

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

MİLLETLERARASI AİLE HUKUKUNDA
ÇOCUĞUN VESAYETİ

Emine İLYAZ
2502130448

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY

İstanbul-2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : EMINE HASAN ILYAZ

Numarası : 2502130448

Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK

Danışmanı : DOÇ. DR. FARUK KEREM GİRAY

Tez Savunma Tarihi : 24.12.2019

Saati : 14.00

Tez Başlığı : MİLLETLERARASI AİLE HUKUKUNDA ÇOCUĞUN VESAYETİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL		KABUL
2-PROF. DR. AYFER UYANIK ÇAVUŞOĞLU		KABUL
3-DOÇ. DR. FARUK KEREM GİRAY		KABUL
4-DOÇ. DR. SANEM AKSOY DURSUN		KABUL
5-DOÇ. DR. SÜHEYLA BOZKURT		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. BAHADIR ERDEM		
2-DOÇ. DR. CEYDA SÜRAL		

ÖZET

MİLLETLERARASI AİLE HUKUKUNDA ÇOCUĞUN VESAYETİ

Emine İLYAZ

Milletlerarası aile hukukunun uygulamada en önemli konulardan birisi çocuğun vesayetidir. Bu nedenle Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Çocuğun Vesayeti konusu seçilmiş ve incelenmiştir. Bu çalışmada, çocuğun vesayetine ilişkin kararın verilmesi ve sona ermesi ile vesayetin yürütülmesine ilişkin milletlerarası unsurlu konularda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, uygulanacak hukukun tayini ve vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ve tenfizine ilişkin sorunlar ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun vesayeti, uygulanacak hukuk, milletlerarası yetki, tanıma, tenfiz, çocuğun yüksek yararı.

ABSTRACT

GUARDIANSHIP OF CHILD IN INTERNATIONAL FAMILY LAW

Emine İLYAZ

One of the most crucial topics of International Family Law is the Guardianship of child. Therefore, the issue of Child Guardianship in Turkish International Family Law has been selected and examined. In this study, the international authority of the Turkish courts, the determination of the law to be applied and the recognition and enforcement of the foreign court decisions regarding the guardianship of the child have been tried to be dealt with in matters concerning the issue of guardianship of the child and the issue of guardianship and the execution of guardianship.

Keywords: Guardianship of child, applicable law, international jurisdiction, recognition, enforcement, the best interests of the child.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER	
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VESAYET

I. GENEL BİLGİ.....	5
II. VESAYET İLE VELÂYET ARASINDAKİ FARKLAR	8
III. VESAYETİN ÇEŞİTLERİ.....	11
A. Kamu Vesayeti	11
B. Özel Vesayet.....	12
IV. VESAYET ORGANLARI VE VASİ ATANMASI	14
A. Vesayet Daireleri.....	14
1. Sulh Hukuk Mahkemesi	15
2. Asliye Hukuk Mahkemesi	15
B. Vasi Kavramı	16
1. Vasinin Atanma Usulü.....	16
1.1. Görevli ve Yetkili Mahkeme	16
1.2. Vasi Atama Zamanı	18
1.3. Vasi Atama Kararının Tebliği ve İlamı	18
C. Kayyım.....	19
V. VESAYETİ GEREKTİREN HALLER	21
A. Yaş Küçüklüğü.....	21
1. Küçüklerin Vesayetini Gerektiren Durumlar	22
1.1. Anne veya Babanın Yokluğu veya Ölmesi	22
1.2. Velâyet Hakkının Sona Ermesi Sebebiyle	23
1.3. Velâyetin Anne ve Babaya Verilememesi Sebebiyle	23
1.4. Evlatlık İlişkisini Sona Ermesi Durumunda.....	24
1.5. Küçüğün Evlilik Dışı Doğması Durumunda	24
2. Vesayeti Gerektiren Durumu Bildirme Yükümlülüğü	26
B. Kısıtlılık	27

1. Kanuni Kısıtlama Sebepleri	28
2. Talep Üzerine Kısıtlama Sebepleri	30
2.1. Yaşlılık	30
2.2. Ağır Sakatlık	31
2.3. Deneyimsizlik	31
2.4. Ağır Hastalık	31

İKİNCİ BÖLÜM

ÇOCUĞUN VESAYETİNE DAİR

ULUSLARARASI HUKUK KAYNAKLARI

I. GENEL BİLGİ	32
A. 1902 TARİHLİ KÜÇÜKLER HAKKINDA VESAYET SÖZLEŞMESİ	34
B. 1961 TARİHLİ KÜÇÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA MAKAMLARIN YETKİSİNE VE UYGULANACAK KANUNA DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ	35
1. Sözleşmenin Amacı	36
2. Sözleşmenin Uygulanma Alanı	38
3. Sözleşmede Yer Alan Temel Kavramlar	39
3.1. Mutad Mesken Kavramı	40
3.2. Küçük Kavramı	43
3.3. Sözleşmeden Doğan Koruma Tedbirleri	44
C. 1996 TARİHLİ VELÂYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI TEDBİRLERİ HAKKINDA YETKİYE, UYGULANACAK KANUNA, TANIMA, TENFİZE VE İŞBİRLİĞİNE DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ	46
1. Sözleşmenin Amacı	49
2. Sözleşmenin Uygulanma Alanı ve Getirdiği Yenilikler	51
3. Sözleşmede Yer Alan Temel Kavramlar	56
3.1. Çocuk Kavramı	56
3.2. Çocuğun Korumasına İlişkin Koruma Tedbirleri	61
3.3. Mutad Mesken Kavramı	62
4. Sözleşmenin Diğer Sözleşmeler Karşısında Uygulama Alanı	63
D. 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velâyete İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü	65

1. Brüksel IIA Tüzüğü'nün Amacı	66
2. Brüksel IIA Tüzüğü'nün Kapsamı ve Uygulama Alanı.....	67
3. Brüksel IIA Tüzüğü'nde Yer Alan Temel Kavramlar	70
3.1. Çocuk Kavramı	70
3.2. Mutad Mesken Kavramı	70
4. Brüksel IIA Tüzüğü'nün Milletlerarası Sözleşmeler Karşısında Uygulama Alanı.....	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA MAHKEMELERİN VE İDARİ MAKAMLARIN MİLLETLERARASI YETKİSİ

I. GENEL BİLGİ	76
II. 1961 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA MAHKEMELERİN MİLLETLERARASI YETKİSİ	78
A. Küçüğün Mutad Meskeni Makamlarının Yetkisi	79
B. Mutad Mesken Makamlarının Yetkisinin İstisnaları.....	80
1. Sözleşmenin 3. Maddesi Uyarınca Küçüğün Vatandaşı Olduğu Devlet Makamlarının Yetkisi.....	81
2. Küçüğün Vatandaşı Olduğu Devlet Makamlarının Yetkisi	86
3. Küçüğün Mutad Meskenin Değişmesi Halinde Yetki Yarışması	87
4. Evlilik Birliği Hakkında Karar Verecek Makamların Yetkisi	87
C. Genel Değerlendirme	88
III. 1996 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN MİLLETLERARASI YETKİ	89
A. Sözleşme Hükümlerinde Yer Alan Genel Yetki Kuralı	90
1. Genel Yetki Kuralı Olarak: Çocuğun Mutad Meskeninin Bulunduğu Akit Devlet Makamlarının Yetkisi	90
1.2. Genel Yetki Kuralın İstisnaları	91
B. Sözleşme Hükümlerinde Yer Alan Sınırlı ve Geçici Yetki Kuralı	98
1. Acil Durumda Makamların Yetkisi	99
a) Akit Devlet Makamları Bakımından	99
b) Akit Olmayan Devlet Makamları Bakımından.....	100
2. Ülkesel Etkiye Sahip Geçici Nitelikte Koruma Tedbirleri.....	100

a) Akit Devlet Makamlarının Aldığı Koruma Tedbirleri	101
b) Akit Olmayan Devlet Makamlarının Aldığı Koruma Tedbirleri	102
C. Şartların Değişmesi Durumunda Koruma Tedbirlerinin Devamı	102
D. Vesayet Altındaki Çocuğun Türkiye’de Bulunan Malları Bakımından Türk Makamlarının Yetkisi	103
E. Genel Değerlendirme	103
IV. TÜRK MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN DAVALARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ	105
A. Genel Yetkili Mahkeme	106
B. Özel Yetki Kuralları	108
C. Kesin Yetkili Mahkeme	110
D. MÖHUK Hükümlerine Göre Çocuğun Vesayetine İlişkin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi	110
1. Çocuğun Türk Vatandaşı Olması Hâlinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi	111
1.1. Türkiye’de Yer İtibariyle Yetkili Mahkemenin Milletlerarası Yetkisi ...	113
1.2. Çocuğun Türkiye’de Sakin Olduğu Yer Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi	114
1.3. Çocuğun Türkiye’deki Son Yerleşim Yeri Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi	114
1.4. Ankara İstanbul veya İzmir Mahkemelerinin Yetkisi	114
2. Çocuğun Yabancı Olması Hâlinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi	115
2.1. Çocuğun Türkiye’de Yerleşim Yerinin Bulunması Durumunda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi	115
2.2. Çocuğun Türkiye’de Sakin Olduğu Yer Mahkemesi	117
2.3. Çocuğun Mallarının Bulunduğu Yer Mahkemesi	117
2.4. Çocuğun Türkiye’de Sakin Olmadığı ve Türkiye’de Malvarlığının Bulunmadığı Durumlarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi	117
V. BRÜKSEL IIA TÜZÜĞÜ’NDE ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN KONULARDA MAHKEMELERİN YETKİSİ	118
A. Genel Yetki Kuralı	118
B. Kuralın İstisnaları	119
1. Çocuğun Önceki Mutad Meskeninde Devam Eden Yargılamaya Bakan Mahkemenin Yetkisi	119

2. Vesayet Altındaki Çocuğun Kaçırılması Hâlinde Mahkemelerin Yetkisi	120
3. Yetki Anlaşması.....	121
4. Çocuğun Bulunduğu Yere Bağlı Olarak Tesis Edilen Yetki.....	123
5. Ek Yetki Kuralları.....	123
6. Davanın Nakli	124
7. Acil Durumlarda Üye Devletlerin Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararı Verebilmesinde Yetkili Mahkeme.....	126
C. Çocuğun Vesayetine İlişkin Davalarda Usule Dair Meseleler	128
1. Davanın Açılması.....	128
2. Yetkinin İncelenmesi	128
3. Kabul Edilebilirlik İncelemesi	129
4. Davanın Derdest Olması “Lis Pendens” ve Bağımsız Davalar	130

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUĞUN VESAYETİNE UYGULANACAK HUKUK

I. GENEL BİLGİ	131
II. 1961 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN ÇOCUĞUN VESAYETİNE UYGULANACAK HUKUK.....	132
A. 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi Uyarınca Çocuğun Vesayetine İlişkin Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ana Kural.....	133
B. 1961 tarihli La Haye Sözleşmedeki Ana Kuralın Kapsamı Dışında Kalan Haller.....	135
1. Küçüğün Milli Hukuku.....	136
2. Küçüğün ya da Mallarının Bulunduğu Yer Hukuku.....	137
3. Âkit Olmayan Devletin Hukuku	138
C. Bağlama Kuralının Kapsamı ve Atıf Meselesi	138
D. Yetkili Hukukun Uygulanmasına Engel Olan Haller	140
E. Koruma Altına Alınan Çocuklara Vasi Atanması	141
III. 1996 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN ÇOCUĞUN VESAYETİNE UYGULANACAK HUKUK.....	142
A. Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlere Uygulanacak Hukuk	142
1. Genel Kural	143
2. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Uygulanması	143

3. Çocuğun Mutad Meskeninin Değişmesi Halinde Alınmış Koruma Tedbirinin Uygulanma Şartlarına Uygulanacak Hukuk	144
B. Vesayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk.....	145
1. Kanundan Doğan Vesayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk	145
2. Anlaşma veya Tek Taraflı Hukuki İşlemlerden Doğan Vesayet Sorumluluğu	146
3. Çocuğun Mutad Meskeninin Değişmesi Halinde Uygulanacak Hukuk	147
4. Kanun Gereği veya Hukuki Bir İşlem ile Tesis Edilen Vesayet Sorumluluğunun Kullanılmasına Uygulanacak Hukuk	148
5. Kamu Düzeni Müdahalesi	149
C. Üçüncü Kişilerin Korunmasına Uygulanacak Hukuk (İşlem Güvenliği)	150
D. Yetkili Hukukta Atfin Reddi	151
IV. MÖHUK'A GÖRE ÇOCUĞUN VESAYETİNE UYGULANACAK HUKUK	152
A. Genel Olarak.....	152
B. Çocuğun Vesayet Altına Alınma Sebeplerine Uygulanacak Hukuk.....	154
1. Hakkında Vesayet Kararı Verilen Çocuğun Millî Hukukunun Uygulanması.....	154
2. Çocuğun Millî Hukukuna Göre Vesayet Kararı Verilmesinin Mümkün Olmaması.....	155
3. Çocuğun Zorunlu Olarak Türkiye'de Bulunduğu Hâller	156
C. Çocuğun Vesayetinin Sona Erme Nedenlerine Uygulanacak Hukuk	156
D. Çocuğun Vesayetine İlişkin Karar Verilmesi veya Sona Ermesi Dışında Kalan Hususlar	157
E. Milletlerarası Unsurlu Vesayet Kararlarında Yargılama Usûlüne ve Geçici Tedbirlere Uygulanacak Hukuk	159
F. Atıf.....	160
G. Yetkili Vesayet Makamına Bildirme Yükümlülüğü	161
H. Vesayete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Göz Önünde Bulundurulacak Kıstaslar	163
1. Kamu Düzeni	164
2. Vesayete İlişkin Doğrudan Uygulanan Kurallar	168

BEŞİNCİ BÖLÜM

ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

I. GENEL BİLGİ	171
II. 1961 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ	177
III. 1996 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ	184
A. Çocuğun Vesayetine İlişkin Tedbirlerin Tanınması	185
1. Doğrudan Tanıma Usulü	185
2. Tanıma Talebinin Reddi Sebepleri	186
3. Kararın Tanınması veya Tanınmaması İçin Önleyici Dava	190
B. Çocuğun Vesayetine İlişkin Tedbirlerin Tenfizi	191
1. Tenfiz Edilebilirlik Bildirimi	192
2. Tenfiz Talebinin Reddi Sebepleri	193
III. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ	194
A. Genel Bilgi.....	194
B. Tanıma ve Tenfizin Ön Şartları	202
1. Kararın Mahkeme Kararı Niteliğinde Olması	203
2. Yabancı Mahkeme Kararının Hukuk Davalarına İlişkin Olması Şartı	205
3. Kararın Kesinleşmiş Olması.....	207
C. Tenfizin Aslı Şartları.....	210
1. Karşılıklılık.....	210
2. Kararın Türk Mahkemelerin Münhasır Yetkisine Girmeyen Bir Konuda Verilmiş Olması.....	214
3. Kararın Türk Kamu Düzenine Açık Aykırılık Teşkil Etmemesi	221
4. Savunma Haklarının İhlâl Edilmemiş Olması.....	223
D. Çocuğun Vesayetine İlişkin Tanıma ve Tenfiz Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	228
IV. BRÜKSEL IIA TÜZÜĞÜ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ	230
A. Genel Bilgi.....	230
B. Brüksel IIA Tüzüğü Kapsamında Çocuğun Vesayetine İlişkin Mahkeme Kararlarının Tanınması	231

1. Boşanma, Ayrılık veya Evlenmenin Butlanına İlişkin Verilen Kararların Tanınmasının Reddedileceği Haller	233
2. Çocuğun Vesayetine İlişkin Verilen Kararların Tanınmasının Reddedileceği Haller.....	234
C. Brüksel IIA Tüzüğü Kapsamında Çocuğun Vesayetine İlişkin Mahkeme Kararlarının Tenfizi.....	236
SONUÇ VE ÖNERİLER.....	239
KAYNAKÇA.....	245



KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Ankara Barosu Dergileri
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATAUM	: Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi
ATF	: Recueil des Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art. (art.)	: Artical
BM	: Birleşmiş Milletler
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
bs.	: Bası
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C	: Case
C.	: Cilt
CJCE	: Cour de Justice des Communautés Européennes (ATAD)
Çev.	: Çeviren
ÇHDS	: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EC	: European Community
ed.	: Editör

EHVHK	: Türkiye’de Bulunan Ecnebilerin Hak ve Vazifeleri Hakkında 1930 tarihli Muvakkat Kanunu
EU	: European Union
f.	: Fıkra
HCCH	: Hague Conference on Private International Law
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra İflas Kanunu
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İ.Ü.	: İstanbul Üniversitesi
K.	: Karar
KAY	: Koruyucu Aile Yönetmeliği
KKTC	: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
LDIP	: Loi Federale de Droit International Prive du 18 december 1987
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 4686 sayı Milletlerarası Tahkim Kanunu
Nakl.	: Naklen
No.	: Numara
OJ L	: Avrupa Birliği Resmi Gazetesi Yasama Kısmı (Official Journal Legislation)
p.	: page
para.	: Paragraf

RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarihli
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
UNICEF	: United Nations International Children's Emergency Fund
v.	: versus
vd.	: Ve devam
Vol.	: Volume
Y.	: Yargıtay
Y.	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YUKK	: 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu
ZGB	: Zivilgesetzbuch – İsviçre Medeni Kanunu
ZPO	: Zivilprozessordnung – Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

GİRİŞ

Milletlerarası aile hukukunda çocuğun vesayeti, çalışma konumuzu oluşturmaktadır. Bu konuyu seçmemizin ilk nedeni, milletlerarası özel hukuk alanında çocukların vesayetini münhasıran inceleyen bir çalışmanın eksikliği olmuştur. İkinci neden ise konunun günümüzde arz ettiği önemdir. Çünkü 1950'lerden başlayarak yurt dışında yaşayan Türk vatandaşların sayısının yıllar içinde büyük ölçüde artması, çocuklar nezninde çok sayıda hukuki sorunu beraberinde getirmiştir.

İstisnaları bir kenara bırakırsak, çocuklar bir aile kurumunda doğarlar ve temel gelişimlerini bu kurum içerisinde tamamlarlar. Ailenin diğer üyeleri olan anne-baba ise çocuğun velileridir. Velâyet kurumu veliler için vazgeçilmez bir mutlak hak olarak anlaşıla geldiyse de yakın zamanda bu anlayış değişmiş, velâyet çocuğa karşı üstlenilmiş yükümlülüklerin bir ifadesi haline dönüşmüştür. Bu yükümlülüklerin en başında çocukların temel eğitimlerinin ve ahlaki gelişimlerinin sağlanması ile birlikte fiziksel bakımlarının layıkıyla yapılması gelmekle birlikte, sorumluluklar bunlarla sınırlı değildir. Anne-babanın bu sorumlulukları alelade sorumluluklar olmayıp bu sorumlulukların kasten ihmali veya velilerin yetersizliği gibi durumlarda hukuk düzenleri belirli tedbirler öngörmüştür. Bu tedbirler genellikle idari kurumlar ve mahkemeler tarafından uygulamaya konulmaktadır. Tedbirler genel olarak anne-babaya uygun talimatları vermek şeklinde olsa da gerekli görüldüğü durumlarda ve son seçenek olarak zarar gören çocuğun aile kurumundan uzaklaştırılması dahi söz konusu olabilmektedir. Bu seçeneğin sonucu olarak çocuğun bakımı devletin bir idari kurumu veya uygun bir koruyucu aile tarafından üstlenilir ve çocuğa vasi tayin edilir.

Yabancı ebeveynlerin çocuklarıyla olan ilişkileri, örneğin ayrı milliyetten olan eşlerin boşanma sonucu farklı ülkelerde yaşamlarını sürdürmesine bağlı olarak çocuklarının velâyeti, bakımı gibi hususlar milletlerarası özel hukukun konusuna girmektedir. Bu örneklerin tüm devletlerde artışı küreselleşmenin doğal bir sonucudur ve birçok Türk vatandaşı da bu sonuçtan yoğun bir şekilde etkilenmektedir.

Özellikle çocuğun korunması amacıyla üçüncü kişi veya kurumlara teslim edilmesi halinde doğan problemler gün geçtikçe önem kazanmaktadır. Benzer sorunlar Türkiye'de yaşayan yabancı çocuklar bakımından da geçerlidir.

Uluslararası hukuk çerçevesinde ön plana çıkan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme¹'nin 9'uncu maddesi ailenin korunması ve çocuğun esasen aile yanında bakımı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²'nin 8 inci maddesinde yer alan "aile hayatına saygı" gösterilmesi ilkesi önem arz etmektedir. Bu Sözleşme'nin denetim organları Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. Bu organların aldığı kararlar incelendiğinde çok önemli bazı kıstaslar göze çarpmaktadır. Bu kararlara göre, çocukların ailelerinden ayrılması için bir zorunluluk durumu, -örneğin yaşamlarına veya geleceklerine dair esaslı bir tehlike-, mevcut olmalıdır. Böyle bir zorunluluk oluşmuş ve çocuk ailesinden alınmış olsa dahi, anne-baba ile ilişkisinin tamamen kesilmesi mümkün değildir, kişisel ilişki kurmaları engellenemez. Boşanmış eşler ve çocukları açısından da durum aynı şekilde değerlendirilmiştir.

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

Bu çalışmada, çocuğun vesayetine ilişkin kararın verilmesi ve sona ermesi ile vesayetin yürütülmesine ilişkin milletlerarası unsurlu konularda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, uygulanacak hukukun tayini ve vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ve tenfizine ilişkin sorunlar ele alınmaya çalışılacaktır.

Çalışmamız beş bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, Türk medeni hukukunda vesayet kurumu incelenecektir. Türk medeni hukukunda iki halde vesayet kararı verilmektedir. Bunlardan ilki velâyet altında olmayan küçükler hakkında vesayet kararı verilmesi halidir. Vesayet kararı getiren, diğer ihtimal ise kısıtlamadır.

¹ Sözleşme, 14.9.1990 tarihinde Türkiye adına imzalanmış, 9.12.1994 tarihinde 4058 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulu tarafından 23.12.1994 tarihinde 94/6423 sayılı kararla onaylanarak 27.1.1995 günü ve 22184 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bundan böyle ÇHDS olarak anılacaktır.

² Sözleşme Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmıştır. Tam adı, "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi"dir. Sözleşme, 04.11.1950 tarihinde Roma'da kabul edilmiştir. Yürürlüğe giriş tarihi 03.09.1953'tür. Türkiye Sözleşmeyi, 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Kanunun ve Sözleşme'nin Resmi Gazete'de yayım tarihi, 19.03.1954'tür. Sözleşme'nin onay belgesi 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiştir. Bu tarih Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarih olmaktadır. Bundan böyle AİHS olarak anılacaktır.

Kısıtlama, ergin olan ve velâyet altında olmayan bir kişinin doğrudan ve öncelikli olarak kendisinin ve dolaylı olarak da başkalarının hukuksal koruma ihtiyacı nedeniyle ve kanunda yer alan sebeplere dayanarak mahkeme kararıyla sınırlandırılmasıdır. Velâyet altında bulunmayan her küçüğe ve kısıtlanan kişiye vasi atanır. Vesayetin çeşitleri ve organları da incelenecektir.

İkinci bölüm ise, yabancılık unsuru taşıyan çocuğun vesayetine dair hukuki kaynaklara ayrılmıştır. Bu bölümde öncelikle çalışmamızda başvurulacak milletlerarası sözleşmelere ilişkin genel nitelikli açıklamalara yer verilmiştir. Bu açıklamalarla amaçlanan konu ile ilgili milletlerarası sözleşmelerin ayrıntılı bir açıklamasının yapılmasından ziyade, konu ile ilgili sözleşmelerin daha iyi anlaşılması için sözleşmenin amacı, uygulanma alanı ve gözettiği temel kavramlar üzerinde durulacaktır. Bu sözleşmeler, 1902 tarihli Küçükler Hakkında Vesayet Sözleşmesi³, 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi⁴ ve 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme⁵'dir. Ayrıca, konuya ilişkin ve Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne aday statüsü olması sebebiyle, Avrupa Birliği'ne üye devletler bakımından uygulanan 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velâyete İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü⁶ yer verilecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümü ise, çocuğun vesayetine ilişkin yabancı unsurlu davalarda mahkemelerin milletlerarası yetkisine ayrılmıştır. Burada öncelikle çocuğun vesayetine ilişkin davalarda milletlerarası yetkiye ilişkin kuralları düzenleyen 1961 tarihli ve 1996 tarihli La Haye Sözleşmelerinin kapsamında mahkemelerin milletlerarası yetkisi incelenecektir. Bu incelemenin ardından 1961 tarihli ve 1996 tarihli La Haye Sözleşmelerinin uygulama alanına girmeyen vesayete ilişkin davalar

³ Sözleşme'nin metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=15, Erişim 27.04.2016.

⁴ RG. 21.02.1983-17966. La Haye Devletler Özel Hukuku Konferansı'nın dokuzuncu döneminde kabul edilmiş olan 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, 25 maddeden oluşmaktadır. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 22.11.1982 tarih ve 8/5727 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunarak, 25.08.1983 tarihinde imzalanmış ve 21.02.1983 tarihli ve 17966 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak, 24.10.1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bundan böyle 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi olarak anılacaktır.

⁵ RG. 22.05.2016-29719. Bundan böyle 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi olarak anılacaktır.

⁶ Bundan böyle Brüksel IIA Tüzüğü veya Tüzük olarak anılacaktır.

açısından 5718 sayılı MÖHUK⁷ ve Brüksel IIA kapsamında mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tespiti yapılmaya çalışılacaktır.

Dördüncü bölümde ise, çocuğun vesayetinden doğan yabancı unsurlu uyuşmazlıklara hangi hukukun uygulanacağı konusu ağırlıklı olarak incelenecektir. Uygulanacak hukukun tayininde, önce uluslararası hukuk kaynaklarından olan, 1961 tarihli ve 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemeler ele alınacaktır. Vesayet kararı verilmesi veya sona ermesine ve vesayetin yürütülmesine uygulanacak hukuka dair doktrinde yer alan görüşler ve bazı millî hukuk düzenlerindeki bağlama kurallarına değinildikten sonra, konuya dair MÖHUK hükümleri değerlendirilecektir.

Çalışmamızın son bölümü, çocuğun vesayetine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ayrılacaktır. Bu kapsamda, 1961 tarihli ve 1996 tarihli La Haye Sözleşmelerin incelenmesinin ardından, MÖHUK hükümleri ve Brüksel IIA'nın tanıma ve tenfize ilişkin kurallarına yer verilecektir. Konu özellikle yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşı küçükler hakkında mutad mesken makamlarının almış olduğu tedbirlerin Türkiye'de etkisi bakımından önemlidir. Zira bu küçükler Türkiye gelebilirler veya vasi, bu küçükler hakkında Türkiye'de vesayete ilişkin tasarruflarda bulunmak zorunda kalabilir.

Çalışmamızın sonuç bölümünde ise yurtdışında bulunan Türk çocuklarına ilişkin vesayet sorunlarına dair tespitler yapılmaya çalışılmış, 1961 tarihli ve 1996 tarihli La Haye Sözleşmelerin Türk milletlerarası özel hukuk kurallarına etkisi ve buna dair sorunlar ve çözüm önerileri sunulmuştur.

⁷ RG. 12.12.2007-26728.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VESAYET

I. GENEL BİLGİ

Vesayet⁸, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda⁹ düzenlenmiş ve hükümleri yönünden büyük ölçüde özel hukuk kurallarına tabi olmakla beraber işleyişi yönünden kural olarak bir kamu kurumudur¹⁰. Zira vesayet, kamu hukuku eliyle verildiği gibi, vesayet makamı ve denetim makamı olan mahkemeler de birer kamu kurumudur. Buna göre vesayet, velâyet altında bulunmaları gerekip de velâyet altında bulunmayan küçüklerin¹¹ ya da kısıtlıların, kişisel ve ekonomik çıkarlarını korumayı ve onların temsil edilmelerini temin eden, kural olarak kamu hukuku kurallarına tabi bir hukuki ilişkidir¹².

Vesayet, küçük çocukların korunması, kısıtlılık ise ergin olan kişilerin korunması için öngörülmüştür.

⁸ Vesayet kavramı Almanca "vormundschaft", İngilizce "tutelage, tutorship, guardianship", Fransızca "tutelle" ve İtalyanca "tutela" karşılığını bulur. Bkz. **Seldağ Güneş Ceylan**, Roma Hukukundan Günümüze Velâyet - Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 51, dn. 104.

⁹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 22.11.2001 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmiş, 24607 sayılı 08.12.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak, 1029. maddesi gereğince 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁰ **Ferit H. Saymen/ Halid K. Elbir**, Türk Medeni Hukuku, C. III. Aile Hukuku, İstanbul 1957, s. 505; **Bülent Köprülü/ Selim Kaneti**, Aile Hukuku, İstanbul 1989, s. 310.

¹¹ Velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır. Başka bir anlatımla velâyet altında bulunmayan her küçüğe bir vasi atanır.

¹² **Fatih Ertürk**, "Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesayetin Sona Ermesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE., Ankara 2010, s. 3; **Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. II, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 469, (Aile Hukuku); **Bilge Öztan**, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1257, (Aile Hukuku); **Hıfzı V. Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Cilt II, 5. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965, s. 487; **Nurten Yetik**, Nüfus, Velâyet, Vesayet, Nafaka, Bilge Yayınevi, Ankara 2007, s. 239; **Murat İnceel**, "Roma ve Türk Hukukunda Vesayet", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE., Ankara 2009, s. 90; **Kemal Oğuzman/ Mustafa Dural**, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 426, (Aile Hukuku); **August Egger**, Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku, Üçüncü Kısım, Vesayet (Çev: Volf Çerniş, Ankara 1952, s. 8 vd.); **Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. III, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 394, (Aile Hukuku). Benzer tanımlarda bulunan yazarlar için bkz. **Ömer Uğur Gençcan**, Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 105, (Vesayet); **Ceylan**, s. 50-51; **Nevzat Koç**, "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD., C. 7, Özel Sayı, İzmir 2005, s. 99-120; **Serap Helvacı**, "Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 866; **Belma Kayran**, "Türk Medeni Kanununda Vesayet Hukuku", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, SÜSBE., Konya 2012, s. 3.

Vesayet, Türk Medeni Kanunu'nun 396 ila 494'üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'ün¹³ üçüncü bölümündeki 8 ila 31'inci maddeleri de vesayete ilişkindir¹⁴. Medeni Kanun'daki vesayete ilişkin düzenleme dışında, aynı konuda, Türk mevzuatında başka düzenlemeler de bulunmaktadır¹⁵.

Türk Medeni Kanun'daki düzenlemeden hareketle vesayet kavramı doktrinde¹⁶, geniş ve dar olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda vesayet, özel hukuk yönünden korunması gereken bütün kişileri koruyan bir hukuki kurum olarak tanımlanır¹⁷. Bu anlamda vesayetin, dar anlamda vesayetten başka, kayyımlik, yasal danışmanlık ve koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması kurumlarını da kapsadığı kabul edilmektedir¹⁸. Dar anlamda vesayet ise, sadece velâyet altında bulunmayan küçüklerin ve kanunda gösterilen sınırlı sebepler

¹³ RG. 10.08.2003-25195. Türk Medeni Kanunun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük, 21.07.2003 tarihli 2003/5960 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konan Türk Medeni Kanunun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü'nün m. 58 hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁴ Ayrıca bkz. **Koç**, s. 100-101.

¹⁵ “....492 sayılı Harçlar Kanununun 11. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca, harca tabi işlemin yapılmasını isteyen kişiler, söz konusu harcı ödemekle yükümlüdürler. Vasinin hesap verme borcunun ifası nedeniyle alınacak harçlar, vesayet altındaki şahsa (kısıtlıya) izafeten vasiden alınır; Türk Ticaret Kanununun “2. Küçük ve Mahcurlar” kenar başlıklı 15. maddesinin birinci ve ikinci cümlelerine göre: Küçük ve mahcurlara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten veli ve vasi, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir; Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Yönetmeliğe Bir Ek Madde İlave Edilmesine Dair Yönetmeliğin 10. maddesinde, Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanan gelir veya aylıkları kanuni temsilcilerine (veli, vasi, kayyım veya vekil) ödenen emekli, dul ve yetimlerin gelir/aylık alma koşullarının devam edip etmediğinin saptanması için yoklama belgesi alınması esasına yer verilmiştir. Söz konusu Yönetmelik hükmüne dayanılarak, Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğüne 2 Seri Numaralı Sigortalı Hesapları, Gelir/Aylık Bağlama ve Ödeme Genel Tebliğinin 1. maddesine gereğince, yoklama belgeleri yılda bir defa Kasım ayına ait gelir ve aylıkların ödenmesi sırasında emekli, dul ve yetimlerin kanuni temsilcileri tarafından gerçeğe uygun bir şekilde ve eksiksiz olarak doldurulup imzalandıktan ve imzalarını notere onaylattıktan sonra, ilgili banka şubelerine verilmesi gerekmektedir; 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Yoklama Yönetmeliğinin 7. maddesinde, vasiler ve kayyımların, vesayet ve kayyımlik ilamlarının, vekillerin vekaletnamelerinin asıllarını veya noterlikçe onaylanmış örneğini, bu sıfatlarla alacakları aylığa rastlayan ilk yoklama süresi içinde, yoklama belgesiyle birlikte bankalara vermeleri gerektiği öngörülmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, sonraki yoklamalarda verilecek yoklama belgelerine, bu belgeleri düzenleyen mahkeme veya noterliğin unvanı ile tarih, numarası ve hangi yoklama belgesiyle verilmiş olduğu yazılmakla yetinilecektir.”

¹⁶ **Bilge Öztan**, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 25. Bası, Ankara 2007, s. 519, (Medeni); **Dural/Öğuz/ Gümüş**, Aile Hukuku, s. 568; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 45; **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku, s. 469 vd.

¹⁷ **Öztan**, Aile Hukuku, s. 45.

¹⁸ **Oğuzman/ Dural**, Aile Hukuku, s. 423; **Dural/ Öğuz/ Gümüş**, Aile Hukuku, s. 393.

yüzünden fiil ehliyeti kısıtlanan erginlerin kişisel ve mali menfaatlerini korumak amacıyla öngörülmüş bir hukuki kurum olarak tanımlanmaktadır¹⁹.

Vesayet kavramı, gerçek anlamı yönünden dar anlamda vesayet kavramına karşılık gelmektedir.

Vesayet, hukuki yanı önemli olan, fakat sosyal yanı daha ağır basan bir sosyal yardım kurumudur²⁰. Bu özelliği nedeniyle, vesayet kurumunun kamu hukuku kurumu olduğu söylenebilir. Ancak, vesayet kurumunun kamu hukuku kurumu mu yoksa özel hukuk kurumu mu olduğu, sosyal yanından çok, vesayet kurumunu oluşturan organların tayini, görevlerini yerine getirmeleri, denetlenmeleri ve sorumlulukları hakkında uygulanacak kuralların niteliğine bağlıdır. Bu konuda ise, iki farklı vesayet sistemi bulunmaktadır.

Ferdiyetçi hukuk sistemine göre, yardıma muhtaç küçük ve yetişkinlerin korunması tamamen bir özel hukuk kurumu tarafından sağlanır. Bu sisteme göre, vesayet kurumunun işleyişi devletin müdahalesi olmaksızın vasi ve vesayet altındaki kişinin ailesi tarafından sağlanmalı, sorumluluk da bu kişilere ait olmalıdır. Vasi, vesayet altındaki kişinin ailesi tarafından tayin edilmelidir. Fransız hukukunda egemen olan bu sisteme göre devlet, vesayet kurumunun işleyişinde etkin bir görev ve sorumluluk üstlenmemektedir²¹.

Modern hukuk sistemine göre, yardıma muhtaç küçük ve yetişkinlerin korunması, devlet tarafından organize edilmiş vesayet organları aracılığı ile sağlanır. Bu sisteme göre, vesayet organları, mahkemeler veya idari makamlar ile bunlar tarafından görevlendirilen vasiden meydana gelir. Vesayetin işleyişi, mahkemeler veya idari makamlara, bunların gözetim ve denetim altındaki vasi tarafından sağlanmalı, sorumlulukta bu organlara ait olmalıdır. Alman, İsviçre ve Bulgar

¹⁹ **Oğuzman/ Dural**, Aile Hukuku, s. 423; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 747; **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku, s. 470; **Aydın Zevkliler/ Ayşe Havutçu/ Şeref Ertaş/ Damla Gürpınar**, Medeni Hukuk, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 1143; **Feyzi N. Feyzioğlu**, Aile Hukuku, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1986, s. 625; **Selahattin S. Tekinay**, Türk Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İ.Ü.H.F 1990, s. 621; **Köprülü/ Kaneti**, s. 310; **Koç**, s. 99.

²⁰ **Zevkliler/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 1143.

²¹ **Saymen/ Elbir**, s. 505; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 747.

hukukunda egemen olan bu sisteme göre devlet, vesayet kurumunun işleyişine etkin bir görev ve sorumluluk üstlenmektedir²².

Türk hukukunda vesayet kurumunun düzenlenmesinde modern hukuk sistemi temel alınmıştır. Ancak, vesayet kurumunun kamu hukuku kurumu olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde vesayet kurumunun kamu hukuku kurumu²³ olduğu görüşü hâkim olmakla birlikte, özel hukuk kurumu ve kamu hukuku kurumu özelliklerini bir arada bulunduran karma bir kurum²⁴ olduğu da kabul edilmektedir. Ancak çoğunlukta bulunan üçüncü bir grup yazar ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre vesayet, kural olarak bir kamu kurumu olma özelliğini taşır²⁵.

Kanaatimizce de, bir taraftan vesayet dairelerinde görevli kişilerin kamu görevlisi olmaları, vasinin tayin edilmesi ve denetiminde vesayet dairelerinin rolü, vesayet kurumuna kamu hukuku kurumu özelliği katarken, diğer taraftan kişilerin fiil ehliyeti üzerindeki etkileri nedeniyle de özel hukuk alanında bazı sonuçları haiz karma bir kurum niteliğindedir. Özel hukuka etkisi nedeniyle de, esasında bir sosyal yardım kurumu olan vesayet kurumu, kamu hukuku içerisinde düzenlenmemiş, aksine, Türk Medeni Kanununun Aile Hukuku Kitabı içerisinde velâyeti tamamlayıcı bir kurum olarak düzenlenmiştir²⁶.

II. VESAYET İLE VELÂYET ARASINDAKİ FARKLAR

Türk hukukunda aslolan küçüğün, anne babanın velâyeti altında olmasıdır, vesayet altına alınma ise istisnadır. “Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır” (TMK m. 335/1). Ancak küçüğün velâyet altında bulunması her zaman mümkün olmamaktadır. Örneğin, anne babanın her ikisi de ölmüş olabilir veya anne ve babanın her ikisinden de velâyet hakkı alınmış olabilir. İşte bu gibi durumlarda velâyet altında bulunmayan küçüklerin korumasız kalmalarını engellemek amacıyla

²² Saymen/ Elbir, s. 505; Öztan, Aile Hukuku, s. 747.

²³ Oğuzman/ Dural, Aile Hukuku, s. 423; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 458; Zevkliler/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 1143.

²⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 393.

²⁵ Ertürk, s. 3, 6; Gençcan, Vesayet, s. 106; Yetik, s. 239; Velidedeoğlu, Aile, s. 487; Öztan, Aile Hukuku, s. 1257; Saymen/ Elbir, s. 506; Köprülü/ Kaneti, s. 310; Feyzioğlu, s. 712; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 472; Zevkliler/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 345; Ceylan, s. 61, dn. 140; BGE. 100 Ib 114. “Vesayet kaasırların (küçüklerin, mahcurların) himayesi maksadiyle, hukuki hukukta tanzim edimiş olmasına rağmen, bir nevi kamu hizmeti mahiyetinde bir müessesedir.” <http://www.turk hukukkurumu.org.tr/thl/metin/V.pdf>, Erişim 16.07. 2017.

²⁶ Egger, s. 14.

vesayet kurumu düzenlenmiştir. Vesayet, velâyetin doğmadığı veya sona erdirildiği koşullarda doğar, bir diğer ifade ile vesayet ikincil niteliktedir²⁷.

Velâyet ve vesayet arasında, amaçları açısından çok büyük bir benzerlik vardır. Gerek vasiler gerekse veliler, vesayet veya velâyet altında bulunan kişilerin yasal temsilcileridirler. Aynı şekilde hem veliler hem de kısmen vasiler vesayet altındaki kişilerin bakımı eğitilmesi, yetiştirilmesi, hak ve menfaatlerinin kollanması, mallarının korunması gibi sorumlulukları yüklenmişlerdir²⁸. Velâyet ve vesayet birbirini ikame eden, tamamlayan iki kurumdur. Ancak buna rağmen aralarında bazı farklar vardır²⁹. Bunları şöylece belirtebiliriz:

Velâyet hakkı sadece ana ve babaya aittir. Evlat edinenin velâyet hakkı ise istisnai bir durumdur. Buna karşın kanundaki koşulları taşıyan herkes vasi olarak atanabilir.

Velâyet, doğrudan doğruya hısımlığa dayanan ve kural olarak doğumla birlikte kendiliğinden doğan bir özel hukuk kurumudur. Vesayet ise, Medeni Kanunda belirtilen hallerde mahkeme kararıyla kurulan ve temelde kamu hukukuna dayanan bir hukuki statüdür³⁰.

Velâyet, kural olarak küçükler için uygulanan bir statüdür. Vesayet ise, velâyet altında olmayan küçükler ile haklarında kısıtlama kararı verilmiş erginler için uygulanır. Velâyet sadece çocukların ve ailenin, vesayet ise korunmaya muhtaç herkesin korunması amacını taşır³¹.

Velinin, velâyeti altındaki küçüğün mallarından yararlanma hakkı bulunmasına rağmen, vasinin böyle bir hakkı yoktur. Ancak vasi, yaptığı iş için ücret isteme hakkına sahip iken velinin üstlendiği sorumluluk için ücret istemesi mümkün değildir. Aynı şekilde, velâyette çocuğun gelirinin kendi geçimi ve eğitimi için harcanandan fazlası, aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere veliler tarafından harcanabilir iken, vesayette vasinin böyle bir harcama hakkı yoktur.

²⁷ Rona Serozan, Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2005, s. 257.

²⁸ Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 470.

²⁹ Karş. Öztan, Medeni, s. 500.

³⁰ Koç, s.101.

³¹ Velidedeoğlu, s. 344; Tekinay, 622.

Veli, kural olarak yaptığı işlemler için herhangi bir makamdan izin almak veya herhangi bir makama hesap veya güvence vermek zorunda değildir. İstisnası TMK'nın 345. maddesidir. Buna göre “çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır.” Buna karşın vasi TMK m. 462. maddedeki işlemleri yapabilmek için vesayet makamından, TMK m. 463. maddede sayılan işlemler için ise hem vesayet makamından hem de denetim makamından izin almak zorundadır³². Ayrıca TMK m. 454/2 maddesi gereğince vasi yönetimle ilgili hesap tutmak ve vesayet makamının belirlediği tarihlerde ve her hâlde yılda bir defa hesabı onun incelemesine sunmakla yükümlüdür.

Veli, velâyeti altındaki kişinin mallarına ilişkin işlemler için onun görüşünü almak zorunda değildir. Buna karşın vasi, bazı durumlarda vesayet altındaki kişinin görüşünü almak zorundadır (TMK m. 450/1).

Velinin azledilmesi ya da istifa veya feragat etmesi söz konusu değildir. Ancak yasal koşullar mevcutsa hâkim tarafından velâyet kaldırılabilir (TMK m. 348). Buna karşın vasinin azledilmesi mümkün olduğu gibi, koşulları varsa istifa etmesi de mümkündür³³.

Veli, küçüğün geçim ve bakımını kendi imkânları ile sağlamakla yükümlüdür. Vasi ise bakım ve yardım işini ancak vesayet altındaki kişinin malvarlığından karşılar. Yetişmeyen kısmını, kendisinin karşılama yükümlülüğü yoktur³⁴.

Velâyet altında bulunan çocukların, korunması konusunda velilere yüklenen görevler, vesayette vasilere verilen görevlerden daha geniştir. Örneğin veliler küçüğün eğitim öğretimini sağlamakla yükümlü iken, vasilerin, ergin kısıtlıların eğitim öğretimleriyle ilgili yükümlülükleri yoktur³⁵.

³² Velidedeoğlu, s. 488.

³³ Feyzullah Uslu, Vesayet: Prensipler-Doktrin-Kazai İçtihat, İzmir 1941, s. 87; Zafer Zeytin/ Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, Seçkim Yayıncılık, 2017, s. 290; Koç, s.102; Öztan, Medeni, s. 521; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 470 ve vd.

³⁴ Uslu, s. 87; Mehmet E. Palamut, Medeni Hukuk, İstanbul 2011, s. 133.

³⁵ Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 470.

III. VESAYETİN ÇEŞİTLERİ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunda, vesayet iki türlü düzenlenmiştir:

Birincisi Kamu Vesayeti'dir. Kamu vesayeti, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan daireler tarafından yürütülen vesayet çeşididir³⁶.

İkincisi Özel Vesayet'dir. Bu vesayet türünde, vesayet altındaki kişinin menfaati haklı gösterdiği, özellikle bir işletmenin, bir ortaklığın veya bir işin sürdürülmesi gerektiğinde vesayet istisnai olarak bir aileye verilmektedir³⁷.

A. Kamu Vesayeti

Türk medeni hukukunda aslolan kamu vesayetidir³⁸. Burada vesayet bir kamu kurumu olarak düzenlemiştir³⁹.

Vasinin atanması ve denetimi kamu kurumu niteliğindeki Sulh Hukuk ve Asliye Hukuk Mahkemelerince yerine getirilmektedir. Aynı şekilde kayyım ve yasal danışman atama yetkisi de vesayet makamına aittir. Vasi de vesayet altındaki kişiye karşı devletin kendisine tanıdığı yetkileri kullanır ve gerektiğinde onu birçok fiil ve davranışlardan men edebilir⁴⁰.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulüne Dair Kanunun m. 6/2/a bendi gereğince Aile Mahkemeleri de görevlidir.

Kamu vesayeti sosyal görüşe dayanmakta ve bu görüşe göre vesayet bir devlet işi sayılmaktadır.

Kamu vesayetinde, vesayet makamı, vasi atanması gereken bir durum kendisine bildirildiğinde, her türlü araştırmayı re'sen yaparak, olumlu veya olumsuz bir karar vermek zorundadır⁴¹.

³⁶ TMK m. 397.

³⁷ TMK m. 398-402 hükmüyle özel vesayet düzenleme konusu yapılmıştır.

³⁸ **Ömer Uğur Gençcan**, Vasi-Kayyım-Yasal Danışman ve Vesayet Daireleri, Yargıtay Uygulaması, Bilimsel Açıklama, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 138, (Yargıtay Uygulaması); **Ertürk**, s. 6; **Saymen/ Elbir**, s. 506; **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku, s. 473, 475; Kamu vesayeti Almanya, İsveç, İsveç, İngiltere, kısmen Amerika, Rusya ve İskandinav ülkelerinin hukuklarında da benimsenmiştir.

³⁹ **Feyzioğlu**, s. 712, **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku s. 473; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 752; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, Aile Hukuku, s. 395; **Saymen/ Elbir**, s. 505; **Zevkliler/ Ergün**, s. 945.

⁴⁰ **Saymen/ Elbir**, s. 505; **Köprülü/ Kaneti**, s. 310.

⁴¹ Bkz. Y.2.HD., 15.01.1996 T., E.13894, K. 267 K, Sulh Mahkemesi, vesayet şartları bildirildikten sonra re'sen gerekli incelemelerin yapılması gerektiğini, sair davalar gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri

Vesayet makamı, vasi atanması yanında denetim, izin, tedbiren veya kesin olarak görevden alma gibi yetkilere de haizdir. Denetim makamı ise taşınmazların pazarlıkla satılmasına karar verebileceği gibi (TMK m. 444/3), bazı hukuki işlemleri yapabilmesi için (TMK m. 463) vasiye, vesayet makamının izninden sonra izin verme yetkisine haizdir. Tüm bu hususlardan da anlaşılacağı üzere kamu vesayetinde, vesayet dairelerinin her aşamada müdahalesi ve etkinliği söz konusudur. Bu husus TMK m. 397/1'de "Kamu vesayeti, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütülür." biçiminde açıkça ifade edilmiştir.

