek vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna gerekse mutad meskeninin bulunduğu devletin iç hukukuna göre bu niteliğe sahip kişiler anlaşılmaktadır. Bu iki hukuka göre de küçük kabul edilen kişinin korunmasında Sözleşme’deki kurallar geçerli olmaktadır⁴⁵. Sözleşme’de “küçük” kavramının, hangi devlet hukuklarına göre kabul edildiği belirtilmekle beraber, bu kavramdan ne anlaşılabileceği hususunda hangi hukukun yetkili olduğu belirtilmemiştir⁴⁶. 1996 La Haye Sözleşmesi’nde, Sözleşme’nin on sekiz yaşından küçük çocuklara uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir⁴⁷. 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, Sözleşme’ye taraf devletlerden birinde mutad meskeni bulunan küçüklere uygulanmaktaydı. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi ise, Sözleşme’nin uygulanacağı çocukları coğrafi olarak sınırlayan bir düzenleme getirmemiştir⁴⁸.

Lüksemburg Sözleşmesi’nde, on altı yaşının altında olup⁴⁹, mutad meskeni kanununa veya vatandaşı olduğu devletin kanununa ya da talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre kendi ikamet yerini tayin etme hakkına sahip olmayan kişi “çocuk”

⁴³ Tezgel, **a.g.e.**, s. 263.

⁴⁴ Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme”, s. 123, Çelikel, Şanlı, Öztekin, Erdem, Ataman, Giray, **a.g.e.**, s. 282, Dinç, Biçkin, Aycı, **a.g.e.**, s. 357, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 168-169.

⁴⁵ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 256, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 169, Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 119.

⁴⁶ Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 383.

⁴⁷ Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 383, Giray, **a.g.e.**, s. 250, Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 125.

⁴⁸ Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 386, Giray, **a.g.e.**, s. 251.

⁴⁹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 526, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 363.

olarak tanımlanmıştır⁵⁰. Kanaatimizce, Lüksemburg Sözleşmesi'nde düzenlenen çocuk tanımının -1996 La Haye Sözleşmesi'nde olduğu gibi- on sekiz yaşından küçükleri kapsamı gerektirdi. Dolayısıyla bu tanım, tarafı bulunduğumuz ÇHDS'nin, istisnai durumlar hariç on sekiz yaşına kadar herkesin çocuk sayılacağını belirten 1. maddesi ile de uyumlu olurdu. Ancak on altı yaş sınırı, Sözleşme'nin ÇHDS ile paralel olmamasına yol açmaktadır. 1996 tarihli La Haye -ÇHDS ile uyumlu olarak- Lüksemburg Sözleşmesi'nden farklı bir çocuk kavramını kabul etmiştir. Ayrıca 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi gereğince, sığınmış ve mutad meskeni belli olmayan çocuklar da bulundukları devletin koruma kurallarından yararlanmaktadır⁵¹. Bu bakımdan 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, Lüksemburg Sözleşmesi'nden daha geniş uygulama alanına sahiptir⁵².

Velayet, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde, Lüksemburg Sözleşmesi'nden farklı olarak düzenlenen kavramlardan biridir. 1996 La Haye Sözleşmesi, “velayet sorumluluğu” kapsamında çocuğun sadece şahsını değil, malları ile ilgili hususları da koruma altına almıştır⁵³. Lüksemburg Sözleşmesi'nde ise, çocuğun oturacağı yeri belirleme, onunla kişisel ilişki kurma hakları da dahil olmak üzere, kişisel bakımına ilişkin olarak verilen herhangi bir makam kararı velayete ilişkin kabul edilmiştir⁵⁴. Dolayısıyla çocuğun malvarlığı üzerindeki haklara ve sorumluluklara ilişkin kararlar Sözleşme kapsamı içinde değildir⁵⁵. Yine Sözleşme'deki “makam” tanımından da açıkça anlaşılabileceği gibi, velayete ilişkin karar adli veya idari bir makam tarafından verilebilmektedir⁵⁶. Yani Lüksemburg Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için adli veya idari bir makam tarafından verilmiş velayet kararı bulunmalıdır. 1996

⁵⁰ Gelgel, **a.g.e.**, s. 78, Giray, **a.g.e.**, s. 237, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 84, Sayman, **a.g.m.**, s. 129, Çelikel, “Velayet”, s. 109-110, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 91, Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 254.

⁵¹ Uluocak, “Öntasarı”, s. 115, Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 258, Giray, **a.g.e.**, s. 252-253.

⁵² Giray, **a.g.e.**, s. 251.

⁵³ Uluocak, “Nihai Metin”, s. 127, Tiryakioğlu, **a.g.m.**, s. 386, Giray, **a.g.e.**, s. 250, Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 125.

⁵⁴ Gelgel, **a.g.e.**, s. 78, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85, Çelikel, “Velayet”, s. 110, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 39, Huysal, **a.g.e.**, s. 192, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 41, Bulut, **a.g.e.**, s. 204, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 181.

⁵⁵ Huysal, **a.g.e.**, s. 192, Gelgel, **a.g.e.**, s. 79.

⁵⁶ Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme”, s. 124, Gelgel, **a.g.e.**, s. 78, Çelikel, “Velayet”, s. 116, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85, Huysal, **a.g.e.**, s. 191, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 151, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 41, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 181-182, Tezgel, **a.g.e.**, s. 259, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 216, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 543, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 392.

tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında ise velayet hakkı, adli veya idari bir kararla elde edilmiş olabileceği gibi, bir anlaşmaya da dayanabilir⁵⁷. Bu da, iki sözleşme arasındaki farklardan birini oluşturmaktadır.

Tanım ve tenfiz düzenlemeleri içermese de⁵⁸, Lüksemburg Sözleşmesi'ni tamamlayıcı nitelikte olduğu için⁵⁹ incelenmesi gereken La Haye sözleşmelerinden biri de, 25.10.1980 tarihli, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme"dir⁶⁰. Sözleşme, adından da anlaşılacağı gibi, uluslararası çocuk kaçırımlarını ele almaktadır⁶¹. Ancak çocuk kaçırımlarına ek olarak, çocukların haksız alıkonulmaları da Sözleşme kapsamındadır⁶². 1980 tarihli La Haye, bir adli yardım sözleşmesi niteliğindedir⁶³.

1980 tarihli La Haye Sözleşmesi, Lüksemburg Sözleşmesi ile aynı doğrultuda, on altı yaşından küçük çocukları koruma kapsamına almıştır⁶⁴. Bu bakımdan, iki sözleşmenin birbiriyle uyumlu olduğu söylenebilmektedir⁶⁵. Ancak Lüksemburg Sözleşmesi'nde yer alan çocuk tanımında, mutad meskeni kanununa veya vatandaşı olduğu devlet kanununa ya da talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre ikamet yerini belirleme hakkına sahip olmama şartı da yer almaktadır. 1980

⁵⁷ Uluocak, "Nihaî Metin", s. 122, Giray, **a.g.e.**, s. 254.

⁵⁸ Öztekin Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme", s. 130, Huysal, **a.g.e.**, s. 232, Giray, **a.g.e.**, s. 21, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 365.

⁵⁹ Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 43; "Bu Sözleşme, milletlerarası nitelikteki çocuk kaçırma olaylarını özel hukuka ait veçheleri itibariyle düzenleyen 25 Ekim 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi ile birlikte bir bütün teşkil etmektedir.", Altuntaş, **a.g.e.**, s. 42, Bulut, **a.g.e.**, s. 206.

⁶⁰ Türkiye, Sözleşme'yi 21.01.1998 tarihinde imzalamış ve 03.11.1999 tarihli, 4461 sayılı Kanun ile onaylanmasını uygun bulmuştur (RG. 11.11.1999/23873). Sözleşme metni, 15.02.2000 tarihli ve 23965 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bundan sonra bu Sözleşmeden "1980 tarihli La Haye Sözleşmesi" olarak bahsedilecektir.

⁶¹ Öztekin Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme", s. 130, İnci Ataman Figanmeşe, "Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi", **Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan**, İstanbul, Beta Basımevi, 1999, s. 60, Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 120, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 248.

⁶² Öztekin Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme", s. 130, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 43, Huysal, **a.g.e.**, s. 204, Giray, **a.g.e.**, s. 12, 22, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 42, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 248.

⁶³ Öztekin Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme", s. 133, Huysal, **a.g.e.**, s. 232, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 152, Giray, **a.g.e.**, s. 21.

⁶⁴ Öztekin Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme", s. 133, Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 259, Ataman Figanmeşe, **a.g.m.**, s. 61, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 48, Huysal, **a.g.e.**, s. 204, Giray, **a.g.e.**, s. 32, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 203, 207-208, Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 121, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 203.

⁶⁵ Gelgel, **a.g.e.**, s. 78, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 404.

tarıhli La Haye Sözleşmesi’nde böyle bir şarta yer verilmesi taslak metinde önerilmiş ama kabul görmemiştir⁶⁶.

1980 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde velayet hakkı, çocuğun bakımını yerine getirme ve onun meskenini belirleme olarak tanımlanmıştır (m. 5). Bu tanım bakımından da iki sözleşme hükümlerinin benzer olduğu söylenebilir. Lüksemburg Sözleşmesi’ndeki velayete ilişkin karar tanımı, 1980 La Haye Sözleşmesi’ndeki tanımdan daha geniştir ve onu kapsamaktadır⁶⁷. Lüksemburg Sözleşmesi’nde, kişisel ilişki kurma hakkı da velayet hakkının içinde yer almaktadır. Çocuğun malvarlığının kullanılmasına ilişkin haklar -Lüksemburg Sözleşmesi’nde olduğu gibi- 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin kapsamı dışında kalmaktadır⁶⁸.

1980 tarihli La Haye Sözleşmesi ile Lüksemburg Sözleşmesi arasında benzerlik bulunmakla beraber, bazı hususlarda farklı düzenlemelere de rastlanmaktadır⁶⁹. Lüksemburg Sözleşmesi, velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizine ek olarak, haksız olarak başka bir devlete götürülen çocukların iadesi hakkında da hükümler içermektedir⁷⁰. Lüksemburg Sözleşmesi’ne göre, velayet sorumluluğunu ihlal eden her türlü fiil haksız götürme kavramı içerisinde⁷¹. Ancak 1980 tarihli La Haye, sadece hukuka aykırı yeri değişen ve kaçırılan çocukların iadesini düzenlemektedir⁷². 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi, çocuğun haksız olarak kaçırılmasından veya alıkonulmasından önceki mevcut “fiili” durumu yeniden sağlamaya çalışmaktadır. Lüksemburg Sözleşmesi ise, çocuğun “hukuki” anlamda mevcut durumunu esas almaktadır⁷³. Dolayısıyla 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin korumasından faydalanabilmek için, adli veya idari bir makam kararına ihtiyaç bulunmamaktadır⁷⁴. Sözleşme’ye göre velayet hakkı, adli veya idari

⁶⁶ Giray, **a.g.e.**, s. 33.

⁶⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 78.

⁶⁸ Gelgel, **a.g.e.**, s. 79, Huysal, **a.g.e.**, s. 208-209, Giray, **a.g.e.**, s. 14.

⁶⁹ Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 365.

⁷⁰ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 526, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 363.

⁷¹ Giray, **a.g.e.**, s. 237.

⁷² **A.e.**, s. 237.

⁷³ **A.e.**, s. 46-47.