B. Özel Vesayet

TMK m. 398 ve devamında kamu vesayetinden farklı olarak özel vesayet düzenlenmiştir. İstisnai bir vesayet türü olan özel vesayete "aile vesayeti" de denir. Burada başlıca rol ailededir; devletin rolü ikinci derecede kalmaktadır⁴².

Özel vesayet karakter olarak aynı kamu vesayetindeki görev ve yetkilere sahiptir. Özel vesayeti kamu vesayetinden ayıran tek fark, kamu vesayetinde yer alan vesayet makamının yerini özel vesayette aile meclisinin almasıdır⁴³. Buna göre vasi ve Sulh Hukuk Mahkemesinin görevleri özel vesayette de devam etmekle birlikte Sulh Hukuk Mahkemesinin yerine aile meclisi geçmiştir (TMK m. 398/2)⁴⁴.

Aile vesayeti, bireyci görüşe dayanmakta ve bu görüşe göre vesayet bir aile sorunu sayılmaktadır. Vesayet kurumunu aile vesayeti meselesi olarak gören ülkelere örnek olarak ise Fransa⁴⁵, İtalya, İspanya, Belçika, Bulgaristan⁴⁶ ve Romanya verilebilir⁴⁷.

Kanununun 409. maddesinin uygulanamayacağını, kamu düzeni ile ilgili olması sebebiyle işin esasının tetkiki ile olumlu-olumsuz bir karar verilmemiş olmasının isabetsiz olduğu sonucuna varmıştır. Karar metni için bkz. **Esat Şener**, Velâyet Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 1996, s. 61.

⁴² **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku, s. 472

⁴³ **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1266.

⁴⁴ **Feyzioğlu**, s. 713; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, Aile Hukuku, s. 571.

⁴⁵ **Akıntürk/Ateş**, Aile Hukuku, s. 472, **Feyzioğlu**, s. 713. Ayrıca bkz. Fransız Medeni Kanunu m. 398.

⁴⁶ Bulgar medeni hukukunda aslolan özel vesayetidir. (**Lilyana Nenova**, Aile Hukuku, Sofi-R Yayıncılık, 2010, s. 321).

⁴⁷ **Velidedeoğlu**, s. 489-490.

Özel Vesayet Kaynak Kanunda⁴⁸ Aile Vesayeti olarak adlandırılmıştır⁴⁹. Gerek İsviçre’de⁵⁰ gerekse Türkiye’de özel vesayet nadiren talep edilmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, bu durum gözetilerek özel vesayet pratik önemi olmayan vesayet türü olarak tanımlanmaktadır⁵¹.

“Özel vesayet, vesayet altına alınan kişinin fiil ehliyetine sahip iki yakın hısımının⁵² veya bir hısımları ile eşinin istemi üzerine denetim makamı tarafından kurulur.” (TMK m. 399) Yasa, hısım tabirini kullanmış, dolayısıyla kan ya da kayın hısımlığı ayrımı yapmadığı gibi istemde bulunabilecek olanların hangi derece hısımlar olduğunu da belirtmemiştir. Hâkim her somut olayda bu hısımlık ilişkisini değerlendirerek, vesayet altına alınacak kişi ile olan şahsi ve ticari ilişkilerini dikkate alacaktır. Böyle bir istem olmaksızın denetim makamı kendiliğinden özel vesayetin kurulmasına karar veremez⁵³.

Aile meclisine atanacak en az üç hısım bulunmuyorsa bu durumda özel vesayetin kurulması mümkün olmayacaktır⁵⁴.

Aile meclisine seçilen hısmın veya eşin bu görevi kabul yükümlülükleri yoktur⁵⁵. Aile meclisi üyeleri, dört yıllık sürenin sonunda denetim makamınca tekrar seçilebilirler⁵⁶.

Oluşturulan aile meclisi üye sayısı sonradan herhangi bir nedenle eksilirse, bu eksikliği denetim makamı giderir, aile meclisi kendisi üye seçemez⁵⁷.

⁴⁸ ZGB Art. 362-366.

⁴⁹ **Egger**, s. 62. Özel vesayetin temeli eski Germen Hukukundaki **Munt** kurumuna dayanmaktadır. Munt kurumu hakkında bilgi için bkz. **Egger**, s. 8-9.

⁵⁰ 1912’den beri uygulanan İsviçre Medeni Kanununda düzenlenmiş olan vesayet hukuku, İsviçre Federal Konseyi’nce yapılan revizyon çalışmaları sonucu, 19 Aralık 2008 tarihli Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukuna İlişkin Federal Kanun’un (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmesiyle değişikliğe uğramıştır.

⁵¹ **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, Aile Hukuku, s. 572.

⁵² Önceki kanun “yakın kan ve sıhri hısımlardan” söz ederken, TMK böyle bir ayrım yapmadan sadece hısım demektedir, değişiklik sonrası bu deyimde sadece kan hısımlarının girdiği düşünülmektedir, **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku, s. 476.

⁵³ **Zevkliler/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 1146; **Saymen/ Elbir**, s. 508; **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku, s. 476; **Köprülü/ Kaneti**, s. 312.

⁵⁴ **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku, s. 477; **Oğuzman/ Dural**, Aile Hukuku, s. 431; **Feyzioğlu**, s. 715; **Gençcan**, Vesayet, s. 149; **A. Samim Gönensay**, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 1940, s. 173.

⁵⁵ **Saymen/ Elbir**, s. 510; **Oğuzman/ Dural**, Aile Hukuku, s. 431.

⁵⁶ **Feyzioğlu**, s. 716; **Saymen/ Elbir**, s. 510; **Köprülü/ Kaneti**, s. 313; **Gençcan**, Yargıtay Uygulaması, s. 149.

⁵⁷ **Oğuzman/ Dural**, Aile Hukuku, s. 431.

TMK m. 401 hükmüne göre, aile meclisi üyeleri, görevlerini gereği gibi yerine getireceklerine dair güvence vermek zorundadırlar. Güvence sağlanmadan özel vesayet kurulamaz. Yasa, güvencenin ne şekilde ve miktarda olacağını belirtmemiştir. Hâkim her somut olayın özelliğine göre güvence miktarını ve aynı ya da nakdi mi, menkul ya da gayrimenkul rehni ya da banka kefaleti ya da bir başka güvence türü olup olmayacağını takdir edecektir⁵⁸. Güvence koşulunun amacı, vesayet altına alınacak kişiyi, uğrayabileceği olası zararlara karşı korumaktır⁵⁹.

Denetim makamınca aile meclisi kurulunca vesayet makamının yetki, görev ve sorumlulukları aile meclisine geçer. (TMK m. 398/2) Aile meclisi vesayet makamının yerini aldığından, vasinin engel hali veya görevine son verilmesi halinde yeni bir vasi atayabilir, ancak aile meclisinin atadığı vasinin görevi kabul yükümlülüğü yoktur. (TMK m. 416/2) Aile meclisince atanan vasi, aile meclisinin bir üyesi değildir⁶⁰.

IV. VESAYET ORGANLARI VE VASİ ATANMASI

Vesayet organları, vesayet yetkisini doğrudan doğruya kullanan kişilerle, bu kişilerin gerçekleştirdikleri işlemlere katılan ve denetimini sağlayan makamlardır⁶¹. Bu organlar TMK m. 396'da belirtildiği üzere vesayet daireleri ile vasi ve kayyımdan oluşur. Maddede vesayet organları arasında yasal danışman sayılmamıştır⁶². Doktrinde yasal danışmanın da vesayet organlarından biri olduğu kabul edilmektedir⁶³.

A. Vesayet Daireleri

TMK m. 397/1'de belirtildiği üzere, kamu vesayetinin yürütülmesi, vesayet dairelerini oluşturan vesayet makamı ve denetim makamı tarafından sağlanır. Vesayet

⁵⁸ Ali İhsan Özügür, Kişi Hukuku - Velâyet - Vesayet - Soybağı - Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara 2016, s. 659.

⁵⁹ Zevkililer/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 1147; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 477; Gönensay, s. 174.

⁶⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 396; Saymen/ Elbir, s. 510.

⁶¹ Öztan, Aile Hukuku, s. 1263.

⁶² Yasal danışmanların da kayyım kavramı içinde yer aldığı, bunların da vesayet organları arasında bulunduğu kabul edilmektedir. Doktrinde bu görüş savunulmaktadır.

⁶³ Feyzioğlu, s. 711; Ertürk, s. 9; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 475; Saymen/ Elbir, s. 511; Koç, s. 102, 106; Öztan, Aile Hukuku, s. 1263-1264; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 475; Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 571.

daireleri kamu vesayetinin resmi organlarıdır⁶⁴. Esas itibarıyla bu mahkemeler denetim ve karar organlarıdır.

Vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı, asliye hukuk mahkemesidir (TMK m. 397).

1. Sulh Hukuk Mahkemesi

TMK m. 397’de de açıkça ifade edildiği üzere asıl vesayet makamı Sulh Hukuk Mahkemesidir. Başlıca görevleri vasiyi atamak (TMK m. 413), vasi atanmasına kadar gerekli önlemleri almak (TMK m. 420), kayyım atamak (TMK m. 426 ile m. 427), koruma amacıyla kişinin özgürlüğünü kısıtlamak (TMK m. 433/1), vasiinin yapacağı bazı işlemlere izin vermek (TMK m. 462), yıllık rapor ve hesapları incelemek (TMK m. 464), vasi hakkındaki şikâyetleri incelemek (TMK m. 461) ve kısıtlamanın kaldırılmasına karar vermektir (TMK m. 472/1).

Aile hukukundan doğan vesayet işlerinde, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun⁶⁵ vesayet ve denetim makamlarına ilişkin 7’ nci maddesi hükümleri uygulanır.

Vesayet makamı daha öncede belirtildiği üzere, Sulh Hukuk mahkemesidir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu⁶⁶ m. 7/7’ya göre ise bu görev Çocuk Mahkemesine verilmiştir⁶⁷. Vesayet yetkisini doğrudan doğruya kullanan vasi, vesayet makamı tarafından atanmakta olup bu anlamda vasiinin faaliyetlerine katılan makamdır.

2. Asliye Hukuk Mahkemesi

Asliye Hukuk Mahkemesi denetim makamıdır. Başlıca görevleri özel vesayete izin vermek, (TMK m. 399) özel vesayetin sona ermesine karar vermek, (TMK m. 402) vesayet makamının kararlarına karşı yapılan itirazları değerlendirmek, (TMK m. 422/3, m. 435/1 ve m. 488) kısıtlının gayrimenkulünün pazarlıkla satışına izin vermek, (TMK m. 444/3) vasi tarafından yapılacak bazı hukuki işlemlere izin vermektir (TMK m. 463).

⁶⁴ Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 473.

⁶⁵ RG. 18.01.2003-24997.

⁶⁶ RG. 15.07.2005-25876.

⁶⁷ Emine Akyüz, “Velâyet, Çocuğun Korunması ve Koruyucu Aile Hizmetleri”, Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, Ankara 2008, s. 101; Gençcan, Vesayet, s. 112-113.

Diğer yandan yabancı ülkelerde vesayet altına alınacak bir Türk varsa o ülke ile Türkiye arasında bir anlaşma mevcut ise o ülkedeki Türk Konsolosunun sulh mahkemesinin yerini alacağı ileri sürülmüştür⁶⁸.

B. Vasi Kavramı

“Vasi, vesayet altındaki *küçüğün* veya *kısıtlının* kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür” (TMK m. 403/1)⁶⁹. Bu bağlamda, vasi atanmasının birinci amacı vesayet altındaki kişinin kişiliğini ve malvarlığını korumaktır. İkinci amaç ise hukuki işlemlerde vesayet altındaki kişiyi temsil etmektedir.

Kanun vasinin tam olarak tanımını yapmamış, sadece yükümlülüklerini belirtmekle yetinmiştir. Yasanın diğer hükümleri ile birlikte değerlendirdiğimizde vasiyi, “Vesayet altındaki *küçüğün* veya *kısıtlının* kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü ve yasa da belirtilen nitelikleri haiz olan⁷⁰, vesayet makamı tarafından görevlendirilen gerçek kişilerdir⁷¹” şeklinde kısaca tanımlayabiliriz.

1. Vasinin Atanma Usulü

1. 1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Vasi vesayet makamı tarafından atanır⁷² (TMK m. 413). Kamu vesayetinde bu makam Sulh Hukuk mahkemesi (TMK m. 397), özel vesayette ise aile meclisidir (TMK m. 398/2).

⁶⁸ **Özcan, Aile Hukuku**, s. 752. Vesayet hukukunda vesayet işlerini fiilen yürütecek kişiye vasi denir.

⁶⁹ **Oğuzman/ Dural**, Aile Hukuku, s. 434. **Gençcan**, Yargıtay Uygulaması, s. 114; Bulgar hukukunda vesayet, Bulgar Aile Kanunu’nun 153 ila 174’üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunda iki tür vasi belirtilmiştir, bunun nedeni iki farklı grup kapsadığı içindir. Birinci gruptakiler anne ve babası bilinmeyen, ölmüş, kısıtlı veya velâyeti kaldırılmış 0-14 yaş arası çocuklar ve tam ehliyetsiz ergin kişiler. İkinci gruptakiler ise anne ve babası bilinmeyen, ölmüş, kısıtlı veya velâyeti kaldırılmış 14-18 yaş arası çocuklar ve sınırlı ehliyetsiz ergin kişiler içindir. (**Nenova**, s. 428). Aynı düzenleme Rusya Federasyonu hukukunda da görülmektedir. Bkz. Rusya Federasyonu Aile Kanunu m. 145, kanunun İngilizce metni için bkz. <http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf>, Erişim 15.02.2018.

⁷⁰ **Feyzioğlu**, s. 709; **Ertürk**, s. 12; **Velidedeoğlu**, s. 492; **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku, s. 475. Benzer yönde **Özcan**, Aile Hukuku, s. 1264; **Gençcan**, Yargıtay Uygulaması, s. 114.

⁷¹ Türk Hukukunda tüzel kişilerin vasilığı kabul edilmemiştir. Bu nedenle sadece gerçek kişiler vasi olabilir. **Zevkililer/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 1166; **Saymen/ Elbir**, s. 531; **Oğuzman/ Dural**, Aile Hukuku, s. 460; **Köprülü/ Kaneti**, s. 323; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, Aile Hukuku, s. 405.

⁷² İtalyan Medeni Kanununa göre vasiyetnameyle vasi atanabilir (bkz. İtalyan Medeni Kanunu m. 348, f. 2).

TMK m. 411'e göre, vasi atamasında yetkili mahkeme, **küçüğün veya kısıtlının yerleşim yeri**⁷³ mahkemesi, görevli mahkeme ise yukarıda da belirttiğimiz gibi vesayet makamı olan Sulh Hukuk mahkemesi veya Aile Mahkemesidir.

Burada kesin yetki⁷⁴ söz konusudur, hâkim tarafından yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Vesayet işlerinde yetki kamu düzenine ilişkindir⁷⁵.

Mukayeseli hukuka baktığımızda ise İsviçre'de değişiklikten önce vesayet makamı görevini, mahkemeler yerine getirmekteydi. Buna karşılık İsviçre'de yeknesak bir uygulama yoktu. Örneğin bazı yerlerde belediye meclisi da ya özel bir komisyon vesayet makamı görevini yerine getirmekteydi. Yeni düzenlemenin 2013 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte, Çocukların ve Yetişkinlerin Korunması alanında verilen bütün kararlar, tek bir makam tarafından alınacaktır (art. 440 Schweizerisches Zivilgesetzbuch). Yetkili makam *Çocuk ve Yetişkinleri Koruma Resmi Makamı* (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde) olarak belirlenmiştir⁷⁶.

Mahkemeleri, vesayet makamı kabul eden ülkeler Fransa (Fransız Medeni Kanunu m. 391), Belçika (Belçika Medeni Kanunu m. 390) ve İtalyadır (m. 344 İtalya Medeni Kanunu m. 344).

⁷³ “..... Güler Yıldız'ın temyizinin incelenmesinde, Küçük Efe Sualp'in anne ve babası 8.7.2006 tarihinde vefat etmiş olup, Şevket Yılmaz tarafından 12.07.2006 tarihinde vasi tayini davası açılmış, 14.07.2006 günü karar verilmiştir. Vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir. (TMK m. 411). Bu hüküm kamu düzeniyle ilgili olup hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Toplanan delillerden **küçüğün yerleşim yerinin Ankara olduğu** halende Ankara'da babaannesinin yanında Etlik'de kaldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğuru değildir.” Y.2.HD., 19.04.2007 T., E. 17882, K. 6656. (Nakl. **Gençcan**, Vesayet, s. 320).

⁷⁴ “Medeni Kanunun 411. maddesi; vesayet işlerinde yetkinin küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet daireleri olduğunu, 412. maddesi de vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilemeyeceğini, yerleşim yerinin değişmesi halinde yetkinin yeni vesayet dairesine geçeceğini hükme bağlamıştır. Bu yetki kesindir. Mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir.” (Y.2.HD., 30.03.2006 T., E. 2005/19686, K. 2006/4477), Erişim, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb>, 20.01.2017

“..... Türk Medeni Kanunun 411. Maddesinde vesayet işlerinde **küçüğün yerleşim yerindeki** vesayet dairesinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Yasada belirtilen bu **yetki, kesin yetkidir**. Mahkemece resen göz önünde alınması gerekir. Küçük Gizem Yıgılca'da nüfusa kayıtlıdır. Nüfus kaydı yerleşim yerine karinedir. Yetkisizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilmesi bozmayı gerektirmektedir.” Y.2.HD., 17.04.2003 T., E. 4439, K. 5644. (Nakl. **Gençcan**, Vesayet, s. 321).

⁷⁵ Bkz. Y.2.HD., 28.04.2008 T., E. 1792, K. 5936 K. (**Gençcan**, Vesayet, s. 468).

⁷⁶ **Cevdet Yavuz/ Fulya Erlüle/ Murat Topuz**, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), Beta, 2017, s. 19).

Bulgaristan ise vesayet makamı görevini vesayet altına alınan kişinin (çocuk veya kısıtlı) yerleşim yerindeki belediye başkanı üstlenir⁷⁷.

1.2. Vasi Atama Zamanı

TMK m. 419/2, “Vesayet makamı gecikmeksizin vasi atamakla yükümlüdür” şeklinde düzenlenmiştir⁷⁸. Maddedeki “gecikmeksizin” ifadesi, küçüklerde onların velâyet altında olmadıklarının öğrenilmesinin, kısıtlılarda ise kısıtlama kararının kesinleşme anının hemen sonrasında vasi atanması prosedürüne başlanılmasını ifade eder⁷⁹. Burada açıkça görüldüğü üzere amaç, vesayet altına alınacak kişinin korunmasını en kısa sürede sağlanmasıdır.

Vasinin atanmasında Türk Medeni Kanunun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük’ün kenar başlıklı 9. maddesi de göz önünde tutulmalıdır.

Vasiyi gecikmeksizin atamak vesayet makamının yasal bir yükümlülüğü olup bu yükümlülük kapsamında, vesayet makamının re’sen ve gecikmeksizin vasi atama prosedürünü başlatabilmesi, vasi tayininin varlığını gerektiren durumun vesayet makamınca öğrenilmesini gerekli kılar.

1.3. Vasi Atama Kararının Tebliği ve İlamı

TMK, öncelikle sürat ilkesinin ışığı altında vasi olarak atamaya ilişkin kararın vasiye hemen tebliği olunacağını öngörmektedir. Ancak vasi atama kararının salt tebliği edilmesi ile yetinmemiş ve TMK m. 421/2’de “Kısıtlamaya ve vasi atanmasına veya kısıtlanan velâyet altında bırakılmışsa buna ilişkin karar, kısıtlının yerleşim yerinde ve nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan olunacağını” öngörmüştür. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, kısıtlama kararının ilanı (TMK m. 410/1) ile vasi atanması kararının ilamının (TMK m. 421/2) farklı şeyler olduğu ve kısıtlama kararına dayalı

⁷⁷ Bkz. Bulgar Aile Kanunu (Семеен Кодекс) m. 154. Söz konusu Kanun’un İngilizce metni için bkz. https://www.mlsp.government.bg/ckfinder/userfiles/files/admob/Family_Code.pdf, Erişim 15.02.2018

⁷⁸ Maddeden de anlaşılacağı üzere vasi atanmasında “sürat” ilkesi geçerli olduğundan, hâkim mümkün olan en kısa sürede vasi atamalıdır. (Tekinay, s. 634).

⁷⁹ Oğuzman/ Dural, Aile Hukuku, s. 469.

vasi ataması kararının ilanının, TMK 410/2'deki kısıtlama kararının ilanının iyi niyetli üçüncü kişiler üzerindeki etkisinin aynısı bir etkiyi doğurmayacağıdır⁸⁰.

C. Kayyım

Kayyım, belirli bir işin görülmesi⁸¹ ya da malvarlığının veya bir malın yönetilmesi⁸² için, TMK'da ve diğer kanunlarda öngörülen durumlarda, vesayet makamınca, ilgisinin isteği üzerine veya re'sen atanan kişidir⁸³.

Kayyımlık, kişiye vesayet önlemleri içinde en hafif müdahalede bulunulan koruma önlemidir⁸⁴. Kayyım, veli veya vasi gibi temsil ettiği kişinin hukuksal işlem ehliyetini sınırlamaz, kayyımın atanma nedeni temsil edilen kişinin kendi işini yapmaya yeterli olmamasıdır. Ancak temsil edilen kişi yeterli olduğu takdirde kayyımın yapmakla görevlendirildiği işi tek başına yapabilir.

Kayyım, hukuksal düzenlemeler ışığında sınırlı bir görev alanı içinde iş yapan bir vesayet organı olarak tanımlanmaktadır⁸⁵. Bir vesayet organı olarak öngörülen kayyımlık yasaya göre yasal danışmanlığı da içine alır biçimde düzenlenmiştir⁸⁶, ancak yasal danışmanlığın kişinin hukuksal işlem ehliyeti üzerindeki etkileri, yasal danışmanın görevleri ve yetkileri yönünden kayyımlıktan ve vasilikten farklı olması nedeniyle ayrı bir başlıkta düzenlenmesi ve var olan durumda yasal danışmanlığın bir tür kayyımlık olarak değil ayrı bir hukuksal kurum olarak anlaşılması kanımızca daha uygun olur.

Vesayet makamı tarafından ancak gerçek kişiler, kayyım olarak atanabilir⁸⁷. Kayyım gerçek kişiye atanabileceği gibi tüzel kişiye de atanabilir⁸⁸. Ayrıca kayyım

⁸⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 411.

⁸¹ Temsil kayyımı (TMK m. 426).

⁸² Yönetim kayyımı. Yönetim kayyımı hem kanun gereği yönetim kayyımını (TMK m. 427) hem de isteğe bağlı yönetim kayyımını (TMK m. 428) içermektedir.

⁸³ Koç, s.105.

⁸⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 425.

⁸⁵ Öztan, Aile Hukuku, s. 787.

⁸⁶ Mustafa Alper Gümüş, geniş anlamda kayyımlığın yasal danışmanlığı da içerdiğini ileri sürmektedir. Bkz. Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006, s. 1-2.

⁸⁷ Bkz. Y.2.HD., 02.10.2006 T., E. 5758, K.12871 (Gençcan, Vesayet, s.114-115).

⁸⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 393. Ayrıca bkz. Y.2.HD., 11.04.2005 T., E. 3044, K. 5770K (Gençcan, Vesayet, s. 114). Kayyımlık temel olarak Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen bir kurum olmakla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun m. 913 ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 101. maddesi, 179/a, 179/b ve 206. maddelerinde de kayyımlıkla ilgili hükümler yer almaktadır.

atanması vesayet hukukunda gerçek kişinin hukuki durumunu en dar sınırlandıran haldir⁸⁹.

Medeni Kanunun vasi hakkındaki hükümleri, aksi belirtilmiş olmadıkça kayyım hakkında da uygulanır (TMK m. 403/3).

Türk maddî hukukunda, vesayet müessesesi içinde zikredilen kayyımlık fonksiyon olarak vesayet ve kısıtlılıktan farklıdır. Kayyımlıkta bir malın yönetilmesi ya da belirli bir işin yapılması söz konusudur. Vasinin görevinin sürekli olması ve vesayet altında bulunan kişinin kişiliğini koruma görevi olmasına karşın, kayyımın görevi belirli bir iş ya da malvarlığını yönetmek olup, kayyımı olduğu kişinin şahsına ve kişiliğine özen göstermek ve korumak yükümlülüğü yoktur. Vasinin yetki ve görevlerindeki genelliğe karşı, kayyımın yetki ve görevlerinde özellik, sınırlılık, belirlilik ve geçicilik söz konusudur⁹⁰.

Kişinin yasal temsilcisinin bulunmaması, yasal temsilcinin görevini yerine getirmesiyle ilgili bir engelin bulunması, hastalığı, başka bir yerde bulunması ya da benzer bir sebeple temsilci atayacak durumda olmaması, kişinin mal varlığını gerektiği gibi yönetmekten yoksun olması, bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışması hallerinde vesayet makamı, ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar (TMK m. 426). Ayrıca TMK m. 427'deki hallerde vesayet makamı yasa gereği bir yönetim kayyımı atar. İsteğe bağlı kısıtlama sebeplerinden biri varsa, ergin bir kişiye kendi isteği üzerine bir kayyım atanabilir (TMK m. 428).

Türk Medeni Kanunu'na göre kayyımlık temsil ve yönetim kayyımlığı olarak ikiye ayrılır⁹¹.

⁸⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 393.

⁹⁰ Gönensay, s. 203; Tekinay, s. 624; Feyzioğlu, s. 711. Çocuğa atanan kayyım, belirli bir işin görülmesi için, veya belirli bir davada çocuğu temsil etmek için veya çocuğun malvarlığını belirli nedenlerden dolayı yönetmek için ya da çocuğun kişiliğinin veya malvarlığının korunmasında önlem almak için görevlendirilir. Kayyımın çocuğu temsilinin kapsamı sınırlı ve belirlidir, süreklilik taşımaz. Kayyımlığın türüne göre kayyımın görev süresi belirli veya belirsiz olabilir; ancak velâyette ya da vesayetteki gibi sürekli ve kapsamlı bir temsilden söz edilemez.

⁹¹ Velidedeoğlu, 549; Temsil ve yönetim kayyımlığı yanında farklı türlerde kayyımlık türleri olduğu da ileri sürülmektedir. Bunlardan biri, İsviçre hukukunda yaşlılar için öne sürülen birleşik kayyımlıktır, kayyım burada ergin ancak işini göremeyen kişiyi temsil eder; hem de malvarlığını yönetir. (Gümüş, s. 39).

V. VESAYETİ GEREKTİREN HALLER

Vesayeti gerektiren haller 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 404-410. maddeleri arasında sınırlı sayım ilkesine göre düzenlenmiştir. Bunlar küçüklük⁹² ve kısıtlılıktır⁹³.

A. Yaş Küçüklüğü

“Küçüklük” kavramı ile anlaşılması gereken kişinin henüz ergin olmamasıdır (TMK m. 11/1). Ancak bunun istisnaları olan TMK m. 11/2 uyarınca evlenmenin kişiyi ergin kılması (TMK m. 124)⁹⁴ ve yargısal erginlik (kazai rüşd) konumuz açısından da geçerlidir.

Türk Medeni Hukukunda kural küçüklerin ergin oluncaya kadar anne ve babalarının velâyeti altında bulunmalarındır⁹⁵. Dolayısıyla küçüklerin korunması için vesayet altına konulmalarına gerek yoktur. Vesayet altına konulma zorunluluğu ancak ergin olmayan çocukların velâyet altında bulunmamaları durumunda söz konusu olur⁹⁶.

Kural olarak velâyet hakkı kaldırılmadan vesayet altına alma kararı verilemez. Yine bu kuralla bağlantılı olarak TMK m. 335/1’e göre yasal bir sebep bulunmadıkça velâyet hakkı, bunu birlikte kullanan anne ve babadan alınamaz⁹⁷. Küçüğe vasi atanması, ancak onun velâyet altına alınmasının mümkün olmadığı bazı hâllerde, velâyetle tanınan hukuki korumadan yoksun kalmasını önlemek üzere söz konusu olur. Bu hâller aşağıda belirtildiği gibidir.

⁹² TMK m. 404. Ayrıca bkz. **Öğuzman/ Dural**, Aile Hukuku, s. 429; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 756. Bulgar medeni hukukunda çocuk iki gruba ayrılmaktadır, 0-14 yaş arası (*infant*) ve 14-18 yaş arası (*minor, juvenile*). (Bkz. Bulgar Kişiler ve Aile Kanunu m.3 ile m. 4.). İki grupta velâyet altında bulunmaktadır.

⁹³ TMK m. 405-410.

⁹⁴ Sonradan boşanma, vb. bir nedenle evlilik sona erse de kazanılmış erginlik devam eder. Bkz. **Mustafa Dural/ Tufan Öğüz**, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 54.

⁹⁵ **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, Aile Hukuku, s. 397.

⁹⁶ **Feyzioğlu**, s. 637; **Velidedeoğlu**, s. 493. Örneğin, 743 sayılı Medeni Kanunun yürürlükte olduğu dönemde evlilik dışı doğan çocuğun velâyeti mahkemece bir karar verilinceye kadar boşlukta idi. Bu halde velâyet mahkemece anneye verilmemiş, ya da evlilik dışı doğan çocuk tanınmış veya kişisel sonuçlarıyla babalığa hükmedilmiş olsa bile velâyet yine anne ve babaya verilmemiş olabilirdi. Bu hallerde küçüğe vasi tayin edilmesi gerekmektedir.

⁹⁷ “... velâyet hakkı münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hâli hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından davacının kısıtlanan ergine vasi olarak atanması gerekirken velâyet altına konulması da usul ve yasaya aykırı bulunmuştur...” Y.2. HD., 14.02.2005 T., E. 15802, K. 1935K (Nakl. **Gençcan**, Yargıtay Uygulaması, s. 283).

1. Küçüklerin Vesayetini Gerektiren Durumlar

1.1. Anne veya Babanın Yokluğu veya Ölmesi

Anne ve babasının koruyamadığı küçük vesayet altına alınabilecek olan küçüktür. Bu durum anne ve babası ölen küçük⁹⁸, anne ve babası hakkında gaiplik kararı ve ölüm karinesi verilen küçük⁹⁹, anne babası hakkında kısıtlama kararı verilen küçük¹⁰⁰, anne ve babası belirlenemeyen küçük¹⁰¹ ve anne ve babası engelli olan küçük¹⁰² kapsar.

⁹⁸ Hem ananın hem de babanın ölümü sebebiyle velâyet altında artık bulunmayan her küçük yetkili vesayet makamı tarafından vesayet altına alınır. (Egger, s. 89; Velidedeoğlu, s. 496; Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 571; Feyzioğlu, s. 722; Öztan, Aile Hukuku, s. 1272; Saymen/Elbir, s. 514; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 477; Zevkliler/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 349; Özüğür, s. 822;). “.... Velâyet altında bulunmayan her küçüğe bir vasi tayin olunur. 1.11.1985 doğumlu Evren’in **baba ve annesi ölmüştür**. Üvey anne ile soybağı bulunmadığı açıktır. Vasi tayini gerekirken üvey annesi bulunduğundan söz edilip davanın reddi doğuru değildir.” Y.2.HD., 07.12.2001 T., E. 16283, K. 17326. (Nakl. Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 286).

⁹⁹ Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s. 1149; Velidedeoğlu, s. 496; Feyzioğlu, s. 722; Akıntürk/ Karaman, s. 469; Öztan, Aile Hukuku, s. 1272; Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 286; Diğer bir ihtimal anne babanın her ikisi birden gaip olmuş ya da sadece velâyet kendisinde bulunan taraf gaip olabilir, ya da evlilik birliği mutlak butlan, nisbi butlan ya da yokluk kararıyla sona ermiş ve hâkim velâyeti anne ve babadan birisine vermemiş olabilir. (Özüğür, s. 822).

¹⁰⁰ Anne babanın her ikisi de kısıtlanmış ya da velâyeti tek başına kullanmakta olan taraf kısıtlanmış olabilir. “... 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulüne Dair Kanunun 6/2. maddesi; bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana babadan alarak bir aile yanına veya resmi yada özel sağlık kuruluşuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma, genel ve katma bütçeli daireler, mahalli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bankalar tarafından kurulmuş teşekkül, müessese veya işletmelere veya benzeri işyerlerine yahut meslek sahibi birinin yanına yerleştirmeye karar vereceğini hükme bağlamıştır. Koruma altına alınması istenilen **küçüğün ana ve babasının tespit edilemesiği** anlaşılmaktadır. Mahkemece küçük hakkında uygun önlemlerin alınması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir. Medeni Kanunun 404. maddesi, velâyet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağını hükme bağlamıştır. Bu durum öğrenen mahkemenin gerekli işlemin derhal yapılmasını teminen vesayet makamından istemesi de gerekmektedir. Açıklanan husus üzerinde durulmaması da yerinde değildir. (TMK m. 405/2)”. Y.2.HD., 10.02.2005 T., E.15814, K.1699. (Nakl. Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 168-169). Ya da kısıtlanmamakla birlikte anne babanın her ikisinin veya velâyeti tek başına kullanmakta olan tarafın geçici olarak bu yetkisi elinden alınmış olabilir.

¹⁰¹ Anne ve babası belirlenemeyen her küçük yetkili vesayet makamı tarafından vesayet altına alınır. “... Berkant 15.01.1998 doğumludur. Kimliği **tam olarak belirlenemeyen** anne ve babası tarafından terkedilip koruma altına alınmış olmasına göre kendine vasi tayin ettirilerek dava vasiye yöneltilmeden eksik hasımla yargılamaya devam olunarak hüküm kurulması doğru değildir.” Y.2.HD., 18.03.2002 T., E. 1616, K. 3756. (Nakl. Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 169).

¹⁰² Anne ve babasının oluşan engeller sebebiyle koruyamadığı her küçük yetkili vesayet makamı tarafından vesayet altına alınır. “....Koruma altına alınan çocuğun annesinin **akıl hastası**, babasının da **cezaevinde olduğu** anlaşılmaktadır. Bu durumda küçüğün annesi ve babasının vesayet altına alınması için Sulh hakimine ihbarda bulunup sonucunun beklenmesi, şayet vasi tayin edilirse, davacıya velâyetin nez’i davası açılması için mehil verilmesi ve açılacak davanın sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” Y.2.HD., 15.01.2001 T., E. 15207, K. 538. (Nakl. Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 169).

1.2. Velâyet Hakkının Sona Ermesi Sebebiyle

Velâyet hakkı verilenin koruyamadığı küçüklerden vesayet altına alınabilecek olanları küçükler söyle sayabiliriz: Boşanmayla velâyet hakkı verilen anne ya da babası ölen küçük (TMK m. 183)¹⁰³; Anne ve babasından velâyet hakkı kaldırılan küçük¹⁰⁴ (TMK m. 348, f. 2); Boşanmayla velâyet hakkı verilen anne ya da babası yeniden evlenen küçük (TMK m. 183, 348)¹⁰⁵; Boşanmayla velâyet hakkı verilen anne ya da babasıyla ilgili yeni olguların zorunlu bırakıldığı küçük (TMK m. 183, 348); Boşanmayla velâyet hakkı verilen anne ya da babası başka bir yere giden küçük (TMK m. 183, 348)¹⁰⁶; Anne ve babasından birisi ölen ve sağ kalandan velâyet hakkı kaldırılan küçüklerden vesayet altına alınabilecek kişiler arasındadır¹⁰⁷.

1.3. Velâyetin Anne ve Babaya Verilememesi Sebebiyle

hakkı verilemediği için korunamayan küçük velâyet altına alınabilecek olan küçükler: Evlilik birliği butlanı sebebiyle velâyeti anne ve babayla verilmesi sakıncalı

¹⁰³ Boşanmayla velâyet hakkı verilen anne ya da babası ölen çocuğun kural olarak sağ kalan anne ya da babasına aile mahkemesi hakimi tarafından velâyet hakkı verilir. Başka bir anlatımla boşanmayla velâyet hakkı verilen anne ya da babası ölen çocuğu velâyeti kendiliğinden sağ kalan anne ya da babasına geçmez. (Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 291; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku s. 480; Öztan, Aile Hukuku, s. 1273; Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 397; Özüğür, s. 822; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuk, s. 467). “.... Küçüklerin velâyet hakları annelerine verilmiş, anne ölmüştür. Bu durumda velâyet haklarıkendiliğinden babaya geçmez. Velâyet altında bulunmayan küçükler için vasi tayini gerekir. (TMK m. 404/1). Kanun gereği küçüklere vasi tayini gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddi bozmayı gerektirmiştir.” Y.2.HD., 19.02.2002 T., E. 1624, K. 2269. Ancak sağ kalan anne ya da babaya velâyet verilmeyeceği öncelikle aile mahkemesi hakimi tarafından belirlenmelidir. Başka bir deyişle velâyet konusunda aile mahkemesinde bulunan dava varsa vesayet makamı tarafından o dava bekletici mesele sayılmalıdır. “.... Sakarya 2. Aile Mahkemesinin 2008/328 easa sayılı velâyetin tevdi davası sonucunu beklenmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Y.2.HD, 29.12.2008 T., E. 14961, K. 18044.

¹⁰⁴ Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 294-296; Öztan, Aile Hukuku, s. 1272; Velidedeoğlu, s. 496; Saymen/ Elbir, s. 514; Özüğür, s. 822; Zevkliler/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 349; Feyzioğlu, s. 722. Bu konuyla ilgili davalar için bkz. Y.2.HD., 29.12.2008 T., E. 14961, K. 18044; Y.2.HD., 12.10.2006 T., E. 5606, K. 13793; Y.2.HD., 05.02.2007 T., E. 10330, K. 1189; Y.2.HD., 19.04.2006 T., E. 20425, K. 5310 (Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 292-294);

¹⁰⁵ Aile mahkemesi velâyet hakkı kendisine verilen anne veya babasının başkasıyla evlenmesi gibi yeni şartlar sebebiyle çocuğun yararları gerektirdiği taktirde velâyet hakkının kaldırılmasına karar verilebilir. (Öztan, Aile Hukuku, s. 631). Başka bir deyişle boşanmaya velâyet hakkı verilen anne ya da babası yeniden evlenen çocuğun velâyeti kendiliğinden diğer eşe geçmez. (Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuk, s. 467). Aile mahkemesi hakimi tarafından velâyet hakkının diğer eşe verilemeyeceği belirlendikten sonra hüküm kesinleştğinde vesayet makamı tarafından velâyet altında bulunmayan küçük vesayet altına alınır.

¹⁰⁶ Velâyet hakkı kendisine verilen anne veya babanın başka bir yere gitmesi gibi yeni şartların zorunlu kılınması halinde aile mahkemesi hakimi, re’sen veya anne ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır. Velâyet anne ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.

¹⁰⁷ Velâyet sağ kalan tarafından kaldırılırsa/kaldırılmış olduğu belirlenirse yetkili vesayet makamı tarafından kendisine vasi tayin edilmesi gerekli.

olan küçük (TMK m. 157, f.2)¹⁰⁸; Boşanma kararında anne veya babasına velâyet hakkı verilmeyen küçük (TMK m. 336, f. 3, TMK m. 183, f.1)¹⁰⁹.

1.4. Evlatlık İlişkisini Sona Ermesi Durumunda

Evlatlık ilişkisinin kurulmasıyla ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer. Ancak mahkeme (aile mahkemesi yoksa asliye hukuk mahkemesi), evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına karar verilip bu karar kesinleştiğinde velâyetten yoksun kalan evlat edinilen küçük de vesayet makamı tarafından vesayet altına alınabilir¹¹⁰.

Evlat edinenin ölümü halinde ise, yetim kalan evlat edinilen küçüğün velâyeti kendiliğinden biyolojik anne ve babasına geçmez. Bu durumda çocuk, hâkim kararıyla biyolojik anne ve babasının velâyetine verilebileceği gibi¹¹¹ vesayet altına da alınabilir¹¹².

1.5. Küçüğün Evlilik Dışı Doğması Durumunda

TMK m. 337/1'e göre, ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir¹¹³. Ancak evlilik dışı doğum yapan ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ise hakim, çocuğun menfaatine göre vasi atar veya velâyeti babaya verir. Yine evlilik dışı doğum yapan anadan velâyet alınmışsa hakim, çoğun menfaatine göre vasi atar veya sağ ise engeli de yoksa velâyeti soybağı ilişkisi kurulan babaya verir¹¹⁴.

¹⁰⁸ Aile mahkemesi hakimi evlilik birliğinin burlanı davasında velâyet hakkının küçüğün anne ve babasına verilemeyeceğini belirlemişse hükmün kesinleşmesinden sonra vesayet makamı tarafından velâyet altına bulunmayan küçüğün vesayet altına alınmasına ilişkin ihbarda bulunur.

¹⁰⁹ Aile mahkemesi hakimi boşanma davasında velâyet hakkının küçüğün anne ve babasına verilemeyeceğini belirlemişse hükmün kesinleşmesinden sonra vesayet makamı tarafından velâyet altında bulunmayan küçüğün vesayet altına alınmasına ilişkin ihbarda bulunur. (Öztan, Aile Hukuku, s. 630). Dural, Ögüz, Gümüş'göre, boşanma davasında velâyet hakkının küçüğün anne ve babasına verilemeyeceğini belirlenmişse **boşanma kararını veren mahkeme tarafından** çocuğa vasi atanacağını görüşündedir. (Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 575).

¹¹⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 576.

¹¹¹ Bu durumda sağ olan biolojik anne ve baba, küçüğe vasi olarak atansa dahi, küçüklerde asıl olanın velâyet olduğu kuralı gereği, çocuk hakkında yine velâyet hükümleri uygulanacaktır. Bkz. Özügür, s. 822.

¹¹² Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 397; Öztan, Aile Hukuku, s. 1274; Ertürk, s. 15-16; Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 302-304.

¹¹³ Y.2.HD., 17.07.2007 T., E. 8723, K. 9571 (Bkz. Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 289); Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 479.

¹¹⁴ Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 304-305.

Yine evlat edinenden velâyet hakkının kaldırılmasıyla velâyetten yoksun kalan evlat edinilen küçük de vesayet makamı tarafından vesayet altına alınabilir¹¹⁵.

Tüm bu hallerde küçük, bir şekilde velâyet şemsiyesinin korumasından çıkmış durumdadır. Ancak kanun, küçükleri bu şekilde korumasız bırakmak istemediğinden, vesayet kurumu aracılığıyla gerek kişiliklerinin gerekse mal varlıklarının korunmasını istemiştir. Bu durum “velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır” (TMK m. 404/1) şeklinde ifade edilmiştir.

Küçüklerin vesayet altına alınmaları için önce kısıtlama kararı verilmesi gerekmez¹¹⁶. Kısıtlama fiil ehliyetini sınırlandırma amacıyla yapılmakta olup ergin kişiler hakkında verilir¹¹⁷. Fiil ehliyeti tam olmayan küçüklerin kısıtlanmasına zaten gerek yoktur¹¹⁸. Küçüğün vesayet altına alınarak kendisine vasi atanması yeterlidir¹¹⁹.

Kısıtlama kararı, vesayet altına alınmanın ön koşuludur. Fiil ehliyetini sınırlandıran bir işlem olup, oysa küçükler kanun gereği sınırlı ya da tam ehliyetsiz durumda¹²⁰ oldukları için, kısıtlama kararı durumun niteliği gereği gereksizdir. Küçüklerin vesayet altına konulması, onlara vesayet makamınca bir vasi atanması anlamına gelir¹²¹. Başka bir deyişle ayrıca kısıtlama kararı verilmesine sebep ve ihtiyaç yoktur¹²².

Veli, velâyet haklarını kullanmaktan feragat edemez, vesayet makamına başvurarak çocuğa bir vasi atanmasını talep edemez. Ancak TMK m. 348’deki koşullar mevcutsa hâkim, velâyeti kaldırabilir, bu halde küçüğe bir vasi atanabilir. Her ne kadar velâyet ve vesayet bir arada olmaz ise de bazı durumlarda, örneğin TMK 345. maddede belirtilen durumda küçüğe kayyım atanması mümkündür.

Her ne kadar kişi aynı anda hem velâyet hem de vesayet altında olamaz ise de, velâyet altındaki küçüğün, ergin olduktan sonra hüküm ve sonuç doğurmak üzere kısıtlanması mümkündür. Bu durum TMK 419/2 maddesinde “Gerek duyulduğunda henüz ergin olmayanların da kısıtlanmasına karar verilebilir; ancak, kısıtlama kararı

¹¹⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 576.

¹¹⁶ Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 467; Gönensay, s. 170, dn. 109.

¹¹⁷ Velidedeoğlu, s. 493; Feyzioğlu, s. 637; Öztan, Medeni, s. 525.

¹¹⁸ Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 467.

¹¹⁹ Saymen/ Elbir, s. 513.

¹²⁰ Velidedeoğlu, s. 493; Feyzioğlu, s. 637.

¹²¹ Saymen/ Elbir, s. 513.

¹²² Velidedeoğlu, s. 493; Feyzioğlu, s. 637

ergin olduktan sonra sonuç doğurur.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu halde, reşit olduktan sonra da vesayetin devam edeceğinin kesin olduğu hallerde kişinin reşit olması ile kısıtlama kararının verilmesine kadar geçecek süre içerisinde korunmasız kalması engellenmiş olacaktır. Bu şekilde bir kısıtlama kararının verilebilmesi için erginlikten sonra da kısıtlanmanın kesin olması gerekir. Örneğin akıl hastası olan küçük için bu yola başvurulabilir¹²³.

Türk Medeni Hukukunda, küçüklük kavramından anlaşılması gereken, kişinin ergin olmamasıdır. Ergin olmayan kişi küçük olarak kabul edilir ve kural olarak anne ve babasının velâyeti altındadır, velâyet herhangi bir nedenle sona ermişse küçük vesayet altına alınmalıdır. TMK 11. maddesi “Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.” ifadesini kullanarak, erginliğin onsekiz yaşın doldurulmasıyla kazanılacağını belirtmiştir. Ancak bu durumun istisnaları mevcuttur. Örneğin aynı maddenin ikinci fıkrasında “Evlenme kişiyi ergin kılar.” hükmü mevcuttur. Anlaşıldığı üzere onsekiz yaşın doldurmayan bir kişi evlenirse, ergin statüsünü kazanır. “Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir” (TMK m. 124). Küçük, onyediyi yaşını tamamlamışsa velisinin izniyle evlenebilir, bunun haricinde bir durum söz konusu ise onaltı yaşını doldurmuş küçük de hâkimin izni ile evlenebilir. Her iki durumda da kişi evlenmeyle erginlik kazanacağından anne babanın velâyet hakkı sona erecek, ayrıca vasi atanması da gerekmeyecektir. Evlenme sonradan boşanma gibi bir nedenle sona erse dahi bu şekilde kazanılmış erginlik devam edecektir.

Yine TMK m. 12’de, “On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.” hükmü mevcuttur. Buna yargısal erginlik (kaza-i rüş) denir. Yargısal erginlik halinde de anne babanın velâyet hakkı sona erecek, ayrıca yaşı küçük olmasına rağmen kişi vesayet altına alınmayacaktır.

2. Vesayeti Gerektiren Durumu Bildirme Yükümlülüğü

TMK m. 404/2’de vesayeti gerektiren hallerin varlığını öğrenen kişilerin bildirme yükümlüğünü düzenlemektedir. Ayrıca 21.07.2003 tarihli ve 2003/5960 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türk Medeni Kanunun Velâyet,

¹²³ Oğuzman/ Dural, Aile Hukuku, s. 434

Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğün 9. maddesinde bildirim yapmakla görevli makamlar açıklanmıştır¹²⁴. Buna göre görevlerini yaparlarken velâyet altında bulunmayan bir çocuğun varlığını öğrenen bu kurumlar, durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdürler.

Nüfus memurları¹²⁵, idari makamlar, noterler ve mahkemeler vesayet gerektiren hallerin öğrenilmesi durumunda, bildirim yükümlülüğü altında bulunan kişiler ve kurumlardır.

B. Kısıtlılık

Kısıtlama (ya da önceki tabiri ile hacir altına alınma), ergin bir gerçek kişinin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunda sayılmış olan nedenlerden birinin varlığı halinde, fiil ehliyetinin hakim kararı ile sınırlandırılmasıdır¹²⁶. Medeni Kanunda sınırlı şekilde sayılmış olan sebeplerden dolayı kendi menfaatlerini bizzat koruyamayan ergin kimseler, koruma maksadıyla kısıtlanırlar; bu halde kendilerine bir vasi atanır veya ana ve babası hayatta ise, onların velâyeti altına konulurlar. Bu bağlamda hakim takdir yetkisini kullanarak, kısıtlama nedenleri dışında olayları göz önüne alıp kimsenin kısıtlanmasına karar veremez¹²⁷.

Kısıtlama ile vesayet altına konma, aynı şeyler değildir¹²⁸. Zira velâyet altında bulunmayan küçükler vesayet altına konulurlarsa da kısıtlanmazlar; bunun gibi, ergin bir kimse kısıtlandığı halde vesayet altına konulmayabilir¹²⁹. TMK m. 419/2'ye baktığımızda da bu husus, kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp, velâyet altında bırakılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Kısıtlama, tam ehliyetli kişinin fiil ehliyetini sınırlayıp onu sınırlı ehliyetsiz haline getirir, yoksa onu tam ehliyetsiz hale sokmaz; çünkü tam fiil ehliyetsizliğinin sebebi, kişinin temyiz kudretine (ayırt etme gücüne) sahip olmamasıdır. Bu durumdaki

¹²⁴ **Gençcan**, Yargıtay Uygulaması, s. 313.

¹²⁵ “*Dava dilekçesinde, nüfus müdürlüğü, küçük Bahar’ın velâyetinin askıda olduğu gerekçesiyle ihbarda bulunmuştur. Mahkemece vasi atanmasına karar verilmiş, hüküm kısıtlının babası Bedri Emin tarafından temiz edilmiştir.*” Y.18.HD., 15.04.2014 T., E. 2014/754, K. 2014/7082. (Nakl. **Gençcan**, Yargıtay Uygulaması, s. 198).

¹²⁶ **Oğuzhan Ardınc**, Medeni Hukuk, 3. Bası, Ankara 2004, s. 313; **Akıntürk/Ateş**, Aile Hukuku, s. 481; **Gönensay**, s. 179; **Ertürk**, s. 20; **Feyzioğlu**, s. 723; **Velidedeoğlu**, s. 497; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1276; **Gençcan**, Yargıtay Uygulaması, s. 315.

¹²⁷ **Tan Tahsin Zapata**, Medeni Hukuk, 4. Bası, Ankara 2006, s.175.

¹²⁸ **Tekinay**, s. 621; Karşı görüş için bkz. **Hüseyin Avni Göktürk**, Türk Medeni Hukuku, C. II Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara 1955, s. 489.

¹²⁹ **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku, s. 481.

bir kişi ise, zaten kısıtlanmadan önce tam ehliyetsizdir, yani kısıtlanma ile tam ehliyetsiz hale gelmez; tam ehliyetsizlerde kısıtlama, vesayet hükümlerine tabi olmayı sağlar¹³⁰.

Ayrıca kısıtlama, yenilik doğuran bir karar¹³¹ niteliğinde olup hakkında kısıtlama kararı alınmış olan kişiye kısıtlı denir.¹³²

Kısıtlama sebepleri iki grup olarak ayrılabilir. Bunlar;

- Kanuni kısıtlama sebepleri
- Talep üzerine kısıtlama sebepleridir.

1. Kanuni Kısıtlama Sebepleri

Türk Medeni Kanununda kısıtlama nedenleri sınırlı sayıda olup “numerus clausus” ilkesi söz konusudur¹³³. Bu nedenler dışında kişinin kısıtlanması mümkün değildir.

Kanuni kısıtlama sebeplerinden biri ile vesayet altına alınması gereken kişinin bunu isteyip istememesinin önemi yoktur. Ancak kanunda açıklanan sebepler dışında örnekseme yapılarak yetkili vesayet makamı tarafından kısıtlama kararı verilmesi de olanaklı değildir.¹³⁴ Vesayet makamının dava dilekçesinde açıklanan sebeplerle bağılığı bulunmamaktadır. Vesayet makamı, kanunda vesayet sebebi olarak açıklanan bir ya da birden fazla sebep varsa belirlediğı sebeplerle de kendiliğinden kısıtlama kararı verebilir.¹³⁵

Kanuni kısıtlama sebepleri TMK’nın 405-407 maddeleri arasında sayılmıştır;

a) Akıl Hastalığı veya Akıl Zayıflığı

TMK m. 405’e göre, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye soğan her ergin kısıtlanır. Kısıtlama yapılabilmesi

¹³⁰ Oğuzman/ Dural, Aile Hukuku, s.432.

¹³¹ Zevkliler/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 1151, Saymen/ Elbir, s. 515, Köprülü/ Kaneti, s. 315; Oğuzman/ Dural, Aile Hukuku, s. 434.

¹³² Akıntürk, Ateş, Aile Hukuku, s.482.

¹³³ Öztan, Medeni, s. 806; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 521; Zevkliler/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 350.

¹³⁴ Velidedeoğlu, s.498.

¹³⁵ Saymen/ Elbir, s.51.

için bu kısıtlılık sebeplerine ek olarak ilgili olayda bazı ön şartların da varlığı aranır. Bu şartlar kişinin kendi işlerini görememesi, korunması, bakım ve temsili için sürekli yardıma ihtiyaç duyması ve başkalarının güvenliğini tehlikeye sokmasıdır¹³⁶.

b) Savurganlık

Savurganlık, bir kimsenin, kendi ekonomik imkanlarını aşan ve aynı zamanda yararsız ve anlamsız bir şekilde servetini ve gelirini aşırı derecede harcaması anlamına gelir¹³⁷.

c) Alkol veya Uyuşturucu Madde Bağımlılığı

Alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, alışkanlık haline getirilmiş aşırı derecede alkollü içki içme veya uyuşturucu madde kullanma eğilimi olup kişinin alkole veya uyuşturucu maddeye karşı iradi bir zayıflığa sahip olmasıdır¹³⁸.

d) Kötü Yaşama Tarzı

Kötü yaşama tarzı, genel ahlaka aykırı olan ve toplum düzeni ile asla bağdaşmayan, bu düzenin zorunlu ve genel kabul gören yaşama ilkelerinden ağır bir sapma niteliği taşıyan sürekli davranışlardır¹³⁹.

e) Kötü Yönetim

Tembelliği (ilgisizlik) veya hafifliği (düşüncesizlik) nedeniyle yeterli geliri sağlayamayan veya malvarlığı değerlerini (sermayesini) yeterince koruyup, artırıp ondan yararlanamayan, yaptığı harcamaların hesabını vermeyen kötü yönetim gösteriyor sayılır.

f) Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza

TMK m. 407/1'e göre, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her ergin kısıtlanır. İlgili maddedeki ifadeden de anlaşılacağı

¹³⁶ Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 482.

¹³⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 436-437; Öztan, Aile Hukuku, s. 1282-1283; Köprülü/ Kaneti, s. 316; Saymen/ Elbir, s. 519; Ertürk, s. 25; Velidedeoğlu, s. 501.

¹³⁸ Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 483-485.

¹³⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 400; Öztan, Aile Hukuku, s. 1284; Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 365-366. Özüğür, ayrıca "toplum açısından kötü, şeref ve haysiyetten uzak, benimsenmeyen, hoş görülme, ahlak dışı" ifadelerini kullanmıştır. Bkz. Özüğür, s. 831. Benzer yönde Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s. 1158 ve Saymen/ Elbir, s. 520

gibi, bu kısıtlama sebebine başvurulabilmesi için öncelikle kişinin ergin olması gerekir. Kişi ergin değilse ve velâyet altında ise, hapis cezası süresince kendisine vasi atanmayarak velisi tarafından temsil edilecektir. Ancak küçüğün, velâyet altında olmaması hâlinde, küçüklük sebebiyle vesayet altına alınarak kendisine bir vasi atanacaktır. Yoksa mahkûmiyet kararı verildiğinde küçüğün ayrıca kısıtlanması ve kendisine bir vasi atanması gereği doğmaz. Bununla beraber, eğer küçük, cezası sırasında erginliğe ulaşmışsa ve kalan mahkûmiyet süresibir yıl veya üzerinde ise hakkında kısıtlama kararı alınması ve kendisine bir vasi atanması söz konusu olur¹⁴⁰.

2. Talep Üzerine Kısıtlama Sebepleri

Yukarıda açıklandığı üzere, TMK m. 405-407'deki kısıtlama sebeplerinin varlığı halinde kişinin korunma ihtiyacı bir zorunluluk olup kişinin iradesi dışında hâkim kısıtlama kararı vermekle yükümlüdür¹⁴¹. TMK m. 408'de ise bu belirtilen sebeplerin dışında bir kısım sınırlı sayıdaki şartların varlığı halinde ayırt etme gücüne sahip ergin kişiye vesayet makamından kendisi hakkında kısıtlama kararı verilmesini isteme yetkisi tanınmıştır¹⁴².

İstek üzerine kısıtlama kararının alınabilmesi için, kısıtlanması söz konusu olan kişinin bunu istemesi, talepte bulunması gerekir¹⁴³. Kısıtlama talebinin, bizzat ilgilinin kendisinden değil, bir üçüncü kişiden gelmesi, ilgilinin de buna rıza göstermesi halinde de, hukuken geçerli bir talep olduğu doktrinde kabul edilmektedir¹⁴⁴.

2.1. Yaşlılık

Kişinin işlerini gereği gibi görmesine engel olacak bedensel ve zihinsel zayıflıklar kastedilmiş olup¹⁴⁵, yaşlılık olgusu tek başına bir kısıtlama nedeni oluşturmaz¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Velidedeoğlu, s. 502-503; Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 583). Kişinin bu kısıtlama sebebiyle vesayet altına alındığına ilişkin karar için bkz. Y.21.HD., 29.03.2004 T., E. 2222, K. 2937.

¹⁴¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 401; Öztan, Aile Hukuku, s. 1289;

¹⁴² Ertürk, s. 38; Saymen/ Elbir, s. 524-525; Öztan, Aile Hukuku, s. 1288-1289.

¹⁴³ Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 487; Zevkliler/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 1161; Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 401; Kılıçoğlu, s.487.

¹⁴⁴ Köprülü/ Kaneti, s. 318, BGE 54 II 241 (Nakl. Oğuzman/ Dural, Aile Hukuku, s. 446).

¹⁴⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 402; Saymen/ Elbir, s. 525; Oğuzman/ Dural, Aile Hukuku, s. 447.

¹⁴⁶ “Kişinin sadece yaşlı olması vasi tayinini gerektirmez. Yaşlılığı sebebiyle akli melekelerinde gerileme bulunan ve kendisini sevk ve idareden yoksun olduğu iddia edilen kişinin vesayet altına

2.2. Ağır Sakatlık

Kişinin TMK m. 408'e göre kısıtlanmasını isteyebileceği ikinci hal sakatlıktır. Buradaki sakatlıktan anlaşılması gereken, yaşlılıkla ilgili olmayan, felçlilik gibi bedensel ya da bazı ruhsal rahatsızlıklardır¹⁴⁷. Belirtmek gerekir ki ruhsal rahatsızlık, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı oluşturacak düzeyde olursa, kişinin TMK m. 408'e göre değil, TMK m. 405'e göre kısıtlanması gerekecektir.

2.3. Deneyimsizlik

Deneyimsizlik, daha çok, malvarlığının yönetimiyle ilgili bir kavramdır. Deneyimsizliğe örnek olarak, başkaları tarafından aldatılma ve sömürüye elverişli olma¹⁴⁸ veya okuryazar olmadığı için belli bir malvarlığını yönetememe¹⁴⁹, gibi durumlar gösterilebilir.

Doktrinde, kişinin mal varlığını yönetmede yeterli bilgiye sahip olmaması kısıtlanma nedeni için yeterli görülmemektedir. Kişi kendisine bir temsilci atayarak veya üçüncü bir kişiden yardım alarak da mallarının yönetimini sağlayabilir¹⁵⁰.

2.4. Ağır Hastalık

Kişinin işlerini gereği gibi görmesine engel olacak derecede ağır hastalığı olması onun TMK m. 408 kapsamında kısıtlanmasını gerektiren sebeplerden biridir. Yoksa sırf bedensel hastalığa sahip olma kısıtlamayı gerektiren bir hâl değildir. Kişinin yakalandığı ağır bir hastalık nedeniyle işlerini gereği gibi yerine getirememektedir. Kişi yakalandığı bu ağır hastalık nedeniyle bedensel ve ruhsal yönden etkilenmiş, çalışma gücünü kaybetmiş olabilir¹⁵¹.

alınmasını gerektirir bir hâli bulunmadığı doktor raporuyla belirlendiğinden davanın reddi gerekir.” Bkz. **Özüğür**, s. 837; **Ertürk**, s. 42; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1291;

¹⁴⁷ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 402; **Ertürk**, s. 42; **Saymen/ Elbir**, s. 525; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1291.

¹⁴⁸ **Saymen/ Elbir**, s. 526; **Zevkliler/ Havutçu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 1161.

¹⁴⁹ **Oğuzman/ Dural**, Aile Hukuku, s. 447.

¹⁵⁰ **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1291

¹⁵¹ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, Aile Hukuku, s. 402; **Ertürk**, s. 43.

İKİNCİ BÖLÜM

ÇOCUĞUN VESAYETİNE DAİR

ULUSLARARASI HUKUK KAYNAKLARI

I. GENEL BİLGİ

Çocuğun vesayeti, milletlerarası alanda taşıdığı değer, özellikle çocuğun korunması ilkesinden kaynaklanmaktadır. Uluslararası toplum, çocuk haklarına ve bunun içinde vesayete yönelik hükümler içeren milletlerarası düzenlemeler ortaya koymuştur. Çocuğun vesayetine ilişkin yabancılık unsuru içeren hukuki kaynaklara, çocuğun korunmasına yönelik hükümler içeren bu milletlerarası sözleşmelerin büyük bir kısmına Türkiye de taraf olmuştur.

Çocuk haklarının temeli, 10 Aralık 1948’de BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ne dayanmaktadır. Sözleşme’nin 25. maddesinde “*çocuğun özel bir ilgi ve yardım görmek hakkına sahip olduğu ve bütün çocukların evlilik dışı doğmalar bile aynı sosyal haklara sahip oldukları*” vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler, Çocuk Hakları’nın sağlanmasına ilişkin ilk adımını ise 26 Eylül 1924’te Çocuk Hakları Cenevre Bildirgesi ile atmış, ancak II. Dünya Savaşı’nın çıkmasıyla bu Sözleşme uzunca bir süreliğine ertelenerek 20 Kasım 1959’da 78 ülke tarafından kabul edilmiştir.¹⁵²

Milletlerarası alanda çocuk haklarına ilişkin düzenlemeler içeren metinlerden en önemlisi, Türkiye’nin 1995 yılında imzalamış olduğu, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan ve çocukların Magna Carta’sı olarak tabir edilen¹⁵³ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme¹⁵⁴’dir. ÇHDS çocuğun yararı ilkesini ilk kez açık ve kesin

¹⁵² Yukarıda bahsi geçen söz konusu düzenlemeler dışında Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nde (özellikle 23. ve 24. maddelerinde), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (özellikle 10. maddesinde), Afrika İnsan ve Hakların Hakları Sözleşmesi, Çocuğun Korunması ve Esenliğine İlişkin Toplumsal ve Hukuksal İlkeler Bildirisi, Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Beijing Kuralları) ve Acil Durumlarda ve Silahlı Çatışma Halinde Kadınların ve Çocukların Korunmasına İlişkin Bildiri’de çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemeler yer almıştır. 20 Kasım 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirisi ve çocuk haklarının tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyüz**, s. 340-364.

¹⁵³ **Serozan**, s. 49.

¹⁵⁴ ÇHDS, bu gün ikisi hariç BM üyesi bütün ülkeler tarafından onaylanmıştır. Bu durum Türkiye Cumhuriyeti dâhil 191 ülkenin onayı anlamına gelmektedir (<http://www.unicef.org/turkey/crc/cr23a.html>). Türkiye Cumhuriyeti, sözleşmeye koymuş olduğu ihtirazi kayıt gereğince Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 17, 29 ve 30. maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Sözleşmesi hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmaktadır.

bir biçimde ifade eden milletlerarası metindir. ÇHDS, 12. ile 16. maddeleri arasında açık bir şekilde çocuğun da toplumun bir bireyi olarak, sadece kendi yararı çerçevesinde kısıtlanabilecek bir bağımsızlık içinde var olma ve gelişme hakkına sahip olduğunu düzenlemiş ve bunun sağlanabilmesi için taraf devletlere çeşitli yükümlülükler getirmiştir.

Milletlerarası alanda yabancılık unsuru taşıyan çocuğun vesayetine dair hukuki kaynaklara ilişkin olarak ise ön plâna çıkan üç ayrı sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşmeler, 1902 tarihli Küçükler Hakkında Vesayet Sözleşmesi, 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi¹⁵⁵ ve 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme¹⁵⁶'dir. Bu Sözleşmelerin uygulama alanına giren konularda Sözleşme hükümleri iç hukuk kurallarına göre öncelikli olarak uygulanacaktır.

Bu Sözleşmelerin yabancılık unsuru taşıyan çocuğun vesayetine yönelik tüm konularda öncelikli¹⁵⁷ olarak bu Sözleşmelerin milletlerarası yetkiye ve uygulanacak hukuka ilişkin kuralları dikkate alınmalıdır¹⁵⁸.

Milletlerarası Özel Hukukta çocuğun vesayete ilişkin olarak uygulama alanı bulabilecek bir başka milletlerarası düzenleme de 29 Mayıs 2000 tarihli, 1347/2000 nolu Aile Hukukuna İlişkin Davalar ve Bu Davalarla İlgili Eşlerin Çocuklarına Karşı Sorumluluklarından Doğan Medeni Usul Hukukuna İlişkin İşlemlerde Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma ve Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Tüzük'tür¹⁵⁹. Ancak bu Tüzük, aynı adı taşıyan 2201/2003 nolu AB Konsey Tüzüğü¹⁶⁰ tarafından yürürlükten

¹⁵⁵ Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslara ilişkin 5717 S.K. için bkz. RG. 4.11.2007-26720; Sözleşme hakkında ayrıntılı rapor için bkz. **W. De Steiger**, Explanatory Report on the 1961 Hague Protection of Minors Convention, 1961, www.hcch.net/conventions.

¹⁵⁶ Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0697.pdf>, Erişim 05.06.2016.

¹⁵⁷ Bkz. MÖHÜK m.1.

¹⁵⁸ Yargıtay birçok kararında Sözleşme hükümlerinin dikkate alınmamış olmasını bozma sebebi olarak kabul etmiştir. Bkz. Y.2.HD., 15.02.2002 T., E. 17145, K. 2196, (www.kazanci.com, Erişim 05.06.2016).

¹⁵⁹ Council Regulation (EC) No 1347/2000 of May 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses, OJ L 160, 30.6.2000.

¹⁶⁰ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338/1, 23.12.2003.

kaldırılmıştır¹⁶¹. Tüzüğün uygulama alanı yalnızca Avrupa Birliği üyesi ülkeler¹⁶² ile sınırlı olduğundan Tüzüğün Türk vatandaşları arasındaki uyumsuzluklarda uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

Bu bölümde, çalışmamızda ilgili bölümlerde başvurulacak olan bu dört milletlerarası hukuk kaynağının amaçları, uygulanma alanları ve temel kavramları hakkında genel bilgi verilecektir. Bu düzenlemelerin çocuğun vesayetine ilişkin olarak milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk ve tanıma tenfiz gibi meselelere ilişkin hükümleri ise aşağıda ilgili bölümlerde ayrıca ele alınacaktır. Sözleşmelerin incelenmesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki; milletlerarası özel hukukta vesayete ilişkin bu sözleşmelerin ortak amacı çocuğun üstün yararının öncelikle göz önüne alınmasıdır.

A. 1902 TARİHLİ KÜÇÜKLER HAKKINDA VESAYET SÖZLEŞMESİ

12.06.1902 tarihli Küçükler Hakkında Vesayet Sözleşmesi¹⁶³, sadece küçüklerin vesayet altına alınmasına ilişkindir. Sözleşmeye göre, vesayete uygulanacak hukuk, küçüğün milli hukukudur (m. 1-5). Zorunlu durumlarda geçici tedbir olarak mahalli hukuka göre vesayet kararı verilmesi mümkündür¹⁶⁴.

Çocuğun mensup olduğu devletin konsolosları da, çocuğun bulunduğu ülke devletin kabul etmesi halinde milli hukuka göre çocuğu himaye edebilirler (m.2). Eğer milli makamlar ilgilenmezse çocuğun mutad meskeni makamları, çocuğu vesayet altına alıp menfaatlerini gözetebilirler (m.3).

Bu Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin bir ihtilafa bakan Milletlerarası Adalet Divanı, küçüklerin korunması konusunda özel hukuka ilişkin genel tedbirler ile

¹⁶¹ 2000/1347 sayılı AB Konsey Tüzüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. **Bülent Çiçekli**, Avrupa Birliğinde Özel Hukukta Adli İşbirliği ve Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı, MHB, Y. 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, S.1-2.

¹⁶² Avrupa Birliğine halihazırda 28 devlet üyedir. Bu devletler, Almanya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Güney Kıbrıs Rum Kesimi, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, Yunanistan'dır.

¹⁶³ Hague Convention on Guardianship, bu konuda kısa bilgi için bkz. **Kegel/ Schurig**, Internationales Privatrecht, s. 90 vd.

¹⁶⁴ **Bilgin Tiryakioğlu**, Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar, Ankara 1991, s. 77'den naklen, (Çocuklara İlişkin Kurallar).

ülkesel nitelikteki koruma tedbirleri arasında bir ayrım yapmıştır. Boll¹⁶⁵ davası olarak anılan davada Milletlerarası Adalet Divanı şu sonuca varmıştır¹⁶⁶:

1) 12.06.1902 tarihli La Haye Sözleşmesi, sadece özel hukuka dair düzenlemeleri içermekte olup, çocukların korunmasına ilişkin ve kamu hukuku karakterli olan tedbirleri veya bu tedbirlerle özel hukuk alanındaki ihtilafların çözümünü ele almaktadır.

2) Çocukların korunmasına ilişkin tedbirler, ülkesel nitelikte olup, ilgili ülkenin idari ya da yargısal makamları tarafından alınan tedbirlerdir ve bu makamlar söz konusu tedbirleri alırken, sadece kendi ülkelerinin hukukunu uygulatırlar.

Bu Sözleşme Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Fakat genellikle ikili konsolosluk sözleşmelerinde benzer bir yöntem uygulanmaktadır. Türkiye, birçok devletle konsolosluk sözleşmeleri yapmıştır¹⁶⁷.

B. 1961 TARİHLİ KÜÇÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA MAKAMLARIN YETKİSİNE VE UYGULANACAK KANUNA DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ

Küçüklerin korunması amacı ile velâyetin nezi ve küçüklerin vesayet altına alınma şartlarını belirleyen 1961 tarihi La Haye Sözleşmesi, konumuz ve Türkiye açısından önem taşımaktadır. Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'yi Türkiye 1983 yılında

¹⁶⁵ 28 Kasım 1958 tarihli Boll kararı için bkz. Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants: Netherland v. Sweden, International Court of Justice Report 1958, <http://www.icj-cij.org>; http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1958.11.28_guardianship.htm, Erişim, 30.10.2016.

¹⁶⁶ Bkz. **François Rigaux**, Droit International Prive, Bruxelles 1968, s. 393-394.

¹⁶⁷ Bkz. Konsolosluk sözleşmelerinden bazıları için: T.C. – Almanya, 22.05.1930, m. 27 (RG. 08.06.1930-1514); T.C. – İtalya, 26.03.1931, m. 20 (RG. 07.04.1931-1768); T.C. – Yugoslavya, 26.01.1971, m. 33 (RG. 05.02.1971-13745); T.C. – Bulgaristan, 19.04.1979, m. 36 (RG. 03.05.1973-14524); T.C. – Romanya, 19.04.1973, m. 15 (RG. 03.05.1973-14524); T.C. – Mısır, 27.10.1988, m. 35 (RG. 05.11.1988-19980); T.C. – Çin, 06.06.1990, m. 14 (RG. 15.04.1991-20846); T.C. – Arnavutluk, 11.03.1993, m. 40 (RG. 21.03.1993-21531); T.C. – Türkmenistan, 17.07.1997, m. 40 (RG. 26.07.1997-28061); T.C. – Moldova, 27.02.2003, m. 40 (RG. 06.03.2003-25040).

onaylamıştır¹⁶⁸. Bu sözleşme daha önce 12.06.1902 tarihinde akdedilen La Haye Vesayet Sözleşmesi'nin yerini almak üzere imzalanmıştır¹⁶⁹.

1. Sözleşmenin Amacı

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

Sözleşme, özellikle çocuğun vesayetine uygulanacak hukuktan bahsetmemekte, çocuğun vesayete ilişkin açık bir kanunlar ihtilafı kuralı içermemektedir.

Sözleşme'nin amacı 1. maddede de belirtildiği üzere küçüklerin şahıs ve malvarlıklarının korunmasına ilişkin makamların yetkisine, uygulanacak hukuka ve bu konuda verilen kararlara yönelik ortak bir düzenlemenin tespit edilmesidir¹⁷⁰. *Küçüğün korunması için alınacak koruma tedbirleri kapsamında, çocuğun vesayetine ilişkin tedbirler de girebilir.*

Velâyet altında bulunan veya kendilerine bir vasi tayin edilmiş küçüklerin (velâyeti veya edilmiş veya anası babası ölmüş) bulundukları ülkelerde korunması amacı ile kabul edilmiş olan Sözleşme'ye göre, küçüklerin mutad meskeninin bulunduğu devletlerin mahkemeleri ve idari makamlar, küçüğün şahsını ve mallarını korumakla yetkili kalınmıştır (m.1)¹⁷¹.

¹⁶⁸ Sözleşme hakkında bkz. **Bilgin Tiryakioğlu**, Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku, Gaye Matbaası, Ankara 2000, s. 25, (Milletlerarası Sözleşmeler); **Ergin Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, Beta Basım Yayım, 22. Bası, İstanbul 2017, s. 281-282; **Cemal Şanlı/ Emre Esen/ İnci Ataman-Figanmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018; **Gülören Tekinalp/ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu**, Milletlerarası Özel Hukuk, 12. Bası, Beta Yayım, İstanbul 2016, s. 239-246; **Aysel Çelikel/ Bahadır Erdem**, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2017, s. 260-261; **Ziya Akıncı/ Cemile Demir Gökyayla**, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 168.

¹⁶⁹ 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 18. maddesi gereğince "Küçükler Hakkında Vesayet Sözleşmesi"ne taraf olup da 1961 La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletler bakımından 1902 tarihli La Haye Sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam edecektir.

¹⁷⁰ **Nihal Uluocak**, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 231, (MÖH); **Çelikel/ Erdem**, s. 269; **Günseli Öztekin Gelgel**, Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme Problemleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 4, S. 8, İstanbul 2005, s. 123, (Çocuk Hukuku); **Burak Huysal**, Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 65.

¹⁷¹ **Çelikel/ Erdem**, s. 268-269.

Sözleşmedeki düzenlemeler küçüklerin *vesayet ve velâyetlerine* yönelik tedbirlerin yanında onların kamu hukuku anlamında korunmalarını da içerir. Bu bağlamda 1. maddede bahsi geçen küçüğün malvarlığı ve şahsına dair tedbirler; velâyetin kısıtlanması, kaldırılması, tevdi, geri verilmesi, vesayet altına alma veya vesayetin kaldırılması, çocukla kurulacak ilişkinin düzenlenmesi gibi tedbirlerdir¹⁷².

Bunların dışında, velâyet ve vesayete ilişkin örneğin, velâyet hakkının kullanımında eşlerin karar verme hakları, üçüncü kişilere karşı velâyetten doğan yetkileri veya çocuğun eğitim ve terbiyesi gibi diğer konular Sözleşme'nin kapsamı dışında kalmaktadır¹⁷³.

Sonuç olarak, küçüklerin şahıs ve malvarlıklarının korunmasına dair tedbir alınması gerekiyorsa, Sözleşme ancak çocuğun akit devletlerde mutad meskeni olması durumunda uygulanabilir. Bu tedbir kapsamında *çocuğun vesayetine* ilişkin bir tasarrufta bulunması gerekiyorsa, çocuğun vesayetine Sözleşme uyarınca yetkili hukuk uygulanacaktır.

Sözleşme'nin hazırlanmasındaki asıl amaç çocuğun milletlerarası alanda daha etkin korunması olduğundan, Sözleşmede çocuğun korunmasına ilişkin tedbirler sadece adli makamların kararları ile sınırlı tutulmamıştır. Bununla birlikte çocukların korunması hakkında idari makamların vermiş olduğu kararların tanınmasına ve tenfizine ilişkin ortak düzenlemelere de yer verilmiştir.

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

Türkiye'nin 1983 yılından bu yana taraf olduğu sözleşmeyi taraf devletler oldukça etkin ve verimli bir biçimde kullanmaktadır¹⁷⁴. Ancak birçok Avrupa devleti

¹⁷² Örnek olarak bkz. **Ayfer Uyanık Çavuşoğlu**, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta Basım Yayım, İstanbul 2006, s. 132, (Boşanma).

¹⁷³ **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 170.

¹⁷⁴ 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf devletler; Avusturya, Almanya, Çin (Makao Özerk Bölgesi), Fransa, Hollanda, İtalya, İspanya, İsviçre, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz ve Türkiye'dir, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=39, Erişim 31.05.2018

tarafından benimsenmiş olmasına rağmen hiçbir “Common Law”¹⁷⁵ devleti Sözleşmeye taraf değildir.

Sözleşme’nin uzunca bir zamandır uygulanması *vesayete* ilişkin bağlama kurallarının tamamen veya kıyas yoluyla atıf yapmak suretiyle taraf devletlerde de düzenlenmesine yol açmıştır¹⁷⁶.

2. Sözleşmenin Uygulanma Alanı

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin 13. maddesi gereğince, taraf devlet bir çekince koymamış ise Sözleşme, küçüğün mutad meskeninin âkit devletlerden birinde olması durumunda uygulanacaktır¹⁷⁷. Söz konusu düzenleme uyarınca, çocuğun Sözleşmeye taraf olan bir devletin vatandaşı olması gibi bir koşul aranmamaktadır. Mutad meskeni âkit devletlerden birisinde bulunan küçükler hakkında sözleşme hükümleri uygulanabilecektir. Örneğin, Sözleşme’ye taraf olan devletlerden Almanya’da mutad meskeni olan ABD vatandaşı bir *çocuğun vesayetine* ilişkin Türkiye’de görülmekte olan bir davada Sözleşme uygulama alanı bulacaktır. Bu itibarla Sözleşme’nin uygulama alanını, temel olarak çocuğun mutad meskeni belirlemektedir¹⁷⁸.

Türk mahkemeleri, mutad meskeni akit devlette ise küçüklerin korunması ve vesayetine ilişkin durumlarda, küçüğün vatandaşlığını dikkate almaksızın bu Sözleşmeyi uygulayacaktır¹⁷⁹. Zira Türkiye, sözleşmenin sadece akit devletlerden birisinin vatandaşı olan küçükler üzerine uygulanmasına ilişkin çekince koymamıştır (m. 13/3). Bunun yanında, sadece Sözleşmeye taraf olan devletler söz konusu olduğu hallerde, çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamları yetkili olabilecektir (m. 13/2).

Sözleşmede, âkit devletlerin Sözleşme’nin yalnızca taraf devlet vatandaşlarına uygulama hakkını saklı tutabilecekleri düzenlenmiştir (m. 13/3). Böyle

¹⁷⁵ İngiltere, Kanada, Avusturalya, Amerika Birleşik Devletleri, İsrail, Yeni Zelanda, Güney Afrika, Hindistan, Singapur ve Bermuda, *Common Law* sistemini benimsemiş ve geliştirmiş olan ülkelerdir.

¹⁷⁶ Huysal, s. 66; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 168; Tiryakioğlu, Milletlerarası Sözleşmeler, s. 27.

¹⁷⁷ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 168.

¹⁷⁸ Tiryakioğlu, Çocuklara İlişkin Kurallar, s. 77-79; Tiryakioğlu, Milletlerarası Sözleşmeler, s. 24-25; Huysal, s. 65-70 vd; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 168-169; Ebru Şensöz Malkoç, Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, On İki Levha, İstanbul 2017, s. 177-178;

¹⁷⁹ Uluocak, MÖH, s. 231; Türkiye dışında, Sözleşmeyi çekince koymaksızın onaylayan devletler İsviçre, Almanya, Fransa, Letonya ve Portekiz’dir (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=39), Erişim 31.05.2016.

bir çekincenin bulunması halinde Sözleşme'nin uygulanabilmesi için sadece küçüğün Türkiye, Sözleşme'nin 15. maddesine çekince¹⁸⁰ koyduğundan, evliliğin iptali, ayrılık veya boşanma sonucunda çocukların vesayet, velâyet, şahıs ve malvarlıklarının korunmasına yönelik tedbirler konusunda, Sözleşmenin; uygulanacak hukuk, milletlerarası yetki, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine dair hükümleri uygulanmayacaktır. Bu çekincenin bir sonucu olarak Türk mahkemeleri evlilik birliğine dair karar verirken aynı zamanda küçüğün şahıs ve malvarlığının korunması hakkında gerekli tedbirlerin alınması yönünde de karar verebilir. Dolayısıyla, Sözleşme, boşanma, ayrılık ve evlenmenin iptaline ilişkin davalarda uygulanmaz¹⁸¹.

Buna karşılık Sözleşme'nin 15/2. maddesine göre diğer âkit devlet makamlarının çekince koyan devletin kararlarını tanıma mecburiyeti bulunmamaktadır. Sözleşme'de böyle bir çekince hakkının öngörülmesinin nedeni, evliliğe son veren makamın çocuğun aile içindeki durumunu en iyi şekilde düzenleyebilecek ve koruma tedbirlerini alabilecek imkânlara sahip olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır¹⁸².

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

3. Sözleşmede Yer Alan Temel Kavramlar

Sözleşme'nin uygulama alanının tayininde Sözleşmede belirtilen üç kavram belirleyici nitelik taşımaktadır. Bunlar “*mutad mesken*”, “*küçük*” ve “*koruma tedbirleri*” kavramlarıdır¹⁸³. Sözleşme'nin uygulama alanının tespit edilebilmesi için

¹⁸⁰ Status Table of The Convention of 5 October 1961 Concerning The Powers of Authorities and The Law Applicable in Respect of The Protection of Infants, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=39>, Erişim 31.05.2016. Sözleşmeyi onaylayan devletlerden Lüksemburg ve Polonya bu çekinceyi halen korumaktadır.

¹⁸¹ Şensöz Malkoç, s. 184; Öztekin Gelgel, Çocuk Hukuku, s. 124; Uyanık Çavuşoğlu, Boşanma, s. 164; Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 246.

¹⁸² Tiryakioğlu, Milletlerarası Sözleşmeler, s.78.

¹⁸³ Bu konuda bkz. Tiryakioğlu, Milletlerarası Sözleşmeler, s. 25; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 169; Huysal, s. 67.

öncelikle bu üç kavramın saptanmasında fayda bulunmaktadır. Zira Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca, küçüğün hem vatandaşı olduğu devlet hukuku bakımından hem de mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku gereğince küçük kabul edilenler, Sözleşme kapsamına göre de küçük kabul edilmekte ve Sözleşme'nin uygulama alanı kapsamına girmektedirler.

La Haye Sözleşmelerinde geleneksel olarak Sözleşmelerde kullanılan kavramların tanımlarına yer verilmemektedir¹⁸⁴. Bu nedenle gerek 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde gerekse diğer La Haye Sözleşmelerinde açıkça düzenlemeyen hususlarda kavramların vasıflandırılması¹⁸⁵ taraf devletlerin iç hukukuna göre yapılır.

3. 1. Mutad Mesken Kavramı

Sözleşme, yetki ve uygulanacak hukuk konularında küçüğün mutad mesken hukukunu temel bağlama noktası olarak kabul etmiştir. Ancak, La Haye sözleşmelerinde gelenek olduğu üzere, 1961 tarihli La Haye sözleşmesinde de “mutad mesken” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır.

Mutad mesken kavramı, La Haye Sözleşmeleri kapsamında ilk olarak 1902 tarihli La Haye Vesayet Sözleşmesi'nin 2. maddesinde kullanılmıştır. Bu kavrama ağırlık verilmesinin amacı, “yerleşim yeri” kavramının çeşitli hukuk sistemlerinde farklı anlamlarda kullanılması ve farklı esaslara tâbi olması nedeniyle yerleşim yeri kavramı konusunda milletlerarası alanda bir birlik sağlanamamıştır. Bu durum milletlerarası sözleşmelerde mutad mesken kavramına ağırlık verilmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır¹⁸⁶.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde mutad mesken kavramının tanımına yer verilmemiştir. Ancak mutad mesken milletlerarası sözleşmelerde ve birçok hukukun

¹⁸⁴ **Bilgin Tiryakioğlu**, “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme (La Haye 19 Ekim 1996)”, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 291, (Çocukların Korunması Sözleşme).

¹⁸⁵ Doktrinde, yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki ilişki veya olaya uygulanması ihtimal dahilinde olan birden fazla hukukun, bağlama konusu ve bağlama noktalarına farklı hukuki nitelik tanınmasından kaynaklanan problemlere vasıf ihtilafı, bu problemlerin çözümü için yapılan yoruma ise vasıflandırma adı verilmiştir. (**Çelikel/ Erdem**, s. 74-89; **Nomer**, s. 46; **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 2; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figaneşe**, s. 48). Tekinalp'e göre sistem kavramlarının (bağlama kuralının konusunu teşkil eden kavram) doğrabileceği çeşitli tereddütler sebebiyle ortaya çıkan problem “vasıflandırma problemi” ve bu problemin çözülmesinde yapılan yorum “vasıflandırma”dır. (**Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 38).

¹⁸⁶ **Nuray Eksi**, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 90, (Milletlerarası Yetki); **Faruk Kerem Giray**, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan ve Alıkonan Çocukların İadesi, 1. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2010, s. 53, (Çocukların İadesi).

kişisel statüye ilişkin bağlanma kurallarında sıkça kullanılan bir kavramdır. Doktrinde, mutad mesken kavramı için farklı tanımlamalar yapılmaktadır. Mutad mesken kavramı, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan yer¹⁸⁷ olarak ifade edilmiştir. Öztekin Gelgel'e göre, "gerçek hayat ilişkilerinin sürdüğü, kişinin fiilen oturduğu ve oturmak istediği ve iradesinde olduğu yer" dir¹⁸⁸. Bunların yanında mutad meskenin, "kişinin yaşamını sürdürdüğü, maddi ve şahsi ilişkileri ile en sıkı şekilde bağlantı kurduğu yaşam merkezi olan yer" olarak tanımlandığı görülmektedir.

Genel olarak kabul edilen görüş uyarınca, mutad mesken kavramı, kişinin hayat ilişkilerinin merkezini teşkil eden yer olarak tarif edilmektedir. Bir yerin mutad mesken olarak kabulü için, ilk olarak fiili bir oturma varlığı gerekmektedir. Bununla beraber, tek başına fiili bir oturma yeterli değildir. Söz konusu oturma, ancak o yerin ilgili şahsın hayat ilişkilerinin merkezi olması sağlayacak derecede devamlılık arz etmelidir. Diğer bir ifadeyle, oturma kayda değer bir süre devam etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, mutad mesken "bir kimsenin belirli bir yerde, o yeri hayat ilişkilerinin merkezi yapmaya yetecek derecede, kısa veya uzun, belirli bir süreliğine oturması"¹⁸⁹ şeklinde tanımlanabilir.

Mutad mesken, kanunlar ihtilafı alanında uygulanacak hukukun tespiti için kullanıldığında kişinin sosyal yerleşim yerini "social domicile" ifade eder. Milletlerarası yetki konusunda bir bağlama noktası olarak alındığında ise davalının o yerde bulunmasının mutad meskeni varlığı açısından yeterli olduğu, yani gerekli oturma süresinin daha kısa olabileceği belirtilmiştir¹⁹⁰.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin Alman mahkemelerindeki uygulamasına göre bir eğitim yerinde bulunmak veya hastanelerde yatıyor olmak o yeri kişinin mutad meskeni yapmaz. Buna karşın çocuğun, başka bir yer ile esaslı veya istikrarlı bir bağlantısı varsa, söz gelimi çocuk öğrenci sıfatıyla eğitim görmekte ise, o yerin çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilmesi gerektiği Türk doktrininde ileri sürülmüştür¹⁹¹.

¹⁸⁷ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 68.

¹⁸⁸ Öztekin Gelgel, Çocuk Hukuku.

¹⁸⁹ İlyas Arslan, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s.172.

¹⁹⁰ Ekşi, Milletlerarası Yetki, naklen s. 91'den.

¹⁹¹ Özkan, s. 36'dan naklen. Aynı görüşte Giray, Çocukların İadesi, s. 66.

Küçüğün mutad meskeni anne ya da babasının mutad meskenine bağlı değildir¹⁹². Zira mutad meskenin oluşmasında yerleşim yerindeki gibi bir irade aranmaz.

Türk doktrinde bazı yazarlar, küçüğün mutad meskeninin anne-baba veya vasisinden bağımsız düşünölemeyeceğı gerekçesiyle, çocuğun mutad meskeninin belirlenmesinde ergin kişilerden ayrı farklı kıstasların kullanılması gerektiğı ileri sürölmüştür. Bu görüşün temeli çocuğun irade eksikliğine dayanır. Oysa ki mutad meskeninin oluşması için yerleşim yerindeki gibi bir irade aranmaz¹⁹³.

Küçüğün mutad meskenini belirlemede irade özgürlüğünden yoksun olması anılan görüşün temel dayanağını oluşturmaktadır. Buna karşılık, hukukî değıl, fiilî bir durumu ifade eden mutad meskenin belirlenmesinde “irade” şartı zaten aranmamaktadır. Bu nedenle küçüğün mutad meskeninin, makamların yetkisinin ya da uygulanacak hukukun belirlenmesinde temel alınması kanaatimizce herhangi bir olumsuzluk yaratmayacaktır.

Küçüğün mutad meskeninin tesisi resmi bir makamın iznine tabi değıldir. Bir yerin, küçüğün mutad meskeni olarak kabul edilebilmesi için belli bir süre orada bulunması veya yaşaması gerekmez. Kavram daha çok bir yerde bulunmayı ifade eder¹⁹⁴.

Bir somut olayda bağlanma noktasının vasıflandırılması konusunda bu bağlanma noktasının yerleşim yeri mi, yoksa mutad mesken mi olduğı konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, mutad meskenin tercih edilmesi gerektiğı, çünkü mutad meskenin kişinin aktüel çevresi’nin hukukunu gösteren işlevsel bir bağlanma noktası olduğı ifade edilmektedir¹⁹⁵.

¹⁹² **Giray**, Çocukların İadesi, s. 67.

¹⁹³ **İnci Ataman Figanmeşe**, “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İ.Ü. Eğitim ve Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul 1999, s. 69.

¹⁹⁴ **Giray**, Çocukların İadesi, s. 61.

¹⁹⁵ **Audit**, s. 131; Ayrıca bkz. Alman Federal makkemesinin verdiğı karar: BHG-05.02.1975, D. Baetge, Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verstandis des gewöhnlichen Aufenthaltes, in: Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag. Hrsg. v. Dietmar Baetge, Jan von Hein u. Michael von Hinden, Mohr Siebeck, 2008, S.78; Fransız Yargıtayın verdiğı karar için bkz: Cour de cassation du 14.12.1005 case No05-10.951, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?IdTexte=JURITEXT000007052204>, Erişim 09.08. 2017

Mutad mesken hukuku kişi halleri ile ilgili konularda özellikle son otuz yıldan beri Batı Avrupa hukuklarında ve doktrinde kabul edilmiştir ve uluslararası sözleşmelerin kabul ettiği bağlama noktası olmuştur.

3.2. K     Kavramı

Bu S  leşme kapsamında “k    ”¹⁹⁶ kavramının nasıl belirleneceği S  leşme’nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme  ifte nitelendirmeyi kabul etmektedir. Buna göre, hem vatandaşı olduğu ülkenin i  hukukuna göre hem de mutad meskeninin bulunduğu ülkenin i  hukukuna göre k     kabul edilenler, S  leşme uygulamasında k     olarak nitelendirilirler ve S  leşme’nin uygulama alanına girerler¹⁹⁷. Bu kural uyarınca, bu devletlerinin birinin i  hukukuna göre k     sayılmayan kişi S  leşme’nin kapsamı dışında kalacaktır¹⁹⁸.

Türk Medeni Kanunu’nun 11. maddesinden yola çıkılarak 18 yaşını doldurmamış kişiler k     sayılmaktadır¹⁹⁹. Bu halde mutad meskeni Türkiye’de olan 18 yaşını doldurmamış k    , vatandaşı olduğu ülkenin i  hukuku uyarınca da kış sayılıyorsa S  leşme’nin uygulama alanına girecektir.

Kural olarak 18 yaşını doldurmakla ergin olunur. Türk Hukukunda fiil ehliyetini kazanmanın koşulları erginlik, ayırt etme gücü sahip olmak ve kısıtlı olmamaktır. Dolayısıyla 18 yaşı ehliyet konusuna ilişkin olduğu için M  H  K m. 9/1 kapsamına girmektedir. İlgili madde hükme göre, hak ve fiil ehliyeti kişinin milli hukukuna (*lex personalis*) tabidir. Ayrıca kişinin milli hukukuna göre kazandığı erginlik de korunacaktır. Milli hukuklarına başvurulamadığı taktirde ise devreye M  H  K m. 4/1 (a) girecektir ve sırasıyla yerleşim yeri, bulunamadığı hallerde mutad mesken hukuku, bununda bulunamadığı halde dava tarihinde bulundukları  lke

¹⁹⁶ **Uluocak**, M  H, s. 231; **Tiryakioğlu**, Milletlerarası S  leşmeler, s. 25; **Huysal**, s. 67; **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 168-169. 1961 tarihli La Haye S  leşmesinde s  leşmenin kapsamını belirleyen k     tanımının gelişigüzel bir şekilde md. 12’de yer alması eleştirilmiştir; **Nihal Uluocak**,  ocukların Korunması Hakkında  ntasan’ın Değerlendirilmesi, MHB, Y. 16, S.1-2, 1996, s. 110, ( ntasanı).

¹⁹⁷ **Günseli  ztekin Gelgel**, Türk Devletler  zel Hukukunda Velâyet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler, MHB, C. 35, S. 2, s. 107-138, s. 127, (Tanıma ve Tenfiz).

¹⁹⁸ **Uluocak**, M  H, s. 231; **Tiryakioğlu**, Milletlerarası S  leşmeler, s. 25.

¹⁹⁹ Türk Medeni Hukuku’nda  ocuk kavramından ziyade “k    ” kavramı kullanılmaktadır. Türk hukukunda kimler  ocuk denileceğini 4721 sayılı TMK’nın 11. maddesinden çıkarmak mümkündür. Bu madde, ilgilikanunda fiil ehliyetinin koşullarından birini açıklamaktadır. Bu yaş sınırını aşan kişi ergin sayılır. Bu yaş sınırının altında olan kişiye ise k     denir. Buradan Türk Hukukuna göre de 18 yaşından k     olan kişilerin (kanunlarda düzenlenen ayırık durumlar saklı kalmak kaydıyla)  ocuk sayıldığı sonucuna varabiliriz.

hukuku uygulanacaktır. Kara Avrupası hukuku ve Türk hukukunda kişi statüsü kural olarak milli hukuka tabidir.

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

Çocuk hukukuna ilişkin uluslararası sözleşmeler incelendiğinde farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Orjinal dili İngilizce olarak kaleme anılan kimi Sözleşmelerde “*infant*” kelimesi, kimisinde “*child*”, kimisinde de “*minor*” kelimesi kullanılmıştır. “*Minor*” kelimesi, filerinden ötürü hukuki sorumluluğu henüz bulunmayan, ergin olmayan kişiyi ifade etmektedir. Bu kapsamdaki kişiler ergin kişilere nazaran daha farklı kısıtlamalara, cezai yaptırımlara veya himayeye tabi tutulan kişilerdir. Buna mukabil “*infant*” kelimesi bebeklik dönemini ifade eder. Genellikle bebeğin henüz yürümediği ve bir yaşından önceki dönemini tanımlar. “*Child*” kelimesi ise, kişinin doğumundan ergin oluncaya kadar geçen süreyi ifade etmek için kullanılır²⁰⁰.

3.3. Sözleşmeden Doğan Koruma Tedbirleri

Kapsamında Koruma Tedbirleri

Sözleşme küçükler hakkında koruma tedbirlerini alma konusunda yetkili devlet mahkemelerini ve bu mahkemelerin bu kararları alırken uygulamaları gereken hukuku düzenlenmektedir.