⁷⁴ Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme”, s. 130, Giray, **a.g.e.**, s. 91-92, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 526, Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 120, Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 365, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 257, 396.

bir karara dayanabildiği gibi, kanun ya da bir sözleşme gereği de gerçekleşebilir⁷⁵. 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi, çocuğun en kısa zamanda mutad meskeninin bulunduğu devlete iadesinin, üstün menfaatinin en iyi şekilde sağlayacağı düşüncesini taşımaktadır⁷⁶. 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi bu şekilde bir düzenleme öngörmeseydi, haksız olarak yeri değiştirilen çocuğun iadesi için velayet hakkının adli veya idari bir karara dayanması ve bu kararın da tenfiz edilmesi gerekirdi⁷⁷. Kararın tenfizi sürecinin zaman almasından dolayı da, çocuğun götürüldüğü yeni ortamına alışması veya alışamadığı için sorunlar yaşaması söz konusu olabilirdi⁷⁸. Bu gibi problemlerin yaşanabileceği öngörülmüş ve çocuğun iadesinin en kısa zamanda sağlanması için Sözleşme’de gerekli düzenlemeler yapılmıştır⁷⁹. Bu bağlamda 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi, Lüksemburg Sözleşmesi’ne göre çocukların iadesi konusunda daha etkili olmaktadır⁸⁰.

1980 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde, Lüksemburg Sözleşmesi’nde olduğu gibi, açıkça bir kamu düzenine aykırılık şartı yer almamaktadır. Çocuğun iadesinin talepte bulunulan devletin aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmaması, Komisyonda bir red sebebi olarak kabul edilmiştir⁸¹. Bu, Lüksemburg Sözleşmesi ile de paralel bir düzenlemedir. Ancak nihai metinde çocuğun iadesinin “temel insan hak ve hürriyetlerini ihlal” etmemesi şartı aranmıştır⁸². Böylece 1980 La Haye Sözleşmesi’nde, Lüksemburg Sözleşmesi’nden farklı bir düzenleme yer almıştır.

Lüksemburg Sözleşmesi hükümlerine çekince koyma konusunda devletlere çok geniş yetki verilmiştir⁸³. Bu geniş yetkinin amacı, Sözleşme’ye katılımı

⁷⁵ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 84, Çelikel, “Velayet”, s. 114, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 526, Ataman Figanmeşe, **a.g.m.**, s. 74-76, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 43, Huysal, **a.g.e.**, s. 207, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 151, Giray, **a.g.e.**, s. 24, 238, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 42, Bulut, **a.g.e.**, s. 206, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 217-218, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 365-366.

⁷⁶ Giray, **a.g.e.**, s. 48, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 193, Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 120.

⁷⁷ Giray, **a.g.e.**, s. 244, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 202, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 365.

⁷⁸ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 202.

⁷⁹ Huysal, **a.g.e.**, s. 201-202, Giray, **a.g.e.**, s. 24.

⁸⁰ Ataman Figanmeşe, **a.g.m.**, s. 100, Giray, **a.g.e.**, s. 247, Huysal, **a.g.e.**, s. 201, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 153, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 42-43.

⁸¹ Ataman Figanmeşe, **a.g.m.**, s. 94, Giray, **a.g.e.**, s. 11.

⁸² Ataman Figanmeşe, **a.g.m.**, s. 95, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 49, Huysal, **a.g.e.**, s. 231, Giray, **a.g.e.**, s. 11, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 306.

⁸³ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 90, Gelgel, **a.g.e.**, s. 83, Huysal, **a.g.e.**, s. 198, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 42.

arttırmaktır⁸⁴. Ancak bu durumun, çocuğun ve anne babasının haklarının korunması konusunda Sözleşme'nin etkinliğini zayıflattığı ve çocukların iadesini güçleştirdiği belirtilmektedir⁸⁵. Sözleşme kapsamında çekince koyulabilecek maddeler, m. 17 ve 18'de sayılmıştır. Doktrinde, “sözleşmenin kalbini oluşturan” hükümlere çekince koyma yetkisinin verildiğinden bahsedilmektedir⁸⁶. 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde ise, devletlere sınırlı olarak çekince koyma yetkisi verilmiştir⁸⁷. Çocuğun iadesini kolaylaştırmak amacıyla, çekince koyulabilecek maddeler kısıtlanmıştır⁸⁸. Kanaatimizce de, çekince koyma konusunda devletlere verilen geniş yetki Sözleşme'nin amacına ulaşamamasına yol açmaktadır. Ayrıca bu geniş yetki Sözleşme'ye katılımı arttırmak amacıyla verilmiş olsa da, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf devletlerin sayısı Lüksemburg Sözleşmesi'ne göre daha fazladır⁸⁹.

B. ÇOCUĞUN HAKSIZ GÖTÜRÜLMESİ DURUMUNDA İADESİ

Çocuğun haksız olarak götürülmesi durumunda velayet hakkına sahip kişiye iadesinin sağlanması, Lüksemburg Sözleşmesi'nin amaçlarından biridir⁹⁰.

“Haksız götürme” kavramı, Sözleşme'de tanımlanmıştır. Bu kavram, taraf devletlerden birinde verilmiş icrai kabiliyeti bulunan velayete ilişkin bir karara aykırı olarak çocuğun başka devletlere götürülmesini ifade etmektedir⁹¹.

Kişisel ilişki kurma veya geçici ikamet süresinin sonunda çocuğun velayet hakkı sahibine geri dönmemesi de haksız götürme sayılmaktadır⁹². Ayrıca, çocuğun

⁸⁴ Gelgel, **a.g.e.**, s. 83, Huysal, **a.g.e.**, s. 198.

⁸⁵ Huysal, **a.g.e.**, s. 198, Giray, **a.g.e.**, s. 238, 244, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 42.

⁸⁶ Giray, **a.g.e.**, s. 244.

⁸⁷ **A.e.**, s. 11-12.

⁸⁸ **A.e.**, s. 11-12.

⁸⁹ Giray, **a.g.e.**, s. 24, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 42.

⁹⁰ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 83, Sayman, **a.g.m.**, s. 129, Çelikel, “Velayet”, s. 109, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 526, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185.

⁹¹ Giray, **a.g.e.**, s. 239, Sayman, **a.g.m.**, s. 130, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 39, Bulut, **a.g.e.**, s. 204, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185.

⁹² Giray, **a.g.e.**, s. 240, Sayman, **a.g.m.**, s. 130, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 39, Bulut, **a.g.e.**, s. 204, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 186.

başka bir devlete götürüldüğü tarihte velayete ilişkin bir karar bulunmasa bile daha sonra taraf devletlerden birinden alınan icra kabiliyeti bulunan bir kararla götürmenin haksız olduğu tespit edilebilmektedir⁹³. Bu kararlar haksız olduğu tespit edilen götürme de haksız götürme kavramına girmektedir (m. 1).

1. Çocuğun Derhal İadesi

Sözleşme m. 8’de, çocuğun haksız götürülmesi halinde hızlı bir şekilde iadesi için yapılması gerekenler belirtilmiştir. Bu maddenin özelliği, iade talebinin yapıldığı tarihte velayete ilişkin bir kararın bulunmasına gerek olmamasıdır⁹⁴. Haksız götürmeyi tespit eden bir kararın bulunması yeterlidir. Anne, baba ve çocuğun, sadece haksız götürmeye dair karar veren devletin vatandaşlığında olmaları ve çocuğun mutad meskeninin bu devlette bulunması gerekmektedir. Vatandaşlık ve mutad meskene ilişkin bu şartın hangi ana göre tespit edileceği de maddede yer almaktadır. Bu şartların haksız olarak götürülme tarihinde bulunması gerekmektedir. Ancak velayete ilişkin bir dava açılmış ve bu dava sürerken haksız götürme gerçekleşmişse, bu davanın açıldığı tarih esas alınmalıdır.

Maddede yer alan korumadan yararlanabilmek için taraf devletlerden birinin merkezi makamına haksız götürmeden itibaren altı ay içinde başvuru yapılması gerekmektedir. Bu altı aylık süre, 8. maddenin uygulanabilmesi için en önemli şarttır⁹⁵. Altı aylık sürenin geçmiş olması durumunda, Sözleşme’nin 9. ve 10. maddelerindeki şartların hepsinin aranması gerekmektedir.

Çocuğun 8. madde kapsamında iadesi için talepte bulunulan devlet tarafından herhangi bir tenfiz kararı verilmesine gerek yoktur⁹⁶. Ancak talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre bir tanıma veya tenfiz kararının verilmesi zorunlu olabilir. Bu durumda maddenin 2. fıkrasına göre, talepte bulunulan devlette tanıma ya da

⁹³ Giray, **a.g.e.**, s. 240, Sayman, **a.g.m.**, s. 130, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85, Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 40, Bulut, **a.g.e.**, s. 204, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 186.

⁹⁴ Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme”, s. 125, Gelgel, **a.g.e.**, s. 79, Sayman, **a.g.m.**, s. 130-131, Huysal, **a.g.e.**, s. 193, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 186.

⁹⁵ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 186-187.

⁹⁶ Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme”, s. 126, Sayman, **a.g.m.**, s. 130, Huysal, **a.g.e.**, s. 193, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 187, Tezgel, **a.g.e.**, s. 259.

tenfiz kararının alınması gerekmektedir. Türkiye söz konusu fıkra kapsamına giren devletlerdendir. Türk hukukuna göre, haksız olarak götürülen çocuğun doğrudan iadesi mümkün değildir⁹⁷. Sözleşme bu istisnai duruma yer vermekle birlikte burada yine kolay bir tenfiz yolu öngörmüştür. Çocuğun derhal iadesi için açılan tenfiz davasında Sözleşme’de öngörülen hiçbir red sebebi uygulanmamaktadır. Burada haksız götürme kararı derhal tenfiz edilmektedir⁹⁸.

Velayet hakkına sahip kişi ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişi arasında yetkili makamlar tarafından onaylanmış bir sözleşme bulunabilir. Kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişi bu sözleşme hükümlerini ihlal ederse, 8. madde uyarınca velayet hakkının yeniden düzenlenmesi söz konusu olmaktadır. Burada çocuğun iadesi yine yukarıda belirtilen madde hükümleri gereğince yapılmaktadır. Sözleşmeyi ihlal eden kişi, yetkili bir makam kararına dayanarak bunu gerçekleştirmiş olsa da durum değişmemektedir (m. 8/3).

Sözleşme’nin 17. maddesi gereğince, taraf devletlerin 8. madde hükmüne çekince koyma yetkisi bulunmaktadır. Buna göre taraf devletler -çekincede açıkça belirtilmesi şartıyla- 10. maddede yer alan tenfiz şartlarından istediklerinin, 8. madde kapsamında çocuğun iadesinde de uygulama alanı bulmasını sağlayabilmektedir. Ancak m. 17/2 uyarınca çekincede yer alan şartlar, çekinceyi koyan devletin -kararlarının başka taraf devletlerde tenfizi durumunda- kendisine de uygulanmaktadır. Doktrinde bu çekincenin çocuğun iadesini güçleştirdiği savunulmaktadır⁹⁹. Kanaatimizce de, taraf devletlere 8. maddeye bu türden bir çekince koyma yetkisinin verilmesi, madde ile ulaşılmak istenen amaca aykırı düşmektedir. Maddenin amacı, haksız olarak götürülen çocuğun hızlı bir şekilde iadesidir. Bu çekince, çocuğun hızlı ve kolay bir şekilde iadesine engel oluşturmaktadır.

⁹⁷ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 91-92, Huysal, **a.g.e.**, s. 194, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 187.

⁹⁸ Gelgel, **a.g.e.**, s. 79, Huysal, **a.g.e.**, s. 194, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 187, Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 527.

⁹⁹ Huysal, **a.g.e.**, s. 198, Giray, **a.g.e.**, s. 238.

2. Çocuğun Derhal İade Edilemediği Durumlarda Tanıma ve Tenfiz

Sözleşme'nin 9. maddesinde, 8. madde kapsamına girmeyen haksız götürme durumları ele alınmıştır. Bu bağlamda anne baba ve çocuk, sadece haksız götürme kararını veren devletin vatandaşı değilse veya çocuğun mutad meskeni bu devlette bulunmuyorsa, çocuğun iadesi için tenfiz davasının açılması gerekmektedir¹⁰⁰.

Bu maddenin uygulanabilmesi için, 8. maddede olduğu gibi, haksız götürmeden itibaren altı ay içinde herhangi bir merkezi makama başvuru yapılmış olması gerekmektedir (m. 9/1). Haksız götürmeden itibaren altı ay içinde tanıma ve tenfiz talebi yapılmış ama herhangi bir merkezi makama başvuru yapılmamışsa da bu madde hükümleri uygulanır (m. 9/2).