Alınan tedbirler küçüğün hem şahsına hem de malvarlığına ilişkin olabilir. En önemli koruma tedbirlerinden birisi *velâyet altında olamayan küçükler hakkında vasi atanmasıdır*²⁰¹. Nitekim vesayet, küçükler için bir koruma kurumudur²⁰². Bu itibarla, Sözleşme kapsamında alınacak tedbirler, arasında küçükler hakkında vasi atanması söz konusu olabilir. Örneğin yurtdışındayken anne babasını kaybeden bir Türk vatandaşı küçük hakkında yabancı makamlar kendi hukuklarına göre vesayet kararı

²⁰⁰ Giray, Çocukların İadesi, naklen s. 266’dan.

²⁰¹ Uluocak, MÖH, s. 158.

²⁰² Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 491.

alabilir²⁰³. Keza, Türk mahkemeleri de, Sözleşme’de yer alan yetki kuralları uyarınca yetkililerse koruma altına alınan çocuklar hakkında vasi atayabilirler. Türk mahkemeleri bu hâlde Türk hukukunu uygulayacaktır.

Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük²⁰⁴’ün 13. maddesi uyarınca koruma altına alınan çocuklara vasi atanabilir²⁰⁵.

Tüzük’ün 13. maddesine göre, *“korunmaya muhtaç çocuk hakkında sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri için mahkemece korunma kararı alınmışsa veya derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahalli mülki amirin onayı ile bakım altına alınmışsa; vesayet makamı, çocuk velâyet altında değilse, çocuğun verildiği kimseyi veya ailesinde uygun gördüğü kişiyi ya da vasilik koşullarını taşıdığı takdirde kurum müdürünü veya başka bir kişiyi vasi olarak atar.”*

Sözleşme’de koruma tedbirlerinin neler olduğuna ve hangi koruma tedbirlerinin Sözleşme’nin uygulanma alanı içerisinde bulunduğuna yer verilmemiş, yalnızca *“küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirler”*den söz edilmiştir.

Sözleşme’de tanımına yer verilmeyen ve kapsamı belirtilmeyen koruma tedbirlerinin neler olduğunu iç hukukumuzun özel hukuk alanındaki düzenlemelerinden hareketle tespit etmek mümkündür. Türk Medeni Kanunu’nun 346. maddesinde²⁰⁶ koruma tedbirleri düzenlemesine yer verilmiştir.

²⁰³ Uluocak, MÖH, s. 158.

²⁰⁴ RG. 10.08.2003 - 25195.

²⁰⁵ Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 510.

²⁰⁶ TMK m. 346 hükmüne göre, *“Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır”*.

C. 1996 TARİHLİ VELÂYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI TEDBİRLERİ HAKKINDA YETKİYE, UYGULANACAK KANUNA, TANIMA, TENFİZE VE İŞBİRLİĞİNE DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ

Yabancılik unsuru içeren çocuğun korunması ve çocuğun vesayeti konularında milletlerarası özel hukuk meselelerine yönelik en kapsamlı olan Sözleşme 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşmesi'dir.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, koruma tedbirlerinin alınmasına yetkilerin mutad mesken makamları ile milli makamlar arasında paylaşılması sonucu ortaya çıkan sorunlar nedeniyle milletlerarası uygulamada yoğun bir şekilde eleştirilmiştir²⁰⁷. Bu eleştiriler karşısında yeni ve daha geniş kapsamlı bir sözleşme yapılması ihtiyacı doğmuştur.

La Haye Devletler Özel Hukuku Komisyonu'nun²⁰⁸ 18. Toplantısında 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin uygulamadaki ihtiyaçları karşılamaması ve yeniden gözden geçirilerek bazı yeni hükümler ilave edilerek "Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi"²⁰⁹ 19 Ekim 1996 tarihinde kabul edilmiştir. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi 1 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yeni Sözleşme, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ni yürürlükten kaldırmamış, taraf

²⁰⁷ **Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 239; 1996 tarihli Sözleşmenin hazırlanma ihtiyacı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Paule Lagarde**, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection, Proceedings of the Eighteenth Session (1996), Tome II, Protection of children, HCCH Publications, 1998, pp. 535-605, paragraf 15, s. 545, paragraf 1-6, s. 539-541, <https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf>, Erişim 01.12.2017; **Nihal Uluocak**, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Nihai Metin, 19 Ekim 1996), **MHB**, 1996/1-2, s. 119-128, (Tasarı); Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 361-381; Sözleşme'nin Prof. Dr. Nihal Uluocak tarafından yapılan resmi olmayan tercümesi için bkz. **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 341-359; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 381-383; **Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe**, s. 151.

²⁰⁸ La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı hakkında bkz. <http://www.hcch.net>; **A. Schulz**, "Current Developments: The Accession of the European Community to the Hague Conference on Private International Law", ICLQ, Y. 2007, Vol. 56, s. 939; **H. Van Loon**, "Globalisation and the Hague Conference on Private International Law", International Law FORUM du droit international, Y. 2000, Vol. 2, s. 230-234; "Hague Conference on Private International Law", **International Organization and Integration: Annotated Basic Documents and Descriptive Directory of International Organizations and Arrangements**, (P. J. G. Kapteyn (ed.)), The Hague 1981, s. 9 vd.

²⁰⁹ 1996 tarihli La Haye Sözleşmenin öntasarı ve tasarı haline ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. **Uluocak**, Öntasarı, s. 109-117.

devletler açısından 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin yerine geçmek üzere imza edilmiştir. 1996 tarihli La Haye Sözleşme'nin 51. maddesi uyarınca, her iki Sözleşmeye de taraf olan devletler açısından 1961 tarihli La Haye Sözleşme'nin yerine geçecektir, buna karşılık yalnız 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ni onaylayan devletler açısından ise bu birinci Sözleşme yürürlükte kalmaya devam edecektir.

1996 tarihli Sözleşmenin 51. maddesi gereği, 1996 ve 1961 tarihli Sözleşmelere taraf olan devletler için, 1961 tarihli Sözleşmenin yerine 1996 tarihli Sözleşmenin geçeceğini belirtmektedir. Ancak 1996 tarihli Sözleşmenin herhangi bir akit devlet için yürürlüğe girme tarihinden önce, söz konusu devlette 1961 tarihli Sözleşme hükümleri uyarınca alınmış koruma tedbirleri bu durumdan etkilenmez ve geçerliliğini korur. 1996 tarihli La Haye Sözleşme'nin 53. maddenin 2. fıkrasında yer alan intikal hükmü ile, 1996 tarihli Sözleşmenin 1961 tarihli Sözleşmenin yerine geçeceğini belirten hüküm birlikte ele alındığında bazı tereddütler söz konusu olabilir. Kanaatimizce 1996 tarihli Sözleşme'nin 51. maddesinde yer alan bu husus, bu bağlamda olası tereddütleri bertaraf etme amacı ile kaleme alınmıştır.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi daha kapsamlı, sistematik ve anlaşılır olduğu görünmektedir. Sözleşme dibace ve yedi bölümden oluşur. 1. ve 4. maddeler arasındaki birinci bölümde Sözleşmenin uygulanma alanı; 5. ve 14. maddeler arasındaki ikinci bölümde makamların yetkisi; 15. ve 22. maddeler arasındaki üçüncü bölümde uygulanacak hukuk; 23. ve 28. maddeler arasındaki dördüncü bölümde tanıma ve tenfiz; 29. ve 39. maddeler arasındaki beşinci bölümde merkezî makam ve işbirliği hükümlerine yer verilmiş ve 40. ve 56. maddeler arasındaki altıncı bölümde genel hükümlere; 57. ve 63. maddeler arasındaki yedinci bölümde ise son hükümlere yer verilmiştir.

Sözleşme'nin zaman bakımından uygulama alanı 53. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, koruma tedbirleri açısından makamların yetkisi ve uygulanacak hukuka dair hükümler, Sözleşme'nin akit devlette yürürlüğe konmasından sonra alınan kararlara uygulanır (m. 53/1). Bunun öncesinde alınmış olan koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, Sözleşme sonrası yetkisini yitirmiş makamlar tarafından alınmış olsa dahi, geçerliliklerini sürdürürler.

Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihte, koruma tedbiri talebinden sonra fakat akit devletin o sıradaki ilgili makamı tarafından kararın verilmesinden önce ise, diğer

bir ifade ile konu halen görüşülmekte ise, örneğin dava Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce açılmış ancak yargılama son bulmamışsa, bu noktada akit devletlerin iç hukuku uygulanır²¹⁰.

Sözleşme'nin koruma tedbirlerinin tanınma ve tenfizine dair hükümlerinin uygulanabilmesi için, tedbirlerin alınma tarihinin, hem tedbirleri alan hem de tanıma ve tenfiz talep edilen devlette Sözleşme'nin yürürlüğe konmuş olmasından sonra olması gerekir (m. 53/2). Aksi durumda, yani koruma tedbirinin her iki devletçe Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce alınmış olması durumunda, tanıma ve tenfize ilişkin talebe uygulanacak hukuk, talep edilen devletin hukukudur²¹¹.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin çocukların ve malların korunması bağlamında farklı devletlerin makamları arasındaki yetki çatışmasının bertaraf edilmesini teminen çeşitli düzenlemeler getirdiği, çocuğun mutad bulunduğu ülke, makam ve mahkemelerin öncelik tanıdığı, bu itibarla, Sözleşme'nin yetki karmaşasının ortadan kaldırması açısından yarar sağlayacağı, ifade edilmiştir.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, Türkiye'nin de 2016 yılında taraf olmasıyla birlikte, 1961 tarihli La Haye Sözleşme'nin bugün dünya üzerindeki uygulama alanı neredeyse hiç kalmamıştır.

Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 25.04.2016 tarih ve 6707 sayılı Kanunla katılması uygun bulunmuştur, Sözleşme 09.05.2016 tarihli ve 2016/8848 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmış ve bu Karar ile Sözleşme'nin metni 22.05.2016 tarihli ve 29719 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır, 07.10.2016 tarihinde imzalanmış ve 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten sonra Türk adli ve idari makamlarının yetki sınırlarının belirlenmesi 1996 tarihli Sözleşme hükümleri tarafından belirlenir²¹².

Başka bir akit devlet tarafından alınan Sözleşme kapsamındaki bir koruma tedbirinin Türkiye'de tanınma ve tenfizi talep edilmişse 1996 tarihli La Haye sözleşmesinin ilgili hükümlerinin uygulanabilmesi için bu koruma tedbirinin

²¹⁰ **Lagarde**, para 177.

²¹¹ **Lagarde**, para 178.

²¹² 01.02.2017 tarihinden önce Türk makamlarına yapılan başvurularda yetki ve uygulanacak hukuk sorunu, koruma tedbirine konu çocuğun mutad meskeni 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf bir devlette bu Sözleşme'ye göre; aksi halde, 5718 sayılı MÖHUK tarafından düzenlenen kurallara göre belirlenecektir.

01.02.2017 tarihinde veya sonrasında alınmış olması gerekir. Bu tarihten önce alınmış koruma tedbirlerinin tanınma ve tenfizine 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulanamaz²¹³.

Türkiye, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 54. maddesinin, 2. fıkrasına ilişkin Fransızca dilini kullanımına itiraz ederek, çekince koymuştur. Bununla beraber, Sözleşme'nin 60. maddesine atıfla, 55. maddenin, 1. fıkrasına ilişkin Türkiye, çocuğun kendi ülkesinde malları hakkında koruma tedbirlerin alınmasında kendi makamların yetkisini ve velâyet sorumluluğu veya kendi makamları tarafından daha önce alınmış bir tedbirle telafi edilemeyen bir tedbiri, bu mallara ilişkin olarak tanımama hakkı saklı tutularak, çekince koymuştur²¹⁴.

1. Sözleşmenin Amacı

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, çocuğun şahıs ve malvarlıklarının korunmasına ilişkin tedbirleri alacak akit devlet makamın yetkisinin belirlenmesine, koruma tedbirlerine ve velâyet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ve bu konulara ilişkin alınan yabancı kararlarının diğer akit devlette tanınması ve tenfizine ilişkin iç hukuklardaki farklı hukuki düzenlemelerin yarattığı sorunları en aza indirmektir²¹⁵. *Çocuğun şahsını ve mallarını korunmasına ilişkin koruma tedbirlerin alınması kapsamında, çocuğun vesayetine ilişkin kararlar ve tedbirler de girmektedir.*

Sözleşme'nin düzenlenme amacına ilişkin başlangıç kısmında, taraf devletlerin²¹⁶ uluslararası alanda çocukların korunmasının etkin olacağı düşüncesiyle, çocuğun şahsının ve mallarının korunmasına ilişkin tedbirlerin alınması, yetkili

²¹³ **Nuray Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2013, s. 358-362, (Tanıma ve Tenfiz); **Akıncı/ Demir-Gökyayla**, s. 178-180; **Huysal**, s. 187-190; **Şensöz Malkoç**, s. 177 vd.

²¹⁴ Sözleşmeye taraf devletlerin çoğu bu çekinceyi saklı tutmuşlardır, bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>

²¹⁵ 1996 tarihli La Haye Sözleşme'nin kapsamı ve Türk hukukuna etkisi hakkında bkz. **Ayşe Elif Ulusu Karataş**, Velâyet sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi, MHB, C. 37, S. 2, 911–1003, s. 913.

²¹⁶ 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, 01.01.2002'de yürürlüğe girmiş olup, Sözleşmeye taraf devletler Aralık 2018 tarihi itibarıyla ABD, Almanya, Arjantin, Arnavutluk, Avustralya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ekvador, Ermenistan, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, Kanada, Karadağı, Kıbrıs Rum Kesimi, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Monako, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Slovenya, Sırbistan, Türkiye, Ukrayna, Uruguay, Yunanistan'dır. (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=70, Erişim 10.10.2018).

makamların tayini, makamların bu yetkilerini kullanırken uygulanacak kanunu ve velâyet sorumluluğuna uygulanacak kanunu tespit etmek, koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizini sağlamak ve âkit devlet makamları arasında bu amaçları gerçekleştirmeye yönelik işbirliğin sağlanmasından söz edilmiştir (m.1)²¹⁷.

Bununla birlikte Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi²¹⁸ ve 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukuki Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi²¹⁹’nde olduğu gibi çocuğun üstün yararının öncelikle göz önünde bulundurulması gerektiği inancı, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde de vurgulanmıştır.

Sözleşme’nin düzenlenmesine neden olan temel etken Sözleşme’nin başlangıç kısmında da belirtildiği üzere 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin gözden geçirilmesi zorunluluğudur. Sözleşme, 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi göz önünde tutularak, ortak kurallar saptamak arzusu (başlangıç kısmı) ve 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi ile uyum sağlama amacı taşımaktadır (m. 50).

1996 tarihli La Haye Sözleşme’nin 1. maddesi uyarınca, Sözleşme’nin esasen amacı, “velâyet sorumluluğu” ve “çocukların şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler”, yani “koruma tedbirleri”dir. Belirtilen tedbirler arasında, vasilik, kayımlık ve benzer korumalar da sayılmıştır (m. 3/ 1-c).

Sözleşmede “velâyet sorumluluğu”na “koruma tedbirleri” ile eşdeğerde bir ağırlık verilmesi nedeniyle Sözleşme’nin adında her ikisi de yer almıştır²²⁰.

Sözleşme’nin amaçları doğrultusunda, 1. maddenin 2. fıkrası “velâyet sorumluluğu”²²¹ (*parental responsibility*) terminin kapsamını belirtilmiştir. Bu hüküm

²¹⁷ **Lagarde**, para 9.

²¹⁸ RG. 08.08.1999 - 23780.

²¹⁹ RG.15.02.2000-23965. Sözleşme hakkında detaylı bilgi için bkz. **Giray**, Çocukların İadesi, s. 248-263;

²²⁰ **Uluocak**, Tasarı, s. 120.

²²¹ Velâyet sorumluluğu kavramı ÇHDS’nin 18. maddesinde de düzenlenmiştir. ÇHDS resmi çevirisinde „velâyet sorumluluğu“ sözü yerine „çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu“ ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin 1. maddesinin 3. bendinde yine velayet sorumluluğu behsedilmiştir. 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velâyete İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve

uyarınca “velâyet sorumluluğu” kavramı, anne ve babaların çocuk üzerindeki hak ve sorumlulukları veya çocuğun şahıs veya malvarlığına ilişkin olarak anne-babaların, vasilerin veya diğer yasal temsilcilerin hak, yetki ve sorumluluklarını içerecek şekilde kapsamlıdır²²².

Dolayısıyla “velâyet sorumluluğu” terimi çocuklar büyüten ve onlara bakanlar açısından hukuken ana-babaya ait hak ve sorumlulukların tamamını kapsar. Çocuğun sadece şahsını değil, mallarını da içine alan bu sorumluluk normal olarak anne ve babaya aittir. Ancak anne-babanın ölümü, ehliyetsizliği, yetersizliği veya çocuğun terkedilmiş olması gibi hallerde uygulanacak hukuk uyarınca 3. kişiler tarafından üstlenilmesi öngörülen, çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik olarak “çocuğun temsili”nin kastedildiği ifade edilmektedir²²³. Görüldüğü üzere, Sözleşme anlamında velâyet sorumluluğu, velâyetin yalnızca ana babaya ait bir hak olduğunu düzenleyen hukukumuzdaki velâyet anlayışından oldukça farklı ve geniş kapsamlıdır. Diğer bir ifadeyle buradaki velâyet sorumluluğu, Türk hukukunda çocuklar üzerindeki *velâyet ve vesayeti* kapsayan bir kavram olarak düşünülebilir.

2. Sözleşmenin Uygulanma Alanı ve Getirdiği Yenilikler

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin uygulanma alanı 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’ne göre oldukça geniştir. Sözleşme’nin uygulanma alanı belirlenirken yalnız hangi konuların uygulanma alanına girdiği (m. 1-3) belirtilmekle yetinilmemiş, ayrıca hangi konuların Sözleşme’nin uygulanma alanı dışında bırakıldığı da tespit edilmiştir (m. 4)²²⁴. Sözleşme’nin kapsamına giren konular 3. maddesinde *örnek* olarak, kapsamı dışında tutulan ise 4. maddede *sınırlayıcı* olarak sayılmıştır. Bu durum Sözleşme’nin uygulanması sırasında oluşabilecek tereddütleri giderme açısından etkili ve önemlidir²²⁵.

Tenfizine Dair Konsey Tüzüğünde de “velâyet sorumluluğu” deyiimi kullanılmaktadır. Tüzüğün 3. maddesi velâyet sorumluluğu başlığını taşımaktadır. (Giray, Çocukların İadesi, s. 20-21).

²²² Lagarde, para14; Practical Handbook, s. 27.

²²³ Lagarde, para 14; Practical Handbook, s. 27; Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 386.

²²⁴ 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin kapsamı, 1961’e göre oldukça geniştir ve nitelik itibarıyla de 1961 tarihli La Haye Sözleşmesini oldukça aşmıştır. Üstelik Sözleşme’nin kapsamına giren ve girmeyen konular tek tek belirtilmiştir. Uluocak, Öntasarı, s. 111; Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 382; Giray, Çocukların İadesi, s. 248.

²²⁵ Practical Handbook, s. 27; Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 387.

Sözleşmenin 4. maddesinde, Sözleşme kapsamına girip girmediği tereddüt doğurabilecek bazı konuların Sözleşmenin kapsamına girmediği açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu şekilde, Sözleşmenin 4. maddesi uyarınca çocuğun şahıs veya malvarlığını korumaya yönelik her türlü karar veya tedbirin Sözleşmenin uygulama alanına girdiği kabul edilmekte ve böylece Sözleşmenin konu itibarıyla uygulama alanı bakımından bir boşluk doğması engellenmiştir²²⁶.

Sözleşmenin 4. maddesinde yer alan istisnaların her biri farklı nedenlere dayanmaktadır. Bazıları özel sözleşmelerde düzenlenmiştir bazıları da kamu hukukunu ilgilendirmektedir.

Sözleşmenin 4. maddesinde, Sözleşme'yi yakından ilgilendiği için Sözleşme kapsamına girip girmediği tereddüt doğurabilecek bazı konuların Sözleşme'nin kapsamına girmidiği açıkça hüküm altına alınmıştır. Sözleşme, aşağıdaki hususlarda uygulama alanı bulamaz:

- a) Ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması²²⁷ veya böyle bir ilişkiye itiraz edilmesi;
- b) Evlât edinme kararı ve kuruluşuna ilişkin tedbirler, evlât edinmenin iptali veya feshi;
- c) Çocuğun önadı veya soyadı;
- d) Çocuğun velâyet altında olmaktan çıkarılmasına (çocuğun ergin kılınması);
- e) Nafaka yükümlülükleri²²⁸;

²²⁶ **Lagarde**, para 26.

²²⁷ Örneğin soybağının kurulması.

²²⁸ Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi/ *Convention Concerning The Recognition and Enforcement Of Decisions Relating to Maintenance Obligations Towards Children*, (HCCH Convention No: 09), 15.04.1958 tarihinde kabul edilmiş 01.01.1962 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 14.09.1972 tarih ve 11620 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuştur (RG. 27.09.1972-14319), Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi/ *Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, (HCCH Convention No: 24), 02.10.1973 tarihinde kabul edilmiş 01.19.1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 03.11.1980 tarih ve 11620 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuştur (RG. 06.11.1980-17152)., Nafaka Yükümlülüğü Konusunda Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi/ *Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*, (HCCH Convention No: 23), 02.10.1973 tarihinde kabul edilmiş 01.08.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 03.11.1980 tarih ve 2332 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuştur (RG. 06.11.1980-

- f) Trust²²⁹ ve miras²³⁰;
- g) Sosyal Güvenlik;
- h) Eğitim veya sağlık konusundaki temel nitelikteki kamu tedbirler²³¹;
- i) Çocuk tarafından işlenen suçların bir neticesi olarak alınan önlemler;
- j) Sığınma hakkına veya göç konusuna ilişkin kararlar²³² hakkında 1996 La Haye Sözleşme uygulanmayacaktır.

Sözleşmede, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde kullanılan “*kanunen mevcut otorite ilişkisi*”²³³ kavramı yerine “*velâyet sorumluluğu*” kavramı tercih edilmiştir. Ayrıca, 1961 tarihli Sözleşme’de bulunmayan tanıma ve tenfiz hükümlerine yer verilmiştir.

17152), Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili BM (New York) Sözleşmesi/ *Convention on the Recovery Abroad of Maintenance*, 17.05.1955 tarihinde kabul edilmiş 25.05.1957 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 26.01.1971 tarih ve 1331 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuştur (RG. 05.02.1971-13745). Ayrıca Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine İlişkin 4/2009 no’lu Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü/ Council Regulation (EC) No 4/2009 of December 2008 May 2000 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations, OJ L 7-10.1.2009, s. 1-79/ ve Nafaka Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuka Dair 2007 tarihli La Haye Protokolü /The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, OJ L 331-16.12.2009, s. 17/, AB ülkeleri bakımından nafaka borçlarına uygulanacak hukuku, yetkiye ve aynı zamanda tanıma ve tenfize ilişkin kurallar getirmektedir. 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi ve 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusunda Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmeler 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi ve 1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusunda Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi, Nafaka Sözleşmelerin yerini almaktadır.

²²⁹ RG.01.10.1998-22421, 1 Temmuz 1985 tarihli Tröstlerin Tanınmasına ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi /*Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*/. “Trust” Türk hukukunda yabancı olan bir inançlı işlem türünü ifade etmektedir. Trust, genel bir anlatımla servet ve varlıkların sürekliliğinin sağlanması amacıyla, bir kişinin vasiyetname yoluyla ya da sağlararası işlemler, idare edilmek üzere malvarlığının bir bölümünü “trustee” adı verilen güvenilir bir kişiye devretmesi ve bir veya birden fazla kişiyi bu sözleşmede lehdar olarak göstermesi şeklinde ortaya çıkar. 1996 La Haye Sözleşmesi açısından çocuğın lehdar olarak gösterildiğı trust sözleşmesinde hâkimin yeni bir trustee ataması yönündeki tedbir uygulanma alanı dışında bırakılmıştır. Trust hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yaşar Karayalçın**, İngiliz Hukukunda Trust ve Avrupa Hukuku, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BTHAE Yayınları, Ankara 1998, s. 651- 689.

²³⁰ Bkz. 1 Ağustos 1989 tarihli Ölen Kişilerin Malvarlıklarının Mirasçılara İntikaline Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi (Hague Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=62>, Erişim 10.10.2016.

²³¹ Okula katılma veya aşı gibi genel nitelikli kamu tedbirleridir.

²³² Sığınma hakkına veya göç konusuna ilişkin kararlar devletin egemen gücünden kaynaklanmaktadır.

²³³ Otorite ilişkisi (relationship of authority) kavramının başarısı konusunda araştırmalar bulunmaktadır (**Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 241, dn.14). **Nomer**, s. 148; **Çelikel/ Erdem**, s. 262. Ayrıca otorite ilişkisi kavramıyla ilgili olarak doktrindeki çeşitli görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Huysal**, s. 72 vd.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde yetki sistemine ilişkin yeni ve çözüm üreten düzenlemelere yer verilmiştir. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, makamların yetkisi konusunda kural olarak çocuğun mutad meskenin bulunduğu yer makamlarını esas almıştır (m. 5/1). Burada bazı istisnalara yer verilmiş, ancak daha açık ve diğer devlet makamlarıyla rekabeti (yetki yarışması) bertaraf eden bir yetki sistemi geliştirilmiştir²³⁴.

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

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

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

1996 tarihli La Haye Sözleşmesin'de uygulanacak hukuk daha esnek bir hale gelirken, 1961 tarihli Sözleşme'nin bir koruma önlemi alan her makamın kendi milli hukukunu uygulayacağını dair ilkesini korumuştur²³⁵. Yalnız, 1996 tarihli Sözleşme'de, çocuğun şahsının ve mallarının korunmasının gerektirdiği ölçüde "sıkı ilişkili hukuk"un uygulanmasına da imkan tanınmaktadır (m. 15)²³⁶.

²³⁴ **Lestalina Chernogorova**, Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children. Comparative Legal Analysis of International Multilateral and Bilateral Legal Instruments in This Sphere, Sofia 2008, Vol.1, p. 7-23, p. 10

²³⁵ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşmesi, s. 384.

²³⁶ **Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 247.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri 1961 tarihli Sözleşmesindeki bir boşluğu doldurmaktadır. 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde yalnızca tanıma konusunda hükümlere yer verilmiş olması karşısında eksikliği hissedilen kurallara 1996 tarihli La Haye Sözleşmesin'de ayrıntılı bir biçimde yer verilmiştir²³⁷.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 23. maddesine göre, tanımanın gerçekleşmesi açısından tanıma isteminde bulunan kişinin herhangi bir makama başvurmasına gerek yoktur. Tanıma için daha basit bir sistem getirmiştir. Bu madde *“akit devletin makamlarınca alınan tedbirlerin, diğer tüm akit devletlerdeki kanun gereğince tanınır”* diyerek sözleşme kapsamındaki kararların diğer Sözleşmeye taraf devletlerde de doğrudan tanınacağını kabul etmiştir²³⁸. Aynı maddede tanımanın reddi sebeplerine de sınırlayıcı olarak yer verilmiştir. Sözleşme kapsamında sadece adli değil idari makamlar da yetkili görüldüğünden bu makamların verdiği kararlar da tanınacaktır²³⁹.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesin'de tenfize ilişkin düzenlemeler de getirilmiştir. Sözleşme kapsamında verilen kararların tenfizi ise 26. ve 28. maddelerinde düzenlenmiştir. Sözleşme tenfiz talebi için 26. madde uyarınca öncelikle bir tenfiz edilebilirlik bildiriminin yapılması gerektiğini bu bildirim sonucu alınan kararın sanki o devletin makamlarınca alınmış gibi kabul edilmesi gerektiğini belirtilmiştir²⁴⁰.

Tenfiz, çocuğun üstün yararı göz önüne alınmak suretiyle tenfiz talebinde bulunulan ülkenin kendi makamlarından alınmış kararlar gibi kolaylıkla gerçekleştirilecektir.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, akit devletlerde alınan tedbirlerin karşılıklı olarak tanınması ilkesini getirmiş, tenfizi ise tenfizin talep edildiği devletin iç hukukuna veya o devlette yürürlükte olan milletlerarası sözleşmelere bırakmıştır²⁴¹.

²³⁷ **Giray**, Çocukların İadesi, s. 250.

²³⁸ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşmesi, s. 409; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 557; **Giray**, Çocukların İadesi, s. 261.

²³⁹ **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 557.

²⁴⁰ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşmesi, s. 409; **Giray**, Çocukların İadesi, s. 262.

²⁴¹ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşmesi, s. 409.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin getirmiş olduğu yenilikler bunlarla sınırlı değildir. Çalışmamızın kalan kısmında 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin ilgili konularda getirmiş olduğu yenilik ve değişiklikler nispetinde yer verilecektir.

3. Sözleşmede Yer Alan Temel Kavramlar

3.1. Çocuk Kavramı

Daha önce de belirtildiği gibi Sözleşme, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesin'de kullanılan *küçükler* terimini terkederek *çocuk*²⁴² terimini tercih etmiştir. Doğumundan başlayarak 18 yaşına ulaşan bütün²⁴³ çocuklar 1996 tarihli La Haye Sözleşme'nin kapsamına girmektedir. Sözleşme'nin öntasarı aşamasında “*ehliyetsiz yetişkinlerin*” de Sözleşme kapsamına dâhil edilmesi gerektiği yönünde değerlendirmeler²⁴⁴ yapılmış ise de uygulama alanı yine “*küçük*” çocuklarla sınırlı kalmıştır.

Sözleşme'nin 2. maddesinde tanımlanan çocuklar kendi kişisel kanununa göre çocuk daha önceki bir yaşta reşit olasa bile 18 yaşına ulaşıncaya kadar Sözleşme uygulanır. Bu nedenle, 18 yaşını bitirmiş, 19 yaşından gün almamış ancak ehliyetine uygulanacak hukuka göre “*ergin*” kabul edilen bir çocuk hakkında da Sözleşme uygulama alanı bulabilecek ve yetkili makamlar tarafından vesayet kararı ve uygun görülen koruyucu tedbirler alınabilmektedir²⁴⁵.

Çocuk 18 yaşına ulaştıktan sonra Sözleşme uygulanmayacaktır. Bu yaştan sonra onların halen korunmaya ihtiyacı olabilir, fakat Sözleşme ehliyetsiz reşitlerin korunmasını²⁴⁶ kapsamı dışında bıraktığı için onların korunması her devletin milli hukukuna göre sağlanacaktır²⁴⁷. Bununla beraber Sözleşme'nin 41. ve 42. maddeleri

²⁴² ÇHDS'nin 1. maddesine göre “bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” Sözleşme, çocuğu kural olarak 0-18 yaş aralığında tanımlamakla birlikte daha erken reşit olma durumunu istisna kabul etmiştir.

²⁴³ **Lagarde**, para 15.

²⁴⁴ **Uluocak**, Tasarı, s. 120.

²⁴⁵ **Lagarde**, para 16. Aynı yönde **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşmesi, s. 383 ve s. 386; Giray'a göre, çocuğun kendi milli hukukuna göre daha erken yaşta ergin olduğu haller ile evlenme sebebiyle çocuğun ergin kabul edildiği hallerde sözleşmenin uygulama alanı bulmayacağı görüşündedir. (**Giray**, Çocukların İadesi, s. 250-251).

²⁴⁶ Bkz. 13 Ocak 2000 tarihli Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi /Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults, (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=71>). Detaylı bilgi için bkz. **Paule Lagarde**, Explanatory Report on the Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults Protection of Adults Convention, HCCH Publications, 2017, <https://assets.hcch.net/docs/1509ab33-c2fe-4532-981c-7aa4dad9ba45.pdf>, Erişim 10.10.2017.

²⁴⁷ **Lagarde**, para 18; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 386;

ile Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin toplanan bilgi ve veriler, çocuk 18 yaşına ulaştıktan sonra da muhafaza edilmeye devam edilecektir.

Böylece 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin aksine, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin uygulanmasında çocuk kavramının tespiti konusunda bir yeknesaklaştırma sağlanmıştır.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi (m.13) akit devletlerin birinde mutad meskeni olan bütün küçüklere uygulanacağını belirtiyor. Buna karşılık, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, Sözleşme'nin uygulanacağı çocukları coğrafi olarak sınırlayan bir hüküm içermemektedir²⁴⁸. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşmesi, çocuğun mutad mesken yerinde bağımsız olarak uygulanabilir, 1961 tarihli Sözleşme'nin aksine mutad meskenin akit devletlerden birisi olması gerekmez. Örneğin; çocuğun mutad meskeni her nerede olursa olsun, söz konusu çocuğa ilişkin koruma tedbiri kararı noktasında, akit devlet makamları milletlerarası yetkisini değerlendirirken Sözleşme'nin ilgili hükümlerine (yerinden edilmiş/mülteci çocuklar hakkında 6. madde; acil koruma tedbirleri için 11. madde veya ülkesel etkiye sahip koruma tedbirleri için 12. madde hükümlerini) başvurmalıdır²⁴⁹.

1996 tarihli Sözleşme'de, her ne kadar çocuğun mutad meskeninin akit bir ülkede bulunması zorunluluğu söz konusu değilse de; mutad meskenin akit bir devlet ülkesinde bulunması durumunda, vesayete dair koruma tedbirlerine karar verme açısından, milletlerarası yetki Sözleşme hükümleri uyarınca tesis edilmesi gerekir (Sözleşme m. 5-10) ve akit devlet açısından milletlerarası yetki, Sözleşme'deki kurallara göre mümkün olamıyorsa, söz konusu akit devletin koruma tedbiri veya vesayet kararı açısından yetkiye sahip olmadığı kabul edilmektedir²⁵⁰.

Tersi örnekte, eğer çocuğun mutad meskeni akit bir devlette değilse, vesayete dair koruma tedbirlerini alma bakımından akit devlet makamları yetkilerini Sözleşme hükümleri uyarınca tesis etmek zorunda değildirler ancak şartları oluşmuşsa Sözleşme hükümlerince (m. 11 ve m. 12) tesis edebilecekleri gibi, şartlar oluşmuş olmasına

²⁴⁸ Bkz. **Giray**, Çocukların İadesi, s. 251.

²⁴⁹ **Lagarde**, para 17; Practical Handbook, s. 25.

²⁵⁰ **Karataş**, s. 415. Nitekim çocuğa ilişkin koruma tedbirin, yargı yetkisi Sözleşme tarafından tesis edilememiş bir makam tarafından alınmış olması diğer akit devletlerce tanınması veya tenfizinin reddedilebilecektir (m. 23/2).

rağmen iç hukuklarının belirlediği yetki kurallarına göre de hareket edebilmelidirler²⁵¹.

Sonuç olarak, Sözleşmenin uygulanması açısından çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması zorunluluk değildir. Fakat eğer çocuğun mutad meskeni akit bir devlette ise, vesayete dair koruma tedbirleri açısından Sözleşme'nin milletlerarası yetki hükümlerini uygulanması zorunludur²⁵².

Sözleşme'nin 2. maddesinde kimlerin çocuk²⁵³ sayılacağı belirlendikten sonra 6. maddesinde Sözleşme kapsamında olan çocuklar daha geniş tutulmuştur. Buna göre, mülteci çocuklar, ülkelerinde meydana gelen karışıklıklar yüzünden yerlerinden edinmiş çocuklar ile mutad meskeni belli olmayan çocuklar²⁵⁴ da

²⁵¹ **Lagarde**, para 39 ve para 84; Practical Handbook, s. 26).

²⁵² **Karataş**, s. 916.

²⁵³ Sözleşme anne karnındaki ceninler hakkında uygulanmaz. (**Lagarde**, para 15). Diğer La Haye sözleşmelerine göre çocuk kavramı, 24 Ekim 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'ye göre 21 yaşını doldurmamış ve evli olmayan kişiler çocuk olarak kabul edilmiştir. Bununla 1961 tarihli La Haye Sözleşme ise daha esnek bir tutum takınarak çocuk kavramından gerek çocuğun vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna, gerekse mutad meskeninin bulunduğu devletin iç hukukuna göre bu niteliğe sahip kişileri anlamaktadır. Buna karşılık 1980 tarihli La Haye çocuk 16 yaşını tamamlamamış kişi olarak tanımlanmıştır. Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesine göre çocuk 16 yaşından küçük ve mutad meskeni veya vatandaşlık kanunu veya talepte bulunan devletin iç hukukuna göre ikamet yerini tayin etme hakkına sahip olmayan kişi, çocuk olarak nitelendirilmiştir. Avrupa Birliği düzenlemelerine bakıldığında zaman “Gençlerin İşyerinde Korunması” ile ilgili düzenlenen 94/33/EC sayılı Yönerge’de genç kişi, çocuk ve ergen kavramları tanımlanmıştır. Buna göre genç kişi, 18 yaşın altındaki herkes; çocuk, 15 yaşın altındaki veya ulusal mevzuat uyarında halen zorunlu tam zamanlı eğitime tabi her genç kimse; ergen, asgari 15 yaşında olup 18 yaşından küçük, ulusal mevzuatça artık zorunlu tam zamanlı eğitime tabi olmayan her genç kişidir. AİHS’ye bakıldığında ise küçük anlamına gelen “minor” kelimesinin kullanıldığı görülmektedir (AİHS m. 5/1(d) bendi).

²⁵⁴ Bkz. **“Recommendation concerning the application to refugee children and other internationally displaced children of the Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption”**, Annex A to the Report of the Special Commission on the Implementation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (Permanent Bureau, 1994), <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=934>, Erişim 05.06.2016.

bulundukları ülkenin koruma kurallarından yararlanacaktır. Bu kapsam içine aynı zaman refakatsız çocuklar²⁵⁵ ve ailelerinden ayrılmış çocuklar²⁵⁶ da girmektedir.

Bu maddede kastedilen çocuklar, kendi ülkesinde ortaya çıkan şartlar yüzünden o ülkeyi terkeden ve geçici veya kesin olarak ailelerinden ayrılan çocuklardır. Kendi ülkelerinden başka bir ülkeye diğer sebeplerle götürülen çocuklar, örneğin, kaçak çocukları veya terkedilen çocukları ilgilendirmemektedir. Bu durumdaki çocuklar için Sözleşme'nin 31. maddesinin (c) bendi hükümleri uygulanacaktır. 6. maddenin söz ettiği çocuklar, acil bir durum olsa bile, sürekli anlamda korunmaları gereken çocuklardır²⁵⁷.

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 Cenevre Konvansiyonu²⁵⁸'ndan bugüne “mülteci” kavramının yanı sıra iltica alanında yeni kavramlar ortaya çıkmıştır. Mülteci kavramı da dahil yeni kavramlar “uluslararası koruma” (international protection) çatısı altında toplanmıştır. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)²⁵⁹ açısından uluslararası korumanın birinci dalını “mülteci”; ikinci dalını “şartlı mülteci”; üçüncü dalını “ikincil koruma”dır. “Geçici koruma” statüsü bir uluslararası koruma çeşidi değildir²⁶⁰. Dolayısıyla “çocuk mülteciler” kavramı²⁶¹, çocuklara sağlanacak uluslararası korumanın türlerinin tamamını ifade etmemektedir.

²⁵⁵ ÇHDS'nin 1. maddesine göre refakatsız çocuk, her iki ebeveyninden ve diğer akrabalarından ayrılmış, yasalar veya geleneksel olarak onlara bakmakla yükümlü bir büyükten de yoksun çocuklardır. YUKK'ün 3. maddesi (m) bendine göre, Sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsız kalan çocuktur. Aynı tanım Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan Refakatsız Çocuklar Yönergesi'nin 4. maddesi (p) bendine düzenlenmiştir. Avrupa Birliği mevzuatında ise benzer tanımlar refakatsız çocuklarla ilgili Vasıflandırma Yönetmeliği (2011/95/EC) m. 2 (l) bendi ve Sığınma prosedürü Yönetmeliği (2013/33/EC) m. 2 (d) bendinde görülmekte. Ayrıca bkz. **Velina Todorova**, Issues of the Representation of Unaccompanied Minor, Institute for legal studies – Bulgarian academy of sciences, Legal Theory 4/2017, p. 20-37.

²⁵⁶ Ailelerinden ayrılmış çocuklar, ÇHDS'nin 1. maddesinde de belirtildiği gibi, her iki ebeveyninden, daha önceki yasal veya geleneksel bakıcılarından ayrılmış, ancak diğer akrabalarından ayrılmamış olabilecek çocuklardır. Dolayısıyla, yetişkin bir aile üyesinin eşlik ettiği çocuklar da bu kapsama girmektedir.

²⁵⁷ Practical Handbook, s. 161-168; **Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 247; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşmesi, s. 391.

²⁵⁸ Cenevre'de 28 Temmuz 1951 Tarihinde İmzalanmış Olan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun, Kanun No 359, Kabul Tarihi 29.8.1961, RG. 5.10.1961-10898.

²⁵⁹ RG. 11.04.2014-28615.

²⁶⁰ **Aysel Çelikel, Günseli Öztekin Gelgel**, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınevi, 24 Bası, İstanbul 2018, s.126.

²⁶¹ Çocuk mülteci kavramından bahseden tek anlaşma olarak Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartıdır. Söz konusu anlaşmanın 23. maddesi çocuk mülteci başlığını taşımaktadır. Fakat söz konusu maddede herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Ayrıca çocuk mülteciler için bkz. Merve Akbulut, Çocuk

Türk hukuku açısından²⁶² “mülteci çocuklar”²⁶³, “şartlı mülteci çocuklar”²⁶⁴, “ikincil koruma altına alınan çocuklar”²⁶⁵ ve “geçici korunan çocuklar”²⁶⁶ olmak üzere dört grup bulunmaktadır.

mültecilerin tabi olduğu hukuki rejim, Milletlerarası Aile ve Çocuklar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, ed. **Günseli Öztekin Gelgel, Faruk Kerem Giray**, 1. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2017, s. 55-102.

²⁶² Türk mevzuatında da çocuk mülteci tanımı yapılmamıştır. Onun yerine yaş farkı gözetilmeksizin ortak bir mülteci tanımı yapılmıştır.

²⁶³ Türkiye’den sığınma talep eden bir yabancıya mülteci statüsünün verilebilmesi için Avrupa’dan gelmesi gerekmektedir. Türkiye, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 Cenevre Konvansiyonu’na 1961 yılından beri taraftır. Türkiye, halen 1951 Cenevre Konvansiyonu’nu ve bu Konvansiyon’a ek 1967 New York Protokolü’nü coğrafi sınırlama ile uygulamaktadır. Buna göre, Türkiye, Avrupa ülkelerinden (Avrupa Konsey üyesi olan ülkeler ile Cumhurbaşkanınca belirlenecek diğer ülkeler) mülteci statüsünü tanımaktadır. 1951 Cenevre Konvansiyonu’nu, yalnızca Kongo, Madagaskar, Monako ve Türkiye coğrafi kısıtlamayla uygulamaktadır. Bu dört devlet dışında, 1951 Cenevre Konvansiyonu’nu coğrafi sınırlama ile onaylayan devletler, daha sonra coğrafi sınırlamayı kaldırmışlardır. **Eksiş Nuray**, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, 88(2014)6 İBD, s. 66. Avrupa’dan gelen ve sığınma talep edenlere YUKK’un 61. maddesi uyarınca mülteci statüsü verilebilecektir. YUKK’un 61. maddesinde mülteci tanımı yapılırken 1951 Cenevre Konvansiyonu’ndaki mülteci tanımı ve Konvansiyon’a Türkiye’nin koyduğu coğrafi kısıtlama esas alınmıştır. YUKK’un 61. maddesi uyarınca mülteci, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu ülkesini terk etmek zorunda olan yabancıdır.

²⁶⁴ Avrupa dışından gelen ve sığınma talep edenlerin tabi olduğu hukuki rejim, YUKK’un 62. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca mülteci tanımında yer alan şartları yerine getirmekle beraber Avrupa dışından gelenler “şartlı mülteci” olarak adlandırılmaktadır. Şartlı mülteci statüsü verilenlere, üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye’de kalmaları için geçici ikamet izni verilmektedir. (**Nuray Eksiş**, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2014, s. 44-52). Örneğin, eski Yugoslavya iç savaşı sırasında ırklarından ve dinlerinden dolayı zulme uğrayacakları için Türkiye’ye kaçan kişiler, 1951 Cenevre Konvansiyonu kapsamına girmekteydiler. Söz konusu kişiler arasında yer alan çocuklar ise “mülteci çocuklar”dı. İran devrimi sırasında Türkiye’ye gelen İran vatandaşı çocuklar ise “şartlı mülteci çocuklar”a örnek olarak verilebilir.

²⁶⁵ YUKK’da “ikincil koruma” (subsidiary protection/secondary protection/ supplementary protection) olarak adlandırılan müessese, “tamamlayıcı koruma” (*complementary protection*) olarak da anılmaktadır. Tamamlayıcı koruma, 1951 Cenevre Konvansiyonu ile bu Konvansiyona ilişkin 1967 New York Protokolü’nün kapsamı dışında kalan yabancılara sağlanan korumadır. YUKK’un 63. maddesine göre, mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansızkişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir. Örneğin, bazı ülkelerde kız çocukları sünnet edilmektedir. Kadın sünnetine maruz kalacak Somali vatandaşı bir çocuğa Türkiye’de ikincil koruma statüsü verilebilir. Çünkü eğer Somali’ye gönderilirse işkence, insanlık dışı, haysiyet ve onur kırıcı bir muamele teşkil eden kadın sünnetine maruz kalacaktır. Meksika’dan uyuşturucu madde kaçakçılarının elinden kaçarak Türkiye’ye gelen Meksika vatandaşı bir çocuğa da ikincil koruma verilebilir. Çünkü gerek kadın sünnetinden gerekse uyuşturucu madde tacirlerinden kaçan Somalili ve Meksikalı çocuklar “ırklarından, dinlerinden, siyasi düşüncelerinden, belirli bir gruba mensup olmalarından veya vatandaşlıklarından dolayı” zulme uğrama gerçek riski altında olmadıklarından söz konusu çocuklara şartlı mülteci statüsü değil ikincil koruma statüsü verilebilir.

²⁶⁶ “Geçici koruma” (temporary protection), ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ülkesine geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak gelen yabancılara sağlanan korumadır. (**Eksiş**, İBD, s. 66.) Türk hukukunda geçici koruma, kanun düzeyinde, ilk defa 6458 sayılı YUKK’un 91.

3.2. Çocuğun Korumasına İlişkin Koruma Tedbirleri

Sözleşme'nin öngördüğü “koruma”dan maksat, çocukla ilgili adli ve idari makamlarca alınması gereken, özel hukuk ile kamu hukukundan doğan koruma tedbirleridir²⁶⁷.

Sözleşme'nin 3. maddesi, 1961 tarihli La Haye Sözleşme'den farklı olarak koruma tedbirlerin neler olduğu sayarak tespit etmiştir. Akit devletlerin iç hukuklarındaki olası farklılıklar sebebiyle koruma tedbirlerinin konularına dair kesin bir tanım yapılmasından kaçınılmıştır. Ancak koruma tedbirlerinin neler olabileceği 3. maddede belirtilmekle birlikte sayılan örneklerle sınırlı tutulmamıştır²⁶⁸. Buna göre, Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilen tedbirler şu hususlara yönelik olabilir:

a) Velâyet sorumluluğunun niteliği, kullanılması, sona ermesi, kısıtlanması veya tevdi;

b) Bakım ve gözetim hakkı ile çocukla kişisel ilişki kurma hakkının, çocuğun kişisel bakımı, özellikle çocuğun mesken yerine karar verme ve çocuğun mutad meskeninden başka yere sınırlı bir süre götürme hakkını da içeren erişim hakları;

c) Vesayet, kayyımlik ve benzeri kurumlar. Bu kurumlar anne-babanın ölümü veya çocuğu temsil yetkisi bulunması halinde çocuk lehine olarak tesis edilen koruma sistemleridir²⁶⁹;

d) Çocuğun şahsını veya mallarını koruması altına alan, çocuğu temsil eden veya çocuğa yardımcı olan kişi veya kurumun tayini ve işlevleri²⁷⁰.

maddesi ile düzenlenmiştir. YUKK'un 91. maddesi, geçici korumanın şartlarını belirlemiş; ancak geçici korumaya ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanacak bir yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmüştür. İşte bu maddeye istinaden 22.11.2014 tarihinde Geçici Koruma Yönetmeliği, Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Geçici Koruma Yönetmeliği'nde, geçici koruma altına alınanları ifade etmek için “geçici korunanlar” kavramı kullanılmıştır. Türkiye'de bulunan Suriyeli çocuklar, “geçici korunan çocuklar”ın tipik örneğini teşkil etmektedir.

²⁶⁷ **Giray**, Çocukların İadesi, s. 251.

²⁶⁸ **Lagarde**, para 18 ve para 26, s. 549; Practical Handbook, s. 27. **Nigel Lowe/ Mark Everall QC/ Michael Nicholls**, International Movement of Children, Family Law-2004, s. 540; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 387; **Giray**, Çocukların İdesi, s. 251; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 151, dn. 122.

²⁶⁹ **Lagarde**, para 21; Practical Handbook, s. 29.

²⁷⁰ Çocuğun şahsından ve mallarından sorumlu kişi veya kurumlar Sözleşme'de geniş tanımlanmıştır. Bu kişi veya kurum, çocuğun anne-babası, çocuğun vasisi, çocuğun avukatı veya çocuğun yasal temsilcisi olabilir. (Practical Handbook, s. 29).

Burada kullanılan terimler çok geniştir. Çocuğun şahsından veya mallarından sorumlu olan, onun temsil eden ve ona yardım eden kişi veya kuruluş bir vasi veya sorumluluğun devredildiği bir kişi olabilir, fakat aynı zamanda, kanuni temsil ile ilgili bir menfaat çatışmasını içeren bir davada çocuğu geçici olarak temsil etmesi için tayin edilen bir gözetici (*guardian*) olabilir²⁷¹;

e) Çocuğun koruyucu aile²⁷² yanına ya da bir bakım kurumuna yerleştirilmesine, ya da bakımının kafala²⁷³ veya benzer bir kurum²⁷⁴ tarafından sağlanması;

f) Çocuğun, korunması altında bulunduğu kişi tarafından yerine getirilen bakımının yetkili kamu kurumunca denetlenmesi;

g) Çocuğun mallarının idaresi, korunması veya elden çıkarılması²⁷⁵.

3.3. Mutad Mesken Kavramı

La Haye Konferanslarının geleneğine uygun olarak mutad mesken kavramının tanımına 1996 tarihli La Haye Sözleşmesinde de yer verilmemiştir. Mutad

²⁷¹ Practical Handbook, s. 171.

²⁷² 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velâyete İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü'nde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Batı ülkelerinde genellikle “*Foster Care ve Foster Family*” olarak adlandırılan Türkçeye ise, “*koruyucu aile*” olarak çevrilen koruyucu aile bakım yöntemi, başkalarının korunmaya ihtiyacı bulunan çocuğun ailesinin yerine geçerek, ebeveynlik rolünü üstlenmesini içeren bir hizmet türüdür. Bu hizmet genellikle çocuğun öz ailesinin; asgari sosyal, duygusal ve fiziksel bakım veremeyecek kadar ciddi eksiklikler göstermesi nedeniyle öz ana ve babasından ayrılması gerekli görülen, kimsesiz olup evlatlık verilmek veya bir kuruma yerleştirilmek için sıra bekleyen çocuklar için uygulanan ve çocuk açısından da gerekli olabilecek durumlarda uygulanmaktadır. (Sevda Taştekil, **Korunmaya Muhtaç Çocuklara Yönelik Bakım Yöntemleri, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 7(1), 312-327, 1989, 205-206). Çocuk koruma sistemi içerisinde önemli bir yer tutan ve aile temelli bir bakım yöntemi olan “koruyucu aile hizmeti” Türkiye’de, 1949 yılında 5387 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun ile koruma tedbiri olarak uygulanmaya başlanmıştır. 5387 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 6972 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun ile de bir koruma tedbiri olarak devam etmiştir. 6972 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran ve bir kurum olarak sosyal hizmetlere düzenleme getirerek 1983’te yürürlüğe giren 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu ise, koruyucu aileyi korunmaya muhtaç çocuklara yönelik bir hizmet modeli olarak kabul etmiştir. Türkiye’de Aile Sosyal Politikalar Bakanlığının Kurulması ile birlikte, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu’nun ismi de 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu olarak değiştirilmiştir. 2012 yılında ise, 14.10.1993 tarih ve 21728 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Koruyucu Aile Yönetmeliği (KAY) yürürlükten kaldırılarak onun yerine koruyucu aile bakım yöntemine yeni bir yaklaşım getiren KAY, 12.12.2012 tarih ve 28497 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

²⁷³ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 388, dn. 13; Giray, Çocukların İadesi, s. 252, dn. 74.

²⁷⁴ Çocuğun koruyucu aile yanına veya bakım kurumuna yerleştirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.unicef.org/protection/alternative_care_Guidelines-English.pdf

²⁷⁵ Çocuğun malvarlığına ilişkin vasi atanması bu kapsamdadır.

meskene yönelik tanım yapılmaktan özellikle kaçınılmıştır. Böyle bir tanımın yapılması halinde, diğer La Haye sözleşmelerin bundan olumsuz etkilenebileceği belirtilmiştir²⁷⁶.

4. Sözleşmenin Diğer Sözleşmeler Karşısında Uygulama Alanı

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırımların Hukuki Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi ile 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf olan devletler bakımından ilkinde öncelik tanınmıştır. Bununla birlikte hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan bir çocuğun dönüşünü sağlamak veya kişisel görüşme haklarını düzenlemek amacıyla, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin hükümlerinin getirdiği korumadan vazgeçilemez (m. 50)²⁷⁷.

Sözleşme'nin 51. maddesine göre, akit devletler arasındaki ilişkilerde, 1996 tarihli La Haye Sözleşme, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi ile 1902 tarihli Küçüklerin Vesayetine Dair La Haye Sözleşmesi'nin yerini alır. Bahsedilen sözleşmelerden birine taraf olan devletler, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesine taraf olmaları durumunda eski sözleşmelere bağlı olmayacaklarına dair beyanda bulunma yükümlülüğünden kurtarılmıştır²⁷⁸.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesin'den farklı olarak velâyet sorumluluğu ile çocukların korunmasına yönelik kararların tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Sözleşme, bir taraftan velâyet sorumluluğuna uygulanacak hukuku ele alırken bir yandan da velâyet ihtilafları bakımından yetkili mahkemeyi de düzenlemektedir ki, bu husus Sözleşme'nin en önemli başarılarından biridir.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, amacını gerçekleştirmek için bir takım temel kurallar sevk etmek yerine, makamlar arasındaki yetki çatışmasını en aza indirerek işbirliğini güçlendirmeyi esas almıştır. Keza Sözleşme, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin uygulanmasından ve yorumlanmasından kaynaklanan ihtilafları çözmede yardımcı rol üstlenmektedir.

²⁷⁶ **Lagarde**, para 40.

²⁷⁷ **Giray**, Çocukların İadesi, s. 249.

²⁷⁸ Practical Handbook, s. 133.

1980 tarihli La Haye Sözleşme’de kişisel ilişki kurma hakkı öngörülmele birlikte bunun hangi prosedür çerçevesinde yerine getirileceği öngörülmemiştir. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, gerek çocukla kurulan kişisel ilişkinin etkin olarak yürütülmesi, gerekse çocuğun malvarlığına ilişkin tedbirlerin alınması hususunda getirdiği düzenlemeler ile yenilikçi bir Sözleşmedir.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin 50. madde hükmüne göre bir devlet, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesine taraf olmakla birlikte aynı zamanda 1996 tarihli La Haye Sözleşmesine de taraf ise, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi çocukların iadesine yönelik taleplerde öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu husus Özel Komisiyonun ilk toplantısında açıkça dile getirilmiş ve 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin öncelikli uygulanacağı konusunda mutabakata varılmıştır. Buna mukabil, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocuğun iadesini sağlamak veya kişisel görüşme hakkını düzenlemek amacıyla, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin öngördüğü korumadan da vazgeçilmeyecektir. Şu hâlde 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, vesayet altındaki çocuğun bir an önce iade edilmesi ve kişisel ilişki kurma hakkının yürütülmesi bakımından 1980 tarihli La Haye Sözleşmesine nazaran daha avantajlı ise, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır.

1980 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin düzenlemediği veya yetersiz kaldığı durumlarda ise 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Vesayet altındaki çocuğun iadesi talep edildiği bir davada, vesayet kararına ilişkin verilen kararın tanınması ve tenfizi söz konusu olduğunda, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesin’in 14. maddesi yetersiz kalır ise, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesin’in 4. bölümlerinde yer alan hükümlere göre tanıma ve tenfiz prosedürü gerçekleştirilebilecektir. 1980 tarihli La Haye Sözleşmesin’in 14. madde hükmü adli ve idari mercilere bir takdir hakkı tanımaktadır. Oysa 1980 tarihli La Haye Sözleşme’nin tanıma ve tenfize ilişkin öngördüğü şartlar gerçekleştiğinde, ilgili makamlar kararı tanıyıp tenfiz etme mükellefiyeti altındadırlar. Bu konuda takdir hakları bulunmamaktadır.

1980 tarihli La Haye Sözleşme, hukuki ve adli yardım taleplerine ilişkin hüküm sevk etmesine rağmen, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesin’de buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin 25. madde hükmü uyarınca akit devletin vatandaşları ile mutaden bu akit devlette oturanlar,

Sözleşme'nin uygulanması ile ilgili bütün konularda, aynı şart ve koşullarla adli yardımdan yararlanabilecektir²⁷⁹.

Sözleşme'nin diğer sözleşmelerle ilişkisini düzenleyen 52. madde hükmü uzun müzakereler neticesinde kabul edilmiştir. Madde hükmüne göre sözleşmelerin öngördüğü konulara ilişkin olarak akdedilen uluslararası bir sözleşme, aksi yönde bir bildirimde bulunulmadıkça 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin uygulanırlılığını etkilemeyecektir. Keza bir veya daha fazla akit devlet, kendi ülkelerinde mutaden sakin olan çocuklarla ilgili olarak sözleşmenin öngördüğü konular kapsamında yeni bir sözleşme yapabilir. Ancak sonradan yapılan bu sözleşmelere taraf olan devletler, bu sözleşme hükümlerine dayanarak, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi hükümlerinin diğer akit devletlere olan ilişkilerde uygulanmayacağını ileri süremezler.

D. 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velâyete İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü

Avrupa Birliği'nde, üye ülkeler arasında çocuğun vesayetine ilişkin konularda uygulanacak Tüzük, Brüksel IIA Tüzüğü olarak adlandırılan 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velâyete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü'dür²⁸⁰.

Avrupa Birliği tarafından milletlerarası aile hukukuna ilişkin olarak yapılan ilk düzenleme 1998 tarihli Boşanma Davalarında Yetkiye İlişkin Brüksel II Konvansiyonu idi²⁸¹. Söz konusu Konvansiyon, 1999 yılında yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması'yla Avrupa Topluluğu'nun milletlerarası özel hukuk konusunda yetkisinin kabul edilmesiyle birlikte, yürürlüğe girmeden, yerini 1347/2000 sayılı Evlilik ve Müşterek Çocukların Velâyetine İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Konsey Tüzüğü'ne (Brüksel II Tüzüğü)²⁸² bırakmıştı. Söz konusu

²⁷⁹ **Giray**, Çocukların İadesi, s. 263.

²⁸⁰ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and The recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and The matters of Parental Responsibility, Official Journal L 338, 23.12.2003, p. 1-29.

²⁸¹ Official Journal C 221/1, 1998.

²⁸² Council Regulation (EC) No 1347/2000 of May 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses: Official Journal L 160, 30.06.2000, p. 19-36; 1347/2000 sayılı AB Konsey

düzenleme ise, 2003 yılında 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velâyetle İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü (Brüksel IIA Tüzüğü) ile değiştirildi. 2003/2201 sayılı AB Konsey Tüzüğü²⁸³, Tüzüğün 72. maddesi uyarınca 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiş ancak 1 Mart 2005 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlanmıştır²⁸⁴. Brüksel IIA Tüzüğü, AB devletlerinde doğrudan uygulanabilir²⁸⁵ ve milli hukuklardan üstün²⁸⁶ bir niteliğe sahiptir.

Buna karşın, yabancı unsurlu aile hukuku uyuşmazlıklarında uygulanacak hukukun tayini bakımından ne Avrupa Birliği tarafından getirilmiş yeknesak kurallar ne de üye devletlerin taraf olduğu çok taraflı bir uluslararası sözleşme mevcut idi²⁸⁷. Bu durumda yabancı unsurlu aile hukuku uyuşmazlıklarında mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi Brüksel IIA Tüzüğüne tâbi olur iken, uygulanacak hukukun tayini bakımından üye devletlerin ulusal hukukları söz sahibi olmaya devam etmiştir.

1. Brüksel IIA Tüzüğü'nün Amacı

Tüzüğü'nün amacı, özellikle velâyet sorumluluğuna ilişkin davalarda mahkemelerin yetkisinin genişletilmesi ve milletlerarası derdestlik ile çocukla kişisel ilişki kurma hakkını düzenleyen diğer üye ülke mahkemelerinden sadır mahkeme

Tüzüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. **Bülent Çiçeklit**, Avrupa Birliğinde Özel Hukukta İşbirliği ve Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı, MHB, Y. 23, 2003, s. 198 vd.

²⁸³ Uygulamada Brüksel IIA Tüzüğü'ne ilgili eksikler bulunduğu ve Haziran 2016 Brüksel IIA Tüzüğü'nün değişikliği için öneri yapılmakta. Eksikler özellikle mahkemelerin yetkisine ile velâyet sorumluluğuna ilişkin oluşturmada tespit edilmekte. Bu sorunu çözmek için Öneri'de yeni 7. madde genel yetki ve çocuğun görüşüne ilişkin 24. madde düzenlenmektedir. Bkz. Brüksel IIA Tüzüğü'nün değişikliği için öneri, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-411-EN-F1-1.PDF>, Erişim 10.05.2017.

²⁸⁴ Bkz. 2201/2003 sayılı Tüzüğün 72. madde hükmü.

²⁸⁵ **Faruk Kerem Giray**, Tanıma ve Tenfiz, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ed. Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 285, (Brüksel II bis Tüzüğü).

²⁸⁶ **Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation (Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgment in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 2201/2003)**, p. 5, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_en.pdf, (Practice Guide), Erişim 10.05.2016.

²⁸⁷ Konuyla ilgili düzenleme getiren ve sınırlı sayıda ülke tarafından onaylanan tek uluslararası düzenleme Boşanma ve Ayrılık Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk konusunda düzenleme getiren 1902 tarihli La Haye Sözleşmesiydi. Söz konusu Sözleşme'nin Fransızca metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=14, Erişim 16.10.2017. Ayrıca bkz. **N. A. Baarsma**, The Europeanization of International Family Law, The Hague 2011, s. 145.

kararının tenfizi konularında ihtiyaç duyulan yeknesaklığı, hukuk güvenliğini ve öngörülebilirliğini tesis etmektedir²⁸⁸.

Avrupa Birliği'nin aile hukuku alanındaki birleştirme ve uyumlaştırma çalışmaları çocuk ve nafaka hukuku alanında gerçekleşmiş sayılır. Aynı şekilde evlilik ve velâyete ilişkin hususlarda mahkemelerin milletlerarası yetkisi konusunda Brüksel IIA Tüzüğü ile yeknesaklaştırma çalışmaları tamamlanmıştır²⁸⁹.

2. Brüksel IIA Tüzüğü'nün Kapsamı ve Uygulama Alanı

Brüksel IIA Tüzüğü'nün 1. maddesinin 1. fıkrasında bentler halinde Tüzüğü'nün kapsamı belirtilmiştir. Buna göre Tüzük:

- boşanma, ayrılık veya evliliğin butlanı; ile
- velâyet sorumluluğunun niteliği, yerine getirilmesi, temsil edilmesi, kısıtlanması ve sona erdirilmesine ilişkin meselelerde uygulanır.

Tüzüğü'nün 1. maddesinin 2. fıkrasında ise yine bentler halinde velâyet sorumluluğuna ilişkin özel hukuk meselelerinin detaylı olarak hangilerini içerdiği belirtilmiştir.

Bu meselelerin özellikle,

- bakım ve gözetim hakkı, çocuk ile kişisel görüşme hakkı;
- vesayet, kayyımlık gibi kurumlar;
- çocuğun kişiliği ve mallarını idare veya temsil etmekle görevlendirilmiş olan kişi veya kurumların belirlenmesi;
- çocuğun koruyucu aile ya da bakım kurumuna yerleştirilmesi²⁹⁰;

²⁸⁸ **Giray**, Brüksel II bis Tüzüğü, s. 283; **Nuray Ekşi**, “Avrupa Birliği Brüksel II bis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel S. 2009, s. 1144, (Brüksel II bis Tüzüğü).

²⁸⁹ **Ayfer Uyanık Çavuşoğlu**, Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 213-240, s. 221-225.

²⁹⁰ Tüzüğü'nün 8 ve 15. maddeleri uyarınca yetkili mahkeme çocuğun korunmasına yönelik bir aile ya da bakım kurumuna yerleştirilmesini öngörebilir. Bu durumda izlenecek usul Tüzüğü'nün m. 56 detaylı olarak düzenlenmiştir. Çocuğun başka bir üye ülkesine yerleştirilmesi için talep edildiği üye ülkedeki merkezi otoritenin onayı gerekmekte. Burda kastedilen merkezi otoritenin bir devlet makamı olmasıdır. Bu

- çocuğun malvarlığının yönetimi, korunması veya elden çıkarılmasına ilişkin hususlar olduğu ifade edilmiştir²⁹¹.

Tüzük, mülga Brüksel (II) Tüzüğü'nden ve bu alandaki diğer uluslararası düzenlemelerden farklı olarak, “velâyet sorumluluğu”²⁹² kavramının kapsamını genişletmiştir. Şöyle ki, “velâyet sorumluluğu” terimi 2. maddenin 7. fıkrasına göre, “bir mahkeme kararıyla ya da kanun hükmü gereği ya da hukuki etkiye sahip bir anlaşma sonunda gerçek ya da tüzel kişiye verilmiş olan bir çocukla ya da çocuğun mallarıyla ilgili tüm haklar ve görevler anlamına gelir”.

Velâyet sorumluluğuna sahip kişi, Tüzük hükümlerine göre mutlaka çocuğun anne ve babası olmak zorunda değil, bu nedenle velâyet sorumluluğuna sahip olan kişi anne ve baba dışında başka bir kişi de olabilir²⁹³. *Vasiler, vesayet ile kayımlıktan doğan ilişkiden ve evlat edinenler velâyet sorumluluğuna sahip olabilecek diğer kişilerdir*²⁹⁴.

Velâyet sorumluluğuyla ilgili konulardaki liste (m. 1/2) tüketici değil, açıklayıcı niteliktedir²⁹⁵.

Brüksel IIA Tüzüğü'nün kapsamına giren konular, medeni konular olarak belirtilmektedir (m.1/1 ve m.1/2 ve Başlangıç Kısmı 7.p.). “Medeni konular” kavramı geniş yorumlanmaktadır²⁹⁶. Zira, çocuğun koruyucu aile ya da bakım kurumuna

sonuç Tüzüğü'nün Fransızca ve İngilizce metinlerinden “*autorité compétente*” ve “*competent authority*” anlaşılmakta. Bkz. *Health Service Executive v S.C. and A.C.*, C-92/12 PPU, Judgment of the Court (Second Chamber) of 26 April 2012 §.34, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-92/12%20PPU>, Erişim 05.10.2017. Ayrıca aynı düzenleme 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin m. 33, f. 2'de görülmekte.

²⁹¹ **Valentina Popova**, Current Problems of the European Civil Process and Part Seven of Bulgarian Code of Civil Procedure, Sofia 2011, s. 74; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 226.

²⁹² Tüzük, anne-babaların çocukları üzerindeki ilişkilerini ifade etmek için “hak” kavramından ziyade “sorumluluk” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. AB üye devletleri velâyet sorumluluğu kavramının, farklı devlet hukuklarında ifade edebileceği farklı kavram, anlam ve içerik düzenlenmiştir. İrlanda ve Porekiz'de “**guardianship**”, Polonya, İspanya, Hollanda ve Romanya'da “**parental authority**” olarak, İngiltere, Malta, Fransa, Almanya “**parental responsibility**”, Bulgaristan ise “**parental rights and duties**” kavramı kullanmakta, http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/publications_en.htm, Erişim 05.09.2017.

²⁹³ **Giray**, Brüksel II bis Tüzüğü, s. 292.

²⁹⁴ **Walter Pintens**, Brussels II bis Regulation, European commentaries on private international law, edited by Ulrich Magnus and Peter Mankovski, Sellier European Law Publishers, Munich 2017, s. 84.

²⁹⁵ Practice Guide, s. 8.

²⁹⁶ **Pintens**, s. 55.

yerleştirilmesi gibi, iç hukuklarda kamu hukukuna dahil olan tedbirler arasında yer alan konularda da, Tüzük uygulama alanı bulacaktır²⁹⁷.

Brüksel IIA Tüzüğü'nün 1. maddesinin 3. fıkrasında ise yine bentler halinde bu Tüzüğün hangi konulara uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre bu Tüzük; soy bağının kurulması ile soy bağına ilişkin uyuşmazlıklar, evlat edinme kararları, evlat edinmeye yönelik tedbirler, evlat edinmenin geri alınması veya hükümsüzlüğü, çocuğun ismi veya soyismi, çocuğun ergin kılınması, nafaka yükümlülükleri, miras veya tröst ile çocuklar tarafından gerçekleştirilen cezai nitelikte suçlar hakkında uygulanmaz. Bir uyuşmazlığın Tüzük kapsamına girip girmediğinin tayini, uyuşmazlığı ele alan mahkeme tarafından yapılmaktadır. Mahkeme, bu alandaki diğer uluslararası düzenlemeler karşısında Tüzüğün üstünlüğüne sahip olup olmadığını, yetki kurallarının münhasır olup olmadığı ve *lex fori*'nin uygulama alanını da belirliyecektir²⁹⁸.

Brüksel IIA Tüzüğü, ayrıca kayıtlı birliktelikler ile aynı cins kişilerin yasal birliktelikleri bakımından da uygulanmayacaktır²⁹⁹.

Brüksel IIA Tüzüğü, milletlerarası yetki, yarışan yetki ve yabancı derdestlik ve diğer üye devlet mahkemelerinden alınan mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin konuları düzenlemektedir. Tüzük boşanma ihtilafına ve velâyet veya vesayet sorumluluğuna uygulanacak hukuk hakkında bir hüküm içermediğinden, bu konuda ilgili konvansiyon veya ulusal kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmaktadır³⁰⁰.

²⁹⁷ Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirmesine konu olan davalar, medeni hukuk davaları olarak kabul edilmiştir. Bkz. *Korkein Hallinto-Oikeus v. Finland*, Case C-435/06, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 27 November 2007, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-435/06> ve A, C-523/07, Judgment of the Court (Third Chamber) of 2 April 2009, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-523/07>, Erişim 05.09.2016.

²⁹⁸ **Nimet Özbek Hadimoğlu**, Yeni Brüksel (II) Tüzüğü Üzerinde Bir İnceleme, Prof. Dr. İlhan Unat'a Armağan, Ankara 2012, s. 343-379, s. 347; **Popova**, s. 78.

²⁹⁹ **Pintens**, s. 57-64.

³⁰⁰ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 229.

3. Brüksel IIA Tüzüğünde Yer Alan Temel Kavramlar

3.1. Çocuk Kavramı

Brüksel IIA Tüzüğü'nün tanımlara ilişkin 2. maddesinde “çocuk” kavramının tanımı yapılmamıştır, bu husus iç hukuklara bırakılmıştır³⁰¹. 1996 tarihli Sözleşmesin’de, Sözleşme’nin, “doğumundan 18 yaşına kadar olan kişiler” hakkında uygulanacağı düzenlenmiştir (m.2). 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde “16 yaşa kadar olan küçükler”, çocuk olarak kabul edilmektedir (m.4). Çocuğun korumasına ilişkin tedbirler konusunda uygulanacak hukuku düzenleyen 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, tüm üye devletlerce katıldıkları için, her iki düzenleme arasında paralellik sağlanması amacıyla, 1996 tarihli Sözleşmesindeki “çocuk” kavramı Tüzük bakımından kabul edilmektedir³⁰².

Brüksel IIA Tüzüğü’nün Önerisinde, 2. maddeye yeni 7. fıkra eklenerek “çocuk” kavramının tanımı yapılmıştır. 7. fıkraya göre, çocuk 18 yaşının altındaki olan kişidir.

3.2. Mutad Mesken Kavramı

Milletlerarası özel hukuka ilişkin Avrupa Birliği Tüzükleri’nde, uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde, mutad mesken temel bağlama noktası olarak kullanılmaktadır. Özellikle Brüksel IIA Tüzüğü’nde, çocuğun mutad meskeninin belirlenmesinde kullanılmasına³⁰³ rağmen, herhangi bir mutad mesken tanımına yer verilmemiştir³⁰⁴.

³⁰¹ **Practice Guide**, p. 19.

³⁰² **Practice Guide**, p. 10.

³⁰³ Bkz. *Korkein Hallinto-Oikeus v. Finland*, Case C – 523/07, Judgment of the Court (Third Chamber) of 2 April 2009, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-523/07>; *Barbara Mercredi v. Richard Chaffe*, Case C-497/10 PPU, Judgment of the Court (First Chamber) of 22 December 2010, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-497/10>, Erişim 10.11.2016.

³⁰⁴ **Koen Lenaerts**, The Best Interests of the Child Always Come First: The Brussels II Bis Regulation and the European Court of Justice, *Jurispudence*, 2013, 20(4): 1302-1328, [https:// www.mruni.eu/upload/iblock/f02/JUR-13-20-4-02.pdf](https://www.mruni.eu/upload/iblock/f02/JUR-13-20-4-02.pdf), s. 1306, Erişim 10.11.2016.

Avrupa Birliği Adalet Divan'ın (ABAD)³⁰⁵ *Swaddling v. Adjudication Off* icer davasında³⁰⁶ verdiği kararda, “*mutad mesken, kişilerin mutad olarak oturdukları ve mefaatlerinin merkezinin bulunduğu devlet olarak ifade edilmiştir. Bu hususların belirlenmesinde, oturmanın uzunluğu ve devamlılığı, iş durumu, aile durumu, taşınma nedenleri ve tüm ilgili durumlarda kişinin amacının göz önünde bulundurulması gerekli. Görüldüğü üzere, oturmanın uzunluğu, bir kişinin mutad meskenini belirlemede sadece bir etkidir, ancak mutad meskene sahip olmada bir esas değildir*”³⁰⁷.

ABAD'ın, 5. Dairesi'nin 8 Haziran 2017 tarih ve C-111/17 PPU sayılı kararında ise Brüksel IIA Tüzüğü kapsamında çocuğun mutad meskenin varlığı için çocuğun o yerde bulunmasını mutad meskenin esaslı bir kriteri olarak öngörmüştür³⁰⁸.

Üye ülke mahkemeleri, ABAD'ın kararları dorultusunda çocuğun mutad meskenini yeknesak bir şekilde yorumlanmasını sağlamak için sağlam adımlar atmışlardır³⁰⁹. A davasında³¹⁰ ebeveynin niyetinin Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin çoğunluğu tarafından dikkatlice incelendiği söylenemez. Daha sonra

³⁰⁵ Avrupa Birliğinin Adalet Divanı, Topluluk hukukunun yargılama organıdır; bu hukuk düzenine ait sorunları, ihtilafları, Topluluk hukukunu uygulamak suretiyle çözümleme görevini üstlenmiştir. Bir anlamda, ulusal hukuklardaki Yüksek Adalet Divanı kararları, Topluluk hukukunun kaynakları arasında önemli bir yere sahiptir. Çünkü Divan kararlarına Divan'ın kendisi ve öğreti tarafından atıf yapılmakta; Topluluk kurumları, üye devletler ile gerçek ve tüzel kişiler, karar ve eylemlerinde bu kararları göz önünde bulundurmaktadır. **Tuğrul Arat**, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, ATAUM Yayınları, No 3, Ankara 1989, s. 32.

³⁰⁶ *Robin Swaddling v. Adjudication Officer*, Case C-90/97, Judgment of the Court of (Fifth Chamber) of 25 February 1999, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0090>. Ayrıca ABAD'ın verdiği kararlar için bkz. Case C-13/73, Judgment of the Court of 12 July 1973, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-13/73>; *Pedro Magdalena Fernández v Commission of the European Communities*, C-452/93, Judgment of the Court (Third Chamber) of 15 September 1994, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ_0452; *Korkein hallinto-oikeus – Finland*, C-523/07, Judgment of the Court (Third Chamber) of 2 April 2009, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-523/07> ve *Laszlo Hadadi (Hadady) v. Csilla Marta Mesko, married name Hadadi (Hadady)*, C-168/08, Judgment of the Court (Third Chamber) of 16 July 2009, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=bg&num=C-168/08>, Erişim 10.11.2016.

³⁰⁷ **Ruth Lamont**, “Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law”, *Journal of Private International Law*, Vol. 3, No.2, October 2007, s. 265

³⁰⁸ Bkz. *Monomeles Protodikeio Athinon*, C-111/17 PPU, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 8 June 2017, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-111/17%20PPU>, Erişim, 21.10.2017.

³⁰⁹ **Paul Beaumont, Jayne Holliday**, “Recent Developments on The Meaning of “Habitual Residence” in Alleged Child Abduction Cases”, s. 17-18, https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_Developments_on_the_Meaning_of_Habitual_Residence_in_Alleged_Child_Abduction_Cases_.pdf, Erişim 10.11.2016.

³¹⁰ A, Case C-523/07, Judgment of the Court (Third Chamber) of 2 April 2009, ECR I-2805, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73639&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=72890>, Erişim 10.11.2016.

Mercredi davasında³¹¹ ABAD, çocuğun çok küçük bir yaşta olduğu hallerde ebeveynlerin niyetinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiş.

Brüksel IIA Tüzüğü'nün kapsamında, ABAD, A davasında çocuğa ilişkin uyumsuzlukların çözümünde, mutad meskenin çocuğun üstün menfaati doğrultusunda belirleneceğini vurgulayarak mutad meskeni tespitine ilişkin oldukça açık kriterler getirmiştir. ABAD, çocuğun mutad meskeninin belirlenmesinde iki önemli faktörün araştırılması gerektiği üzerinde durmuştur: 1) oturma süresi ve oturlan yerin düzenliliği ve devamlılığı; ve 2) çocuğun ailevi ve sosyal entegrasyonu³¹².

Mercredi davasında, özellikle yeni doğan çocukların (bebeklerin) mutad meskeniyle ilgili olarak, mahkeme A davasında Brüksel IIA Tüzüğü ile geliştirilen mutad mesken kavramının hatlarını netleştirme fırsatını bulmuştur. ABAD, *Mercredi* davasında ilk olarak Tüzüğü'nün, mutad meskenin oluşmasında oturma süresi bakımından asgari bir süre belirlemesine gerek olmadığı ve ilgili kişinin niyetinin önemini bir kere daha vurgulamıştır³¹³. Mahkeme, çocuğun oturacağı yere dair niyetlerinin ve çocuğun yaşı dikkate alınması gerektiğini belirtmiş³¹⁴. Dolayısıyla bir bebek söz konusu olduğunda bu çocuğa bakmakla yükümlü olan kimsenin mutad meskeni belirleyicidir. Bu nedenle mutad mesken bakımından aranan kriterler – oturma niyeti de dahil olmak üzere – bu kişi göz önünde bulundurularak belirlenmelidir³¹⁵.

4. Brüksel IIA Tüzüğü'nün Milletlerarası Sözleşmeler Karşısında Uygulama Alanı

Tüzük aşağıda sayılan beş uluslararası düzenleme karşısında uygulanma önceliğine sahiptir³¹⁶ (m. 60):

- 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi,

³¹¹ *Barbara Mercredi v. Richard Chaffe (Mercredi)*, Case C-497/10, Judgment of the Court (First Chamber) of 22 December 2010, ECR I-14309, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83470&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=73115>, Erişim 10.11.2016.

³¹² A, para 38-40.

³¹³ Bkz. Case C-497/10.

³¹⁴ *Barbara Mercredi v. Richard Chaffe (Mercredi)*, para 52.

³¹⁵ **Dutta/ Schulz Chulz**, s. 10.

³¹⁶ **Popova**, s. 79.

- 1967 tarihli Evliliklerin Gecerliliği İle İlgili Kararların Tanınmasına İlişkin Lüksemburg Sözleşmesi³¹⁷,

- 1970 tarihli Boşanma ve Ayrılığın Tanınmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi³¹⁸,

- 1980 tarihli Çocukların Gözetim ve Bakımının Yeniden Düzenlenmesi ile ilgili Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Sözleşmesi³¹⁹,

- 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukuki Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi.

Tüzüğün 62. maddesine göre, Tüzükte düzenlenmeyen hususlar bakımından bu Sözleşmeler uygulanmaya devam edecektir.

Tüzük, çocukların korunması konularında üye devletlerin taraf olduğu pek çok sözleşmeye nazaran öncelikli olarak uygulanacaktır (m. 60-61). Tüzüğü'nün 60(a) maddesinde getirilen düzenleme, sadece üye devletler arasında uygulanabilir³²⁰ (Danimarka³²¹ hariç). Vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeninin Avrupa Birliği'ne üye devletlerden birinde bulunması ve küçüğün, 1961 tarihli Sözleşmesi'ne taraf olan üçüncü bir devletin vatandaşı (örneğin, Türk vatandaşı) olması halinde, küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarının çocuk hakkında kendi yetkisini kullanmak istemesi halinde ne olacağına dair Brüksel IIA Tüzüğü'nde hiçbir düzenleme bulunmamaktadır³²². Bu konu Tüzük ile 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşmesiyle ilişkiyi 61. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Tüzük 1996 tarihli La Haye Sözleşmesini uygulanmasını da engellemektedir³²³.

³¹⁷ RG. 04.05.1975-15226.

³¹⁸ Bkz. Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=80>, Erişim 10.10.2016.

³¹⁹ RG. 02.11.1999-23864.

³²⁰ Tüzüğün dibace kısmının 31. paragrafında Danimarka'nın Tüzük ile bağlı olmadığı belirtilmiştir. Bu husus Tüzüğün 2. maddesinin 3. fıkrasında Danimarka hariç tüm üye ülkeler denilerek tekrarlanmıştır.

³²¹ Danimarka, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesini uygulamaktadır.

³²² **Etienne Pataut**, "International Jurisdiction and Third States: A View From The EC In Family Matters", The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters, edited by Alberto Malatesta, Stefania Bariatti, Fausto Pocar, Italy 2008, s. 135.

³²³ **Özbek Hadimoğlu**, s. 368; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 227.

Her iki düzenlemenin kapsamına dahil olan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetki, Tüzüğün Sözleşme karşısında üstün kılınmasıyla, Tüzük uyarınca belirlenecektir (m. 61/a)³²⁴. Her ne kadar Tüzüğün 61. maddesi Sözleşme karşısında Tüzüğe öncelik tanıyor olsa da, şayet vesayet altına alınacak çocuk bir üye devlette mutad meskene sahipse, Brüksel IIA Tüzüğü'nün, Sözleşme'ye öncelik veren bir mahkemeyi yetkili kılması halinde, böyle bir öncelikten artık bahsedilemeyecektir. Bu nedenle, Sözleşme tüm üye devletlerde yürürlüğe girdiği anda, vesayet altına alınacak çocuk Brüksel IIA Tüzüğü'nün uygulandığı bir üye devlette mutad mesken sahibi olsa da, Sözleşme'nin 11. maddesi acil önlemler bakımından uygulanacaktır³²⁵.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeninin üçüncü bir devlette bulunması hallerinde uygulanacaktır. Ancak, üçüncü devlet mahkemelerinden alınan kararların tanınması ve tenfizi, çocuğun mutad meskeninin üçüncü bir devlette bulunduğu durumlarda dahi, Brüksel IIA'ya göre yapılacaktır³²⁶.

Tüzük kapsamına çocuğun vesayetine giren alanlarda çıkan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, 1996 tarihli Sözleşmeye göre belirlenecektir. Sözleşme'de uygulanacak hukuk, “*yetkili mahkemenin hukuku*” olarak tayin edildiğinden (1996 tarihli Sözleşme m. 15/1) çeşitli sorunlar doğabilir. Zira, Tüzük ve Sözleşme'nin sistemi farklıdır. Tüzük, Sözleşme'nin öngördüğü yetki kurallarını değiştirmiş, 15. maddesindeki yetki transferine ilişkin hükmüyle kendine özgü bir *forum non conveniens* uygulaması getirmiştir. Ayrıca 1996 tarihli Sözleşme'de öngörülen m. 15 ile uygulanacak hukuka ilişkin kuralın teorik bakımdan uygulanması mümkün görünmemektedir; bu da uygulanacak hukuk yerine *lex fori*'nin uygulanması sonucunu doğurabilecektir.

Çocuğun vesayetine ilişkin kararların tanınması ve tenfizine gelince, bir üye devlet mahkemesi tarafından verilmiş kararlar bakımından, vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeni yabancı bir ülkede olsa dahi, Tüzüğün tanıma ve tenfize ilişkin öngördüğü kurallar uygulanacaktır (m. 61/b). Bir başka deyişle, vesayet altına

³²⁴ **Thomas Rausher**, Parental Responsibility Cases under the New Council Regulation "Brussels IIA". The European legal Forum, 1-2005, s. 37.

³²⁵ **Chernogorova**, s. 12.

³²⁶ **Milen Petrov**, For Some Practical Aspects of the Implementation of Regulation (EC) № 2201/ 2003 from the Bulgarian courts, University of Ruse, Y. 2014, <http://conf.uni-ruse.bg/bg/docs/cp14/7/ 7-38.pdf>, Erişim 05.09.16.

alınacak çocuğun mutad meskeni Sözleşme'nin tarafı olan bir üçüncü devlette bulunsa dahi, bir üye devlette verilen kararların bir başka üye devlette tanınması ve tenfizi bakımından da Tüzük uygulanacaktır³²⁷. Bu durum 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin m. 52 belirtilmediği için doktrinde “*topal*” tanıma ve tenfiz olarak kabul edilmektedir. Zira kararlar bir devlette tanınırken, diğerlerinde tanınmaz³²⁸.

Sonuç itibarıyla, Brüksel IIA Tüzük hükümlerinin öncelikli uygulanması (md. 60 f) sadece Tüzük tarafından düzenlenmiş olan, milletlerarası yetki ve mahkeme kararların tanınması ve tenfizi bakımından söz konusu olmaktadır. Tüzük, kanunlar ihtilafı normu içermemektedir. Bu bakımdan, velâyete ve vesayetin esasına ilişkin konularda “Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 Tarihli La Haye Konvansiyonu” ve “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Konvansiyon” hükümleri uygulanacaktır³²⁹.

³²⁷ **Chernogorova**, s. 12.

³²⁸ **Pintens**, Brussels II bis Regulation, s. 431; 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin m. 52 şu şekildedir: “1. Bu Sözleşme, bu belgeye ilişkin taraf devletlerce aksine bir beyanda bulunulmadığı sürece, akit devletlerin taraf olduğu ve Sözleşme tarafından düzenlenen hususlara ilişkin hükümler içeren hiçbir uluslararası belgeyi etkilemez.

2. Bu Sözleşme bir veya birden fazla akit devletin, taraf devletlerin herhangi birinde mutad meskeni bulunan çocuklar konusunda bu Sözleşme uyarınca düzenlenen hususlara ilişkin hükümler içeren anlaşmaları akdetme imkanını etkilemez.

3. Bir veya birden fazla akit devletin bu anlaşma kapsamındaki hususlarda akdedeceği anlaşmalar, bu devletlerin diğer akit devletlerle ilişkilerinde, bu Sözleşme'nin hükümlerinin uygulanmasını etkilemez.

4. Önceki fıkralar ayrıca ilgili devletler arasındaki bölgesel veya diğer yapıdaki özel bağlara dayalı bir örnek kanunlara da uygulanır.”

³²⁹ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 227.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA MAHKEMELERİN VE İDARİ MAKAMLARIN MİLLETLERARASI YETKİSİ

I. GENEL BİLGİ

Milletlerarası yetki kavramı, yabancı unsurlu bir davada bir devlet mahkemelerinin diğer devlet mahkemelerine göre yer itibariyle yetkisinin olup olmadığını ifade etmektedir³³⁰. Bir diğer anlatımla milletlerarası yetki, “*yabancı unsurlu hukukî ihtilâflarda yargı yetkisinin nasıl kullanılacağına ve diğer bir devlet tarafından kullanılan yargı yetkisinin ülkesi üzerindeki tesirlerinin her devletçe serbest düzenlendiği*”, devlete ait hükmetme yetkisinden doğan kurallar bütünüdür³³¹.

Bir mahkemenin milletlerarası yetkisinden söz edebilmek için, milletlerarası bir kurumdan kaynaklanan yetki arayışına gerek bulunmamaktadır. Burada aranılacak husus, davanın konusunun ya da taraflarının yabancı olmasıdır³³². Bu itibarla, milletlerarası yetki, kavramsal olarak milletlerarası alanda geçerli olan milletlerüstü ve yeknesak düzenleyici kurallar varmış gibi bir ilk izlenim yaratsa da, milletlerarası yetki kuralları prensip olarak her ülkenin kendi iç hukuk kuralları ile tespit edilmektedir³³³.

Milletlerarası yetki, ülke içi yetki kavramından farklıdır. Milletlerarası yetki ile bir devletin mahkemelerinin yetkili olduğu tespit edildikten sonra, o devletteki hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu ülke içi yer itibariyle yetki kurallarıyla tayin edilir³³⁴. Ülke içi yetki kurallarının uygulanması bakımından uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşıyamaması önemli değildir. Buna karşılık yabancılık unsuru taşıyan

³³⁰ Çelikel/ Erdem, s. 479; Nomer, s. 399; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 151. Yetki konusunda Kara Avrupa’sı sistemi ile Anglo-Amerikan sistemi arasında farklılıklar vardır. Özellikle şahsi davalarda (*action in personam*) verilen kararlar, Anglo-Amerikan sisteminde sadece taraflar arasında etkilidir. Kara Avrupa’sında hukuk güvenliği kavramı yetkinin kabulü şartlarında rol oynar. Fark genellikle sonuçlardadır. Yetki kurallarının şartları çok az esneklik gösterir. Elverişsiz mahkeme (*forum non conveniens*) teorisi Kara Avrupa’sı hukukunda yer almaz. Genellikle uluslararası yetki de iç yetki kurallarına tabidir. Almanya, Bulgaristan, Yunanistan ve Doğu Avrupa devletlerinde durum böyledir. Buna karşın İsviçre hukuku, uluslararası davalar için ayrı yetki kuralları belirlemiştir.

³³¹ Ergin Nomer, “Devletler Hususi Hukukunda ‘Milletlerarası Yetki’ Mefhumu”, İstanbul Hukuk Hakültesi Mecmuası, İstanbul 1974, S. 1-4, s. 404; Doğan, a.g.e., s. 63.

³³² Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 8.

³³³ Doğan, s. 63; Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 20; Nomer, s. 394.

³³⁴ Nomer, s. 399.

davalarda bir devlet mahkemesinin yer itibariyle yetkili olabilmesi, hem milletlerarası yetki hem de ülke içi yetki kuralları ile tayin edilir³³⁵.

Milletlerarası sözleşmeler yoluyla taraf devletlerce belirli konulara özgü olmak üzere benimsenmiş yetki kuralları da söz konusu olmaktadır³³⁶. Bu durumda elbette yetkinin kaynağı milletlerarası olacaktır. Ancak bu tür sözleşmeler dışında yetki konusunu düzenleyen milletlerarası özel hukuk kaynaklı kuralların varlığından söz edilemez³³⁷. Bununla birlikte milletlerarası yetkiyi konu alan sözleşmelerin varlığı, mahkemelerin milletlerarası alanda yetki uyumunun sağlanması açısından yeterli değildir³³⁸. Bu tür sözleşmeler ancak sözleşmenin tarafı olan ve iç hukuk kuralları gereğince sözleşme hükümlerini öncelikle uygulayan devletler arasında bir yetki uyumu gerçekleştirebilecektir.

Milletlerarası yetki kavramı, devletin belirli bir mahkemesinin tayini hususunu içermemektedir. Devletin belirli bir mahkemesinin tayini hususu ülke içi yetki kavramı ile ifade edilir³³⁹. Yukarıda da belirtildiği üzere, milletlerarası yetki hangi devletin mahkemelerinin yabancı unsurlu olayı inceleyeceği ile ilgilidir.

Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisi tayin edilirken, öncelikle konuya ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmenin olup olmadığı tespit edilir. Şayet böyle bir sözleşme var ve bu sözleşme özel yetki kurallarını bünyesinde barındırıyor ise, Anayasa madde 90/2 ve MÖHUK'un 1/2 gereği, öncelikle bu yetki kuralları uygulanır.

Çocukların vesayetine ilişkin davalarda yetki kurallarına yer veren milletlerarası sözleşmeler, 1961 ile 1996 tarihli La Haye Sözleşmesidir. Dolayısıyla Türk mahkemeleri, çocuğun vesayetine ilişkin davalarda milletlerarası yetkisini belirlerken, öncelikle bu sözleşmelerde yer alan yetki kurallarını esas alacak, zikredilen sözleşmelerin uygulama alanı dışında bir konuda ise Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisi, MÖHUK hükümlerince tespit edilecektir.

³³⁵ Çelikel/ Erdem, s. 479; Nomer, s. 399.

³³⁶ La Haye, Kişi Halleri Komisyonu ve Birleşmiş Milletler gibi kuruluşların hazırladığı, belirli konularda milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar içeren sözleşmeler bulunmaktadır (Çelikel/ Erdem, s. 480).

³³⁷ Nomer, s. 399; Çelikel/ Erdem, s. 318; Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 18.

³³⁸ Vahit Doğan, "Türk Hukukunda Yabancı Derdestlik", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Beta Basım Yayım, İstanbul 2003, s. 987.

³³⁹ Ülke içi yetki kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, s. 399.

Bu bölümde öncelikle çocuğun vesayete ilişkin davalarda milletlerarası yetkiye ilişkin kurallara yer verilen 1961 tarihli ve 1996 tarihli La Haye Sözleşmelerinin kapsamında milletlerarası yetkinin tayinine incelenecektir. Bu incelemenin ardından 1961 tarihli ve 1996 tarihli La Haye Sözleşmelerinin uygulama alanına girmeyen vesayete ilişkin davalar açısından 5718 sayılı MÖHUK gereğince milletlerarası yetkinin tespiti yapılmaya çalışılacaktır.

II. 1961 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA MAHKEMELERİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, Sözleşme'nin uygulanma alanına giren konularda milletlerarası yetkiye ilişkin düzenlemeler içermektedir. Makamların milletlerarası yetkisine ilişkin temel kurallara Sözleşme'nin ilk beş maddesinde yer verilmiştir. Sözleşme mahkemelerin ve idarî makamların yetkisi konusunda iki devleti işaret etmektedir. İstisnai hallerin dışında Sözleşme'de yetki, küçüğün mutad meskenin bulunduğu yer ve vatandaşı olduğu devlet mahkemeleri olarak belirlenmiştir.

Sözleşme kapsamında milletlerarası yetki belirlenirken iki hususu göz önünde bulundurmak gerekmektedir: Öncelikle Sözleşme'de belirtilen makamların yetkisi sadece çocuğun velâyetine değil, aynı zamanda küçüğün vesayetine ve küçüğün şahsı ve malları hakkında koruma tedbirleri alma konusundaki yetkiye de yöneliktir.

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

Sözleşme uyarınca, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları (m. 1); küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamları (m. 3 ve 4) ve küçüğün yeni mutad meskeninin olduğu devlet makamları (m. 5) ve küçüğün veya mallarının bulunduğu

yer (m. 9) idari veya adli makamları küçüğün vesayetine ilişkin kararlar almaya yetkilidir.

A. Küçüğün Mutad Meskeni Makamlarının Yetkisi

Sözleşme'nin 1. maddesi hükmüne göre, küçüğün şahsını ve mallarını korumaya yönelik tedbirler almaya ve bu anlamda küçüğün vesayetine ilişkin kararlar vermeye yetkili olan makam, küçüğün mutad meskenin olduğu olduğu devlet makamı olarak tayin edilmiştir. Sözleşme'de anılan madde ile öncelikle çocuğun mutad meskeninin olduğu yer mahkemelerinin ve idarî makamlarının yetkisi benimsenmiştir³⁴⁰. Böylece küçüğün mutad meskeni Türkiye'de ise, Türk mahkemeleri küçüğün vesayetine ilişkin tüm kararları almaya yetkili olacaktır.