Madde 9/1(a) kapsamında, dava dilekçesinin davalıya savunmasını yapmasına olanak verecek sürede tebliğ edilmemesi ve davalının (veya kanuni temsilcisinin) gıyabında karar verilmesi tenfizin reddi sebeplerinden birini oluşturmaktadır. Ancak davalı bulunduğu yeri bilerek gizlemişse bu durumda tenfiz reddedilmez. Bu şart, MÖHUK 54/1(ç)'deki düzenleme ile paraleldir. Ancak Sözleşme'de söz konusu şartın incelenebilmesi için davalının itirazı aranmamaktadır. Bu durum MÖHUK'tan farkını oluşturmaktadır¹⁰¹.

Yine m. 9/1(b)'ye göre, davalının gıyabında karar veren makamın yetkisi, davalının mutad meskenine veya en az birinin halen orada oturması şartıyla anne babanın son müşterek mutad meskenine ya da çocuğun mutad meskenine dayanmıyorsa tenfiz reddedilmektedir.

Maddede yer alan son red sebebi, tanınması ve tenfizi talep edilen kararın, haksız götürme gerçekleşmeden önce talepte bulunulan devlette verilen bir kararla bağdaşmamasıdır. Ancak burada istisnai bir duruma yer verilmiştir¹⁰². Madde 9/1(c)'nin ikinci cümlesi gereğince, çocuğun haksız götürme gerçekleşmeden önce

¹⁰⁰ Sayman, **a.g.m.**, s. 131, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 87.

¹⁰¹ Tezgel, **a.g.e.**, s. 260.

¹⁰² Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 87, Giray, **a.g.e.**, s. 245.

talep eden devlette bir yıl süreyle mutad olarak oturmuş olması durumunda bu red sebebine başvurulamamaktadır.

Sözleşme m. 9/3'te temel bir ilkeye yer verilmiştir. Buna göre, Sözleşme kapsamında görülen tanıma ve tenfiz davalarında hiçbir şekilde esastan inceleme yapılamamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme, MÖHUK ile paralel bir şekilde **revision au fond** yasağını kabul etmiştir¹⁰³.

Yukarıda yer verilen Sözleşme'nin 17. maddesi, 9. madde bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla isteyen her taraf devlet, 10. maddede yer alan şartlardan çekinceye belirtilenlerin 9. madde bakımından da uygulanacağını öngörebilir. Kanaatimizce, 8. maddede olduğu gibi, 9. madde kapsamında böyle bir çekinceye yer verilmesi Sözleşme'nin amacına uymamaktadır.

C. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİ GEREĞİNCE TANIMA VE TENFİZ

Sözleşme'nin 10. maddesi, 8. ve 9. maddelerin kapsamı dışında kalan kararlar için tenfiz şartlarını düzenlemektedir. Dolayısıyla bir haksız götürme durumu mevcut değilse veya mevcut olmasına rağmen 8. ve 9. maddelerde belirtilen altı aylık sürede bir merkezi makama başvuru yapılmamış ya da tenfiz davası açılmamışsa, 10. madde hükümleri uygulanmaktadır¹⁰⁴.

10. maddede yer verilen tenfiz şartları arasında öncelikle 9. madde hükmüne atıf yapılmıştır. Bu sebeple, 10. madde gereğince yapılan bir tenfizde, aşağıda incelenecek ret sebeplerine ek olarak, 9. maddedeki sebepler de göz önünde tutulmalıdır.

Kararın sonuçlarının talepte bulunulan devletin aile ve çocuk hukukuna ilişkin temel prensipleri ile bağdaşmaması, madde 10/1(a)'da bir red sebebi olarak düzenlenmiştir. Yukarıda bu hükümle ilgili doktrinde yer alan tartışmalara yer

¹⁰³ Tezgel, **a.g.e.**, s. 264.

¹⁰⁴ Gelgel, **a.g.e.**, s. 81, Sayman, **a.g.m.**, s. 131-132, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 88, Huysal, **a.g.e.**, s. 195, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 189.

verilmişti¹⁰⁵. Kanaatimizce, bu hükümle kamu düzeni şartına yer verilmiştir. Ancak kamu düzeni şartı, aile ve çocuk hukukunun temel prensiplerine uyulması doğrultusunda sınırlandırılmıştır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararında¹⁰⁶ yer alan muhalefet şerhinde de, bu şart ile kamu düzeninin yabancı kararlara müdahalesinin zorlaştırıldığı ve asgari seviyeye indirildiği vurgulanmıştır.

Madde 10/1(b), yine kararın sonuçlarına ilişkin bir red sebebi getirmiştir. Maddeye göre, kararın sonuçları şartlarda meydana gelen değişiklik sebebiyle artık çocuğun menfaatleri ile açıkça bağdaşmıyorsa, tenfiz reddedilebilmektedir. Kararın verilmesi ile tenfizi talebi arasında geçen zaman da madde kapsamındadır. Ancak çocuğun haksız olarak götürülmesiyle oturduğu yerin değişmesi, madde kapsamına girmemektedir. Talepte bulunulan devletin yetkili makamı, bu şart bakımından inceleme yaparken Sözleşme'nin 15. maddesi hükümlerini dikkate almalıdır. Madde 15/1(a) uyarınca, çocuğun yaşı ve olgunluk düzeyine bağlı olarak görüşlerine başvurulması gerekmektedir. Ayrıca m. 15/1(b) gereğince, gerekli görülüyorsa bazı soruşturmaların da yapılması istenebilmektedir. Masraflar, soruşturmayı yapan taraf devlete aittir (m. 15/2). Kararı veren devletin makamı, merkezi makamlar aracılığıyla soruşturma talepleri ve sonuçları hakkında bilgilendirilmektedir (m.15/3).

Doktrinde, hakime verilen soruşturma yapma yetkisinin, dava konusunda yeniden inceleme yapma olanağını sağladığı düşünülmektedir¹⁰⁷. Hakimin soruşturma yapma yetkisi ile dava konusunun esasını incelediği doğrudur. Ancak yukarıda da incelendiği üzere, kanaatimizce çocuğun korunmasına ilişkin temel kuralların ihlali durumunda yabancı kararın esasına girilmesi teknik anlamda bir esastan inceleme sayılmamaktadır¹⁰⁸.

Doktrinde, çocuğun dinlenmesi kurumunun Türk hukukunda hakim in takdirinde olduğu¹⁰⁹ ama Lüksemburg Sözleşmesi'nin 15. maddesiyle hakim

¹⁰⁵ Bkz.: yuk., s. 90-91.

¹⁰⁶ Y. 2. HD., E. 2004/12285, K. 2004/13680, 22.11.2004, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 20.03.2014.

¹⁰⁷ Huysal, **a.g.e.**, s. 196.

¹⁰⁸ Bkz.: yuk. 61-64.

¹⁰⁹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 32.

bakımından artık bir zorunluluk olduğu belirtilmiştir ¹¹⁰. Kanaatimizce, TMK’da açık bir hüküm yer almasa da, tarafı bulunduğumuz ÇHDS m. 12, ÇHKS m. 3 ve 6 gereğince hakimın çocuğun görüşlerine başvurması zorunludur ¹¹¹. Lüksemburg Sözleşmesi’nin 15. maddesi de bu bağlamda hakime zorunluluk yüklemektedir.

Madde 10/1(c), talepte bulunulan devletin çocukla olan ilişkisi ile ilgilidir. Çocuk talepte bulunulan devletin vatandaşıysa veya çocuğun mutad meskeni bu devlette bulunuyorsa, kararı veren devletin çocukla olan bağlantısına bakılır. Kararı veren devletin çocukla bu türden bir ilişkisi yoksa tenfiz reddedilebilir. Ancak çocuk hem kararı veren devletin hem de talepte bulunulan devletin vatandaşı ise, mutad meskeninin bulunduğu devlet önemli olmaktadır. Çocuğun mutad meskeni talepte bulunulan devlette bulunuyorsa kararın tenfizi yine reddedilebilmektedir.

Kararın, talepte bulunulan veya üçüncü bir devlet tarafından başvurunun yapılmasından önce verilen icra kabiliyeti olan başka bir kararla bağdaşmaması durumunda, tenfizi reddedilebilmektedir (m. 10/1(d)). Yine maddede yer alan açık hüküm sebebiyle, bu şartın uygulanabilmesi için tenfizin reddinin çocuğun menfaatlerine uygun olması gerekmektedir. Madde 10/1(d), m. 9/1(c)’ye benzemektedir ¹¹². Ancak bu hükmle, m. 9’daki kesin hükmün etkisi genişletilmiştir ¹¹³. Maddeye göre, kesin hükmün bulunması tenfizin reddi için tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda tenfizin reddinin çocuğun menfaatine uygun olması gerekmektedir ¹¹⁴.

Sözleşme’nin 10. maddesindeki tüm bu red sebepleri bulunsa bile, hakimın kararın tenfizini reddetme konusunda takdir hakkı vardır ¹¹⁵. 9. maddede ise bu takdir hakkı bulunmamaktadır ¹¹⁶. Bu durum 9. maddede yer alan “reddedilir” ile 10. maddede yer alan “reddedilebilir” kelimeleri arasındaki anlam farklılığından doğmaktadır.

¹¹⁰ Huysal, **a.g.e.**, s. 196.

¹¹¹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 32.

¹¹² Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 88.

¹¹³ Huysal, **a.g.e.**, s. 196.

¹¹⁴ Gelgel, **a.g.e.**, s. 82, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 88.

¹¹⁵ Giray, **a.g.e.**, s. 246.

¹¹⁶ **A.e.**, s. 246.

Sözleşme’deki tanıma ve tenfiz şartları, taraf devletlerden verilen velayete ilişkin kararlar hakkında uygulama alanı bulmaktadır. Ancak bunlara ek olarak, Sözleşme’nin 11. ve 12. maddelerinde tanıma ve tenfize konu olacak diğer kararlara yer verilmiştir.

Sözleşme’nin 11. maddesine göre, çocukla kişisel ilişki kurulması konusundaki kararlar ile velayete ilişkin kararların kişisel ilişki kurulmasını öngören hükümleri de Sözleşme’deki şartlara göre tanınıp tenfiz edilmektedir. Ayrıca talepte bulunulan devletin, tarafların da taahhütlerini göz önüne alarak, kişisel ilişki hakkının şartları ve kullanılması konusunda düzenleme yapma yetkisi olduğu m. 11/2’de belirtilmiştir. Bu fıkra, taraflara kişisel ilişkinin kurulması ve kullanılması konusunda farklı şartlarda sözleşme yapma olanağı da vermektedir¹¹⁷. Madde 11/3’te daha da ileri gidilerek, kişisel ilişki kurma hakkı konusunda hiçbir düzenlemenin olmadığı veya velayete ilişkin kararın tenfizinin reddedildiği durumlarda, yetkili makama kişisel ilişki kurma hakkını yeniden düzenleme yetkisi tanınmıştır. Ancak 11. maddenin bahsedilen 2. ve 3. fıkrası, Türkiye’nin tarafı bulunduğu, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nin¹¹⁸” kapsamına giren hallerde uygulanmamaktadır¹¹⁹. Bu husus, Sözleşme’nin 19. maddesinde düzenlenmiştir.

Çocuğun haksız olarak götürüldüğü tarihte velayete ilişkin bir karar bulunmayabilir. Bu durumda, sonradan herhangi bir kişinin talebi üzerine, götürmenin haksız olduğunu tespit eden velayete ilişkin bir karar alınabilir. Sözleşme’nin 12. maddesine göre, götürmenin haksız olduğunu tespit eden bu velayete ilişkin karar da diğer kararlara aynı şartlarda tanınıp tenfiz edilebilmektedir. Doktrinde bu maddenin, boşanma sürecinde sıkça rastlanan çocuk kaçırma olayları bakımından olumlu olduğu düşünülmektedir¹²⁰. Kanaatimizce, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi sayesinde hiçbir adli veya idari makam kararı olmadan da çocuğun iadesi

¹¹⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 83.

¹¹⁸ Sözleşme, Türkiye tarafından, 15.07.2003 tarihinde imzalanmıştır. 09.11.2010 tarihli ve 6066 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş, 14.10.2011 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından onaylanması kararlaştırılmıştır. Sözleşme metni, 17.11.2011 tarihli ve 28115 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹¹⁹ Giray, **a.g.m.**, s. 755.

¹²⁰ Huysal, **a.g.e.**, s. 197.

sağlanabildiğinden, bu madde bile Lüksemburg Sözleşmesi'nin çocuk kaçırma etkinliğini sağlayamamaktadır. Ayrıca Sözleşme'nin 18. maddesi ile taraf devletlere, söz konusu madde hükmüne çekince koyma yetkisi verilmiştir. Çekince koyan devlet, başka taraf devletlerin m. 12 kapsamında verdiği kararları tenfiz etmemektedir. Çekince koyan taraf devletin m. 12 kapsamındaki kararları da, karşılıklılık çerçevesinde, diğer devletlerde tenfiz edilmemektedir¹²¹. Bu çekince ile de 12. maddenin etkinliği zayıflamaktadır.

Lüksemburg Sözleşmesi, m. 9 ve 10'da çok geniş ve ayrıntılı red sebeplerine yer verilmiştir¹²². Doktrinde, bu geniş ve ayrıntılı red sebeplerinin Sözleşme'nin amacına ulaşamamasına yol açtığı belirtilmektedir¹²³. Ayrıca bu ayrıntılı düzenlemenin, karmaşık ve zor bir anlatıma sebep olduğu da savunulmaktadır¹²⁴. Kanaatimizce de, Sözleşme'de red sebepleri çok ayrıntılı ve karmaşık düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu durum, çocuğun menfaatini koruma amacıyla olan Sözleşme'nin etkin olamamasına yol açmaktadır.

D. SÖZLEŞME'YE GÖRE TANIMA VE TENFİZ USULÜ

Sözleşme'ye taraf devletlerden birinde verilen velayete ilişkin kararın diğer devletlerde tanınması ve tenfizini isteyen kişinin, herhangi bir devletin merkezi makamına dilekçe ile başvurması gerekmektedir (m. 4/1). Bu hükümden açıkça görülebileceği gibi, Sözleşme'nin uygulanabilmesi için velayeti hakkında karar verilen çocuğun Sözleşme'ye taraf bir devletin vatandaşı olmasına gerek yoktur¹²⁵. Kararın taraf bir devletin makamından verilmesi gerekli ve yeterlidir.

Doktrinde, velayete ilişkin bir kararın tanınması ve tenfizi için merkezi makama başvuru yapmanın zorunlu olmadığı savunulmaktadır¹²⁶. Bu görüşe göre,

¹²¹ A.e., s. 198.

¹²² Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 365.

¹²³ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85-86, Huysal, **a.g.e.**, s. 200, Öztekin Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme", s. 126, Gelgel, **a.g.e.**, s. 83, Giray, **a.g.e.**, s. 24.

¹²⁴ Öztekin Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme", s. 126, Gelgel, **a.g.e.**, s. 83, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 526, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 43, Lowe, Everall QC, Nicholls, **a.g.e.**, s. 427-428.

¹²⁵ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 181.

¹²⁶ A.e., s. 182-183.

isteyen kişi doğrudan tanıma ve tenfiz davası açabilmelidir. Kanaatimizce, 4. maddede öngörülen usul tanıma ve tenfizin kolaylaştırılmasına yöneliktir. Taraf bir devletten velayete ilişkin karar alan kişi, talepte bulunacağı devletin yargılama usulü hakkında bilgi sahibi olmayabilir. Bu sebeple devletlerin merkezi makamları kişilere yardımcı olmaktadır. Ancak bu durum bir zorunluluk oluşturmamaktadır. İsteyen kişi, talepte bulunulan devlette doğrudan tanıma ve tenfiz davası açabilmelidir.

Dilekçeye 13. maddedeki belgelerin eklenmesi gerekmektedir (m. 4/2). 13. maddede sayılan belgeler şunlardır:

1. Talepte bulunan adına hareket etmek veya bu amaçla başka bir temsilci atamak için yetki veren bir belge,
2. Kararın gerçekliğini ispatlayan şartları bir araya getiren bir belge,
3. Davalı veya kanuni temsilcisinin gıyabında verilen bir karar söz konusu ise, dava dilekçesi veya benzeri belgenin davalıya kanuni biçimde bildirildiğini veya tebliğ edildiğini gösteren bir belge,
4. Kararın icra kabiliyetinin bulunuduğuna dair bir belge,
5. Mümkün olduğu takdirde, çocuğun talepte bulunulan devlette nerede bulunduğunu veya bulunabileceğini belirtilen bir beyan,
6. Çocuğun velayetinin ne şekilde yeniden düzenlenebileceğine ilişkin teklifler ve
7. Mümkünse bu belgelerin 6. maddedeki kurallara uygun tercümeleri.

Başvurulan merkezi makam, talepte bulunana talebin sonuçları hakkında acilen bilgi verir (m. 4/5). Merkezi makam, Sözleşme'deki şartların yerine getirilmediğini açık bir şekilde görüyorsa girişimde bulunmayı reddedebilir (m. 4/4). Eğer karar Sözleşme'deki şartları taşıyorsa, merkezi makam Sözleşme'nin 3. ve 5. maddelerinde belirtilen görevleri yerine getirmelidir. Ancak başvurulan merkezi makam talepte bulunulan devletin makamı değilse, belgeleri bu devlete doğrudan ve acilen ulaştırmalıdır (m. 4/3).

MÖHUK m. 48/1'e göre, "Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip

giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır”. Ancak yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre, “mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar”. Madde hükmüne göre yabancı kişiler, karşılıklılık esasına göre muaf tutulmamışlarsa, Türkiye’de açtıkları davalar için teminat göstermek zorundadır¹²⁷. Buradaki karşılıklılık sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi¹²⁸, kanuni veya fiili de olabilir¹²⁹.

Türkiye, teminattan muafiyeti öngören bazı milletlerarası sözleşmelere taraftır. Bunlardan biri de, Lüksemburg Sözleşmesi’dir¹³⁰. Sözleşme m. 5/3’e göre, “taraf devletler, müracaatçıdan geri gönderme masrafları dışında, kendisi adına, işbu maddenin birinci paragrafı uyarınca bu Devlet merkezi makamınca, mahkeme masrafları ve icabında avukat masrafları dahil, alınan önlemler için, hiçbir ödeme talebinde bulunmamayı taahhüt ederler”. Yine m. 15/2’de, “taraf bir devlette yapılan soruşturmaların masrafı soruşturmaların yapıldığı Devlete aittir” denmektedir. Sözleşme’nin 5. maddesi genel bir teminattan muafiyet maddesidir. 15. madde de, yapılacak soruşturmalarla ilgili olarak getirilmiş, özel bir teminattan muafiyet hükmüdür. Buna göre, Sözleşme kapsamında açılan tanıma ve tenfiz davalarında teminat yatırma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Sözleşme’nin uygulanabilmesi için hiçbir tasdik veya benzeri formalitenin istenmeyeceği de 16. maddede belirtilmiştir.

Sözleşme’nin 14. maddesi uyarınca, taraf devletler çocuğun velayetine ilişkin kararların tanınması ve tenfizi hususunda basit ve hızlı bir usul uygulamalıdır. Bu basit ve hızlı usul, işlem masraflarının düşmesini de sağlamaktadır¹³¹. Bu bağlamda, başvurunun kolay bir şekilde yapılabilmesine olanak sağlanmalıdır. Sözleşme bu madde bakımından MÖHUK ile uyumludur¹³². MÖHUK m. 55/1’e göre, tenfiz

¹²⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 587-591, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 479-483, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 410-418.

¹²⁸ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 591.

¹²⁹ Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 482, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 416.

¹³⁰ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 418.

¹³¹ Giray, **a.g.e.**, s. 247.

¹³² Huysal, **a.g.e.**, s. 197, Tezgel, **a.g.e.**, s. 264.

davasında basit yargılama usulü uygulanmaktadır. Ancak doktrinde bir görüşe göre MÖHUK m. 55/1, tenfiz davalarının uygulamada basit ve hızlı bir şekilde sonuçlanmasını tek başına sağlayamamaktadır¹³³. Bunun için tarafların ve mahkemelerin gerekli özeni göstermesi gerektiği vurgulanmıştır¹³⁴.

Madde 10/2’de de, Sözleşmede öngörülen usul hakkında düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu fıkra gereğince, aşağıdaki durumlarda tanıma ve tenfiz taleplerine ilişkin usul işlemleri ertelenebilecektir:

1. Talep konusu karar hakkında olağan kanun yollarına başvurulması,
2. Tenfizi istenen kararın alındığı davadan daha önce açılmış bir davanın talepte bulunulan devlette hala devam etmesi ve
3. Çocuğun velayetine ilişkin başka bir kararın tanıma ve tenfiz işlemine konu olması.

E. SÖZLEŞME’NİN MÖHUK İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Lüksemburg Sözleşmesi, MÖHUK ile uyumlu olmakla birlikte, bazı hususlarda farklı hükümlere yer vermiştir. Sözleşme ve MÖHUK’ta yer alan hükümlerin karşılaştırılmasına geçmeden önce, bu ikisinin birbiriyle çelişen hükümlerinden hangisine öncelik verileceğini açıklamakta yarar vardır.

Anayasa’nın 90. maddesi’nde, “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” denmektedir. 2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesine eklenen bu son cümle ile insan haklarına koruma getiren sözleşmelere öncelik

¹³³ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 191.

¹³⁴ **A.e.**, s. 191.

verileceği vurgulanmaktadır¹³⁵. Anayasa değişiklik teklifinin gerekçesinde de bu belirtilmiştir¹³⁶.

Anayasa'ya eklenen bu hüküm, hakimlere yükümlülük getirmektedir. Hakimler, önlerine gelen bir davada kanun hükümleri ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşme arasında uyumsuzluk gördüklerinde milletlerarası sözleşme hükümlerini uygulamak zorundadırlar¹³⁷.

Hakimin, İHAS ve eki Protokolleri'nin kanun hükümleri ile çatışması durumunda, Sözleşme'yi ve eki Protokolleri uygulama yükümlülüğü Anayasa m. 90 gereğince açıktır¹³⁸. Ancak hakim İHAS'ı bağımsız bir şekilde yorumlamamalıdır¹³⁹. İHAS'ta yer alan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini kontrol yetkisi, İHAM'a verilmiştir. Dolayısıyla hakimin İHAS'ı uygularken İHAM kararlarını dikkate alarak, bu kararlara uygun bir biçimde yorum yapması gerekmektedir¹⁴⁰. İHAM kararlarının dikkate alınmaması ve tek başına İHAS'ın metnine göre yorum yapılması, Anayasa m. 90'ın amacına uygun olmamaktadır¹⁴¹.

İHAM, birçok kararında 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'ni İHAS ile eş değerde ele almıştır¹⁴². Yine başka bir kararında hem Lüksemburg Sözleşmesi hem

¹³⁵ Sibel İncoğlu, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İncoğlu, 2. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013, s. 8.

¹³⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278); "Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90'ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.", (Çevrimiçi), www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm, 14.05.2014.

¹³⁷ İncoğlu, **a.g.m.**, s. 9.

¹³⁸ İncoğlu, **a.g.m.**, s. 9, 20.

¹³⁹ İncoğlu, **a.g.m.**, s. 9.

¹⁴⁰ İncoğlu, **a.g.m.**, s. 9-10.

¹⁴¹ İncoğlu, **a.g.m.**, s. 20.