Vesayet altına alınacak küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarına verilen birinci derece yetki, küçüğün sosyal ve ailevi ilişkilerinin en kolay ve çabuk bu yerde belirlenebileceği inancından kaynaklanmaktadır³⁴¹. Prensipte olarak, küçüğün vesayeti ile ilgili konular açısından küçüğün menfaati, en iyi ve objektif şekilde küçüğün yaşamını sürdürdüğü yerde açılacak bir davayla korunabilir³⁴².

Küçüğün mutad meskeni, bir akit devletten başka bir akit devlete nakledildiği takdirde, küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları tarafından alınmış vesayet kararları veya çocuğun vesayetine ilişkin tedbirler, yeni mutad mesken makamları tarafından kaldırılincaya veya yerine yenileri konuluncaya kadar geçerli kalır (m. 5/1)³⁴³. Küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları tarafından alınmış olan vesayet kararları veya çocuğun vesayetine ilişkin tedbirler, bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırılamaz veya yerlerine yenileri konulamaz (m. 5/2).

³⁴⁰ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 170.

³⁴¹ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 252.

³⁴² Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 194.

³⁴³ Bkz. 2. HD., 26.2.2002 T., E.2416, K. 1257. Yargıtay 2. HD. 26.2.2002 tarihli kararında Almanya Essen Mahkemesince vesayet kararı alınmış ve Alman Gençlik Dairesinin vesayeti altında olan Türk vatandaşı çocuğun babası tarafından kaçırılıp Türkiye'ye getirilmesi sonucu Türkiye'de annesinin velâyetine verilmesinin kabul edilmeyeceğini karara bağlamıştır. Gerekçe olarak da çocuğun önceki mutad meskeni makamlarına haber verilmesi koşulunu göstermiştir. Yargıtay'ın bu konuda kararları müstakar hale gelmiştir. Çocuğun mutad meskeni makamlarının yetkisi ancak çocuğun vatandaşı olduğu makamlarına önceden haber vermesiyle ortadan kalkmaktadır (m. 5).

Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları, çocuğun vesayetine ilişkin kararların uygulanmasını küçüğün mallarının bulunduğu devlet makamları ile anlaşmak suretiyle bu makamlara bırakabilirler (m. 6/2).

Vesayet altına alınacak küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer makamlarının yetkisine ilişkin ana kurala birtakım istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalara aşağıda yer verilecektir. Ancak istisnaların söz konusu olduğu hallerde dâhi Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri gereğince mutad mesken makamının yetkili olması mümkündür³⁴⁴. Bunun için Sözleşme'nin 8. maddesi gereğince küçüğün şahsı veya malları ciddi bir tehlikeye maruz kalmış olmalı ya da 9. maddesi gereğince acele durumların söz konusu olmalıdır. Bu halde diğer âkit devletler verilen kararları tanımak zorunda değildir³⁴⁵.

Sözleşme'nin 9. maddesine göre alınan vesayet kararları veya çocuğun vesayetine ilişkin tedbirler, doğurdıkları etkiler saklı kalmak kaydıyla, Sözleşmeye göre yetkili olan diğer devlet makamlarının durumun gerektirdiği koruma tedbirlerini alması ile sona erecektir³⁴⁶. Diğer bir deyişle Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında karar alacak olan mutad mesken devletinin alacağı tedbirler geçici karakterli tedbirler olduğundan, küçüğün statüsünü belirleyecek şekilde tedbirler alınması mümkün değildir³⁴⁷.

B. Mutad Mesken Makamlarının Yetkisinin İstisnaları

Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer makamlarının yetkisini öngören 1. maddede, Sözleşme'nin 3. ve 4. maddeleri ile 5. maddesinin 3. fıkrası saklı

³⁴⁴ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 241. Sözleşme'nin 8. maddesinin resmi tercümesi şu şekildedir: “*Bu Sözleşmenin 3 ve 4. maddeleri ile 5. maddesinin 3. fıkrası hükümlerine hâlel gelmemek üzere küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamları, küçüğün şahsı veya malları ciddi bir tehlikeye maruz kaldığı takdirde, koruma tedbirleri alabilirler*”. Ancak söz konusu metindeki “*hâlel gelmemek üzere*” ibaresi yanlış tercüme edilmiştir. Sözleşmenin resmi dili olan Fransızca metninde bu ibare “*nonobstand*”, İngilizce metninde “*notwithstanding*” yani “*rağmen*”dir.

³⁴⁵ Y. 2.HD., 28.03.1996 T., E. 1996/1536, K. 1996/3341 sayılı kararı (Özüğür, s. 575- 576). Y. 2.HD., 01.03.1990 T., E. 1990/12078, K. 1990/2380 sayılı kararı (Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 241, dn. 14).

³⁴⁶ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 173; Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 244.

³⁴⁷ Geçici nitelikteki tedbirin bir örneği olarak, yabancı bir ülkede tatilde bulunan küçüğün trafik kazası geçirmesi durumunda, kazanın meydana geldiği ülke makamlarının tedavi için gerekli tedbirleri alması geçici nitelikteki tedbir kapsamında değerlendirilebilir. (Şeref Ünal, Almanya Federal Cumhuriyeti Mahkemelerin Küçüklerin Korunması Hakkındaki 5 Ekim 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme, AD, Y.78, Mart-Nisan, S. 2, 1987, s. 109).

tutulmuştur. Ayrıca Sözleşme'nin 15. maddesindeki çekince hakkının kullanılması ile de bir başka istisnanın ortaya çıkması mümkündür.

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

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarına da yetki vermiştir³⁴⁸. Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca, vesayet altına alınacak küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre kanunen mevcut olan bir otorite ilişkisinin olması durumunda çocuğun vatandaşı olduğu ülke mahkemelerin yetkili olduğu hususunu zikretmiştir. Buradaki otorite ilişkisi, kanundan doğan ve hiç bir devlet makamı tarafından müdahaleye edilmeyendir. Aslında madde metninde makamların yetkisinden söz edilmemektedir. Ancak mutad mesken makamlarının yetkisini belirleyen 1. maddede 3. madde hükümleri saklı tutulduğundan, burada 3. maddede yer alan otorite ilişkisi nedeniyle yetkili olan mahkemelerin de Sözleşme uyarınca yetkili olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır³⁴⁹. Örneğin, Türkiye'de mutad meskeni bulunan ve 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf yabancı devlet vatandaşı bir çocuğu bulunan çiftin ölümü halinde, çocuğun milli hukukuna göre vesayet, çocuğun sağ kalan diğer akrabalarına geçiyor ise, burada kanundan kaynaklanan bir vesayet hakkı söz konusu olacak ve bu durum bir otorite ilişkisi oluşturacaktır. Böyle bir durumda, Türk mahkemelerinin 1961 tarihli Sözleşmesi'nin 1. maddesinden kaynaklanan milletlerarası yetkisi bulunmayacaktır.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde yer alan ve Sözleşme'de kullanılmış özel bir deyim olan “*otorite ilişkisi*”nden anlaşılması gereken, tamamen kanundan doğan ve hiçbir makam tarafından müdahaleye uğramamış vesayet hakkıdır³⁵⁰. Doktrinde, otorite ilişkisinin Sözleşme'de tanımlanmadığına dikkat çekilerek, otorite ilişkisinin tıpkı iç hukukun koruma tedbirleri gibi, küçüğü korumaya yönelik kurallar

³⁴⁸ 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde ise milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar 5-14. maddeler arasında düzenlenmiştir. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde vesayete ilişkin davalarda 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin milletlerarası yetkiye ilişkin getirmiş olduğu kurallar büyük ölçüde benimsenmiş, ancak çocuğun milli devleti makamlarına yetki tanınmamıştır.

³⁴⁹ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 171.

³⁵⁰ Nomer, s. 282; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 171. “*Otorite ilişkisi*” (*relationship of authority*) deyiminin başarısı konusunda şüpheler bulunmaktadır (Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 241, dn. 14). 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde “*otorite ilişkisi*” yerine daha yerinde ve anlaşılır bir deyim olan “*velâyet sorumluluğu*” kullanılmış ve 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 1/2. maddesinde bu deyim Sözleşme açısından tanımına yer verilmiştir.

olduğu belirtilmiş ve devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde yer alamayacağı ifade edilmiştir³⁵¹.

Sözleşme'nin 1. ve 3. maddeleri yetki karmaşasına sebebiyet vermektedir. Şöyle ki, Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca çocuğun vatandaşı olduğu devlet mahkemeleri yetkili olabilecekken, 1. maddesi uyarınca küçüğün mutad mesken mahkemeleri yetkili olacaktır. Bu durumda, iki mahkemenin aynı anda yetkili olması sorunsalı meydana gelebilecektir³⁵². Doktrinde baskın olan milli hukuk teorisine göre, küçük hakkında korumaya yetkili olan makam, küçüğün mutad mesken mahkemeleri olacaktır. Ancak mutad mesken mahkemeleri bu durumda kendi iç hukukunu değil, küçüğün milli hukukunu uygulamalıdır. Diğer bir ifade ile küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devlet makamlarının yetkileri, milli hukukun otorite ilişkisinin müdahaleye verdiği imkanla sınırlı olacaktır³⁵³.

1961 tarihli Sözleşme, Avrupa ülkelerinde yaşayan Türk kökenli çocuklarının vesayetine yönelik yaygın bir uygulama alanı bulmuş, özellikle Alman³⁵⁴ ve

³⁵¹ Otorite ilişkisi kavramıyla ilgili olarak doktrindeki çeşitli görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Huysal**, s. 73.

³⁵² **Huysal**, s. 75.

³⁵³ **Çavuşoğlu**, Boşanma, s. 137.

³⁵⁴ Avrupa Birliği ülkelerinde, özellikle Alman ve Hollanda mahkemeleri Türk kökenli çocukları ailelerinden uzaklaştırıp devlet kurumlarına veya yabancı aile yanına yerleştirmiştir. Örnek olarak birkaç karar sunabiliriz:

1. Alman mahkemelerin verdiği kararlar:

“- 12 yaşındaki Türk vatandaşı kız çocuğu fena muamele ettikleri gerekçesi ile, ailesinden alınarak bir çocuk yurduna yerleştirilmiş ve oradan da koruyucu aile yanına verilmiştir. Ana-babanın Türkiye'ye dönmesine rağmen çocuk kendilerine teslim edilmemiştir. Mahkemeye göre küçük ailesinden alındıktan sonra Türkçe'yi unutmuştur ve yalnızca Almanca konuşmaktadır. Bu arada çocuğun okuldaki başarı grafiği de yükselmiştir. Kendisinin, kısa bir süre sonra Türkiye'ye kesin dönüş yapacak olan ailesine yeniden teslim edilmesi, bu aradaki olumlu gelişmesi ve kendisinin zihni ve ruhi geleceğini tekrar tehlikeye sokacağı gibi tamamen yabancılaştığı Türk kültürü çevresine yeniden uyum sağlanması çok güçtür. Ayrıca çocuğun bu arada yabancılaşmasına, aile kendi kusuruyla sebebiyet vermiştir. Nitekim, çocukların alındığı tarihten beri, baba çocuğu hiç görmemiş anne de sadece birkaç kez ziyaret etmekle yetinmiştir.

Mahkemenin, ana-babadan velâyeti nezederek küçüğün bir koruyucu aile yanına yerleştirilmesine karar vermesi, somut olaydaki şartlar altında isabetli bir tedbirdir ve Türk Medenî Kanunu hükümlerine de uygundur. Ancak, ailesinin Türkiye'ye dönmesine rağmen küçüğün orada alıkonularak ana-baba ve ailesinden mahrum bırakılması ve yabancılaştığından bahisle mensup olduğu kültür çevresinden koparılması, üzerinde ciddiyetle durulması gereken konular küçüğün Almanca dilini öğrenmiş olması ve okuldaki başarısı, kısa vadede kendi bakımından lehte faktörler olabilir. Bununla beraber, köklerinden koparılmış olarak tamamen yabancı olduğu bir kültür çevresinde, yeterince tanınmadığı bir ortamda tek başına bırakılması tavsiye edilebilecek bir tutum değildir.

- Almanya'da doğan Türk vatandaşı kız çocuğu, 7 aylıkken bir Alman bakıcı aileye verilmiş ve 6 yıl süreyle o aile yanında kalmıştır. Çocuk daha sonra ailesiyle Türkiye'ye dönmüştür. Türk aile muhtelif zamanlarda çocukla birlikte Alman bakıcı aileyi ziyaret etmiştir. Son ziyaretlerinde Türkiye'ye dönerken, çocuk Almanya'da bakıcı aile yanında kalmak için çeşitli bahaneler uydurmuş ve sonuçta da Gençlik Teşkilatının yardımıyla mahkemeye başvurmuş ve mahkeme aynı gerekçelerle çocuğun bakıcı aile yanında kalmasını kararlaştırmıştır.

Hollanda³⁵⁵ makamları, Türk vatandaşı küçükleri vesayet altına almakta ve Türk anne ve babalarının velâyet haklarını çeşitli nedenlerle ortadan kaldırmaktadır.

- 16 yaşındaki Türk vatandaşı kız çocuğu, ailesinden habersiz bir gençle nişanlanmıştır. Aile bu birleşmeye karşıdır. Küçük bu yüzden evden kaçmış ve ailesinin kendisine baskı yaptığından yakınarak Gençlik Teşkilatına başvurmuştur. Mahkeme ana-babadan velâyeti nezetmiş ve küçüğün yurda yerleştirilmesini kararlaştırmıştır.

- 14 yaşında Türk vatandaşı kız çocuğu, küçüklüğünde geçirdiği çocuk felci hastalığı yüzünden bir ayağından sakat kalmıştır. Küçük Almanya'da dişilik teknisyenliği eğitimi görmekte iken, ailesi Türkiye'ye kesin dönüş yapmak ve küçüğü de yanlarına almak istemişlerdir. Küçük Almanya'daki akrabalarının da yardımıyla eğitimini tamamlamak üzere Almanya'da kalmak istemişse de, ailesinin karşı çıkması üzerine evi terkederek Gençlik yurduna sığınmıştır. Mahkeme ana-babanın velâyet haklarını kötüye kullandığından bahisle, velâyeti nezetmiş ve Sosyal Güvenlik Teşkilatını çocuğa vasi tayin etmiştir.

- 1946 doğumlu Türk vatandaşı, 1970 den beri çalışmakta olduğu Almanya'da 1986 da ikamet hakkını kazanmıştır. Kendisi yine bir Türk vatandaşı ile evli ve 3 çocukları vardır. Kendisinin 1986 da 15 yaşındaki kız çocuğunun okula devamını engellemesi üzerine, ana-babanın velâyet hakkı nezedilerek bu görev Gençlik Teşkilatına verilmiştir. Kendisine karşı yapılan bu haksız işleme tahammül edemeyen baba, küçüğün kaldığı Gençlik yurdu yönetici ve görevlilerini ölümle tehdit etmiştir. Bunun üzerine kendisi 1993 yılında Almanya'dan sınırışı edilmiş ve yaptığı itiraz Baden Württemberg Yüksek İdare Mahkemesinin 12.04.1996 tarih ve 13 s. 1027/95 sayılı kararıyla reddedilmiştir.” Ayrıntı bilgi ve örnekler için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu: Almanya, Hollanda ve Belçika Gençlik Dairelerinin Türkiye Kökenli Çocuklara Yönelik Uygulamalarına İlişkin İnceleme Raporu, 24. Dönem 4. Yasama Yılı 2013, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2003/raporlar/cocuklara_yonelik_uygulamalara_iliskn_komisyon_raporu.pdf, Erişim 13.10.2016.

³⁵⁵ Hollanda mahkemelerinin verdiği kararlardan birkaç örnek:

“- Kayadelen ailesinin çocuğunu atanmış oan vasiden geri alması başarılı bir örnek teşkil etmektedir. Aile avukatının verdiği bilgiye göre, bu olayın başarılı neticelenmesinde, vasinin acemice davranışlarının rolü büyüktür. Resmi kurumca onaylanmış Fatma Kayadelen'in IQ testlerine vasinin mahkeme nezdinde itiraz etmesi ve vasinin kiranın yüksek olması nedeniyle Kayadelen'in önerilen evde kalmamasını olumsuz delil olarak sunması hâkim tarafından kabul görmüştür. Neticede Kayadelen ailesi belli bir süre gözetim altında tutulsa da, çocuk tekrar anneye verilmiştir.

- Anne ve babasının ayrılması nedeniyle Ferhat Mete'nin velâyeti dedesi Hasan Öztürk'e verilmiştir. Dedesi ile anneannesin 2011 yılında hacca giderken Ferhat'ı bir aylığına Hollanda Gençlik Dairesi'ne geçici olarak bırakmıştır. Hac dönüşünde çocuğu geri istediklerinde çocuğa bakabilecek yeterliliğe sahip olmadıkları gerekçesiyle talepleri reddedilmiştir. Müteakiben başlatılan hukuki süreç mahkemeler tarafından olumsuz kararla sonuçlanmış ve Ferhat aileye geri verilmemiştir. Dava üst mahkemeye intikal etmiştir. Ancak süreçten yılan anneanne ve dede 06.06.2013 tarihli mahkemeye katılmamıştır.

- Nur Yörükseven, gençlik dairesi tarafından alınan oğlu Kaan'ı geri almak için 2 senedir çaba göstermektedir. Bu süre zarfında Anne Nur Yörüksen'in anlatımına göre, çocuk 6 koruyucu aile değiştirmiştir. Anne velâyeti elinde bulundurmasına rağmen Kaan'ın isminin değiştirildiğini iddia etmiştir.

- Nurgül Azeroğlu'nun en küçük çocuğunu 6 aylıken merdivenden düşürmesi sonucu, 24.12.2004 tarihinde çocuklarının vesayeti Hollandalı (eşcinsel) bir aileye verilmiştir. Anne çocuklarının velâyetini geri almak amacıyla 22 Ekim 2008 tarihinde Lahey İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuştur. Dava süreci devam etmekteyken Nurgül Azeroğlu'nun çocukları Arif ve Halil'i Hollanda Gençlik Bakım Merkezi'nin bilgisi ve izni dışında Türkiye'ye götürmesi sonrasında, anılan merkez 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi kapsamında çocukların Hollanda'ya iadesini talep etmiştir. La Haye İstinaf Mahkemesi'nin 17 Aralık 2008 tarihli kararıyla çocukların velâyetini yeniden aynı aileye vermesi üzerine Nurgül Azeroğlu, iki büyük çocuğunun velâyetinin kendisine verilmesi için La Haye Temyiz Mahkemesi'ne, küçük çocuğunu ise daha sık görebilmek için La Haye Aile Mahkemesi'ne iki ayrı dava açmıştır. Davaların ilki sonucunda, büyük çocuklarının velâyeti anneye geri verilmiştir. Diğer taraftan küçük çocuk Yunus Emre Azeroğlu halen koruyucu ailede bulunmaktadır. Yunus'un annesi ile sadece iki ayda bir defa görüşmesine izin verildiğibilgisi edinilmiştir. Görüşme süresi ise bir saattir. Nurgül Azeroğlu ile T.C. Rotterdam Başkonsolosluğu yakın temas halinde olup, önümüzdeki dönemde La Haye Aile Mahkemesi'nde dava açılması hususunda

Alman mahkemeleri, Almanya’da yaşayan pek çok Türk vatandaşı çocuk hakkında, 1961 tarihli Sözleşme’nin 1. maddesine dayanarak karar vermekte ve bu kararlara dayanarak Türk ailelerin, çocukları üzerindeki velâyet hakkını kaldırmakta ya da kısıtlamaktaydı. Hatta Alman makamları aldıkları tedbirlerle Türkiye’ye dönmüş ailelerin dahi Almanya’da bulunan çocuklarını Alman Gençlik Dairesine³⁵⁶ veya Almanya’da bulunan bir Alman koruyucu ailesinin yanına yerleştirmekte³⁵⁷ ve bu yolla çocukları Almanya’da tutmaktadı.

Sözleşme’nin yürürlüğü süresince, söz konusu durum karşısında Türk makamlarının 3. maddeye dayanan yetkilerini kullanarak neden çocuk ve anne-baba arasında bir otorite ilişkisi kurmadığı ve en azından bu otorite ilişkisine dayanarak neden çocukların Türkiye’deki sosyal hizmetler kurumlarına ya da Türk koruyucu ailelerinin yanına yerleştirmede anlaşılamamaktadır³⁵⁸. Somut olayda gerçekten velâyetin kısıtlanması veya kaldırılması gerekse dahi, bu durum Türk çocuklarının Almanya’da tutulmasına bir gerekçe oluşturmaz.

Alman Mahkemelerinin 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi çerçevesinde Almanya’da yaşayan Türk kökenli çocuklar hakkında verdiği bu tür kararların birçok örnekleri vardır. Bu kararların tümünde, ana-baba ile çocuk arasındaki ilişkilere BGB’nin 1666, çocuk ile bakıcı aile arasındaki ilişkilere de 1632’inci maddesi uygulanmıştır. Sözleşme’nin 3 üncü maddesinde açıkça öngörülmüş olmasına rağmen küçüğün vatandaşı bulunduğu devlet yani Türk iç hukuku hiçbir şekilde gözönüne alınmamıştır.

Söz konusu davalarda Alman Mahkemeleri Türk ana-babalardan istisnasız olarak Alman hukuk düzeni ve kültürünün gerçekleştirdiği tutum ve davranışları göstermeleri beklenmiştir.

çalışmalar yürütülmektedir.” Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2003/raporlar/cocuklara_yonelik_uygulamalara_iliskn_komisyon_rapor.pdf, Erişim 13.10.2016.

³⁵⁶ Normal şartlar altında Alman Gençlik Dairesinin çocuğun velâyetini alma hakkı yoktur. Ancak, çocuğa (*Beistand*) adı verilen özel bir danışman atanmakta ve bu danışmana, anlaşma kapsamında çocuğu yetiştirme hakkı (*Erziehungbeistandschaft*) verilmektedir.

³⁵⁷ Örneğin, Berlin Eyalet Mahkemesinin 18.03.1983 tarih ve 83 T 73/83 sayılı kararı, Köln Sulh Hukuk Mahkemesinin T. 18.06.1986 ve K. 54 VIII T 919/85 kararı.

³⁵⁸ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 171-172; Huysal, s. 77-78.

Bu tür uygulamalar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesine³⁵⁹ ve de Çocuk Hakları Sözleşmesine aykırıdır. Nitekim, Komisyon ve Mahkemenin bu konuda birçok kararları vardır³⁶⁰.

³⁵⁹ AİHS 8. madde hükmü düzenlemesi şu şekildedir:

“Madde 8 – Özel ve Aile hayatına saygı hakkı

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

³⁶⁰ “**B.B. ve F.B. v. Almanya (no. 18734/09 ve 9424/11, 14 Mart 2013)**, Almanya Federal Cumhuriyeti aleyhine açılan dava, iki Türk vatandaşının biri kız biri erkek iki çocuğunun velâyet hakkının kendilerinden alınması başvurusunu Almanya aleyhine sonuçlandırmıştır. Başvuranlar, somut olayda Aile Mahkemesinin çocukların herhangi bir gerçek olgu ile desteklenmeyen soyut beyanlarına dayanarak velâyetin kaldırılmasına karar vermiş olmasından şikâyet etmişlerdir. AİHM yapmış olduğu değerlendirmede, Aile Mahkemesinin karar verirken dayandığı tek delilin çocukların beyanları olduğunu, ayrıca İstinaf Mahkemesinin yaptığı incelemenin de sadece dosya üzerinden olduğunu, bu aşamada çocukların bir kez daha dinlenmediğini, keza başvuranların çocuklar üzerinde kötü muamelede bulunduklarına dair herhangi bir ize rastlanmadığını, dolayısıyla yapılan araştırma ve incelemenin yetersiz olduğu bahsiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin **8. maddesinin ihlal edildiğine** karar vermiştir.” Bkz. file:///CASE%20OF%20B.B.%20AND%20F.B.%20v.%20GERMANIA%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20 Justice%20 (1).pdf, Erişim 20.10.2016.

“**Olsson v. İsveç (no. 13441/87, 27 Kasım 1992)**, Çocukların zorunlu olarak idari makamların koruması altına alındığı ve koruma tedbirlerinin uygulandığı olaylarda, Sözleşme'nin 8. maddesinin anne babaya çocukla yeniden bir araya getirilmek için tedbirler alınmasını isteme hakkı verdiğini ve ulusal makamlara da bu tür eylemlerde bulunma yükümlülüğü yüklediğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bu prensip, annesi ölen çocuğun baba tarafından anneanne ve dede yanına bırakıldıktan bir süre sonra, babanın çocukla görüşmesine dair mahkeme kararına rağmen anneanne ve dedenin görüştürmediği olaylarda da geçerlidir. Mahkeme'ye göre ulusal makamların yeniden birleşmeyi kolaylaştırmak için tedbirler alma yükümlülüğü mutlak değildir; çünkü bir süredir başkalarıyla birlikte yaşayan çocuğun anne babasıyla yeniden bir araya gelmesi hemen mümkün olmayabilir ve bu yönde hazırlık tedbirlerinin alınması gerekebilir. Burada belirleyici olan husus, ulusal makamların yeniden birleşmeyi kolaylaştırmak için olayın şartları içinde kendilerinden beklenebilecek bütün makul tedbirleri alıp almadıklarıdır.”

“**T.P. ve K.M v. Birleşik Krallık (no. 28945/95, 10 Mayıs 2001)**, Dava 4 yaşındaki bir kız çocuğunun yerel bir kamu kurumuna yerleştirilmesi ile ilgili idi. Başvuran, cinsel istismara uğradığından ve annesinin kendisini koruyamayacağına karar verildiğinden şikâyet etmişti. Anne ve kızı, birbirlerinden ayrılmalara yol açan bu bakım kurumuna yerleştirme işlemine itiraz etmek için mahkemeye erişimlerinin veya etkili bir başvuru imkanının bulunmadığını iddia etmekteydiler. Annenin kızının bakımıyla ilgili karar alma sürecine yeterince dahil edilmemesi nedeniyle **8. maddenin ihlal edildiğine hikmedilmiştir**. Mahkeme ayrıca, başvuranların aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğine yönelik iddialarının tespiti konusunda uygun imkanlara sahip olmadıklarından ve bunun sonucunda maruz kalınan zararın tazmini için infaz edilebilir bir karar elde edemediklerinden dolayı 13. madde (etkili başvuru hakkı) ihlal edildiğine hükmetmiştir.” Bkz. http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence_CEDU/CASE_OF_T.P._AND_K.M._v._THE_UNITED_KINGDOM.pdf, Erişim 20.10.2016.

“**Wallova ve Walla v. Çek Cumhuriyeti (no. 23848/04, 26 Ekim 2006)**, davasında mahkeme, başvuranların, büyük bir aile olması ve de geçim sıkıntısı içinde olmalarına bağlı olarak beş çocuğun iki ayrı kamu bakım kurumuna yerleştirilmesi nedeniyle çocuklarından ayrılmak zorunda kalmış olmalarına **8. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir**. Oysa, Çek makamları aileyi topyekun birbirinden ayırmak yerine başka seçenekler düşünebilirlerdi.”

“**R.M.S v. İspanya Davası (no. 28775/12, 18 Haziran 2013)**, Çocuğun, annesinin mali durumu nedeniyle ve annenin mali koşullarında sonradan meydana gelen değişiklikler hesaba katılmaksızın, çocuğun vesayeti yetimhaneye verilmesi. **8. madde ihlal edilmiştir**.” Bkz. file:///Downloads/002-7611.pdf, Erişim 20.10.2016.

Sözleşme'nin 3. maddesi, 1. maddede yapılan atıf nedeniyle vesayet altına alınacak küçüğün vatandaşı olduğu devlet mahkemelerinin yetkisini kabul etmektedir. Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca da küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Burada üzerinde durulması gereken husus, 3. maddenin uygulandığı hallerde mutad mesken makamlarının yetkisinin ortadan kalkıp kalkmayacağıdır. Bu konuda hâkim görüş olan milli hukuk teorisi, mutad mesken mahkemelerinin küçük hakkında vesayet kararı almaya yetkili olacağı ancak bu durumda küçüğün milli hukukunu uygulamaları gerektiği yönündedir³⁶¹.

Küçüğün milli makamlarının yetkisine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus, küçüğün çifte vatandaşlık sahibi olması halidir. Küçüğün çifte vatandaşlık sahibi olmasına ilişkin olarak Sözleşme'de herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durum doktrinde eleştirilere neden olmuştur³⁶². Küçüğün çifte vatandaşlığının bulunması durumunda, vatandaşlığın bulunduğu devletlerden sadece birinin bu yetkiyi kullanması durumunda ortaya bir sorun çıkmayacağı açıktır. Ancak, küçüğün vatandaşı olduğu her iki devlet de otorite ilişkisini kurup, yetkisinden diğer devlet lehine vazgeçmemekte ise, bu kararlardan hangisine itibar edilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır. Bu durumda çocuğun üstün yararı ilkesi göz önünde bulundurularak kararların değerlendirilmesi ve çocuğun üstün yararını sağlayan kararın tanınması uygun olacaktır³⁶³. Ayrıca küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer makamlarını yetkili kabul etmenin küçüğün menfaatine daha uygun olacağı da ileri sürülmüştür³⁶⁴.

2. Küçüğün Vatandaşı Olduğu Devlet Makamlarının Yetkisi

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 1. maddesinde mutad mesken makamlarının yetkisine yer verilirken getirilen saklı tutulan bir diğer madde Sözleşme'nin 4. maddesidir. İlgili hükme göre, vesayet altına alınacak küçüğün vatandaşı olduğu devletin makamları, küçüğün yararlarının gerektiğine kanaat getirirse, mutad meskenin bulunduğu devletin makamlarına haber verdikten sonra,

³⁶¹ Milli hukuk teorisi ve diğer görüşler hakkında bkz. **Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 242; **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 171. Uygulamada Alman mahkemeleri, Sözleşme'nin 1. maddesine dayanarak Türk vatandaşı küçükler hakkında koruma tedbirleri olarak, Türk ana babaların velâyet hakkını kısıtlamakta ve hatta kaldırabilmektedirler (**Huysal**, s. 77).

³⁶² **Tiryakioğlu**, s. 383.

³⁶³ **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 172.

³⁶⁴ **Huysal**, 78-79.

kendi iç hukuku uyarınca küçüğün vesayetine veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri alabilir. Çocuğun vesayetine ilişkin anılan tedbirleri tesis etmek, değiştirmek ve sona erdirmek için gerekli şartları bu iç hukuk belirler. Bu tedbirlerin küçüğün üçüncü şahıslarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerini de yine bu hukuk düzenler. Bu makamlar, ayrıca 4. maddenin üçüncü fıkrası gereğince anılan tedbirlerin uygulanmasını da sağlayacaktır.

Küçüğün vatandaşı olduğu devlete tanınan bu istisnai düzenlemenin en önemli sonucu, küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarının yetkisini kullanmasından sonra, küçüğün mutad mesken makamlarının yetkisinin ortadan kalkmasıdır³⁶⁵. Bu yetki istisnai nitelikte olduğundan ancak mutad mesken mahkemelerinin yetkisiz olduğu durumlarda kullanılabilir³⁶⁶.

3. Küçüğün Mutad Meskenin Değişmesi Halinde Yetki Yarışması

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

4. Evlilik Birliği Hakkında Karar Verecek Makamların Yetkisi

Sözleşme'nin 15. maddesi, âkit devletlere bir çekince hakkı tanımış ve Türkiye³⁶⁷ de bu çekince hakkını kullanmıştır. Buna göre sözleşmeye âkit devletlerin, küçüğün anne babası arasındaki evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması ve ayrılığa ilişkin bir talep hakkında karar verecek makamlarının küçüğün şahsını veya mallarını korumak için de tedbir alma yetkisini saklı tutmaları mümkündür.

³⁶⁵ Akıncı, Gökyayla, s. 172. Bkz. Y. 2.HD., 29.11.2001 T., E. 2001/15589, K. 2001/16794, (www.kazancı.com, Erişim 10.09.2016).

³⁶⁶ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 172-173.

³⁶⁷ RG. 21.02.1983-17966.

Sözleşme'nin 15. maddesindeki çekince hakkı, evliliğe son veren makamın çocuğun aile içindeki durumunu en iyi şekilde düzenleyebilecek ve koruma tedbirlerini alabilecek imkânlara sahip olduğu düşüncesine dayanmaktadır³⁶⁸. Türkiye'de Sözleşmeyi imzalarken bu düşünceyle 15. madde kapsamında çekince hakkını kullanan ülkeler arasındadır³⁶⁹. Böylelikle Türk mahkemeleri, gördükleri evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması veya ayrılığa ilişkin davalarda küçük hakkında vesayet kararı almaya yetkili hale gelmiştir³⁷⁰.

C. Genel Değerlendirme

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, küçüğün korunması amacıyla vesayetine ilişkin olarak açılacak davalarda, genel olarak küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemelerinin yetkisini kabul etmektedir. Sözleşme'nin bu anlayışı, çocuğun menfaatlerinin en iyi fiilen bulunduğu yerde korunacak olması nedeniyle oldukça etkili olacaktır³⁷¹.

Sözleşme'nin 3. ve 4. maddeleriyle küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarına da yetki tanınmaktadır. Ancak istisnaların söz konusu olduğu hallerde dâhi Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri gereğince mutad mesken makamının yetkili olması mümkündür. Buna göre küçüğün şahsının veya mallarının ciddi bir tehlikeye maruz kalması halinde ve bütün acele hallerde mutad mesken makamları küçüğün vesayetine ilişkin kararlar ve koruma tedbirleri almaya yetkili olacak, ancak bu tedbirler diğer âkit devletlerce tanınmayabilecektir.

1961 tarihli La Haye Sözleşme'nin madde 5/3 hükmüne göre, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, önceki mutad mesken makamlarının almış olduğu küçük üzerinde alınan vesayet kararı ve koruma tedbirlerinin yeni mutad mesken makamlarında da geçerli olacağını kabul etmiştir. Diğer yandan Sözleşmeyi 15. maddedeki çekince hakkını kullanarak imza eden devletler açısından, çocuğun anne babası arasındaki evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması ve ayrılığa ilişkin bir talep

³⁶⁸ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 243.

³⁶⁹ Hollanda, Fransa, Lüksemburg, İsviçre gibi bazı ülkeler de Türkiye gibi Sözleşme'yi 15. madde uyarınca çekince hakkını kullanarak onaylanmışlardır. Bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=39, Erişim 24.05.2016.

³⁷⁰ Huysal, s. 100.

³⁷¹ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 176.

hakkında karar verecek makamların, küçüğün vesayetine ilişkin kararlar alma yetkisi söz konusu olacaktır.

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

III. 1996 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN MİLLETLERARASI YETKİ

Bilindiği üzere 1996 tarihli Sözleşmenin konusu çocuğun mutad meskeni ile vatandaşı olduğu ülkelerin kurumları arasındaki yetki çatışmasını önlemektir³⁷². Son yıllarda çocuk hakları konsuunda uluslararası alanda öne çıkan ve çocuğun üstün yararını temel alan yaklaşımlara uygun olarak, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkenin kurumlarına yetki konusunda öncelik verilmiştir. Öncelikle çocuğun mutad meskeninin bulunduğu makamlar kendi iç hukuklarına göre koruma tedbirlerini almaya yetkilidirler ancak çocuğun vatandaşı olduğu devletin kurumlarından ve hatta herhangi bir devletten de koruma tedbiri talep edilebilir. Bu sebeple devletler arasında ciddi bir iletişim ve işbirliği zorunluluğu doğmakta, Sözleşmeye uygun olarak bunun gerçekleştirilebilmesi için de bir merkezi makam tayin edilmesi öngörülmüştür.

1996 tarihli Sözleşme, çocuğun vesayetine yönelik tedbirler alınması bakımından hangi akit devlet makamının yetkili olacağını belirleyen hükümleri, 5 ila 14. maddelerinde düzenlemiştir³⁷³. Sözleşme'nin, çocuğun vesayetine yönelik tedbirleri ve kararları almaya esas olarak yetkili kılındığı akit devlet makamları Sözleşme'nin 5 ila 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 5 ila 6. maddelerinde belirtilen hallerde ise, esas yetkili akit devlet makamları dışındaki diğer akit devlet makamlarının yetki kazanmalarını mümkün kılınmıştır.

³⁷² Lowe/ Everall QC/ Nicholls, International Movement of Children, s. 542; Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 390; Karataş, s. 931.

³⁷³ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 390; Practical Handbook, s. 39.

Buna göre Sözleşme’de yer alan yetki hükümleri şu şekilde başlıklandırılabilir;

A. Sözleşme Hükümlerinde Yer Alan Genel Yetki Kuralı (m. 5-10)

B. Sözleşme Hükümlerinde Yer Alan Sınırlı ve Geçici Yetki Kuralı (m. 11-12)

C. Vesayet Altındaki Çocuğun Türkiye’de Bulunan Malları Bakımından Türk Makamlarının Yetkisi

Aşağıdaki inceleme bu sıralamaya sadık kalınarak yapılacaktır.

A. Sözleşme Hükümlerinde Yer Alan Genel Yetki Kuralı

1. Genel Yetki Kuralı Olarak: Çocuğun Mutad Meskeninin Bulunduğu Akit Devlet Makamlarının Yetkisi

Çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik koruma tedbirlerinin alınması bakımından genel yetki kuralına göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet ülkesi, bu tedbirlerin alınması bakımından yetkili olacaktır (m. 5/1)³⁷⁴. Çocuğun içinde bulunduğu durumun ve ailesiyle olan ilişkisinin en iyi bu merciler tarafından tahlil edileceği değerlendirilerek, bu merciler yetkili kılınmıştır.

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi ile beraber, yetkili mekanların da değişeceği ve yeni mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları koruma tedbiri almaya yetkili hale gelecektir³⁷⁵. Bu kural, bir koruma tedbiri talebi başvurusunun yapılmış olduğu sırada (örneğin, dava derdestken) çocuğun mutad meskeninin

³⁷⁴ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 390; Benzer bir düzenleme 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin 1. maddesinde görülmektedir. Ancak 1961 tarihli La Haye Sözleşme adli ve idari makamların yetkisini tesis ederken çocuğun milli hukuku ile birlikte mutad mesken hukukunu da kimi zaman dikkate almaktadır (m.4). Bu durum uygulamada yetki ihtilafına sebep olmuştur. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi bu karışıklığı bertaraf etmek için sadece mutad mesken makamlarını yetkili kılmıştır. (**Giray**, Çocukların İadesi, s. 252).

³⁷⁵ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 391; Böylece, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesinde, Türk milletlerarası hukukunda da kabul gören, davaya bakan mahkemenin yetkisinin, bu yetkiyi oluşturan sebeplerin değişmesinden etkilenmeyeceği öngören “yetkinin devamlılığı (perpetuation fori)” prensibi reddedilmiştir. (**Karataş**, s. 933).

değişmesi halinde de uygulanacak ve önceki mutad meskenin bulunduğu akit devlet makamı yetkisinin sona erdiğine hükmederek bu talepleri reddedecektir³⁷⁶.

1.2. Genel Yetki Kuralın İstisnaları

Sözleşmenin 5. maddesi ile düzenlenen genel yetki kurallarına, Sözleşmenin 6 ila 10. maddeleri ile birtakım istisnalar getirilmiştir. Bunlardan ilki, çocuğun mutad meskeninin bulunmadığı halleri düzenleyen 6. madde hükmüdür. Sözleşmenin genel yetki kuralına getirilen ikinci bir istisna ise, m. 7 hükmü ile düzenlenen, çocuğun hukuka aykırı yer değiştirme ve alıkonulması hallerine ilişkindir. Sözleşmede düzenlenen genel yetki kuralına getirilen son istisna ise, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek bir akit devlet bulunması halinde bu mahkemenin kabul etmesi koşuluyla yetki devrine imkân verilmesidir.

Aşağıda bu haller ayrı ayrı incelenecektir.

1.2.1. Çocuğun Mutad Meskeninin Bulunmadığı Durumlarda Yetki

Sözleşmenin 6. maddesine göre, mülteci çocuklar ve yerlerinden edilmiş çocuklar veya mutad meskenleri belirlenememiş çocuklar için çocuk hangi akit devlet topraklarında bulunuyorsa o akit devlette çocuğun vesayetine ilişkin karar ve koruma tedbiri alma yetkisi verilmiştir³⁷⁷.

“Mülteci” kavramı ülkelerin iç hukuklarında farklı şekillerde tanımlanmış olabilir, dolayısıyla, yerlerinden edilmiş çocuklar (*internationally displaced children*) ifadesi, madde kapsamının geniş anlam içermesinden dolayı özellikle tercih edilmiştir. Geniş bir tanımın tercih edilmesinden dolayı, 6. maddenin kapsamına, ülkelerindeki karışıklıklar sebebiyle mutad meskenlerinin bulunduğu ülkeyi terk eden, terk ettiği ülke ile tüm bağlarını koparan ve fiilen bulundukları ülkede uluslararası veya geçici koruma statüsünden faydalanan bütün çocuklar girmektedir³⁷⁸.

³⁷⁶ Lagarde, para 42.

³⁷⁷ Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 153.

³⁷⁸ Sözleşme’nin kapsamı alanına nerede olduğu bilinmeyen kaçmış veya terkedilmiş çocuklar girmemekte. Sözleşme’nin 31. maddesinin (c) bendi gereğince, akit devletler arasında işbirliği yapılabileceği öngörülmektedir. (Lagarde, para 44; Practical Handbook, s. 162).

Vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeni tespit edilemiyorsa, bulunduğu akit devlet makamlarının yetkisi mecburi yetkidir (*forum necessitatis*)³⁷⁹. Çocuğun mutad mesken devletin tespit edilebilirse bunun sonucu olarak, çocuğun bulunduğu akit devlet makamlarının Sözleşme'nin 6. maddesi gereği milletlerarası yetkisi sona erer. Ancak bu makamların çocuğun vesayetine ilişkin kararlar ve tedbirler alma konusundaki yetkisi, Sözleşme'nin 11 ila 12. maddeleri uyarınca sınırlı ve geçici olacaktır³⁸⁰.

Sözleşme kapsamında “çocuğun bulunduğu yer” çocuğun fiziken bulunduğu devleti ifade etmektedir. Dolayısıyla, ilgili akit devlet makamlarının çocuğun vesayetine ilişkin kararlar ve tedbirler alabilmesi için çocuğun fiziken o devlette bulunması yeterlidir. Söz konusu akit devlette oturduğuna ilişkin delil gibi başkaca bir şart aranmayacaktır³⁸¹.

1.2.2. Çocuğun Hukuka Aykırı Yer Değiştirme ve Alıkonulması Halinde Çocuğun Önceki Mutad Meskeni Makamlarının Yetkisi

Sözleşmenin 7. maddesine göre, haksız şekilde kaçırılan veya alıkonulan vesayet altındaki çocuğun götürüldükten veya alıkonulduktan önceki mutad mesken makamları, koruma tedbiri almak bakımından yetkili olmaya devam edecektir³⁸². Çocuğun fiziken bulunduğu devletin makamları ise sadece 11. madde hükümleri uyarınca çocuğun şahsının ve mallarının korunması için gerekli olan **acil tedbirleri** alabilecektir³⁸³. Çocuğun mutad meskeni bir akit devlette değilse, çocuğun alıkonulduğu akit devletteki makamlar tarafından alınan tedbirler, mutad meskeni devleti tarafından durumun gerektirdiği tedbirlerin alınmasına kadar geçerliliklerini korumaya devam eder³⁸⁴.

Madde 7. fıkra 1 (a) ve (b) bentlerine göre, vesayet altındaki çocukta sorumlu kişi, kurum veya kuruluş, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun yer değişikliğine rıza gösterir veya çocuğun nerede olduğunu bilen veya bilebilecek

³⁷⁹ Türk milletlerarası usul hukukunda *Forum necessitatis* uygulanması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Eksi**, Milletlerarası Yetki, s. 143 vd.; **Çelikel/ Erdem**, s. 546-547; **Nomer**, s. 479-481; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 364-365.

³⁸⁰ **Lagarde**, para 45; *Practical Handbook*, s. 41, 161-162; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 391-392.

³⁸¹ *Practical Handbook*, s. 175.

³⁸² **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 392; **Karataş**, s. 935.

³⁸³ **Lagarde**, para 45; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 392.

³⁸⁴ Bkz. Sözleşme'nin 11. maddesinin 3. fıkrası.

durumda olan vesayet altındaki çocuktan sorumlu olanlar, izinsiz yapılan yer değişiklik tarihinden itibaren en az bir yıl çocuğun iadesine yönelik hiçbir girişimde bulunmamış ise ve de bu süre içinde çocuk yeni bir ortama yerleşmiş ise, çocuğun yeni meskenindeki makamlar, tedbirlerin alınması konusunda yetkili hale gelmektedir³⁸⁵.

Sözleşme'nin 7. maddenin 1. fıkrasının (b) bendindeki düzenlemenin uygulanabilmesi için hükmünde öngörülen üç şartın birlikte ele alınması gerekir³⁸⁶. 1996 tarihli La Haye Sözleşme'sinde düzenlenen yetki, münhasır yetki olarak ele alınmamıştır. Belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde vesayet altındaki çocuğun kaçırıldığı veya alıkonduğu yer mahkemesi yetkili hale gelebilmektedir. Oysa 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin 3. maddesi, Sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrasına kaynaklık etse de, böyle bir kesinlik taşımamaktadır³⁸⁷.

1.2.3. Yetki Devrine Dayanan İstisnai Yetkili Akit Devlet Makamları

Çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek bir akit devlet bulunması halinde yetki devrine imkân veren forum non convenies ilkesini gündeme getiren³⁸⁸ Sözleşmenin 8. ve 9. maddeleridir. Ancak bu hallerde dahi, esasen yetkili olan akit devlet makamının, “**talebi**”nin (m.8) veya “**izni**”nin (m.9) bulunması şarttır. Esasında burada, aslen yetkili olan devlet makamlarının, kendi talebi veya izniyle diğer akit devlet makamı yetki kazanmaktadır. Aslen yetkili olan makamın izin vermesi, diğer akit devlet makamının talebine bağlı olarak gerçekleşebilir. Burada bir yetki devri söz

³⁸⁵ **Giray**, Çocukların İadesi, s. 253-255. 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 16. madde hükmü, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 7. maddesinde benzer bir düzenleme getirilmiştir. 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 16. maddesi velâyet sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin ne zaman yapılabileceğini öngörmektedir. Buna mukabil 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 1. fıkrası çocuğun vesayetine ilişkin koruma tedbirlerinin hangi hallerde yeni mutad mesken makamlarınca alınacağını düzenlemektedir.

³⁸⁶ Lagarde, para 49.

³⁸⁷ **Giray**, Çocukların İadesi, s. 252.

³⁸⁸ **Giray**, Çocukların İadesi, s. 255.

konusudur. Yetki devri suretiyle³⁸⁹ yetki kazanan akit devlet makamlarının yetkisi “ikincil yetki” olarak da adlandırılmaktadır³⁹⁰.

Sözleşme kapsamındaki iradi yetki devri, akit olmayan bir devlet için söz konusu olmayıp sadece akit devletler arasında işlemesi mümkün bir süreçtir³⁹¹.

a) Mutad Mesken Makamlarının Başka Makamlardan Yetkili Kılınmayı Talep Etmesi

Bazı istisnai hallerde, çocuğun mutad meskeni devleti ile başka bir akit devlet arasında sıkı ilişki bulunabilir. Örneğin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletten başka bir devlette ailesiyle birlikte mutaden sakin olması gerekebilir; ailesinin kazada ölmesi durumunda başka akit devlette bulunan akrabalarının yanına gitmesi gerekebilir. Bu gibi durumlarda, çocuğun da üstün yararı gerektiriyorsa, aslen yetkili olan devlet makamları Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, yetkilerini diğer ilgili akit devlet makamlarına devredebilir. Ancak belirtmek gerekir ki; bu durum istisnai bir durum olup, **çocuğun üstün yararının** başka bir akit devletin makamı tarafından daha iyi korunacağını düşüncesinin doğması halinde uygulama alanı bulabilir³⁹².