¹⁴² European Court of Human Rights, Grand Chamber, Case of X v. Latvia, Application no. 27853/09, Strasbourg, 26.11.2013; "...In the specific case at hand, the domestic courts not only forwent an in-depth or "effective" evaluation of the child's situation, but even failed to check the conditions of applicability of the Hague Convention in the first place (söz konusu davada, yerel mahkemeler çocukların durumunu etkili ve derinlemesine bir şekilde değerlendirmedigi gibi, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin şartlarını da ön planda uygulamamıştır).", European Court of Human Rights, Second Section, Case Of Šneersons And Kampanella V. Italy, Application no. 14737/09, Strasbourg, 12.07.2011; "...The positive obligations that Article 8 of the Convention imposes on States with respect to reuniting parents with their children must therefore be interpreted in the light of the UN

de 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nden bahsedilmiştir. Ancak o tarihte Türkiye bu sözleşmelerin ikisine de taraf olmadığından sözleşmelere göre yorum yapılamamıştır¹⁴³. Tüm bu bilgiler ışığında hakim, MÖHUK ile Lüksemburg Sözleşmesi'nin çatıştığı durumlarda Sözleşme'yi esas almak zorundadır. Doktrinde de, Lüksemburg Sözleşmesi'nin hükümlerinin öncelikli uygulanacağı esası doğrultusunda açıklamalar yapılmıştır¹⁴⁴.

Tanıma ve tenfiz davasında uygulanacak usul hakkında Sözleşme ve MÖHUK benzer düzenlemeler öngörmektedir. Tenfiz davasında uygulanacak usulün basit ve hızlı olması gerektiğini belirten Lüksemburg Sözleşmesi, MÖHUK m. 55/1'deki hükümle aynı doğrultudadır. MÖHUK'a göre tenfiz davasında basit yargılama usulü uygulanmaktadır. Yine MÖHUK'ta olduğu gibi Lüksemburg Sözleşmesi'ne göre de, tenfiz davasında kararın esasına ilişkin inceleme yapılamamaktadır. **Revision au fond** yasağı ikisi için de geçerlidir.

Bazı hususlar bakımından, MÖHUK ile Sözleşme'de farklı hükümlere yer verilmiştir. Bunlardan biri, geçici velayet kararlarının tenfizidir. Sözleşme'ye göre velayete ilişkin bir kararın tanınması ve tenfizi için sadece icra kabiliyetine sahip olması yeterlidir¹⁴⁵. Ancak MÖHUK m. 50'ye göre, kararların tenfizi için kesin hüküm niteliği taşımaları gerekmektedir. Dolayısıyla geçici nitelikteki velayet kararlarının Sözleşme kapsamında tanınması ve tenfizi mümkün olmaktadır.

Convention and the Hague Convention...(İHAS m. 8'in, anne baba ve çocukların özel hayatlarına saygı duyulması konusunda devletlere verdiği pozitif yükümlülükler, ÇHDS ve 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi ışığında yorumlanmalıdır)", European Court of Human Rights, First Section, Case Of Ignaccolo-Zenide V. Romania, Application no. 31679/96, Strasbourg, 25.01.2000; "...The Court considered that the positive obligations provided for in that Article in the matter of reuniting a parent with his or her children must be interpreted in the light of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (anne baba ve çocuklarının özel hayatına ilişkin olarak maddede belirtilen pozitif yükümlülükler, 1980 La Haye Sözleşmesi ışığında yorumlanmalıdır).", European Court of Human Rights, Third Section, Case Of Maumousseau And Washington V. France, Application no. 39388/05, Strasbourg, 06.12.2007; "...It observes that the French Central Authority has always remained alert to the applicants' situation, in accordance with its obligations under the Hague Convention...(Fransa'nın merkezi makamları, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nden doğan yükümlülükleri doğrultusunda, başvuran kişilerin durumları hakkında dikkatli olmalıdırlar)", (Çevrimiçi), hudoc.echr.coe.int, 14.05.2014.

¹⁴³ European Court of Human Rights, Fourth Section, Case Of Sophia Guðrún Hansen V. Turkey, Application no. 36141/97, Strasbourg, 23.09.2003, (Çevrimiçi), hudoc.echr.coe.int, 14.05.2014.

¹⁴⁴ Öztekin Gelgel, "Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme", s. 124, Gelgel, **a.g.e.**, s. 84, Ekşi, **Tanıma ve Tenfiz**, s. 35.

¹⁴⁵ Gelgel, **a.g.e.**, s. 79, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 86, Çelikel, "Velayet", s. 111, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 91, Ruhi, "Velâyet Konusundaki İlâmlar", s. 738, Huysal, **a.g.e.**, s. 199, Tezgel, **a.g.e.**, s. 259.

Doktrinde, çocukların menfaatleri bakımından iadelerinin hızlı bir şekilde yapılmasını sağlamak için bu hükmün getirildiği belirtilmektedir¹⁴⁶.

Sözleşme kapsamında velayete ilişkin kararların adli veya idari bir makamdan verilmeleri arasında bir fark bulunmamaktadır. MÖHUK’a göre, “mahkeme hükmü” niteliğinde olmayan kararların tenfizi reddedilmektedir¹⁴⁷. Sözleşme’ye göre ise, adli ve idari makamdan verilen velayete ilişkin kararların tenfizi mümkündür¹⁴⁸. Buna göre, Sözleşme kapsamına giren durumlarda idari makamlardan verilen velayet kararlarının tenfizi kabul edilmelidir.

Lüksemburg Sözleşmesi m. 8/3, velayet kararının yeniden düzenlenmesi olanağı tanımaktadır. Aynı şekilde m. 11/3’te de kişisel ilişki kurma kararları bakımından yeniden düzenleme yetkisine yer verilmiştir. MÖHUK’ta velayet kararlarının yeniden düzenlenmesi hususunda hüküm bulunmamaktadır¹⁴⁹. Dolayısıyla Sözleşme’nin uygulandığı durumlarda velayet ve kişisel ilişki kurma kararlarının yeniden düzenlenmesi, kanuni bir temele kavuşmuştur¹⁵⁰.

Velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizinin kabulü için gereken şartlar hakkında Sözleşme ve MÖHUK’ta farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Davalının savunma haklarına uyma konusunda hem Sözleşme’de hem de MÖHUK’ta hüküm bulunmaktadır. MÖHUK m. 54/1(ç)’den farklı olarak, Sözleşme m. 9/1(a)’nın uygulanabilmesi için davalının itirazı gerekmemektedir¹⁵¹. Sözleşme’nin uygulandığı davalarda hakim re’sen bu şartı incelemektedir¹⁵². Doktrinde Sözleşme’nin bu bakımdan MÖHUK’tan daha isabetli olduğu savunulmaktadır¹⁵³. Kanaatimizce de, hakim tarafından bu şartın re’sen incelenmesi daha uygun gözükmektedir.

¹⁴⁶ Çelikel, “Velayet”, s. 115.

¹⁴⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 619, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 472.

¹⁴⁸ Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme”, s. 124, Gelgel, **a.g.e.**, s. 78, Çelikel, “Velayet”, s. 116, Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 85, Huysal, **a.g.e.**, s. 191, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 151, Altuntaş, **a.g.e.**, s. 41, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 181-182, Tezgel, **a.g.e.**, s. 259, Gökçenay, “Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, s. 216.

¹⁴⁹ Yukarıda bu hususla ilgili doktrindeki görüşlere yer verilmişti, bkz.: yuk., s. 15-16.

¹⁵⁰ Öztekin Gelgel, “Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme”, s. 125.

¹⁵¹ Huysal, **a.g.e.**, s. 200, Tezgel, **a.g.e.**, s. 260.

¹⁵² Huysal, **a.g.e.**, s. 200.

¹⁵³ Tezgel, **a.g.e.**, s. 260.

Doktrinde başka bir görüşe göre, Sözleşme'nin 9. maddesindeki şart, MÖHUK'un 54. maddesinde öngörülen şarttan daha esnek düzenlenmiştir¹⁵⁴. Sözleşme'de tenfiz talebinin kabulü için dava dilekçesi veya benzeri belgenin, davalıya savunmasını yapmasına olanak tanıyacak sürede tebliğ edilmiş olması gerekmektedir. MÖHUK'ta ise, genel bir ifade ile davalının gıyabında karar verilmiş olmasının tenfizin reddi sebebi olduğundan bahsedilmiştir.

MÖHUK m. 54/1(c)'de, hükmün sonuçlarının kamu düzenine açıkça aykırı olmasının tenfizin reddi sebebi olduğu belirtilmiştir. Lüksemburg Sözleşmesi'nde ise, doğrudan kamu düzenine aykırılık şartına yer verilmemiştir. Madde 10/1(a)'da, kararın sonuçlarının talepte bulunulan devletin aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri ile bağdaşması bir tenfiz şartı olarak düzenlenmiştir. Doktrinde, yukarıda da belirtildiği gibi, Sözleşme'nin uygulandığı davalar bakımından kamu düzeninin müdahalesinin ancak aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri çerçevesinde gerçekleşeceği savunulmuştur¹⁵⁵. Bunun tanıma ve tenfizi kolaylaştıracağı, bu sebeple de isabetli ve yerinde olduğu belirtilmiştir¹⁵⁶. Kanaatimizce de aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri burada sınırı oluşturmaktadır.

Doktrinde, yabancı bir velayet kararında çocuğun menfaatlerine aykırı kanun hükümlerine dayanılması durumunda, hakim tenfiz davasındaki yetkisini aşmasına sebep olsa da, istisnai bir durum olarak yabancı kararın esasına girilebilmesi savunulmuştur¹⁵⁷. Bir görüşe göre, Lüksemburg Sözleşmesi m. 10/1(a), bu konuyu kanuni bir zemine oturtmuştur¹⁵⁸. Maddenin ifadesinin, yabancı kararın esasının incelenmesine izin verir nitelikte olduğu belirtilmiştir¹⁵⁹.

Doktrinde, MÖHUK'ta açıkça yer almasa da, yabancı bir kararın, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan Türk mahkemelerinden verilen kesinleşmiş bir kararla

¹⁵⁴ Çelikel, "Velayet", s. 115-116.

¹⁵⁵ Huysal, **a.g.e.**, s. 199, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 92, Tezgel, **a.g.e.**, s. 262-263.

¹⁵⁶ Tezgel, **a.g.e.**, s. 263.

¹⁵⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 69, 73, 75, Özbakan, **a.g.e.**, s. 176, Gürzumar, **a.g.m.**, s. 47, Huysal, **a.g.e.**, s. 184.

¹⁵⁸ Huysal, **a.g.e.**, s. 200.

¹⁵⁹ Ekşi, **Tanım ve Tenfiz**, s. 365.

çelişmesi halinde kamu düzenine aykırı olacağı belirtilmektedir¹⁶⁰. Sözleşme’de bu şarta açıkça yer verilmiştir. Ancak MÖHUK’tan farklı olarak bu şarta istisna getirilmiştir. Çocuğun haksız götürülmesinden önce bir yıl süre ile talep eden devlette mutad olarak oturmuş olması durumunda bu şarta başvurulamamaktadır (m. 9/1(c)).

Sözleşme m. 9/1(b)’de yer alan şartın MÖHUK ile karşılaştırılması noktasında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre Sözleşme’deki şart, kararın Türkiye’nin münhasır yetkisine giren bir konuda olmaması şartına aykırı değildir¹⁶¹. Başka bir görüşe göre ise, MÖHUK m. 54/1(b)’de yer alan bu şartın Sözleşme bakımından uygulanması söz konusu değildir¹⁶². Kanaatimizce de, Sözleşme’de yer almayan bir şartın uygulanması söz konusu değildir. MÖHUK ile Sözleşme’nin farklı hükümler içerdiği durumlarda Sözleşme uygulanmalıdır. Ancak zaten velayet davalarında Türkiye’nin münhasır yetkisi yoktur. Bu bağlamda, uygulama bakımından bu tartışmaya gerek bulunmamaktadır.

Madde 9/1(b)’deki şartın kararı veren makamın yetkisine ilişkin kısmı, MÖHUK m. 54/1(b)’deki şart ile benzerdir. Ancak bu şart kapsamında davalının itirazı aranmamıştır. Ayrıca yine MÖHUK’tan farklı olarak, aşırı yetki kullanan makamın verdiği kararın tenfizinin reddi için davalının gıyabında verilmiş olması gerekmektedir¹⁶³. Doktrinde, MÖHUK m. 54/1(b)’de -Sözleşme’den farklı olarak- aşırı yetki doğuracak hallerin tek tek sayılmamasının, tenfizi kolaylaştırdığı için olumlu olduğu savunulmuştur¹⁶⁴. Yine aşırı yetki şartının, MÖHUK m. 54 uyarınca, davalının itirazı ile incelenebilmesinin de aynı sebeple isabetli olduğu vurgulanmıştır¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 650, Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, s. 512, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 500, Sakmar, **Yabancı İlâmlar**, s. 80, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 291, Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları”, s. 139, Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163, Ekşi, **Tanıtma ve Tenfiz**, s. 318, Güven, **a.g.e.**, s. 147.

¹⁶¹ Tanrıbilir, **a.g.m.**, s. 91.

¹⁶² Çelikel, “Velayet”, s. 115.

¹⁶³ Tezgel, **a.g.e.**, s. 261.

¹⁶⁴ **A.e.**, s. 261.

¹⁶⁵ **A.e.**, s. 261.

SONUÇ

Çalışmamızda, yabancı devletlerden alınan velayet kararlarının Türkiye’de tenfizi incelenmiştir. Konu ele alınırken öncelikle tenfizle ilgili genel açıklamalara yer verilmiştir. Bu açıklamalardan sonra her bölüm başlığı altında velayetle ilgili özellik gösteren durumlara değinilmiştir. Ayrıca doktrinde yer alan tartışmalardan da bahsedilmiştir. Doktrinde ileri sürülen görüşlerin değerlendirilmesi ile çeşitli sonuçlara varılmıştır. Bu bölüm başlığı altında, tez çalışması sonucunda ulaşılan sonuçların dayanağını oluşturan temel esaslara değinilecektir.

Yabancı kararın kesinleşmiş olması tenfiz için aranan şartlardan biridir. Velayet kararlarının TMK m. 351 gereği değişen şartlara bağlı olarak yeniden düzenlenebilmesi, kesinleşme şartı bakımından Yargıtay kararları ve doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır. Kanaatimizce, velayet kararları hem şekli hem de maddi anlamda kesin hüküm olarak kabul edilip, Türk hukukuna göre tenfiz edilebilmelidir. Şartların değişmesi durumunda hukuki sebep olarak gösterilen velayetin içeriği değişmekte ve böylece hukuki sebebi farklı bir dava söz konusu olmaktadır.

Hakimin, velayet kararının tenfizinden sonra şartların değişmesi durumunda nasıl hareket edeceği de çözümlenmesi gereken bir meseledir. Kanaatimizce, ortaya çıkan yeni durumlar karşısında, tenfiz edilen velayet kararı değiştirilebilmelidir. Ancak tabi ki, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamına giren durumlarda, m. 5 gereği yabancı makama haber verilmelidir.

Kamu düzeni, konumuz bakımından en önemli tenfiz şartıdır. Çünkü velayet düzenlemesi iç hukukumuzda kamu düzeninden kabul edilmektedir. Bu sebeple Yargıtay TMK’ya uygun olmayan kararların tenfizini doğrudan reddetmektedir. Velayet kararlarının tenfizinde yaşanan sorunlar, bu hatalı sistematığe paralel sonuçlardır. Kanaatimizce, yabancı bir kararın sırf Türk hukukuna göre kamu düzenine ilişkin bir konuda olmasından dolayı tenfizinin reddedilmemesi gerekmektedir. Yabancı kararda yer alan hukuki ihtilafın niteliğinin Türk hukukuna göre kamu düzeninden sayılması, doğrudan yabancı kararın tenfizinin reddini

gerektirmemektedir. Karara konu olan hukuki ihtilaf ne olursa olsun, önemli olan kararın sonuçlarının Türk kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Kamu düzeni şartı kapsamında, soyut olarak yabancı devletin hukuk kuralları değil, yargılama sonucunda ulaşılan somut hukuki sonuç veya sonuçlar incelenmelidir. MÖHUK m. 54 uyarınca, kamu düzenine “açıkça” aykırı olan kararların tenfizi reddedilmelidir.

Yabancı bir velayet kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığının belirlenebilmesi için kullanılan bazı kıstaslar vardır. Ahlak kuralları, Yargıtay kararlarında ve doktrinde bir kamu düzenine aykırılık kıstası olarak yer almaktadır. Kanaatimizce, ahlak kurallarına uyma kıstasının içeriği, objektif ve somut olgulara dayanarak belirlenmelidir. Böyle bir belirlemenin yapılmaması durumunda soyut olarak bu kıstasa başvurulması, hukuk mantığına uygun gözükmemektedir. Konumuz bakımından, Anayasa ve sözleşmelerle belirlenen temel ilkeler yabancı bir kararın tenfizde önem taşımaktadır. Bu bağlamda, velayet kararlarının kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespitinde göz önünde tutulacak en önemli ilke çocuğun üstün menfaatidir. Bu ilke, tarafı bulunduğumuz ÇHDS m. 3’te düzenlenmiştir. Anayasa m. 41 ile de iç hukukumuzda koruma altına alınmıştır. Çocukla ilgili tüm meselelerde temel prensip her zaman çocuğun üstün menfaati olmalıdır. Aşağıda yer verilen durumlarda hep çocuğun menfaatlerine uygun bir çözüme ulaşılmaya çalışılmıştır.

Hukukumuzda kararların tanınması ve tenfizi aşamasında, **revision au fond** yasağı bulunmaktadır. Söz konusu yasak kapsamında konumuz bakımından sorun oluşturan husus, tenfiz edilecek yabancı kararın çocuğun menfaatlerine aykırı kanun hükümlerine dayanmasıdır. Kanaatimizce, Anayasa ve sözleşmelerde yer alan - özellikle aile ve çocuğun korunmasına ilişkin- temel hukuk kurallarının ihlali veya davaya konu olan belgelerin sahteliğinin incelenmesi gibi durumlarda yabancı kararın esasına girilmesi teknik anlamda bir esastan inceleme sayılmamalıdır.

Eşlerin boşanmasına ilişkin kararların genellikle çocukların velayetine ilişkin düzenlemeleri de içerdiğinden söz edilmiştir. Böyle bir kararda boşanmaya ilişkin kısım ile velayete ilişkin kısım, tanıma ve tenfiz şartları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Bu hususta sorun, velayete ilişkin kısmın tenfizin reddi

durumunda çıkmaktadır. Çocukların velayeti konusu bu durumda askıda kalmaktadır. Kanaatimizce, hakimin -MÖHUK gereği belli olan yetkilerini aşmasına sebep olsa da- bu durumda velayeti yeniden düzenlemesi uygun gözükmektedir. Velayet hususunda bir boşluğun oluşması, çocuğun menfaatlerine aykırıdır.

Boşanmaya ilişkin yabancı kararda velayete ilişkin düzenleme bulunmaması durumunda da yine çocuğun menfaatlerine uygun bir sonuca varılmalıdır. Velayete ilişkin yeni bir davanın açılması ve sonuçlanması uzun zaman alabilmektedir. Velayetin düzenlenmesinin uzun sürmesi, çocuğun menfaatleri için olumsuz bir durum yaratabilir. Bu sebeple, hakimin tanıma ve tenfiz davasındaki yetkilerini aşmasına sebep olsa da, velayet konusunda istisnai bir durum kabul edilmelidir.

Yabancı bir kararda gerekçenin olmaması durumunda kanaatimizce kamu düzenine aykırılık oluşmaktadır. Çünkü kararların gerekçeli olması, İHAS gereği de korunan adil yargılanma ilkesinin bir teminatıdır. Özellikle velayet kararları bakımından gerekçenin belli olmaması, çocuğun menfaatlerine uymayabilmektedir. Böyle bir durumda yabancı velayet kararının tenfizinin reddi gerekmektedir. Tenfizin reddinden doğan boşluğun da hakim tarafından doldurulması gerekmektedir.

Kararın verilmesinden uzun bir süre sonra tenfizi istendiği için velayete konu olan gerekçelerin değişmesi söz konusu olabilmektedir. Kanaatimizce bu durumda da hakimin, çocuğun menfaatlerini düşünerek, kararın tenfizini kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddetmesi ve velayeti yeniden düzenlemesi gerekmektedir.

Yabancı kararın tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir Türk mahkemesi kararı ile bağdaşmaması durumunda kamu düzenine aykırı olacağı açıktır. Ancak kanaatimizce, yabancı velayet kararı bakımından dikkatli bir inceleme yapılmalıdır. Yabancı velayet kararı Türk mahkemesi kararından sonra verildiyse ve çocuğun menfaatleri bakımından velayetin değiştirilmesi gerekiyorsa, söz konusu kararın reddedilmemesi gerekir.

Yargıtay, anne ve babadan başka birine velayet verilen kararların tenfizini, “usul ve yasaya” aykırı oldukları sebebiyle reddetmektedir. Burada kanaatimizce de kararın tenfizinin reddi gerekmektedir. Ancak Yargıtay’ın tenfizin reddine gerekçe

gösterdiği hususa katılmak mümkün değildir. Çünkü iç hukukta emredici kurallarla düzenlenen bir durum, milletlerarası özel hukukta her zaman kamu düzeninden sayılamaz. Dolayısıyla yabancı devletin kanununun Türk hukukundan farklı düzenlemeler içermesi, kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Burada gerekçe olarak, çocuğun üstün menfaati ilkesi gösterilmelidir. Tarafı bulunduğumuz ÇHDS m. 7 ve m. 9 gereği, çocuğun anne babasıyla birlikte yaşama, onların bakımından yararlanma ve menfaatlerine aykırı olmadığı sürece onlardan ayrılmama hakları bulunmaktadır. Ayrıca yine tarafı bulunduğumuz İHAS m. 8, devletlere aile yaşamının korunması konusunda pozitif bir takım yükümlülük getirmektedir. Bu sözleşmeler ve Anayasa m. 41 ışığında çocuğun velayetinin anne ve babasına ait olması gerekmektedir.

Yargıtay, yukarıda sözü edilen yaklaşımı doğrultusunda, müşterek velayete hükmedilen yabancı kararların tenfizini de reddetmektedir. Kanaatimizce, TMK hükümlerinin çocuğun menfaatine uygun bir şekilde yorumlanması sonucunda müşterek velayete engel bir durumun olmadığı görülebilecektir. Uygulamada müşterek velayete hükmeden mahkemeler de vardır. Ancak hukukumuzda müşterek velayete karar verilemeyeceğini, TMK'nın bunu emredici düzenlemeler ile yasakladığını kabul etsek bile, Yargıtay'ın müşterek velayete hükmedilen yabancı kararları kamu düzenine aykırı bularak reddetmesi hukuken yerinde değildir. İç hukukumuzda yer alan her emredici düzenleme, milletlerarası anlamda kamu düzeninden sayılmamaktadır. Yargıtay'ın müşterek velayete hükmedilen yabancı kararların tenfizinde çocuğun menfaatleri bakımından inceleme yapması gerekmektedir.

Yabancı velayet kararında kişisel ilişki kurma hakkına yer verilmemesinin kararın tenfizine etki edip etmeyeceği tartışmalıdır. Kanaatimizce, yabancı velayet kararında bu kadar önemli bir hakka yer verilmemiş olması durumunda, kararın tenfizinin kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddedilmesi yerine, hakime kişisel ilişki kurma hakkını düzenleme yetkisinin verilmesi, çocuğun menfaatine daha çok uyan bir çözümdür. Ayrıca hakim tarafından kişisel ilişkinin re'sen düzenlenmesini öngören çözüm, taraf olduğumuz Lüksemburg Sözleşmesi m. 11/3 ile de paraleldir.