Sözleşme’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında, vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeni devletinin makamlarının **talebi** veya **izni** ile makamlarına başvurulacak devletler sayılmıştır:

1. çocuğun vatandaşı olduğu devlet;
2. çocuğun mallarının bulunduğu devlet;
3. çocuğun anne ve babasının boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali için başvurduğu devlet;

³⁸⁹ Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet kurumlarına göreceli olarak çocuğun haklarını daha iyi koruyacak başka bir akit devlet olmasının mümkün olduğu düşünülebilir, bu durumda ise, başka “yetki devri” yöntemi öngörülmüştür. İşte bu yetki devri yöntemine ilişkin 8. ve 9. maddelerde yer alan işlemin, *forum non conveniens* doktrininin bu sözleşmedeki Sözleşme’deki ifadesi olduğu düşünülmektedir. Doktrinde Tiryakioğlu, Sözleşme’nin 8 ve 9. maddelerinde yer alan bu yetki devri mekanizmasını “*uygun olmayan ve uygun makam için tersine çevrilebilir bir sistem*” olarak ifade etmektedir. (Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 393, Karataş, s. 936).

³⁹⁰ Lagarde, para 45.

³⁹¹ Lagarde, para 53; Practical Handbook, s. 57.

³⁹² Lagarde, para 53; Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 393.

4. çocuğun ihtilafla sıkı ilişki (*principe de proximate*) içersinde olan devlet³⁹³;

Sözleşme'nin 8. maddesin 3. fıkrası, yetkili makamlar arsında görüş alışverişinde bulunulmasını mümkün hale getirmiştir. Kendisinden, yetki devrinde bulunması talep edilen mutad mesken devleti makamları, diğer devlet yetkili makamının çocuğun üstün yararının korunması açısından gerçek anlamda daha faydalı olup olmayacağını değerlendirmelidir. Bu değerlendirmenin objektif bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için, görüş alışverişinin sağlanması zorunludur. Bu görüş fikir teatisinin sağlanması, Sözleşme'nin 31. maddesinin (a) bendine göre, Sözleşme'nin 8 ve 9. maddeleri uyarınca yetkinin kendisine devrini talep eden devletin Merkezi makamlarına yüklenmiştir.

Çocuğun üstün yararı, koruma ihtiyacı hissedildiği anda ve bu ihtiyacın karşılanması amacıyla değerlendirilmelidir. Belli bir durum ile sınırlı olarak devredilmesi talep edilen yetki, tam olarak devredilmektedir. Gelecekteki şartlara göre çocuğun üstün yararı için mutad meskeni makamın daha iyi olmayabileceğinin önceden kabul edilmesine Sözleşme hükümleri imkân vermemektedir.

b) Diğer Makamların Mutad Mesken Makamlarından Yetki Devri Talebinde Bulunması

Sözleşme'nin 9. maddesi, 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen akit devletlerin makamlarına yetki talebinde bulunma konusunda izin vermektedir. Vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeni dışındaki bir makam, asıl yetkinin bulunduğu mutad mesken makamından, yetkinin kendisine devrini talep edebilmektedir. Böylece çocukla yakın ilişki içinde bulunan devletin makamları zorunlu gördükleri koruma tedbirlerini kendileri alabileceklerdir³⁹⁴.

Sözleşme'nin 8. maddesinde olduğu gibi, 9. maddesi de ilgili makamlar arasında görüş alışverişini düzenlemiştir. Benzer şekilde talebin iletildiği makamın

³⁹³ Bu kural, *forum non conveniens* teoresinin temeli ile çok iyi bağdaşan bir esnekliğe sahiptir. *Forum non conveniens* prensibi, milletlerarası yetkiye sahip bir mahkemenin, olayla daha sıkı ilişkisi içersinde bulunan ve buna bağlı olarak ihtilaf hakkında daha iyi karar verebilecek olan bir başka mahkeme lehine yetkisinden feragat etmesidir. Detaylı bilgi için bkz. **Eksi**, Milletlerarası Yetki, s. 74; **Nomer**, s. 497. *Forum non conveniens* doktrininin kökenleri tam olarak belli değildir. İlk kez bu terimi 19. asırda İskoçya kararlarında görülmektedir. *Forum non conveniens* olarak tanımlanan bu doktrin, Kara Avrupası yargılama hukuku açısından pek de bilinmeyen ve uygulaması olmayan bir ilkedir. Bu durum, aile hukukuna ilişkin yargılamalar açısından biraz farklılık göstermektedir.

³⁹⁴ **Lagarde**, para 50-53; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 395.

olumlu veya olumsuz bir kararı ile yetkinin devredilip devredilmeyeceği kesinleşmektedir. Talepte bulunulan makamın izin vermesiyle beraber talepte bulunan makam yetkili hale gelecektir³⁹⁵.

1.2.4. Boşanmada Yetkili Devlet Mahkemesinin Yetkisi

Sözleşme'nin 5. ve 6. maddeleri uyarınca, çocuğun vesayetine veya buna benzeri tedbirleri şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik tedbirleri almaya esas yetkili akit devlet makamlarından başka diğer akit devlet makamlarının yetki kazanmalarının mümkün kılındığı diğer haller, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan **“boşanmada yetkili akit devlet mahkemelerinin yetkisi”** ile 11. ve 12. maddelerinde yer alan **“çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının yetkisi”**dir.

Sözleşme'nin 5 ile 9. maddelerdeki hükümler saklı kalmak üzere, vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devletten başka bir akit devlette bulunan ve **“çocuğun anne ve babasının boşanmasına veya ayrılığına veya evliliklerin iptaline karar vermeye yetkili olan akit devlet mahkemeleri”** (boşanmada yetkili mahkeme), çocuğun vesayetine yönelik kararlar almaya yetkili olabilecektir.

Sözleşme'nin 8 ve 9. maddeler uyarınca yetkilendiren akit devlet makamlarının yetkisinden farklı olarak 10. ile 12. maddeleri arasında yer alan bu yetki kuralları, “yetki devri” öngörülmemekte. Sözleşme'nin 5 ile 9. maddeleri arasındaki akit devlet makamlarının yetkilerine hâlel getirmeksizin, bu akit devlet makamlarının yetkilerinin yanında alternatif, eşzamanlı sahip akit devlet makamları tesis etmektedir³⁹⁶.

Boşanmada yetkili akit devlet mahkemesinin Sözleşme uyarınca eşzamanlı yetki kazanabilmesi için aranan şartlar:

a) vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeninin farklı bir akit devlette bulunması;

³⁹⁵ Practical Handbook, s. 57.

³⁹⁶ Karataş, s. 940.

b) boşanmaya ilişkin usuli işlerin başlangıcı anında anne veya babanın birinin o akit devlette mutaden sakin olmalı ve onlardan biri çocuğa ilişkin velâyet sorumluluğuna sahip bulunmalıdır;

c) bu tür tedbirlerin alınması konusunda boşanmada yetkili akit devlet mahkemesinin vesayete yönelik kararlar almaya ilişkin yetkisinin anne ve babanın veya çocuktan sorumlu kişi/kurum tarafından da kabul edilmiş olması ve bu durumun çocuğun üstün yararına olmasıdır.

10. maddenin, 2. fıkrasında “boşanmada yetkili akit devlet mahkemesi”nin yetkisinin geçici olduğu belirtilmektedir. Söz konusu hükme göre, 1. fıkra da öngörülen çocuğun korunması için vesayet kararı alma yetkisi, boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali başvurusunun kabulüne veya reddine ilişkin karar verilir verilmez veya başka bir sebeple dava sonuçlanır sonuçlanmaz sona erer³⁹⁷.

1.2.5. Yetkiyi Kullanmaktan Kaçınma – Derdestlik

Sözleşme’nin 10. maddesi, öocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devletten başka bir akit devlette yer alan çocuğun anne-babasının boşanmasına karar vermeye yetkili olan akit devlet mahkemeleri de koruma tedbirlerinin alınması bakımından yetkili olabilecektir. Ancak “boşanma mahkemesi”nin bu yetkisi, Sözleşme’nin 5 ila 9. maddeleri arasında düzenlenen akit devlet makamlarının yetkisini ortadan kaldırmayacak, onlara alternatif bir yetkili mahkeme olarak değerlendirebilecektir ³⁹⁸.

Sözleşme’nin 13. maddesi yetkili ancak farklı akit devlet makamlarına aynı anda yapılan başvurular sonucu alınacak çelişkili kararların önlenmesine yöneliktir³⁹⁹. Buna göre, Sözleşme’nin 5 ile 10. maddelerine istinaden koruma tedbiri almaya yetkili bir akit devlet makamı konuyu incelediği sırada başka bir yetkili akit devlet makamından da aynı koruma talep edilmişse, bu konuda karar alma yetkisini artık kullanmayacaktır (m. 13). Buna karşılık, koruma tedbirlerine ilişkin talebin ilk olarak sunulduğu yetkili akit devlet makamı bu konudaki yetkisini reddederse (talebin sonradan sunulduğu makamın çocuğun üstün menfaatlerini daha iyi kollayacak olması gerekçesiyle), talebin sonradan sunulduğu akit devlet makamının o koruma tedbiri

³⁹⁷ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 154.

³⁹⁸ Karataş, s. 940.

³⁹⁹ Lagarde, para 78, s.

hakkında karar alma yetkisini kullanmaktan vazgeçmesi gerekmeyecektir (m. 13/2).). Bu hüküm ile Sözleşme'nin, çocuğun menfaatlerinin korunmasına öncelik tanımak amacıyla derdestlik hakkında esnek bir uygulama sunduğu görülmektedir⁴⁰⁰.

Madde 13. hükmüne göre, çocuğu kişiliğinin veya mallarının korunmasına ilişkin önlemler almak üzere 5. ile 10'uncu madde hükümlerine istinaden yetkili sahibi olan bir akit devletin makamları, işlemlerin başlaması anında, yine aynı maddeler uyarınca yetkili olan başka bir akit devlet makamlarından uygun gelen önlemleri alması talep edilmişse ve bu önlemler alınmaktaysa, bu yargı yetkisini kullanmaktan kaçınılmalıdır. Ancak bu kural, önceden önlem talebinde bulunulan makamların yetkisi kalkmış ise uygulanmaz⁴⁰¹.

B. Sözleşme Hükümlerinde Yer Alan Sınırlı ve Geçici Yetki Kuralı

Sözleşme'nin 11. ve 12. maddelerine uygun olarak, vesayet altındaki **çocuğun veya onun mallarının bulunduğu akit devlet makamları**, öngörülen şartlar çerçevesinde, "acil durumların gerektirdiği koruma tedbirleri"ni (m. 11) ve "geçici koruma tedbirleri"ni (m. 12) almaya, 5 ile 10. maddelerinde belirtilen yetkili makamların yanında, eşzamanlı olarak yetkili olabilecektir. Ancak 10. maddede "boşanmada yetkili akit devlet mahkemesi" için öngörülen eşzamanlı yetkiye ilişkin düzenlemelerden farklı olarak, 11 ve 12. maddeler uyarınca eşzamanlı yetkiye sahip akit devlet makamlarının aldıkları kararlar sınırlı etkiye sahip ve geçici nitelikte kararlardır⁴⁰².

Söz konusu maddelerle (11. ve 12.) belirlenen yetki kuralları, eşzamanlı bir yetki sunmaktaysa da, bu eşzamanlı yetkinin belirli şartları vardır ve bu kurallara dayanarak yetkisi oluşturulmuş makamların alacağı koruma tedbirlerine ilişkin kararlar geçici olacaktır. Bu açıdan, 10. madde ile düzenleniş bulunan "boşanma mahkemesi"nin eşzamanlı yetkisi ile olan farklılığa dikkat edilmelidir⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Lagarde, para 80.

⁴⁰¹ Tiryakioğlu, Çocukların korunması Sözleşme, s. 400.

⁴⁰² Bulgar Çocuk Koruma Kanun'un m. 25, f. 1, (e) bendi, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin m. 11 atıf yapmaktadır. Bu gibi durumlarda, çocuğun bulunduğu akit devlet makamları çocuk hakkında alabilecek koruma tedbiri olarak vesayet kararı verebilir ya da bir koruyucu ailenin yanına yerleştirebilir.

⁴⁰³ Karataş, s. 944.

1. Acil Durumda Makamların Yetkisi

a) Akit Devlet Makamları Bakımından

Acil durumlarda, çocuğun veya çocuğa ait malların bulunduğu bir akit devletin makamları çocuğun vesayetine veya buna benzer tedbirleri alma yetkisine sahiptir (m. 11/1)⁴⁰⁴. 11. madde hükmü uyarınca “**acil durum**”, çözüm sadece 5 ile 10. maddelerin normal işleyişi halinde bulunması ve bu durumun çocuk için telafisi imkânsız bir zarara yol açması veya çocuğun korunması veya menfaatleri tehlikeye düşmesi halinde söz konusu olur. Bu durumda, çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamları durumun zorunlu kıldığı koruma tedbirlerini alabilir. Burada öngörülen yetki, Sözleşme’nin dayandığı ilkeye bir istisna olarak, çocuğun mutad meskeni devleti makamlarının yetkisi ile yarışmaktadır. Yarışan yetkinin gerekçesi acil durumun varlığıdır. Eğer Sözleşme’de böyle bir yetki öngörülmemiş olsaydı, çocuğun mutad meskeni devletin makamları önüne bir talebin getirilmesi zorunluluğunun sebep olacağı gecikmeler, çocuğun korunmasını ve çıkarını tehlikeye sokabilirdi.

Çocuğun mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının acil durumlardaki bu yetkisi, sadece çocuğun o devlet ülkesinde bulunan mallarının muhafazasına yönelik olarak değil, genel olarak çocuğun menfaatlerinin korunmasına yönelik her türlü tedbirin alınmasına imkân vermektedir⁴⁰⁵.

Acil duruma dayanan nedenlerle makamları harekete geçirilecek devletler, çocuğun kendisinin veya malların bulunduğu ülke devletleridir. Çocuğun bulunduğu devletin makamı ile ilgili olduğu ölçüde, bu durum, 6. maddenin 1. fıkrası çerçevesinde başka bir ülkeye götürülen veya mülteci statüsünde olan çocuklar dışındakileri veya 6. maddenin 2. fıkrası çerçevesinde bir mutad meskeni olmayan çocuklar dışındakileri kapsamaktadır.

⁴⁰⁴ Aynı hüküm 1961 tarihli La Haye Sözleşme’nin 9. maddesinin 1. fıkrasında da yer almıştır. 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi gibi 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi de acil durumu tanımlamamıştır. Her somut olayın özelliklerine bakılarak bu haller belirlenecektir. Bu yetkinin istisnai bir yetki olması sebebiyle “acil durum”un dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. (Lagarde, para 68, s. 567; Practical Handbook, s. 69).

⁴⁰⁵ Örneğin, çocuğun bulunduğu ülkedeki aciliyet gerektiren ihtiyaçlarının karşılanması için başka bir ülkede bulunan malların satılmasına da malların bulunduğu akit devletin makamları tarafından bu kapsamda karar verilebilecektir. (Lagarde, para 68-69, s. 567).

Sözleşme'nin 11. maddenin 2. fıkrasında acil durum halinde alınan tedbirlerin *geçici niteliği* belirtilmektedir⁴⁰⁶.

Tiryakioğlu'na göre, acil duruma dayanan yetki, çocuğun mutad meskeni devleti makamlarının yetkisi ile yarışsa bile, çocuğun mutad meskeni makamlarının yetkisi yanında ikincil bir yetki olarak kalmalıdır. Zira 11. maddenin 1. fıkranın uygulanması sonucunda alınacak önlemlerin 5 ile 10. maddeler uyarınca yetkiye sahip makamların duruma göre gerekli tedbirleri almasıyla sona erecektir.

Sözleşme, yetkisi acil duruma dayanan makama alacağı koruma tedbirleri hakkında çocuğun mutad meskeni makamlarını bilgilendirme ödevini yüklememiştir. Bunun nedeni, Sözleşme'nin uygulanmasında bu makamlara fazla sorumluluk yükleme endişesi ve böyle bir bilginin verilmediği durumda diğer akit devletlerde böyle bir tedbirin tanınmasının reddedilmesi ihtimalinden kaçınma isteği ile açıklanmaktadır⁴⁰⁷.

b) Akit Olmayan Devlet Makamları Bakımından

Sözleşme'nin 11. maddenin 2. fıkrası akit olmayan bir devlette alınan acil duruma dayanan koruma tedbirleri hakkında hüküm getirmiştir. Bu düzenleme uyarınca, 1. fıkra hükmüne göre akit olmayan bir devlette mutaden sakin olan bir çocukla ilgili olarak alınan koruma tedbirleri, her bir akit devlette durumun gerektirdiği tedbirler alınır alınmaz sona erecek ve diğer bir devlet makamları tarafından alınan tedbirler söz konusu akit devlette tanınacaktır.

Acil bir durum zorunluluk yaratması şartına bağlı olarak, Sözleşme'nin 5-10 maddelerinde belirtilmiş olan esas yetkili akit devlet makamları gibi, 11. maddede ifadesini bulan yetkili akit devlet makamları da 3. ve 4. maddelere göre, Sözleşme kapsamındaki tüm koruma tedbirlerini alabilirler. Bu gibi bir acil durumda, “zorunlu” koruma tedbirlerinin niteliği, acil durumun koşullarına göre belirlenir⁴⁰⁸.

2. Ülkesel Etkiye Sahip Geçici Nitelikte Koruma Tedbirleri

Sözleşme'nin 12. maddesi, acil durumlardan bağımsız olarak, çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarından her birine ve sadece o ülkede geçerli

⁴⁰⁶ Bkz. Sözleşme'nin 11. maddenin 2. fıkrası.

⁴⁰⁷ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 397.

⁴⁰⁸ Lagarde, para 70, s. 567; Practical Handbook, s. 70.

olmak koşuluyla “geçici nitelikli koruma tedbirleri” alması için yarışan yetki tanınmıştır. Ancak bu kararların, 7. madde saklı kalmak kaydıyla, Sözleşme’nin 5 ile 10. maddeleriyle yetkilendirilmiş bir akit devlet makamının zaten almış olduğu bir koruma tedbiri kararı ile çelişmemesi gerekir⁴⁰⁹.

Vesayet altındaki çocuğun kendisinin veya malların bulunduğu bir devletin makamlarına, Sözleşme’nin 12. maddesi uyarınca, “geçici nitelikte koruma tedbirleri” alma konusunda da eşzamanlı ve ancak sınırlandırılmış yetki tanır ve bu yetki 11. maddeden bağımsız bir şekilde öngörülmüştür. Sınırlamalardan ilki, Sözleşme’nin 7. maddesinde ifadesini bulan, çocuğun haksız şekilde götürülmüş veya alıkonmak suretiyle akit devlette bulunması ile ilgilidir ve bu akit devlet makamlarının, “geçici nitelikte koruma tedbirleri” alma yetkileri bulunmamaktadır (m. 7/3)⁴¹⁰. İkinci durum ise, çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının aldığı “geçici nitelikte koruma tedbirleri”nin o ülke ile sınırlandırılmış olmasıdır. Üçüncü sınırlama ise, bu nitelikteki geçici koruma tedbirlerinin, 5 ile 10. maddelerle yetkilendirilmiş bir akit devlet makamı tarafından zaten alınmış tedbirler ile çelişmemesi zorunluluğudur⁴¹¹.

Sözleşme’nin 12. maddesinde düzenlenen eşzamanlı yetki kuralı bir istisnadır. Geçici olarak, örneğin eğitim vs. amacıyla, mutad mesken ülkesinin dışında bulunan çocuğun “aciliyet gerektirmeyen” durumlarda korunma ihtiyacına yöneliktir. Örnek olarak eğitim amacıyla bir ailenin yanında bulunan çocuğun herhangi bir sebeple aileden ayrılmak durumunda kalması halinde başka bir ailenin yanına yerleştirilmesi gerekebilir. İşte böyle bir durumda yerel makamlarca alınacak karar 12. maddeye dayandırılabilir⁴¹².

a) Akit Devlet Makamlarının Aldığı Koruma Tedbirleri

Akit devlette mutad meskeni bulunan bir çocuk hakkında, 11 ve 12. maddelerde öngörülen sınırlamalar çerçevesinde, çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının aldığı kararlar aciliyet gerektirmelidir ve

⁴⁰⁹ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 399.

⁴¹⁰ Lagarde, para 70.

⁴¹¹ Lagarde, para 75; Practical Handbook, s. 79 dn. 224.

⁴¹² Lagarde, para 74; Practical Handbook, s. 80.

geçicidir, 5 ile 10. maddelere istinaden yetkili bir akit devlet kurumunun aynı konuda alacağı kararla ilk karar geçerliliğini yitirir (m. 11/2 ve m. 12/2)⁴¹³.

b) Akit Olmayan Devlet Makamlarının Aldığı Koruma Tedbirleri

Her ne kadar, 11 ve 12. maddeler uyarınca, çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının aldıkları koruma tedbiri kararları sınırlı etkiye sahip, geçici nitelikte kararlar da olsa, bu maddelerin uygulama alanı 5 ile 10. maddelerden daha kapsamlıdır. Bunun temel sebebi söz konusu maddelerin, çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarına ivedi hususlar için veya geçici nitelikteki koruma tedbiri kararlarını alma imkânı vermesidir. Her iki maddede de, Sözleşme'ye taraf olmayan bir devletin makamları tarafından alınan koruma tedbiri kararlarına dair bir istisna öngörülmüştür⁴¹⁴. Buna göre, sözleşmeye taraf olmayan bir devlet makamı aynı konuda bir koruma tedbirine karar verir ise ve bu karar sözleşmeye taraf bir devlet tarafından tanınır ve tenfiz edilir ise, tanıma tenfiz kararı veren taraf devlet bakımından ilk akit devletin almış olduğu kararın geçerliliği son bulmaktadır⁴¹⁵.

C. Şartların Değişmesi Durumunda Koruma Tedbirlerinin Devamı

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi gibi olası koşul değişikliklerinde Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ve Sözleşmeye göre koruma tedbiri alan taraf devletin yetkisi ortadan kalkabilir. Ancak yetkili olunan süre içerisinde verilmiş kararlar geçerliliğini korur, meğer ki yetkili bir akit devlet makamı tarafından değiştirilmiş, yenilenmiş veya kaldırılmış olsun. Bu durum, Sözleşme'nin 5 ile 10. maddeleri uyarınca yetki sahibi olan tüm akit devlet makamlarının tedbir kararları için geçerlidir⁴¹⁶.

Çocuğun korunmasının sürekliliği göz önünde bulundurulduğunda, yetkinin devamlılığın, bu konuda güvence yaratmaya yönelik olduğu görülecektir⁴¹⁷.

⁴¹³ Lagarde, para 76.

⁴¹⁴ Lagarde, para 76.

⁴¹⁵ Lagarde, para 73.

⁴¹⁶ Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 154; Bu hüküm, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 5. maddesinin ilk fıkrasının tekrarıdır.

⁴¹⁷ Örneğin, bir vasi çocuğun ilk mutad meskeni makamlarına tayin edilmiş ise, bu vasinin, çocuğun bir başka devlette mutaden sakin olması halinde bile işlevlerini yerine getirmeye devam etmesi gerekir. (Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 400).

Sözleşme'nin 11. ve 12. maddelerinde blritilen sınırlı ve geçici yetkiye sahip olunan haller, 14. maddenin kapsamı dışındadır çünkü, 11. ve 12. maddelere istinaden oluşan sınırlı ve geçici yetki dahilinde, tedbirlerin yürürlüğü yine bu maddelerin içerisinde düzenlenmiştir⁴¹⁸.

D. Vesayet Altındaki Çocuğun Türkiye’de Bulunan Malları Bakımından Türk Makamlarının Yetkisi

Türkiye, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 60. maddesine atıfla, 55. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında koyduğu çekince ile, “vesayet altındaki çocuğun Türkiye’de bulunan mallarına yönelik koruma tedbirlerini alma bakımından Türk makamlarının yetkisi’ni saklı tutmuştur⁴¹⁹. Bu durumda, çocuğun mutad meskeni başka bir akit devlet ülkesinde olsa dahi, çocuğun Türkiye’de bulunan malları bakımından, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarının yanında, Türk makamları da, her durumda, (acil bir durumun varlığı (m. 11) veya geçici koruma tedbiri alma yetkisi (m.12) aranmaksızın), Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya yetkili olacaktır. Türkiye, Sözleşme’nin 55. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendine çekince koymuştur. Bu çekinceye göre Türkiye “Türk makamlarının, çocuğun Türkiye’de bulunan mallarına yönelik olarak aldığı koruma tedbirleri ile çelişen, diğer akit devlet makamları tarafından alınmış koruma tedbiri veya velâyet sorumluluğuna ilişkin kararları tanımama hakkını saklı tutmuştur⁴²⁰. Bu çekincenin sebebi çocuğun Türkiye’de bulunun mallarının korunmasına dair tedbirler bakımından Türk makamlarının ve çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin makamlarının alacağı kararlarda olası çelişkileri önlemektir.

E. Genel Değerlendirme

1996 tarihli La Haye Sözleşme’nin uygulama alanı söz konusu olduğunda Türk mahkemeleri öncelikle, çocuğun mutad meskeninin Sözleşme’ye taraf bir devlette bulunup bulunmadığını irdelemelidir.

⁴¹⁸ Karataş, s. 944; Sözleşme’nin 11. ve 12. maddelerin uygulanması çerçevesinde alınan tedbirlerin akıbeti bu maddelerin 2. fıkrası hükümlerine tabidir.

⁴¹⁹ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>, Erişim 12.06.2018

⁴²⁰ Karataş, s. 949.

Çocuğun vesayet altına alınması söz konusu ise ve *çocuğun mutad meskeni akit bir devlette* ise, Türk mahkemesi kendi yetkisinin durumunu Sözleşmenin 5, 6, 7 veya 10. maddeleri uyarınca belirlemelidir. Bu maddelere göre yetki kendisinde değilse, Sözleşme'nin 9. maddesine başvurulmalı ve bu madde kapsamında, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu taraf devletten yetki devri talep edilebilirliği irdelenmelidir. 9. maddeye göre Türkiye, çocuk ile sıkı ilişkili bir devlet ise ve çocuğun çıkarlarının korunması bakımından daha uygun bir bağlantı olarak öngörülüyorsa, uyuşmazlığın tarafları veya Merkezi Makamlar aracılığıyla başvurup çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarından yetki devri talep edilmelidir.

Yukarıda sayılan yetki durumu belirlendiğinde, diğer bir ifade ile 5, 6, 7 veya 10. Maddelere göre yetkili bulunma durumunda ya da 9. Maddeye göre yetki devri oluştuğunda, 13. Maddede belirtilen “milletlerarası derdestlik” durumunun mevcudiyeti incelenmelidir. Türk mahkemesi derdestlik araştırmasını, yani Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri istinaden aslen yetkili bir başka akit devlet makamı önünde görüşülmekte olan bir koruma talebinin varlığını re'sen araştıracaktır. Derdestlik araştırması Sözleşme ile düzenlenmiş olan Merkezi Makamlar aracılığı ile yapılabileceği gibi doğrudan akit devlet makamları ile görüşmek suretiyle de yapılabilir. Derdestlik varsa dava şartının oluşmamış olması sebebiyle davanın Türk mahkemesi tarafından usulden reddedilmesi gerekir. Milletlerarası bir derdestliğin olmadığı tespit edildiğinde Türk mahkemesi Sözleşme uyarınca yetkilidir ve artık davayı esastan incelemeye başlayabilir.

Türk mahkemesinin Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca çocuğun vesayetine ilişkin bir davada yetkisiz ise veya 9. Maddeye istinaden yetki devri takebinde bulunulmuş ve reddedilmişse, veya milletlerarası derdestlik durumu söz konusuysa her ne kadar yetkisizlik söz konusu ise de, Sözleşme'nin 11 ve 12. Maddeleri gereğince, geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından halen yetki söz konusu olabilir ve bu husus da mutlaka incelenmelidir. Bu noktada da yetkisizlik söz konusu ise veya milletlerarası derdestlik mevcutsa dava usulden reddedilir.

Vesayet altına alınacak *çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmaması* halinde ise, geçici koruma tedbirleri bakımında yetki tesisi Sözleşme'nin 11. veya 12. maddeleri maddelerine göre belirlenir. Alternatif olarak, MÖHUK'ta yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre de yetki tesisi mümkündür.

IV. TÜRK MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN DAVALARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Türk Milletlerarası Usul Hukukunda, Türk Mahkemelerin milletlerarası yetkisi konusunda gerek Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde gerekse iç hukuktaki düzenlemelerde hükümler bulunmaktadır. Yukarıda bahsedildiği gibi MÖHUK m. 1/f. 2 uyarınca yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık hakkında Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme varsa bu sözleşmenin hükümleri iç hukuktaki hükümlere göre öncelikle uygulanacağı için taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar da, iç hukuktaki düzenlemelere kıyasla öncelikle uygulanacaktır. İç hukuktaki düzenlemelerin başında ise 5718 sayılı MÖHUK m. 40-46'da yer alan Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin kurallar gelmektedir. Bu kurallardan bir kısmı, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda (m. 41), yabancıların bazı kişi hallerine ilişkin davalarda (m. 42), miras davalarında (m. 43), iş sözleşmeleri ve iş ilişkisi davalarında (m. 44), tüketici sözleşmelerinde (m. 45) ve sigorta davalarında (m. 46) Türk mahkemelerine yetki veren hükümler içermektedir⁴²¹. Söz konusu hükümlerde düzenlenen uyuşmazlıkların dışında kalan diğer bütün uyuşmazlıklar bakımından ise MÖHUK m. 40 hükmü uygulanmaktadır. Söz konusu hüküm Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına tabi tutulmaktadır. Diğer bir deyişle, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarını MÖHUK m. 40'ın yaptığı göndermeyle Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tayininde de uygulanmaktadır.

İç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının büyük çoğunluğu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) düzenlenmektedir. HMK dışında, 4721

⁴²¹ Doktrinde bir görüş, MÖHUK m.41-46'da yer alan milletlerarası yetkiye ilişkin kuralların tamamlayıcı nitelikte kurallar olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, söz konusu kurallar ancak MÖHUK m.40 göndermesiyle uygulanan iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının bu uyuşmazlıklar bakımından yetersiz veya eksik kaldığı alanlarda uygulanma imkânı bulabilecektir. Bkz. **Eksi**, Milletlerarası Yetki, s. 47 ve **Çelikel/ Erdem**, s. 517. Diğer bir görüş ise MÖHUK m.41-46'da yer alan milletlerarası yetki kurallarının, özel kurallar olarak isimlendirilmekle ve bu kuralların düzenledikleri uyuşmazlık konuları bakımından doğrudan uygulanacaklarını belirtmektedir. Bu kuralların uygulanması sonucunda herhangi bir Türk mahkemesinin yetkilendirilememesi durumunda ise, artık MÖHUK m. 40 göndermesiyle iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına başvurulamayacağını, dolayısıyla o uyuşmazlık konusu bakımından Türk mahkemeleri yetkisinin mevcut olmadığını kabul etmek gerektiğini savunmaktadır. (**Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 350-353).

sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), İcra ve İflas Kanunu (İİK), 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) gibi bazı kanunlarda da düzenledikleri uyuşmazlık konularıyla ilgili yetki kuralları mevcuttur.

Türk hukukunda kural olarak üç tür yetki kuralı vardır. Bunlar, genel yetki kuralı, özel yetki kuralı ve kesin (kamu düzenine ilişkin) yetki kurallarıdır.

A. Genel Yetkili Mahkeme

Genel yetki kuralı HMK’da m. 6’da düzenlenmiştir. Buna göre genel yetkili mahkeme olan, davalının dava açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi yabancılık unsuru içeren vesayete ilişkin uyuşmazlıklarda da yetkili olacaktır. Dolayısıyla davalının dava tarihindeki yerleşim yerinin Türkiye’de olduğu durumlarda, Türk mahkemesinin yetkisi de tesis edilmiş olacaktır.

Genel yetkili mahkeme, genel yetki kuralına göre, kesin yetkili olarak belirlenmiş mahkemeler dışında bütün davalar için yetkili kılınan mahkemedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu⁴²² (HUMK) düzenlemesindeki genel yetki kuralına göre genel yetkili mahkeme, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça her davanın açıldığı tarihte Türk Medeni Kanunu gereğince davalının yerleşim yeri sayılan yer mahkemesi olarak belirlenmiştir (HUMK md. 9). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’da, genel yetkili mahkemenin davalının, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olduğunu kabul etmiştir. Genel yetkili mahkemenin belirlenmesinde davanın açıldığı tarihteki davalının yerleşim yerinin esas alınması ile davalının daha sonra yerleşim yerini değiştirmesi mahkemenin yetkisini etkilemeyecektir⁴²³.

Genel yetkili mahkemenin, davalının yerleşim yeri mahkemesi olarak kabul edilmesinin sebebi, mahkemeden kendi lehine karar verilmesini talep eden davacının

⁴²² RG. 2/3/4.7.1927 – 622, 623, 624. 4 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre’nin Neuchatel Kantonu’na ait 1925 tarihli Medeni Usul Kanunu’ndan tercüme edilerek alınmıştır. HUMK, yürürlüğe girmesinden itibaren belirli maddelerinin ve belirli kurumların değiştirilmesi biçiminde yaklaşık otuz kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler sonucu ortaya çıkan farklı kavram kullanımları, 2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ile 2004 tarihli Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesi, ülkemizde adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi ihtiyacı, Neuchatel Medeni Usul Kanunu’nun değişmesi sebepleriyle yeni bir kanun hazırlama gereği doğmuştur. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), 4.2.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴²³ **Yavuz Alangoya/ Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 89; **Hakan Pekcanites/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 117.

talebinin haklılığı kesin olarak belirlenmediği için davalının yerleşim yerinde davayı açması gerekliliğidir⁴²⁴.

Yerleşim yeri kavramının vasıflandırılması *lex fori*'ye göre yapılacaktır⁴²⁵. Bu nedenle HMK md. 6 düzenlemesinde, TMK ile paralellik sağlanması bakımından “*ikametgâh*” yerine “*yerleşim yeri*” kavramı kullanılmıştır. Yerleşim yeri, MK md. 19/1’de, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olarak belirtilmiştir. TMK’da yer alan düzenleme uyarınca yerleşim yerinin belirlenmesi için objektif unsur olan oturmak fiilinin ve sübjektif unsur olan yerleşme niyetinin bulunması gerekmektedir⁴²⁶.

Davalının yerleşim yeri tespit edilemezse, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁴²⁷’nin 48-53 maddeleri hükümlerine göre Nüfus ve Vatandaşlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün tuttuğu kayıtlar “resmi kayıtlar” olduğundan, nüfus müdürlüklerindeki kayıtların yetkili mahkemenin belirlenmesinde esas alınması gerekir. Bu karinenin aksi, yani bir kimsenin yerleşim yerinin nüfus siciline kayıtlı olduğu yerde değil, sürekli kalmak niyetiyle oturduğu (başka bir) yerde olduğu, ispat edilebilir⁴²⁸. Bunun ispatı, TMK m. 7 hükmüne göre mümkündür ve bu durumun ispatı buna itiraz eden davalıya aittir⁴²⁹.

Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar uyarınca, Türkiye’de bulunan yabancıların yerleşim yeri “yabancılar kütüğünde” yer alan kaydına göre tespit edilmelidir. Nüfus Hizmetleri Kanunu’na göre, Türkiye’de her hangi bir amaçla en az altı ay süreli ikamet tezkeresi almış olan yabancıların Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nce “Yabancılar Kütüğüne” kaydedilmeleri (m. 8/1) ve yerleşim yeri adreslerinin bu kütüğe işlenmesi gerekir. Ayrıca bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği⁴³⁰ madde 10/1’e göre, bu durumda olan yabancıların yerleşim yeri ve diğer adres bilgilerinin elektronik ortamda tutulması zorunludur. Bu

⁴²⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 86-87; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 116-117.

⁴²⁵ Çeliker/ Erdem, s. 520; Nomer, s. 446, Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 357,

⁴²⁶ Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 120-122; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 184; Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 84; Uyanık Çavuşoğlu, Boşanma, s. 8; Bülent Çiçekli, “Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, ABD, 2004/1, s. 76.

⁴²⁷ RG. 29.04.2006-26153.

⁴²⁸ Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2014, s. 130-131.

⁴²⁹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 131.

⁴³⁰ RG. 15.12.2006-26377.

nedenle, Yargıtay’a göre, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nden, davacının ve davalının “yabancılar kütüğünde” kaydının olup olmadığı ve aynı kütükte dava tarihi itibarıyla Türkiye’deki yerleşim yeri adresiyle ilgili bir bilginin bulunup bulunmadığı sorulup tespit edilmeli, kişilerin adres beyan formundaki bildirimlerinin aksi sabit oluncaya kadar geçerli (Yönetmelik m. 13/1) olacağı da dikkate alınmalıdır⁴³¹.

Bir kimsenin birden fazla yerleşim yeri olamayacağı gibi yerleşim yerinin değiştirilmesi de TMK tarafından yenisinin edinilmesine bağlı tutulmuştur (TMK md. 19/2 ve md. 20/1). Söz konusu düzenlemeler yerleşim yerinin gerekliliği ilkesi ve yerleşim yerinin tekliği ilkesi olarak adlandırılmaktadır⁴³².

Yerleşim yerine hâkim olan ilkelerden bir diğeri de yerleşim yerinin zorunluluğu ilkesidir. Bu ilkeye göre herkesin bir yerleşim yeri bulunması gerektiği için, önceki yerleşim yeri belli olmayan ya da yabancı ülkedeki yerleşim yerini terk etmiş fakat henüz Türkiye’de bir yerleşim yeri edinmemiş kişinin yerleşim yeri, halen oturduğu yer olarak kabul edilmiştir (TMK md. 20/2)⁴³³. Bu hüküm, yabancı ülkedeki ikametgâhı tayin edilemeyen veya oradaki ikametgâhını terk etmiş ve çoğunlukla da yabancı olan Türkiye’de oturan kişiler açısından geçerlidir. Bu kişiler, Türkiye’de ikametgâh tesis etmemişlerse, oturdukları yer ikametgâhları olarak kabul edilir⁴³⁴.

MÖHUK m. 40’ın hükmü gereğince milletlerarası yetki kazanan ve HMK’nın 6. maddesinde genel yetki kuralı olarak düzenlenen “davalının yerleşim yeri mahkemesi”nin aksine Brüksel IIA Tüzüğünde ise, “mutad mesken mahkemesi” genel yetkili mahkeme olarak yetkili kılınmıştır. Tüzük, sadece İngiltere ve İrlanda söz konusu olduğunda, mahkemenin yetkisini “yerleşim yeri” esasına göre belirlemektedir.

B. Özel Yetki Kuralları

Özel yetki kuralları ise, HMK m. 6’da yer yer alan genel yetkili mahkemenin yanı sıra, düzenlendiği uyumsuzluk konusu ile yakın ilişkisi bulunan başka yer

⁴³¹ Bkz. Y.2.HD., 10.5.2011 T., E. 2010/4537, K. 2011/8105, (www.kazanci.com, Erişim 11.06.2016).

⁴³² **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 113; **Dural/ Ögüz**, Kişiler Hukuku, s. 182; **Turgut Akıntürk/ Jale Akipek**, Türk Medeni Hukuku, Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2002, s. 467; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 86.

⁴³³ **Dural/ Ögüz**, Kişiler Hukuku, s. 183.

⁴³⁴ **Çelikel/ Erdem**, s. 491.

mahkemelerini de yetkilendiren kurallardır. Söz konusu kurallar, genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmamakta, sadece bu yetkiye alternatif olarak başka bir yer mahkemelerini de yetkilendirmektedir. Böylece davacının söz konusu mahkemeler arasından bir seçim⁴³⁵ yapılmasına imkân tanımaktadır. Özel yetki kurallarının bir kısmı HMK’da düzenlenmiştir. Ayrıca TMK, TTK, İİK gibi kanunlarda da, düzenlendikleri uyuşmazlık konusu ile yakın ilişkisi bulunan mahkemeleri yetkilendiren özel yetki kuralları bulunmaktadır.

Medeni Kanun, vesayet işlerinde yetki konusunda da yine zayıf konumda olan çocuk ve kısıtlıyı koruyan bir yetki hükmü düzenlemiş bulunmaktadır. TMK m. 411 uyarınca, “vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir”⁴³⁶.

Görevli vesayet makamı sulh hukuk mahkemesi ve denetim mahkemesi ise Asliye Hukuk mahkemesidir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m. 4)⁴³⁷.

24.4.1963 tarihinde akdedilen Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’nin⁴³⁸ konsolosluk görevleri başlığını taşıyan 5. maddesinin h) bendinde, konsoloslar kendilerini gönderen devletin vatandaşı olan küçük veya ehliyeti tam olmayan kişilerin çıkarlarını, kabul eden devletin kanun düzenlemelerinin sınırları içinde kalmak üzere, korumakla görevlidirler⁴³⁹. Örneğin Türkiye ile İtalya arasında akdedilen Konsolosluk Sözleşmesi’nin 20. maddesinde vesayet konusunda her iki ülke konsoloslarına yetki ve görev tanınmıştır⁴⁴⁰. Türkiye’nin 1973 yılında Bulgaristan (m. 36) ve Romanya (m. 15) ile yaptığı Konsolosluk Sözleşmesinde gönderen devlet konsolosunun dilerse vasi veya kayyım adayı gösterebileceği, ancak vasi veya kayyım tayin edilmesi ile gerekli tedbirlerin alınmasında kabul eden devlet yetkisi, dolayısıyla mevzuatın uygulanması zorunlu kılınmıştır⁴⁴¹.

⁴³⁵ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 139.

⁴³⁶ Bkz. Y.2.HD., 28.01.2009 T., E. 2008/13469, K. 2009/917; Y.2.HD., 08.05.2008 T., E.2008/2222, K. 2008/6650; Y.2.HD., 03.04.2009 T., E. 2008/20095, K. 2009/8384. (**Eksi**, Yargıtay Kararları, s. 43-46.)

⁴³⁷ Görevli mahkeme hakkında bilgi için bkz. **Akıntürk/ Ateş**, Aile Hukuku, s. 501, 508.

⁴³⁸ RG. 29.05.1975-15249.

⁴³⁹ **Uluocak**, MÖH, s. 33.

⁴⁴⁰ **Nomer**, s. 291; **Saymen, Elbilir**, s. 507.

⁴⁴¹ **Uluocak**, MÖH, s. 33.

Adalet Bakanlığının bir genelgesine göre de yabancı ülkede Türk konsolosları birinci derecede Türk vesayet makamıdır, dolayısıyla sulh hukuk mahkemesinin vesayete ilişkin görev ve yetkilerini Türk konsolosları yerine getirir⁴⁴².

C. Kesin Yetkili Mahkeme

Kesin yetki kuralları, yetkili mahkemenin hangisi olduğunu mutlak bir ifadeyle belirten ve bu nedenle sadece belirtilen mahkemede dava açılmasına izin veren kurallardır. Dolayısıyla, kesin yetki kuralının var olduğu bir uyuşmazlıkta, HMK m.6 uyarınca genel yetkili mahkemede dava açılmaz, yetki sözleşmesi yaparak MÖHUK m. 47 uyarınca yabancı bir devlet mahkemesini veya HMK m. 17 uyarınca bir Türk mahkemesini yetkilendirme olanakları da yoktur.

Kişi hallerine ilişkin davalar bakımından kesin yetki kuralı mevcut değildir⁴⁴³.

D. MÖHUK Hükümlerine Göre Çocuğun Vesayetine İlişkin Türk Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi

Türk hukukunda, mahkemelerin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tarafından tayin edilmektedir (MÖHUK m. 40)⁴⁴⁴. Bununla birlikte, iç hukukun, yer itibarıyla yetki kurallarının yanında Türk vatandaşlarının (m. 41) ve yabancıların (m. 42) kişi hâllerine ilişkin konularda, özel yetki kuralları vaz' edilmiştir.

Vesayet konusunda, yabancı unsurlu ilişkilerde de Türk hukuku geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Türk hukukunun uygulanmasını gerektiren kaygılar, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları uyarınca milletlerarası yetkili bir Türk

⁴⁴² RG'de yayınlanmayan Adalet Bakanlığının 23.02.1935 tarih ve 6 sayılı genelgesi için bkz. **Saymen/Elbilir**, s. 507.

⁴⁴³ Taşınmazın aynından doğan davalar (HMK m. 12/2), iflas davaları (İİK m. 154/3), ortaklık ilişkilerinden doğan davalar (HMK m. 14/2), tereke davaları (HMK m. 11/1), can sigortası davaları (HMK m. 15/2) bakımından kesin yetki kuralının var olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru/ Arslan/Yılmaz**, s. 142 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 125 vd.

⁴⁴⁴ **Çelikel/ Erdem**, s. 516; **Nomer**, s. 446; **Rona Aybay, Esra Dardağan**, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.45; **Doğan**, s. 57; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 361 vd.; **Bilgin Tiryakioğlu**, "Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s.1141, (Türklerin Kişi Hâlleri); **Mine Tan Dehmen**, Türk Vatandaşlarının Kişi Hâllerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı, MHB, Y. 33, S.1, 2013, s. 171.

mahkemesi bulunmasa da, vesayet konusunda yetkili bir Türk mahkemesinin bulundurulmasını gerekli kılmaktadır. Bu sebeple, MÖHUK, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları ile yetinmemiş ve MÖHUK'un 41. maddesinde Türklerin kişi hallerinde ve 42. maddesinde, yabancılar hakkında vesayet, kayyımlik ve kısıtlılık kararı verilebilmesi için özel yetki kuralları getirilmiştir⁴⁴⁵.

Türklerin kişi hallerine ilişkin bir ihtilaf söz konusu olduğunda, Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde MÖHUK'un 40. maddesi değil, 41. madde hükmünün esas alınması gerekir⁴⁴⁶.

Tüm vesayet işlerinde basit yargılama usulü uygulanır. Sulh hukuk mahkemesi vesayetle ilgili meseleleri çekişmesiz yargı olarak çözer⁴⁴⁷. Çekişmesiz yargı işi olduğundan vesayet makamı, vesayet işlerini re'sen yürütür, talebe bağlı değildir.

1. Çocuğun Türk Vatandaşı Olması Hâlinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Hakkında vesayet kararı alınacak çocuğun Türk vatandaşı olması hâlinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 41'de düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, *“Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemesinde açılmadığı ya da açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye’de sakin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür”*.

MÖHUK m. 41'in uygulanabilmesi için vesayet yurt dışında talep edilmemiş ya da edilememiş olması gerekir. Vesayet kararına ilişkin bir çekişmesiz yargı işinin, yabancı ülke mahkemesinde talep edilmemiş olması şartı açıktır. Yabancı ülke mahkemesinde talep edilememe şartı ise, yabancı ülke mahkemesinde, bu talebin, yetkisizlik nedeniyle reddedilmiş olması ve bu kararın kesinleşmesi olarak ifade edilmiştir⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Nomer, s. 450; Çelikel/ Erdem, s. 524.

⁴⁴⁶ Bu konudaki görüşler için bkz. Tan Dehmen, s. 171, 188; Tiryakioğlu, Türklerin Kişi Hâlleri, s. 1156-1158.

⁴⁴⁷ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, s. 175.

⁴⁴⁸ Tiryakioğlu, Türklerin Kişi Hâlleri, s.1153.

MÖHUK'un 41. maddesindeki yetki kuralının tatbiki için öncelikle davanın taraflarından en az birinin Türk vatandaşı⁴⁴⁹ olmalıdır. Önemli olan, dava konusunun, davalı veya davacı konumundaki Türk vatandaşının kişisel haline ilişkin olmasıdır⁴⁵⁰. Bu itibarla sözgelimi bir yabancı tarafından, bir Türk vatandaşının vesayet altına alınması talebi ile açılan dava da, Türk vatandaşının kişisel halinde bir değişikliği konu edinmesi sebebiyle MÖHUK'un 41. maddesinin uygulama alanına girmektedir.

MÖHUK'un 41. maddesi Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda milletlerarası yetkinin nasıl tayin edileceğini düzenlemektedir. Bir davanın MÖHUK 41. maddenin uygulama alanına girebilmesi için kişi hallerine ilişkin bir dava olması gerekmektedir. Kişi hallerinden ne anlaşılması gerektiği ise Türk hukukuna göre tayin edilecektir⁴⁵¹. Kişi halleri ile kişinin şahsi statüsünü ortaya koyan durumlar kastedilmektedir⁴⁵². Kişinin hukukî vasıfları ile hak ve mükellefiyetlerden faydalanma ve bunları kullanma iktidarını gösteren şahsın hukuku ve aile hukukuna ait meseleler kişi hallerini ifade etmektedir⁴⁵³. Bu itibarla kişinin evli, boşanmış, küçük veya ergin, vesayet altında, sahih veya gayri sahih nesepli olması, ehliyet durumu, gaipliği veya hısımlık ilişkileri kişi halleri ile ilgili bulunmaktadır⁴⁵⁴. Öyle ise Türk vatandaşlarını ilgilendiren evlenmenin butlanı, boşanma ve ayrılık davaları, tanıma, babalığa hüküm, soybağının reddi davaları ile evlat edinme, vasi atanması gibi kararlar hep MÖHUK'un 41. maddesinin uygulama alanına girmektedir⁴⁵⁵.