Velayet kararlarının tenfizinde özellik gösteren bir diğer durum da, evlilik dışı doğan çocukların velayetinin müştereken anne ve babaya bırakılmasıdır. TMK 337'ye göre, evlilik dışı doğan çocuğun velayeti annesine aittir. Anayasa m. 41'de ailenin birliği ve korunması ilkesi düzenlenirken, özellikle anne ve çocukların korunmasının devletin görevi olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa m. 41 gereğince, fiili bir birliktelikte doğan çocuğun da üstün menfaatine aykırı olmadıkça anne babası tarafından bakılma ve onlarla birlikte yaşama hakkı vardır. Bu sebeple kanaatimizce TMK m. 337, ÇHDS ve Anayasa'da belirtilen ilkeler ile bağdaşmamaktadır. Yabancı kararların tenfizi açısından da yine çocuğun menfaatleri göz önünde tutulmalıdır. Evli olmayan anne ve babanın müşterek velayeti çocuğun menfaatine aykırıysa, kararın tenfizi kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddedilmelidir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde Lüksemburg Sözleşmesi kapsamına giren kararların tenfizi incelenmiştir. Bu kapsamda Sözleşme maddeleri ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Sözleşme'nin MÖHUK ile karşılaştırılmasına da yer verilmiştir. Anayasa m. 90 uyarınca Sözleşme'nin MÖHUK'a göre öncelikli olarak uygulanacağı da önemle vurgulanmıştır.

Sözleşme gereğince, MÖHUK'tan farklı olarak, yabancı kararın tenfizi için sadece icra kabiliyetine sahip olması yeterlidir. Dolayısıyla Sözleşme kapsamına giren geçici nitelikteki velayet kararlarının tenfizi mümkün olmalıdır. Aynı şekilde idari makamlardan verilen kararların tenfizi de kabul edilmelidir. Bu sebeple çalışmamızda “mahkeme” yerine, “makam” kelimesinin kullanımı tercih edilmiştir. Hakim, savunma haklarına uyulması şartı bakımından, MÖHUK'tan farklı olarak re'sen inceleme yapmaktadır. Bu bakımdan kanaatimizce Sözleşme'deki düzenleme daha isabetlidir. Sözleşme'de, MÖHUK'taki gibi bir kamu düzenine aykırılık şartı yer almamaktadır. Madde 10/1(a)'da, kararın sonuçlarının talepte bulunulan devletin aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri ile bağdaşması bir tenfiz şartı olarak düzenlenmiştir. Kanaatimizce Sözleşme'de kamu düzeni şartına bilinçli olarak yer verilmemiştir. Aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri, Sözleşme'nin uygulandığı durumlarda, kamu düzenine aykırılık şartının sınırını oluşturmaktadır.

MÖHUK ile karşılaştırılınca Sözleşme'nin velayet kararlarının tenfizini kolaylaştırmaya çalıştığı söylenebilir. Sözleşme'nin amacı da budur. Ancak kanaatimizce, bazı hususlar bakımından Sözleşme'nin etkinliği zayıflamaktadır. Sözleşme'de çekince koyma konusunda taraf devletlere çok geniş yetki verilmiştir. Kanaatimizce bu geniş yetki, Sözleşme'nin amacına ulaşamamasına yol açmaktadır. Ayrıca, Sözleşme'de red sebepleri çok ayrıntılı ve karmaşık düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu durum, çocuğun menfaatini koruma amacıyla olan Sözleşme'nin etkin olamamasına yol açmaktadır.

1980 La Haye Sözleşmesi hiçbir adli veya idari karar bulunmadan da haksız olarak götürülen çocukların iadesini sağlayabilmektedir. Dolayısıyla Lüksemburg Sözleşmesi, haksız olarak götürülen çocukların hızlı bir şekilde iadesinde de etkin olamamaktadır. Kanaatimizce, Sözleşme'nin haksız olarak götürülen çocukların iadesini sağlayan 8. maddesine çekince koyulabilmesi de bu hususta amaca ulaşmayı engellemektedir.

Kanaatimizce çocuğun menfaatlerini koruma amacıyla olan Lüksemburg Sözleşmesi'nin ÇHDS'de olduğu gibi on sekiz yaşından küçük çocukları kapsaması gerekirdi. Çocuğun savunma haklarına aykırılık şartına ayrıca yer verilmesi de daha uygun olurdu. Türkiye'nin tarafı olmadığı 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, on sekiz yaşından küçük çocukları korumaktadır. Ayrıca, çocuğun savunma haklarına aykırılık şartına ayrıca yer vermiştir. Bu bakımdan kanaatimizce Lüksemburg Sözleşmesi'ne göre çocuğun menfaatlerini koruma konusunda daha başarılıdır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya
Demir Gökyayla, Cemile : **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Akıncı, Ziya : “The Public Policy Concept in Conflict of Laws”, **Argumentum**, Yıl: 3, Sa. 27, Ekim 1992, s. 429-433.
- Akıntürk, Turgut
Ateş Karaman, Derya : **Medenî Hukuk**, Tıpkı 20. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2014.
- Akyüz, Emine : **Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması**, 3. bs., Ankara, Pegem Akademi, 2013.
- Akyüz, Emine : **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, İnsan Hakları Eğitimi Dizisi, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 2000.
- Alangoya, H. Yavuz
Yıldırım, M. Kâmil
Deren-Yıldırım, Nevhis : **Medenî Usul Hukuku Esasları**, Tıpkı 8. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2011.
- Altuğ, Yılmaz : **Âmme İntizamı ve Tesirleri: Bir Özet**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.
- Altuğ, Yılmaz : **Devletler Özel Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Çağlayan Basımevi, 1995.

- Altuğ, Yılmaz : **Türk Milletlerarası Usul Hukuku: Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, 3. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983.
- Altuntaş, İlknur : **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006.
- Ansay, Tuğrul : “Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Karşılıklı Muamele Şartı”, **Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 194, Ajans-Türk Matbaası, 1964, s. 245-264.
- Aras, Bahattin : **Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Arslan Öncü, Gülay : “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013, s. 301-332.

- Ataman Figanmeşe, İnci : “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul, Beta Basımevi, 1999, s. 55-100.
- Ataman Figanmeşe, İnci : “Milletlerarası Özel Hukukta Mirasçılık Belgeleri” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Fakültesi, 1998.
- Ayan, Serkan : **Evlilik Birliğinin Korunması**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 58, Şen Matbaa, 2004.
- Aybay, Rona : **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması: Kanunlar İhtilafı**, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Dardağan, Esra : **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması: Kanunlar İhtilafı**, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Aygül, Musa : “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri (Harç, İspat Yükü ve Deliller-Vasıflandırma)”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, Sa. 2, 2011, s. 83-121.

- Ayiter, Nûşin : “Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkında Görüşler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, Sa. 1-4, 1973, s. 145-168.
- Baktır Çetiner, Selma : **Velayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- Berki, Osman Fazıl : **Devletler Hususî Hukuku**, 2 c., 6. bs., Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1966.
- Buchanan, Christy M. : “Psychological Perspective on Shared Custody Arrangements”, **Wake Forest Law Review**, Vol. 43, 2008, s. 419-439.
- Jahromi, Parissa L.
- Bulut, Harun : **Aile Hukukunda Velayet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları**, İstanbul, Beta Basımevi, 2007.
- Ceylan, Ebru : **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, İstanbul, Beta Basımevi, 2006.
- Clermont, Kevin M. : “Exorbitant Jurisdiction”, **Maine Law Review**, Vol. 58, Issue 2, 2006, s. 474-505.
- Palmer, John R. B.
- Çelikel, Aysel : **Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, (Doktora Tezi)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1963.

- Çelikel, Aysel
Nomer, Ergin
Giray, Faruk Kerem
Esen, Emre
- : **Devletler Hususi Hukuku: Çözümlemiş Örnek Olaylar-Seçilmiş Mahkeme Kararları**, 11. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013.
- Çelikel, Aysel
- : **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2007.
- Çelikel, Aysel
Şanlı, Cemal
Öztekin, Günseli
Erdem, B. Bahadır
Ataman, İnci
Giray, F. Kerem
- : **Milletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları**, 2 c., İstanbul, Beta Basımevi, 2005.
- Çelikel, Aysel
Erdem, B. Bahadır
- : **Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar, Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Usul Hukuku**, 13. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2014.
- Çelikel, Aysel
- : “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29, Sa. 1-2, 1963, s. 240-260.

- Çelikel, Aysel : “Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan**, C. 17, Sa. 1-2, 1997-1998, s. 107-116.
- Çelikel, Aysel : “Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 2, Sa. 2, 1982, s. 7-13.
- Dardağan Kibar, Esra : “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan**, İstanbul, Beta Basımevi, 2011/1, s. 541-560.
- Dayınlarlı, Kemal : **Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları**, 2. bs., Ankara, Sözkese Matbaası, 2011.
- Demir Gökyayla, Cemile : **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.

- Dicey, Albert Venn
Morris, John Humphrey Carlile
Collins, Lawrence Antony
- : **Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws**, Ed., Adrian Briggs, Andrew Dickinson, Jonathan Harris, J. D. McClean, Peter McEleavy, Campbell McLachlan, C.G.J. Morse, Fifteenth Edition, Vol. 2, Sweet & Maxwell, London, 2012.
- Dinç, Hakkı
Biçkin, İnci
Aycı, Emrullah
- : **Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2004.
- Doğan, İzzet
- : **Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Doğan, Vahit
- : **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Dural, Mustafa
Öğüz, Tufan
Gümüş, Mustafa Alper
- : **Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku**, C. 3, 9. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

- Ekşi, Nuray : “Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan**, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1139-1168.
- Ekşi, Nuray : **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2000.
- Ekşi, Nuray : **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta Basımevi, 2013.
- Ekşi, Nuray : **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları**, İstanbul, On İki Lehta Yayıncılık, 2010.
- Erdem, B. Bahadır : “Aile Hukukuna İlişkin Davalarda Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma ve Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Avrupa Konseyi Tüzüğündeki Milletlerarası Yetki Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 21, Sa. 1-2, 2001, s. 33-42.

- Erdem, B. Bahadır : **Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, İstanbul, Beta Basımevi, 2003.
- Erdem, B. Bahadır : “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerin Milletlerarası Yetki Kuralları İle Karşılaştırılması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan**, C. 17-18, Sa. 1-2, 1997-1998, s. 183-215.
- Erdem, B. Bahadır : “Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü”, **Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan**, 2 c., İstanbul, Beta Basımevi, 2003, C. 2, s. 1009-1026.

- Erdem, B. Bahadır : “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’un 38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi ve Bu Bendin Yarattığı Sorunlar”, **Mahmut R. Belik’e Armağan**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basımevi, 1993, s. 107-124.
- Erdem, B. Bahadır : “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü”, **Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı: Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri**, Haz. Şükran Şıpka, Ebru Şensöz, Ayşe Nilay Şenol, Arif Barış Özbilen, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 18, 2006, s. 133-151.
- Erdem, B. Bahadır : “22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, Sa. 2, 2002, 149-182.

- Erdem, Bahadır : “2675 Sayılı MÖHUK 38/e Bendinin Amacı ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Bu Konuda Müstakar Hale Gelen Kararlarının Eleştirisi”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İstanbul, 2000, s. 323-343.
- Ertaş, Şeref : **Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi**, Kudret Ayiter’e Armağandan Ayrı Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1988.
- Esen, Emre : “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, Sa. 2, 2002, 183-206.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : **Aile Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986.
- Freeman, M.D.A. : “Marriage and Divorce in England”, **Family Law Quarterly**, Vol. 29, Issue 3, s. 549-566.
- Gelgel, Günseli : **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler: Ders Notları**, İstanbul, Beta Basımevi, 2012.

- Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 2 c., 8. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.
- Giray, Faruk Kerem : “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesine İlişkin Değerlendirme”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, 2010/1, İstanbul, Beta Basımevi, 2011, s. 749-772.
- Giray, Faruk Kerem : **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi**, İstanbul, Beta Basımevi, 2010.
- Göğçer, Erdoğan : **Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı**, 4. bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1977.
- Gökçenay, Berivan : “Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Fakültesi, 2009.
- Grassinger, Gülçin Elçin : “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. 1, İstanbul, On İki Lehma Yayıncılık, 2010, s. 823-845.

- Grassinger, Gülçin Elçin : **Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, İstanbul, On İki Lehva Yayıncılık, 2009.
- Güngören, Ahmet : “Barbarlar, Cadılar, Yabanılar, Yamyamlar, Mayalar...”, **Hâlâ Barbar Mıyız?**, Haz. Fırat Demir, İstanbul, Edebi Şeyler Yayınevi, 2014, s.24-32.
- Gürzumar, Aydanur : “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğ’e Armağan**, C. 14, Sa. 1-2, 1994, s. 21-54.
- Güven, Pelin : “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, Ocak, 2011, s. 429-466.
- Güven, Pelin : **Tanıma - Tenfiz: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Yetkin Basımevi, 2013.

- Harvison Young, Alison : “Joint Custody as Norm: Solomon Revisited”, **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 32, No. 4, 1994, s. 785-816.
- Hatemi, Hüseyin : **Aile Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kalkan Oğuztürk, Burcu Kitapçılık, 2013.
- Huysal, Burak : **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.
- Huysal, Burak : “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 32, Sa. 1, 2012, s. 71-101.
- İmamoğlu, S. Hülya : “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 54, Sa. 1, 2004, s. 165-190.

- İnal, Nihat : **Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Aile Mahkemeleri Davaları, Nişanlanma, Evlenme, Boşanma, Mal Rejimi, Eşya, Soybağı, Evlat Edinme, Velayet, Nafaka, Vesayet, Yabancı Aile Mahkemeleri Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2004.
- İnan, Ali Naim : **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 3, 1968.
- İnceoğlu, Sibel : “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013, s. 7-21.
- Kaçak, Nazif : **Açıklamalı – İctihath, Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2004.
- Karan, Ulaş : “Evlenme ve Aile Kurma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013, s. 425-438.

- Karlı, Abdürrahim : **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2012.
- Kizer, Kathleen S. : “California’s Punitive Damages Law: Continuing to Punish and Deter Despite, *State Farm v. Campbell*”, **Hastings Law Journal**, Vol. 57:827, March, 2006, s. 827-889.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz : **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Köprülü, Bülent : **Aile Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.
- Kaneti, Selim
- Kuru, Baki : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6 c., 6. bs., İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki : **Medenî Usul Hukuku: Ders Kitabı**, 24. bs., Ankara, Yetkin Basımevi, 2013.
- Arslan, Ramazan
- Yılmaz, Ejder
- Küçükyalçın, Arzu : “Brüksel I. Tüzüğü’nde Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 55, 2004, s. 332-359.
- Lowe, Nigel : **International Movement of Children, Law Practice and Procedure**, Bristol, Jordan Publishing Limited, Family Law, 2004.
- Everall QC, Mark
- Nicholls, Michael

- Mole, Nuala
Harby, Catharina
- : **Adil Yargılanma Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No: 3, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 89, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları:7, Şen Matbaa, 2005.
- Mole, Nuala
Harby, Catharina
- : **The Right to a Fair Trial: A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights**, 2. bs., Directorate General of Human Rights Council of Europe, Human Rights Handbooks Series No: 3, 2006.
- Muşul, Timuçin
- : **Medeni Usul Hukuku**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Nomer, Ergin
- : “Anayasa ve Yabancı Kanun”, **Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 411, Sevinç Matbaası, 1977, s. 549-565.
- Nomer, Ergin
- : **Devletler Hususî Hukuku: Kanunlar İhtilâfı Hukuku-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, 20. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013.

- Nomer, Ergin : “Devletler Hususî Hukukunda ‘Milletlerarası Yetki’ Mefhumu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 40, Sa. 1-4, 1974, s. 393-426.
- Nomer, Ergin : **Milletlerarası Usul Hukuku**, 1. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2009.
- Nomer, Ergin : “Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 4, Sa. 2, 1984, s. 94-98.
- Nomer, Ergin : “Suudî Arabistan Hukukuna Göre ‘Talak’ ve Türkiye’de Tanınması [‘Talak’ ve Türk Kamu Düzeni]”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 65, Sa. 7-8-9, 1991, s. 501-508.
- Nomer, Ergin : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, 09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, C. 19-20, Sa. 1-2, 1999-2000, s. 555-576.

- Nomer, Ergin : “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan**, C. 23, Sa. 1-2, 2003, s. 565-577.
- Nuhoğlu, Ayşe : **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, İstanbul, Beta Basımevi, 2009.
- Oğuzman, M. Kemal : **Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 19. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Barlas, Nami
- Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit : **Medenî Hukuk: Şahsın Hukuku**, 5. bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 177, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963.
- Oppong, Richard Frimpong : “Mere Presence and International Competence in Private International Law”, **Journal of Private International Law**, Vol. 3, Issue 2, October 2007, s. 119-148.
- Ökçün, Ahmet Gündüz : **Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967.
- Özbakan, Işıl : **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Kazancı Matbaacılık, 1987.

- Özmen, İsmail : **Açıklamalı-İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Özmen, İsmail : **Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Nesep ve Evlat Edinme Davaları**, Ankara, Feryal Matbaacılık, 1999
- Özsunay, Ergun : **Medenî Hukuka Giriş**, 5. bs., İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3428, İstanbul, Güryay Matbaacılık, 1986.
- Öztan, Bilge : **Aile Hukuku**, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Öztan, Bilge : “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 251-260.
- Öztekin, Günseli : “Brüksel Anlaşması Anlamında Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacioğlu’na Armağan**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1990, s. 199-211.

- Öztekin Gelgel, Günseli : “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 4, Sa. 8, 2005/2, s. 119-148.
- Öztekin, Günseli : “Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgments Within the Framework of the Application of the Supreme Court of Appeals”, **Tahir Çağa’nın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Basımevi, 2000, s. 389-396.
- Öztekin, Günseli : “Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.06.2000 Tarihli Kararı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19-20, Sa. 1-2, 1999-2000, s. 733-768.
- Özüğür, Ali İhsan : **Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Pekcanitez, Hakan : **Medenî Usûl Hukuku**, 14. bs., Ankara, Yetkin Basımevi, 2013.
- Atalay, Oğuz
- Özekes, Muhammet

- Postacıoğlu, İlhan E. : **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1986, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 443, 1975.
- Ruhi, Ahmet Cemal : **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, Ankara, 2003.
- Ruhi, Ahmet Cemal : **Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Ruhi, Ahmet Cemal : **Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Ruhi, Ahmet Cemal : “Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velâyet Konusundaki İlâmların Türkiye’de Tenfizi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, Sa. 3-4, Aralık, 2003, s. 721-756.
- Ruhi, Ahmet Cemal : **27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

- Ruhi, Ahmet Cemal
Kaplan, Yavuz : “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public), **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, Sa. 2, 2002, s. 643-664.
- Sakmar, Atâ : **Devletler Hususi Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Sakmar, Atâ : **Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2961, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 652, 1982.
- Sakmar, Ata
Ekşi, Nuray : “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, C. 22, Sa. 2, 2002, s. 721-744.
- Sayman, Yücel : “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 16, Sa. 1-2, 1996, s. 129-138.

- Serdar, İlknur : “Birlikte Velâyet”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, Sa. 1, 2008, s. 155-197.
- Serozan, Rona : **Çocuk Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.
- Serozan, Rona : “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, **Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 759-773.
- Serozan, Rona : “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, 2 c., İstanbul, Beta Basımevi, 2003, C. 2, s. 499-516.
- Şanlı, Cemal : “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 16, Sa. 1-2, 1996, s. 71-82.
- Şanlı, Cemal : “Türkiye’deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.6, Sa. 1, 1986, s. 40-45.

- Şanlı, Cemal : **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. bs., İstanbul, Beta Basımevi, 2013.
- Şanlı, Cemal : **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. bs.,
Esen, Emre İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
Ataman-Figanmeşe, İnci
- Şener, Esat : **Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Boşanma, Yargıtay İçtihatları, Bilimsel Görüşler ve İlgili Mevzuat**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.
- Şit, Banu : “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Sa. 1, 2011, s. 61-74.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge : **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları**, Ankara, Yetkin Basımevi, 2011.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge : “Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 16, Sa. 1-2, 1996, s. 83-92.

- Tarman, Zeynep Derya
Önay, Işık : “Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 60, Sa. 2, 2011, s. 331-365.
- Tarnelli, Michelle A. : “Joint Custody Presumption in Vermont: A Proposal for Co-Parenting”, **Vermont Law Review**, Vol. 36, 2011-2012, s. 1015-1035.
- Tekinalp, Gülören
Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer : **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Tekinalp, Gülören
Nomer, Ergin
Odman Boztosun, Ayşe : **Private International Law in Turkey, The Netherlands**, Kluwer Law International BV, 2012.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi : **Türk Aile Hukuku**, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- Tezgel, Mehmet : **Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Timur, Hıfzı : **Devletler Hususi Hukukunda Âmme İntizamı**, İstanbul, Kenan Basımevi, 1942.

- Tiryakioğlu, Bilgin : **Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku**, Ankara, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Özkan Matbaacılık, 2000.
- Tiryakioğlu, Bilgin : “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, (La Haye 19 Ekim 1996)”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul, Beta Basımevi, 1999, s. 381-424.
- Tiryakioğlu, Bilgin : **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No: 17, Yetkin Basımevi, 1996.
- Turhan, Nedim : “Devletler Özel Hukukunda Kamu Düzeni”, **Yargıtay Dergisi**, C. 27, Sa. 1-2, Ocak-Nisan, 2001, s. 225-238.
- Uluocak, Nihal : “Çocukların Korunması Hakkında Öntasarı’nın Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 16, Sa. 1-2, 1996, s. 109-118.

- Uluocak, Nihal : **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.
- Uluocak, Nihal : “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Nihaî Metin, 19 Ekim 1996), **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 16, Sa. 1-2, 1996, s. 119-128.
- Usta, Sevgi : **Çocuk Hakları ve Velayet**, İstanbul, On İki Lehva Yayıncılık, 2012.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer : **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Beta Basımevi, 2006.
- Üstündağ, Saim : **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet : **Medenî Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1419, İstanbul, Gün Matbaası, 1969.

- Vonk, Machteld : “One, Two or Three Parents? Lesbian Co-Mothers and A Known Donor With “Family Life” Under Dutch Law”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 18, No.1, Oxford University Press, 2004, s. 103-117.
- Welstead, Mary : “Divorce in England and Wales: Time for Reform”, **Denning Law Journal**, Vol. 24, s. 21-37.
- Yasan, Candan : **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri**, İstanbul, On İki Lehta Yayıncılık, 2013.
- Yetik, Nurten : **Açıklamalı – İçtihatlı, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, 2. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2007.
- Yargıtay Kararları Dergisi**, C. 16, Sa. 7, Temmuz, 1990.
- İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi**, Yıl 30, Ekim 1990, Sa. 358.
- İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi**, Yıl: 31, Eylül 1991, Sa. 369.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

(Çevrimiçi), www.comlaw.gov.au, 24.05.2014.

(Çevrimiçi), www.comlaw.gov.au, 24.05.2014.

(Çevrimiçi), www.legislation.gov.uk, 13.11.2013.

(Çevrimiçi), www.kazanci.com

(Çevrimiçi), www.resmigazete.gov.tr, 02.05.2014.

(Çevrimiçi), www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm, 14.05.2014.

(Çevrimiçi), hudoc.echr.coe.int, 14.05.2014.