MÖHUK'un 41. maddesinde Türklerin kişi hallerine ilişkin davanın maddede sözü edilen Türk mahkemelerinde görülebilmesi için, davanın yabancı ülke

⁴⁴⁹ **Nomer**, s. 466; **Çelikel/ Erdem**, s. 567; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 154; **Akıncı**, Milletlerarası Derdestlik, s. 48; **Tiryakioğlu**, Türklerin Kişi Hâlleri, s. 1153; Bir Türk vatandaşının aynı zamanda yabancı bir devletin vatandaşlığına sahip olması, MÖHUK m. 41'in uygulanmasına mani değildir. Kişinin sahip olduğu yabancı devlet vatandaşlığı, onun Türk vatandaşlığının nazara alınmamasına yol açmaz. MÖHUK m. 4/1 (b) bendi uyarınca, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku uygulanır. Dava açıldıktan sonra, Türk vatandaşlığının kaybedilmesi Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi açısından bir önemi yoktur. Çünkü m.41'in uygulanabilmesi için kişinin dava açıldığı tarihte Türk vatandaşı olması gerekir: **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 376; **Tan Dehmen**, s. 173.

⁴⁵⁰ **Nomer**, s. 455; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 152; **Tiryakioğlu**, Türklerin Kişi Hâlleri, s. 115.

⁴⁵¹ **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 152; **Tiryakioğlu**, Türklerin Kişi Hâlleri, s. 1145.

⁴⁵² **Çelikel/ Erdem**, s. 563; **Nomer**, s. 454; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 99.

⁴⁵³ **Nomer**, s. 455; **Çelikel/ Erdem**, s. 547; **Nihal Uluocak**, Kanunlar İhtilâfi (Yasama Yetkisi Kuralları), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 9; **Tiryakioğlu**, Türklerin Kişi Hâlleri, s. 1145

⁴⁵⁴ **Nomer**, s. 454, 455; **Aybay/ Dardağan**, s. 55; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 99; **Jale Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş-Karaman**, Türk Medenî Hukuku - Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 8. Bası, Beta Basım Yayım, s. 471.

⁴⁵⁵ 5718 sayılı MÖHUK md. 41 (veya 2675 s. K. madde 28) kapsamına giren kişi hallerine ilişkin davalara farklı örnekler için bkz. **Nomer**, s. 455; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 371; **Akıncı**, Milletlerarası Derdestlik, s. 48; **Tiryakioğlu**, Türklerin Kişi Hâlleri, s. 1145.

mahkemesinde açılmamış veya açılmamış olmasından söz edilmektedir. Türklerin kişi hallerine ilişkin davanın, Türk mahkemelerinde görülebilmesinin şartı, davanın yabancı ülke mahkemesinde açılmamış veya açılmamış olmasıdır⁴⁵⁶. Bu şart, MÖHUK'un 41. maddesinin, doktrinde genellikle milletlerarası derdestliğin nazara alındığı bir hal olarak yorumlanmasına yol açmaktadır⁴⁵⁷.

Vesayet, kişi haline ilişkin bir husus olmakla, burada önemli olan vesayet altında olan çocuğun Türk vatandaşlığına sahip olmasıdır. Anılan maddenin uygulanmasıyla Türk vatandaşı çocuğun vesayetine ilişkin olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi her zaman bulunmaktadır.

Medenî Kanun'da bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte, MÖHUK'un 41. maddesi uyarınca yetkili olan bir Türk mahkemesi vesayet kararı vermişse aynı zamanda vesayet makamı olarak da görev yapmalıdır. Yine denetleme makamı da, bu yerdeki asliye hukuk mahkemesi olmalıdır.

1.1. Türkiye'de Yer İtibariyle Yetkili Mahkemenin Milletlerarası Yetkisi

MÖHUK m. 41'de sayılan şartların gerçekleşmesi halinde ilk basamakta, Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemenin yetkisi düzenlenmiştir. İlk basamakta Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemenin yer almasının, 40. maddede düzenlenmiş olan genel yetki kuralının bir tekrarından ibaret olmadığı doktrinde vurgulanmıştır⁴⁵⁸.

Türk hukukunda vesayet kararlarını Sulh Mahkemeleri veririler. Denetim makamı ise Asliye Mahkemeleridir (TMK m. 397). Yetkili mahkeme ise vesayet altına alınacak küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet daireleridir (TMK m. 411). Bu yetki kuralı kesin ve kamu düzenine ilişkin⁴⁵⁹ yetki kuralı olarak kabul edilmektedir.

⁴⁵⁶ Nomer, s. 456; Çelikel/ Erdem, s. 567.

⁴⁵⁷ Nomer, s. 456, 457; Çelikel/ Erdem, s. 568; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 378, Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 156; Akıncı, Milletlerarası Derdestlik, s. 45, 47 vd., Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 38-39.

⁴⁵⁸ Tiryakioğlu, Türklerin Kişi Hâlleri, s.1158; Tan Dehmen, s. 188.

⁴⁵⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 110.

1.2. Çocuğun Türkiye’de Sakin Olduğu Yer Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi

Hakkında vesayet kararı verilmesi talep edilen Türk vatandaşı çocuk bakımından, Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemenin bulunmaması durumunda, ikinci basamakta, çocuğun sakın olduğu yer mahkemeleri yetkili kılınmıştır (MÖHUK m.41). Doktrinde, sakın olunan yerin, mutad meskene göre daha zayıf bir bağlantıyı ifade ettiği, bunun için sosyal bütünleşme şartının aranmayacağı vurgulanmıştır⁴⁶⁰.

1.3. Çocuğun Türkiye’deki Son Yerleşim Yeri Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi

Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkeme bulunmamakta ise ve çocuk Türkiye’de sakın değilse üçüncü basamakta, çocuğun Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesi yetkili kılınmıştır (MÖHUK m. 41)⁴⁶¹.

1.4. Ankara İstanbul veya İzmir Mahkemelerinin Yetkisi

Türklerin kişi hallerine ilişkin hususlarda, her zaman milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi tesis edilmek istenmiştir⁴⁶². Bu nedenle, Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkeme bulunmamakta ise, çocuk Türkiye’de sakın değilse ve son yerleşim yeri de Türkiye’de değilse son basamakta Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleri yetkili kılınmıştır.

⁴⁶⁰ Nomer, s. 56; Çelikel/ Erdem, s. 64; Doğan, s. 66.

⁴⁶¹ Yargıtay’ın, vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesine ilişkin olarak ilgilinin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinin milletlerarası yetkisini değerlendirdiği çeşitli kararları bulunmaktadır. Yargıtay 17. HD.’nin 18.9.2009 tarihli kararında, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşı hakkında vesâyet altına alınma isteminde bulunulmuştur. Malatya sulh hukuk mahkemesi, hakkında kısıtlılık kararı talep edilen kişinin, nüfusa kayıtlı olduğu yerin yerleşim yeri kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. Yeşilyurt sulh hukuk mahkemesi ise bu kişinin, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması ve Malatya Merkez nüfusuna kayıtlı olması nedeniyle yetkisizlik kararı vermiştir. Yargıtay ise Türkiye’deki son yerleşim yerini değerlendirirken, ilgilinin, Malatya’da taşınmaz malının bulunduğunu, tedavisi için vasi atandıktan sonra bu taşınmaz malın satışına izin verilmesini istediğini, hakkında kısıtlanma kararı talep edilen kişinin, daha önce Malatya asliye hukuk mahkemesi kararıyla boşandığını belirterek, Malatya sulh hukuk mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermiştir. (Yargıtay 17. HD., 18.9.2009 T., E. 2009/6030 ve K. 2009/5671 sayılı karar özeti için bkz. **Bülent Çiçekli**, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 38-42).

⁴⁶² Tiryakioğlu, Türklerin Kişi Hâlleri, s. 1154; Tan Dehmen, s. 192.

2. Çocuğun Yabancı Olması Hâlinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar için özel yeki kuralı getirilmesinin gerekçesi, MÖHUK m.10/3 ve m. 11’de düzenlenmiş olan özel kanunlar ihtilâfı kurallarıdır⁴⁶³. Yabancıların kişi hallerine ilişkin olarak vesayet, kısıtlılık, kayyımlik, gaiplik ve ölmüş sayılma hallerinde Türk hukukunun esasa uygulanması durumunda Türk mahkemelerinin yetkisinin de özel olarak düzenlenmesi ihtiyacı hissedilmiştir⁴⁶⁴.

MÖHUK m. 42’ye göre: *“Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesâyet, kayyımlik, kısıtlılık, gaiplik, ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye’de sakin olduğu yer, sakin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir”*⁴⁶⁵. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin bu hüküm, yabancıların kişi hâllerine ilişkin bütün konuları içermemektedir⁴⁶⁶. Sadece vesâyet, kayyımlik, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları bakımından kabul edilmiştir⁴⁶⁷.

Maddede yer alan “yabancı” ifadesi, mülteci ve vatansızları da kapsamaktadır⁴⁶⁸.

2.1. Çocuğun Türkiye’de Yerleşim Yerinin Bulunması Durumunda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

MÖHUK m. 42’deki yetki kuralının uygulanabilmesi için iç hukukun yer itibariyle yetki kuralına göre yetkili bir mahkemenin bulunmaması gerekir. Çocuğun yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması halinde, MÖHUK m. 40 uyarınca iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları uygulanacaktır. Bu atıf nedeniyle TMK’un 411. maddesi

⁴⁶³ Nomer, s. 470; Çelikel/ Erdem, s. 571; Doğan, s. 66.

⁴⁶⁴ Nomer, s.471; Doğan, s. 66; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 379; Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2011/1, s. 403-427, s. 412-413, (Vesayet); Ekşi, Milletlerarası Yetki, s.158-159.

⁴⁶⁵ 2675 sayılı Kanun döneminde, MÖHUK m. 29’da, *“Türkiye’de ikametgâhı bulunmayan yabancılar hakkında, vesâyet, kayyımlik, hacir, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları, ilgilinin Türkiye’de sakin olduğu yer, sakin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir.”* hükmü bulunmakta idi.

⁴⁶⁶ Tan Dehmen, s. 176.

⁴⁶⁷ Doğan, s. 66.

⁴⁶⁸ Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 158.

hükmüne göre, çocuğun yerleşim yeri mahkemeleri milletlerarası yetkiyi haiz olacaktır⁴⁶⁹.

TMK 21. maddesi, velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri anne ve babasının, anne ve babasının ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun kendisine bırakıldığı anne veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri onun yerleşim yeri sayılır.

Medeni Kanun'un 411. maddesindeki yetki kuralı, doktrinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından münhasır yetki kuralı olup olmadığı noktasında tartışılmıştır. Katıldığımız görüşe göre, iç hukuk için kamu düzenine ilişkin ve kesin kabul edilen bu yetki kuralı, münhasır yetki kuralı olarak kabul edilemez⁴⁷⁰. Bu görüş, yabancı mahkemeler tarafından verilmiş vasi atanmasına ilişkin ilâmların tanınmasının, vesayet makamlarının, ilgilinin yerleşim yerinde Türk hukukuna göre teşekkül etmesine engel olmayacağını vurgulamaktadır⁴⁷¹.

Bu bağlamda, Yargıtay önceleri vesayet işlerinde Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisini, kamu düzeninden ve münhasır yetki olarak kabul etmekte ve yabancı mahkemeler tarafından verilen vesayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizinin mümkün olmadığını ifade etmekteydi⁴⁷².

Buna mukabil Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarında, vesayet işlerinde Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisinin münhasır olup olmadığı meselesinde önceki kararlarından dönerek, vesayet işlerinin niteliği bakımından ayrıma gittiği, “vesayetin yöntemi” ile ilgili kararların idari nitelikte olduğu ve kazai nitelik ve ilam vasfı taşımadıklarından tanınmasının mümkün olmadığı, “vesayetin yöntemi” dışında kalan tüm konularda ise, “vasi tayini” de dahil, yabancı mahkemeler tarafından verilen vesayet kararlarının tanınıp tenfiz edilmesi gerektiği yönünde kararlar verdiği görülmektedir⁴⁷³.

⁴⁶⁹ **Eksi**, Milletlerarası Yetki, s. 158; **Musa Aygül**, “Yabancı Mahkemeden Verilen Vesâyet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 145, (Vesayet Kararlarının Tanınması).

⁴⁷⁰ **Aygül**, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 146.

⁴⁷¹ **Aygül**, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 147.

⁴⁷² Bkz. Y. HGK. 08.07.2009 T., E. 2009/2-280, K. 2009/326; Y. HGK. 18.11.2009 T., E. 2009/2-557, K. 2009/527, (www.kazanci.com, Erişim 10.05.2016).

⁴⁷³ **Çelilel, Erdem**, s. dn. 39. Detaylı bilgi için bkz. Bölüm V.III.B.2.; Ayrıca Y.18. HD., 20.03.2014 T., E. 2013/16914, K. 2014/5145 sayılı karar özeti için bkz. **Çiçekli**, s. 43-47.)

2.2. Çocuğun Türkiye’de Sakin Olduğu Yer Mahkemesi

Çocuğun Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması halinde, Türkiye’de sakın olduğu yer mahkemeleri yetkilidir (MÖHUK m. 42). Doktrinde bir görüşe göre, yabancının Türkiye’de sakın olduğu yer mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunması için yabancının hem yerleşim yeri Türkiye’de bulunmamalıdır hem de mutad meskeni Türkiye’de bulunmamalıdır⁴⁷⁴. Bu görüşe göre yabancının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmuyorsa fakat Türkiye’de mutad meskeni bulunmakta ise HMK m.6 uyarınca mutad mesken mahkemeleri yetkilidir⁴⁷⁵.

2.3. Çocuğun Mallarının Bulunduğu Yer Mahkemesi

MÖHUK m. 42’ye göre, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesâyet ve kısıtlılık kararları, Türkiye’de sakın de değil ise mallarının bulunduğu yer mahkemesi tarafından verilir.

2.4. Çocuğun Türkiye’de Sakin Olmadığı ve Türkiye’de Malvarlığının Bulunmadığı Durumlarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Çocuğun Türkiye’de sakın olmadığı ve mallarının da bulunmadığı durumlarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin bir yetki kuralı bulunmamaktadır. Doktrinde, kamu düzeni müdahalesi sonucu yabancının bulunduğu yer mahkemelerinin kısıtlılık ve vesâyet kararı verebileceği ileri sürülmektedir⁴⁷⁶. Bu görüşe göre milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili mahkeme tayin edilmemiş bulunmasına karşın uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde görülmesi kamu düzeni gereği ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁷.

Çocuğun Türkiye’de sakın olmadığı ve Türkiye’de mallarının da bulunmadığı durumlarda, kanaatimizce, HMK m. 384/1’de düzenlenmiş olan yetki kuralının, çocuğun vesayetine ilişkin yetkiyi de düzenlemekte (HMK m. 382/1-19).

⁴⁷⁴ Çelikel/ Erdem, s. 572.

⁴⁷⁵ Çelikel/ Erdem, s. 572.

⁴⁷⁶ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 414.

⁴⁷⁷ Aybay/ Dardağn, s. 60.

V. BRÜKSEL IIA TÜZÜĞÜN'DE ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN KONULARDA MAHKEMELERİN YETKİSİ

I. Genel Bilgi

Brüksel IIA m. 2/7'e göre, "velâyet sorumluluğu" kavramı, tüzel veya gerçek kişiye ait bir sorumluluk olup, çocuğun kişiliği ve mallarına ilişkin tüm hak ve yükümlülükleri içerir. Bu sorumluluk kaynağını bir kanundan, hukuken geçerli ve bağlayıcı bir anlaşma ya da karardan alabilir. Dolayısıyla, anne-baba velâyet sorumluluğuna sahip kişiler iken vasi, *gerçek kişi olabileceği gibi bir devlet kurumu da olabilir. Bu gerçek veya tüzel kişi, vesayet sorumluluğuna sahip kişilerdir.*

Brüksel IIA Tüzüğü'nün milletlerarası yetkiye ile ilgili maddelerine göre, ihtilaf konusu çoklu olarak devletlerle ilgili olmasa bile geçerlidir, yani coğrafi bir uygulama söz konusu değildir. Hatta hukuki uyuşmazlıktaki tarafların yabancı olmaları da aranmaz⁴⁷⁸. Dolayısıyla Avrupa Birliği vatandaşı olmaları da Brüksel IIA hükümlerinin uygulanması için gerekli değildir⁴⁷⁹.

A. Genel Yetki Kuralı

Çocuğun vesayetine ilişkin davalarda genel yetki kuralı Tüzüğü'nün 8. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁸⁰. 9, 10, 12. maddeler için de uygulanacak olan bu hükme göre vesayet altına alınması söz konusu olan çocuğun dava açılış tarihindeki mutad mesken devletinin (üye devletlerden) mahkemeleri, dava için yetkili mahkemeler olarak kabul edilmiştir⁴⁸¹.

Bu hüküm, üye devletler açısından yetkili mahkemeleri belirlemekte olup, hangi devletin mahkemelerinin yetkili olacağı bu hükme göre belirlendikten sonra o devletteki yetkili mahkemenin yer itibarıyla hangisi olacağını belirlememekte, bu konuyu *lex fori*'ye bırakmaktadır. Yukarıda değinilen, "*davanın açıldığı an*" için

⁴⁷⁸ **Ekşi**, Brüksel II bis Tüzüğü, s. 1154.

⁴⁷⁹ Uyanık Çavuşoğlu, s. 228.

⁴⁸⁰ **Practice Guide**, s. 29; **Lenaerts**, s. 1305.

⁴⁸¹ **Popova**, s. 84; Brüksel IIA uygulamasında Bulgar mahkemeleri genel yetki olarak çocuğun mutad meskeni kabul edilmiş, bkz. <http://www.ex-lege.info/?id=357413>; http://ex-lege.info/?id=_327275, Erişim 23.11.2017. Ancak Bulgar hukukunda mutad meskeni kavramının yanlış yorumlanması çok sık görülmekte. Bkz. www.egalalcts.justice.bg/Search/GetActContentByActId?actId=B%2BROFrHJZ7s%3D, Erişim, 07.11.2017.

yapılacak belirleme de Brüksel IIA Tüzüğü'nün III. Bölümündeki 16. madde göz önüne alınarak yapılır⁴⁸².

Bazı milletlerarası sözleşmelerde olduğu gibi, Brüksel IIA hükümleri hakkında, herhangi bir Açıklayıcı Rapor bulunmamaktadır. Nitekim, bağlayıcı nitelikte olmayan bir “Uygulama Kılavuzu” mevcuttur. Kılavuza göre, çocuğun vesayeti alanında en uygun mahkemenin mutad mesken yeri mahkemesi olmasına ilişkin kural, temel bir ilkedir (m. 8).

Kılavuzda, mutad mesken yeri mahkemesinin tercih edilmiş olması, bu kavramın uluslararası düzenlemelerde artan bir biçimde kullanılmış olmasıyla gerekçelendirilse de, öğretide bu kavramın seçilmesinin isabetli olmadığı çok çeşitli gerekçelerle dile getirilmektedir⁴⁸³.

Mutad mesken kavramının Tüzükte ile tanımlanmamış olması ve dolayısıyla kavramın ulusal hukuklarda tanımlanmaya bırakılması, uygulamada farklı ülkelerde yapılacak olası farklı tanımlar sebebiyle karışıklığa yol açabileceği düşüncesiyle haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁸⁴.

Tüzüğü'nün, çocuğun vesayeti konusunda basamaklı bir yetki sistemi getirdiği söylenebilir. Vesayet altına alınacak çocuğun mutad mesken yer mahkemesini yetkili kılan 8. maddesi hükmüne, Tüzüğü'nün 9, 10, 12 ve 13. maddeleriyle çeşitli istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalarda belirtilen mahkemelerin yetkisi, vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer esasına göre tayin edilmemiş olabilir⁴⁸⁵.

B. Kurahın İstisnaları

1. Çocuğun Önceki Mutad Meskeninde Devam Eden Yargılamaya Bakan Mahkemenin Yetkisi

Vesayet altına alınması beklenen çocuğun mutad meskenin bir yargılama devam ederken mutad eskende kanuna uygun şekilde değişiklik olması mümkündür.

⁴⁸² Brüksel IIA Önerisinde mahkeme kelimesi makam ile değiştirilmiştir (m. 2, f. 1).

⁴⁸³ **Özbek Hadimoğlu**, s. 352.

⁴⁸⁴ **R. Lament**, "Habitual Residence and Brussels II bis: Developing Concepts for European Private International Law", *Journal of Private International Law*, October 2007, Vol. III, No 2, s. 271. (Habitual Residence), s. 262.

⁴⁸⁵ **Özbek Hadimoğlu**, s. 353.

Böyle bir durumda önceki yargılamaya (*perpertuation fori*) dair hüküm, Tüzüğün 9. maddesinde yer almaktadır⁴⁸⁶.

Madde 9(1)'e göre, eğer çocuğun üye bir devletteki mutad meskeni başka bir üye devlete taşınırsa, çocuğun mutad mesken değişikliğinden itibaren 3 ay süresince eski mutad mesken ülkesinin mahkemelerinin yetkisi geçerli olacaktır ancak bunun için çocuk ile görüşme hakkı talep eden kişinin çocuğun eski mutad meskeni ülkesinde ikamet etmesi şartı aranır. Dolayısıyla çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu üye devletin mahkemeleri bu 3 aylık süre içerisinde görüşme talebi ile ilgili karar veremeyeceklerdir. Bu maddenin uygulanmasında 8. madde istisna tutulmuştur.

Tüzüğün 9. maddesinde, çocuğun hukuka uygun olarak⁴⁸⁷, bir üye devletten bir başka üye devlete götürülmesi halinde, vasilerin/çocuktan sorumlu olan kişilerin veya ebeveynlerin çocuğun mutad meskenini değiştirerek görüşme hakkına ilişkin olarak verilmiş kararları ortadan kaldırmasını önleme amacı taşıyan bir düzenleme getirilmiştir.

Ancak çocukla görüşme hakkını elinde bulunduran kişi veya kişiler çocuğun yeni mutad meskeninde⁴⁸⁸ açılacak bir davada yetkisizliğe yönelik bir itirazda bulunmazlar ise mahkemenin yetkisi kabul edilmiş olacak ve 9. maddenin 1. paragrafı uygulama alanı bulmayacaktır (m. 9/2)⁴⁸⁹.

2. Vesayet Altındaki Çocuğun Kaçırılması Hâlinde Mahkemelerin Yetkisi

Yukarıda çocuğun mutad meskeninin yasal olarak değişmesi durumu incelenmişti. Ancak bir başka ihtimal de çocuğun kaçırılması⁴⁹⁰, haksız olarak götürülmesi veya alıkonulmasıdır. Brüksel IIA'nın 10. madde hükmüne göre, çocuk haksız olarak başka bir ülkeye götürülür ve alıkonur ise eski bulunduğu ülkenin mahkemelerinin yetkisi geçerliliğini sürdürecektir⁴⁹¹. Mutad meskenin devletinin

⁴⁸⁶ 1996 tarihli La Haye sözleşmesi'nde, çocuğun eski mutad mesken mahkemesinin yetkisi kabul edilmemiştir. (**Lagarde**, para 42).

⁴⁸⁷ Çocuğun haksız uzaklaştırılması ya da alıkonulması 10. maddede düzenlenmiştir.

⁴⁸⁸ Tüzükte "mutad mesken" kavramının tanımına yer verilmediği gibi "yeni mutad mesken" kavramının tanımı da yapılmamıştır.

⁴⁸⁹ **Sema Çörtoğlu Koca**, Evliliğe ve Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel IIA Tüzüğü (AT 2201/2003), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 246; **Popova**, s. 85.

⁴⁹⁰ Üye devletler dışında gerçekleşen çocuk kaçırılması veya alıkonulması durumunda, devlet mahkemesinin yetkisi 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre ve 1980 tarihli La Haye Sözleşmesine göre belirlenecektir.

⁴⁹¹ **Practice Guide**, s. 29; **Popova**, s. 86.

mahkemelerinin yetkili kılınmasını ön gören genel kurala bu noktada bir istisna getirilmiştir ve bunun amacı da çocuk kaçırılması suretiyle yargılama sürecine müdahale etme fikrinin önüne geçmektir⁴⁹².

Ancak çocuğun kaçırıldığı devletin mahkemelerinin yetkili olacağı iki istisna durum söz konusudur. Birincisi, çocuğun başka bir devlete kaçırılması veya alıkonulmasına vesayet sahibinin onay vermesi ve çocuğun bu kaçırıldığı veya alıkonulduğu devlette yeni bir mutad mesken edinmiş olması durumudur (m. 10/1a)⁴⁹³.

İkincisi ise, yine çocuğun bu kaçırıldığı veya alıkonulduğu devlette yeni bir mutad mesken edinmiş olması ve bu yeni mutad meskeninde 1 yıldan uzun süredir ikamet ediyor olması, çocuğun bulunduğu yerin neresi olduğunu bilmesi veya bilecek durumda olması, bu çevreye karşı alışkanlık geliştirmiş olması ve madde hükmünde ifade edilen seçimlik şartlardan en az birinin sağlanmış olması gerekir (m.10/1-b). Vesayet hakkı sahibi kişi geri dönüş başvurusu yapmaması veya böyle bir başvuruyu geri çekmiş olması ya da kendisinin genel davranışları seçimlik şartları doğurabilir (m. 10/1 -b-(i)-(ii)). Dönüş kararlarına dair şartlara uyulmaz ve çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet mahkemesi vesayete dair ancak çocuğun geri dönüşü ile ilgili olmayan bir karar vermişse, yine çocuğun alıkonulduğu ya da kaçırıldığı devlet mahkemesi yetkili kabul edilir (m. 10/1 -b-(iii) ve (iv))⁴⁹⁴.

3. Yetki Anlaşması

Yetki anlaşması 12. madde ile düzenlenmiştir ve boşanmayla ilgili konularda yetki anlaşması kabul edilmemiştir. Tüzüğe göre eğer şartlar oluşmuşsa, boşanma davasının sonucu olarak çocuğun vesayetine dair davalarda da boşanma davasını yürüten mahkeme yetkili olabilir⁴⁹⁵.

⁴⁹² **Lenaerts**, s. 1312.

⁴⁹³ **Nikolay Natov**, Brussels II bis Regulation, Ciela Yayınevi, Sofia 2014, s. 123. Tüzüğün m. 10 ile m. 13 ve 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin m. 10 ile m. 11 beraber uygulayıp Bulgar mahkemesi yanlış bir şekilde kendisini yetkili kılmış, bkz. <http://legalacts.justice.bg/Search/GetActContentByActId?actId=2Pf8fSyVG%2Fs%3D>, Erişim 22.11.2017.

⁴⁹⁴ **Özberk Hadimoğlu**, s. 354; **Natov**, s. 133.

⁴⁹⁵ **Practice Guide**, s. 15. Bulgar mahkemeleri Tüzüğün 12 maddesini yanlış bir şekilde yorumlayıp kendilerini çoğu kez yetkili kılmakta, bunun nedeni çocuğun üstün menfaatinin doğru yorumlamadıkları içindir, **Natov**, s. 193; Bkz. <http://domino.vks.bg/bcap/scc/webdata.nsf/Keywords/CEE50E893CA99783C225782500264448>, Erişim 22.11.2017.

Vesayet altına alınmada yetkili üye devlet mahkemesinin belirlenmesinde genel kural, bilindiği gibi, vesayet altına alınacak çocuğun mutad mesken ülkesi mahkemelerinin yetkili olmasıdır. Bu genel kural ancak özel koşullarda ve sınırlı olarak değişebilir. Tüzüğün 12. maddenin 1-3 paragraflarında belirtilen durumlar gerçekleşmez ise 12. maddeye göre yeni bir yetkili mahkeme oluşmaz⁴⁹⁶.

Evliliğe ilişkin konularda ve çocuğu ilgilendiren durumlarda, açılmış bir dava varsa ve bu dava devam ederken çocuğun o andaki mutad meskeni bu davanın görüldüğü ülkenin dışında bir ülkeyse, bu durumda yetki anlaşması yapılabilirliği dikkate değer bir konu olacaktır. Tüzükte m. 12/1-2 bu durumu düzenlemektedir ve sadece Tüzüğün 3. maddesi dahilinde yetkili mahkemelerce uygulanır. Dolayısıyla Tüzüğün 12. birinci ve ikinci fıkraları, 7. madde uyarınca yetkili kılınan mahkemenin yetkisini bertaraf etmez, bu konuda bir etkisi yoktur. 12. madde ile getirilen kural, sadece mutad meskeninin davanın görüldüğü üye devlet dışında başka üye devlette olması durumunda değil, ayrıca mutad meskenin üye devletler dışında olmasında da uygulama alanı bulur⁴⁹⁷.

Tüzüğün 12/1 maddesine göre, Tüzüğün 3. maddesi uyarınca evliliğin butlanına, ayrılık veya boşanmaya dair karara yetkili üye devlet mahkemesi, bu dava ile ilişkili olarak vesayet sorumluluğuna yönünden karar vermeye de aşağıdaki hallerde yetkili sayılır:

- Çocuğun velâyet sorumluluğunun eşlerden en az birine ait olması

- eşler veya velâyet/ vesayet sorumluluğuna sahip kişi veya kurum tarafından açıkça mahkemenin yetkisinin kabul edilmesi ve çocuğun üstün yararının söz konusu olması.

Madde 12/3'e göre ise, bir üye devlet mahkemesi aşağıda belirtilen iki koşulun varlığı halinde de vesayet sorumluluğuna ilişkin, m. 12/1'den ayrık olarak, yetkili olur⁴⁹⁸:

⁴⁹⁶ **Practice Guide**, s. 31.

⁴⁹⁷ **Rauscher**, s. 40.

⁴⁹⁸ Yetki konusunda 1996 tarihli La Haye Sözleşmesinde kabul edilmemiş. **Natov**, s. 187.

(a) ilgili üye devlet ile çocuğun yakın bir ilişkiye sahip olması, buna örnek olarak, vesayet veya velâyet sorumluluğu olan şahıslardan birinin o üye kon devlette mutad meskeni olması veya çocuğun o üye devletinin vatandaşı olması

(b) tarafların mahkemenin yetkisini açıkça kabul etmeleri ve çocuğun üstün yararının söz konusu olması.

Çocuğun üstün yararını karuyan bir yetki kuralı da Tüzüğün 12. maddesinin son paragrafında düzenlenmiştir. Buna göre, çocuğun mutad meskeni 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin tarafı olmayan bir ülkede ise ve bu devlette dava açmak mümkün değilse, yetki çocuğun üstün yararı gözetilerek belirlenir (m.12 /4)⁴⁹⁹.

4. Çocuğun Bulunduğu Yere Bağlı Olarak Tesis Edilen Yetki

Tüzüğün 13. gereğince, vesayet altına alınacak çocuğun yararı gözeterek, çocuk, mutad mesken edinemez ve yetki 12. maddeye göre belirlenemezse, vesayet altına alınacak çocuğun bulunduğu üye devlet mahkemeleri yetkili olacaklardır⁵⁰⁰.

Aynı düzenleme, mülteci çocuklar ve ülkesinde meydana gelen karışıklıklar sebebiyle uluslararası anlamda yerini değiştiren⁵⁰¹ çocuklar için de uygulanacaktır⁵⁰².

5. Ek Yetki Kuralları

Çocuğun yararı gözeterek Tüzüğün 14. maddesinde⁵⁰³ ek bir yetki kuralına yer verilmiştir. Bu ek kural uyarınca, Tüzüğün 8 ile 13. maddelerine uygun olarak herhangi bir üye devlet mahkemesinin yetkisinin tesis edilememesi halinde, her ülke kendi yetki mevzuatı dâhilinde yetkili olup olmadığını tayin edecektir⁵⁰⁴. Bu devlet mahkemelerinden verilen kararlar da, Tüzüğün öngördüğü kurallar uyarınca tanınip tenfiz edilebilme olanağına sahiptir.

⁴⁹⁹ **Practice Guide**, s. 33.

⁵⁰⁰ **Koca**, s. 269; **Popova**, s. 89.

⁵⁰¹ Bu çocuklar mülteci olarak değil uluslararası anlamda yerini değiştiren çocuklar (*internationally displaced children*) olarak kabul edilmiştir. Çoğu zaman bunlar refakatsiz veya ailelerinden ayrılmış çocuklardır. Ayrıntı bilgi için bkz. **Separated, asylum-seeking children in European Union Member States, Comparative report**, http://fra.europa.eu/sites/default/files/frauploads/1692-SEPAC-comparative-report_EN.pdf, Erişim 24.11.2017.

⁵⁰² Aynı düzenleme 1996 tarihli La Haye Sözleşme'nin 6. maddesinde görülmektedir.

⁵⁰³ Bulgar mahkemelerinde Tüzüğün m. 14 ilişkin uygulama bulunmamaktadır.

⁵⁰⁴ **Koca**, s. 269.

6. Davanın Nakli

Çocuğun vesayetine ilişkin davalarda, vesayet altına alınacak çocuğun yararı olduğu takdirde, Tüzük, bazı koşullar altında ve istisnalar haricinde, yetkili olan bir mahkemenin, davayı davanın daha iyi bakılacağı bir başka üye devlet mahkemesine nakletmesine izin vermektedir⁵⁰⁵.

Yargılama sırasında vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskenini değiştirmesi, Tüzük m. 8'de öngörülen mutad mesken yeri mahkemesinin yetkisine etki etmeyecektir. Bununla birlikte, 15. madde hükmünde, vesayet altına alınacak çocuk bir başka üye devlette mutad mesken edinmişse, bu yer mahkemesi ile çocuk arasında bağlantı olması şartıyla, uyumsuzluk bu yer mahkemesinde görülebilecektir. Bağlantının hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılacağı, madde hükmünde tüketici biçimde sayılmıştır. Bu şartlara bakıldığında, uyumsuzluğun tarafları ile mahkeme arasında çocuğun terk ettiği mutad mesken mahkemesine oranla daha yakın bir bağlantı vardır⁵⁰⁶.

Brüksel IIA'nın 15. maddesine⁵⁰⁷ göre, açılış olan bir vesayet davasının konusu çocuğun farklı bir üye devletin mahkemesi ile yakın ilişkisi tespit edilirse ve çocuğun üstün yararı açısından davanın bu mahkemede görülmesinin daha verimli olacağı düşünülebilirse, istisnaen bu diğer mahkemede davanın görülmesine karar verilebilir. Bu kararı verecek olan makam vesayete ilişkin davanın görüldüğü ilk mahkeme olacaktır (m.15/1)⁵⁰⁸.

Karar noktasında mahkemenin iki seçeneği bulunur (m.1 5/1). Buna göre mahkeme,

(a) Kısmen veya davanın bütünü için kararı erteler ve tarafları yukarıda belirtilen ilişkili mahkemede dava açmaya sevkeder (m. 15/4), veya

⁵⁰⁵ Aynı düzenleme 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 8 ve 9. maddesinde görülmekte.

Tüzükte genel yetkili olarak kabul edilen mutad mesken devleti mahkemesinin yetkisi, kural olarak, çocuğun mutad meskeninin değişimiyle etkilenmez. Bununla birlikte, bu kurala yetki transferini öngören 15. madde hükmüyle bir istisna getirilmiştir.

⁵⁰⁶ **Özberk Hadimoğlu**, s. 356.

⁵⁰⁷ Bulgar mahkemeleri Tüzüğün m. 15 ilgili uygulamalarında çok kısıtlıdır. Çocuğun vesayetine ilişkin davada Bulgar mahkemesi kendisini yetkisiz sayıp, İspanya mahkemesi yetkili kılar, bkz. <http://domino.vks.bg/bcap/scc/webdata.nsf/Keywords/36DADFFDAD239766C22579F2004A64C5>, Erişim 22.11. 2017.

⁵⁰⁸ **Pavlova**, s. 92.

(b) Yine yukarıda belirtilen ilişkili gördüğü ve davanın yürütülmesi açısından daha uygun olduğunu düşündüğü diğer üye ülkenin mahkemesinden davanın görülmesini talep eder (m. 15/5).

Bu maddede belirtilen yetkinin oluşabilmesi için çocuğunun üstün yararını ön koşul olarak kabul edildiğine dikkat etmek gerekir.

(a) dava başladıktan sonra vesayet konusu çocuğun mutad meskeni değişmişse;

(b) çocukla yakın ilişkide olduğu ve davayı takip etmesinin daha yerinde olacağı düşünülen mahkenin bulunduğu devlet çocuğun önceki mutad mesken ülkesiyse;

(c) vesayet konusu çocuk, o mahkemenin bulunduğu ülkenin vatandaşıysa;

(d) vesayet konusu çocuğun vesayet sahibi sorumlusunun o mahkemenin bulunduğu devlette mutad meskeni varsa;

(e) vesayet konusu çocuğun o diğer üye devletteki mallarının korunması ve idare edilmesi ve hatta bunun için bir tedbir gerekliyse, bu madde hükmüne göre belirtilen diğer üye ülke devletinin mahkemesinde davanın görülebileceği belirtilmiştir (m. 15/3). Bu uygulamanın bir istisna hükmü olduğu unutulmamalıdır (m. 15/1)⁵⁰⁹.

Bu düzenleme oldukça detaylı şekilde kaleme alınmış, temelde yargılamanın hızlı, daha uygun ve verimli bir şekilde sonuçlandırılması esas alınmıştır. Daha uygun mahkemede davanın görülmesi, taraflardan herhangi birinin davaya ilk bakan mahkemeden usulünce talep etmesi üzerine mümkün olabileceği gibi, davayı görmekte olan mahkeme re'sen de bu kararı alabilir (m. 15/2). Mahkemenin belirleyeceği sürede taraflar yeni mahkemede dava açmadıkları taktirde, davaya ilk olarak bakan mahkeme davayı görmeye devam edebilir (m. 15/4). Sevk olunan ve davaya bakmasının daha uygun olduğu düşünülen diğer mahkemenin ise kendi yetkisi konusunda karar vermek için 6 haftalık bir süresi vardır. (m. 15/5). Bu yeni mahkeme, sevk eden mahkeme ile aynı görüşte değilse ve davaya bakmakta, yukarıdaki koşullar dahilinde, uygun mahkeme olmadığını düşünüyorsa, davanın ilk açıldığı mahkeme yeniden yetkili hale gelir (m. 15/5). Dikkat edileceği üzere bu noktada farklı üye ülke

⁵⁰⁹ Koca, s. 270-271; Pavlova, s. 93.

mahkemelerinin ve ilgili kurumların iletişim içinde olma ve birlikte hareket etme zorunluluğu doğmaktadır ki bu işbirliği ihtiyacı da maddenin son fıkrasında kaleme alınmıştır⁵¹⁰.

Yetkili mahkemenin birlikte çalışacağı kurumlar Tüzükte 53. maddede belirtilmiştir (m. 15/6)⁵¹¹.

7. Acil Durumlarda Üye Devletlerin Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararı Verebilmesinde Yetkili Mahkeme

İlgili Tüzüğün 20. maddesi hükmü uyarınca da esas yetkili mahkeme dışında başka bir üye ülke mahkemesine, çocuğun şahsın ve malların korunması yönünde tedbir kararı alma yetkisi tanınmaktadır. Bu önleyici tedbirler çocuğun vesayet altına alınması şeklinde de gerçekleşebilir.

Buradaki düzenleme, çocuğun kendisinin veya malvarlığının üye bir ülkede bulunması halinde o ülke mahkemesinin çocuğun kendisini veya malvarlığını korumak üzere gerekli tedbirleri alabileceği halleri kapsamaktadır. Bununla beraber, çocuk kaçırılması ile alakalı olarak tesis edilecek geçici koruma tedbirleri, Tüzüğün 11/5. maddesinde düzenleme konusu yapılmaktadır. Tedbir kararı, bu tedbir kararını alan mahkeme, ülkesi sınırları içinde etkili olacaktır (m. 20/1)⁵¹². Ancak sözkonusu tedbirler, Tüzük hükümleri uyarınca davanın esası üzerinde yetkili olan mahkeme tarafından daha uygun tedbirlerin alınması halinde uygulanmayacaktır (m. 20/2)⁵¹³. Brüksel IIA'nın geçici ve koruyucu tedbir kararlarına ilişkin düzenlemesi kapsamında da Tüzüğün yetki hükümlerinden ziyade ulusal yetki hükümlerine gönderme

⁵¹⁰ Özberk Hadimoğlu, s. 356; Pavlova, s. 93.

⁵¹¹ Pavlova, s. 94.

⁵¹² Brüksel IIA'nın 20. maddesi hükmü, esas yetkili mahkeme dışında başka bir üye ülke mahkemesine, çocuğun vesayetine ilişkin gerekli koruma tedbirlerin alınması yönünde yetki vermektedir. Brüksel IIA'nın geçici ve koruyucu tedbir kararlarına ilişkin düzenlemesi, aynen Brüksel I Tüzüğü gibi, Tüzüğün yetki hükümlerinden ziyade ulusal yetki hükümlerine gönderme yapmaktadır. Bu durumda, davanın esası üzerinde başka bir ülke mahkemesi yetkili olsa bile, üye bir ülke mahkemesinden tedbir kararı almak mümkün olmaktadır. Söz konusu tedbirler, çocuğun acilen korunmasını gerektiren ivedi hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. C-403/09, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-403/09>; C-296/10, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-296/10>; C-256/09, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-256/09>, Erişim 21.10.2017.

⁵¹³ Brüksel I Tüzüğü her ne kadar ihtiyati tedbir yargılamasını derdestlik kuralının bir istisnası olarak kabul etse de Brüksel IIA Tüzüğü'nde, esas yetkili mahkemenin başka bir üye ülke mahkemesi ile aynı anda benzeri bir tedbir kararı alması halinde, o ülke mahkemesince alınmış olan tedbir kararını hükümsüz kılacağına ilişkin açık bir hüküm içermektedir (Brüksel IIA Tüzüğü, m. 20/2). Bu anlamda, aynı anda tedbir kararının alınmasına ilişkin olarak, derdestlik hükümlerini işleterek bu konuda esas yetkili mahkemeye öncelik vermiştir.

yapılmaktadır. Bu hükümden anlaşılan, davanın esası üzerinde başka bir ülke mahkemesi yetkili olsa bile üye bir ülke mahkemesinden tedbir kararı alabilmesinin mümkün olduğudur. Söz konusu tedbirlerin uygulanması ile ilgili en temel özellik, bu tedbirlerin acil hallerde uygulanacak olmasıdır. Tedbirlerin içeriği ile ilgili olarak ise, sözkonusu tedbirler her ne kadar Tüzüğün kapsamı içinde bulunan yargılamalara ve ancak ivedilik gerektiren hallerde uygulanacak olsa da tedbirlerin doğrudan kişiler ve malvarlığı ile ilişkili olması sebebiyle, ulusal yargılamalar çerçevesinde temas edilen tedbir konularının Tüzüğün uygulama konusu içinde değerlendirilmesinin mümkün olmamasıdır. Tüzük, tedbir türleri ve bu tedbirlerin evlilik hukukundan kaynaklanan yargılamalar ile olan bağlantısı konusunda sessiz kalmaktadır. Bu açıdan sözkonusu tedbirlerin, Tüzüğün uygulama alanı içinde bile olmayan hususları konu alması tehlikesini ortaya çıkarabilir.

Çocuğun mallarına yönelik bir tedbir alabilmek için Tüzüğe uygunluk açısından, alınacak her tedbirin çocuğun korunmasına yönelik olması şarttır. Bir başka ifade ile çocuğun korunmasına hizmet etmeyecek bir şekilde çocuğun malları ile ilgili bir tedbir kararı bu Tüzüğün alanının dışında kalacaktır. Ne var ki, böyle bir konuda (çocuğun korunması için gerekli olmayan) çocuğun mallarının korunması ile ilgili tedbir kararı almak mümkün olup bu konuda başvurulacak mevzuat, Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğüne)'ne⁵¹⁴ olacaktır (Giriş Bölümü m. 9)⁵¹⁵.

Tüzüğün 20. maddesi, acil konularda yetkiye dair özel bir düzenleme içermemesiyle 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nden ayrılır. Tüzük açısından yetkili olmayan bir mahkeme sadece çocuğun şahsi ve o devlette bulunan malları açısından alınması gereken bir koruma tedbiri noktasında yetkili sayılır. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesin'in 11. maddesi ile, iç hukuklara atıfta bulunan Tüzüğün 20. maddesi yarıştığında, 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesinin 11. maddesi sadece daha avantajlı bir durum oluşturması şartıyla dikkate alınabilir.

⁵¹⁴ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, yerini 1215/2012 sayılı Brüksel I Recast Tüzüğüne bırakmıştır, Official Journal L 351, 20.12.2012, p. 1-32, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:NOT>, Erişim 10.11.2016

⁵¹⁵ **Özberk Hadimoğlu**, s. 349.

Özellikle geçici nitelikteki acil tedbirler, vesayete yönelik davalarda, herhangi bir üye devletin mahkemesince alınabilir. Bu noktada vesayet ile ilgili davaya bakan mahkemenin yerel hukukunun bu tedbirlere bakış açısı dikkate alınmaz. Yani, bu tedbirleri öngörmüyor olsa bile, başka bir üye devletin mahkemesince bu yönde acil tedbirlere karar verilebilir⁵¹⁶. Buna göre referans düzenleme olarak 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 11. maddesinde ifade bulan, sadece mahkemenin yerel hukuku tarafından çözüm oluşturmaya yönelik düzenleme olabilir. Tüzük 61. maddesi Tüzüğe öncelik vermektedir fakat, çocuk bir üye devlette mutad meskene sahipse, Tüzüğün'ün vermiş olduğu öncelik acil önlemler bakımından ortadan kalkabilir⁵¹⁷.

Tüzüğün 8. maddesi ve sonrasındaki maddeler yönünden yetkili kılınan üye devlet mahkemesi esas açıdan ihtiyaç duyulan tedbirlere başvurmuşsa, 20. maddenin 1. fıkrasındaki tedbirlerin uygulanması sona erer ve 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi m. 11/2 de uygulama alanı bulmaz⁵¹⁸.

C. Çocuğun Vesayetine İlişkin Davalarda Usule Dair Meseleler

1. Davanın Açılması

Davanın açılmış sayıldığı haller madde 16'da düzenlenmiştir⁵¹⁹. Davanın açılması ile ilgili yazılı usulüne uygun bir belgenin veya buna alternatif sayılacak bir belgenin mahkemeye ulaştığı an dava açılmış sayılır ancak bu durumda davacının davalıyı bilgilendirmiş olmak için gerekli adımları atmış olması şartı aranacaktır.

Dava açılmadan önce davalıya tebligat yapılması gerekliyse açılmasından önce yapılması gerekiyorsa, tebligatın ulaşması gerektiği kişi veya kurumun tebligatı aldığı an. Yine bu durumda da davacının davalıyı bilgilendirmiş olmak için gerekli adımları atmış olması şartı aranacaktır.

2. Yetkinin İncelenmesi

Çocuğun vesayetine ilişkin konularda yetki ve tanıma ve tenfize ilişkin hühümler madde 17'de düzenlenmekte. Tüzük uyarınca yetkisi bulunmayan AB üyesi

⁵¹⁶ Rauscher, s. 41.

⁵¹⁷ Rauscher, s. 41.

⁵¹⁸ Rauscher, s. 41.

⁵¹⁹ ABAD'nına göre davanın açılması her üye devletin hukukuna (lex fori) göre belirlenecek. Bkz. C-129/83, p. 15, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 7 June 1984, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-129/83>, Erişim 23.11.2017; 2001/44 EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün m. 33, f.1 aynı düzenleme kabul edilmiştir.

devlet mahkemelerinin, AB üyesi bir başka devlet mahkemesinin yetkili olması halinde, re'sen (*ex officio*) yetkisizlik kararı⁵²⁰ verecekleri açıkça hükme bağlanmıştır⁵²¹.

3. Kabul Edilebilirlik İncelemesi

Davanın açıldığı üye devletten başka bir üye devlette mutad meskeni bulunan davalının mahkemenin huzuruna çıkmaması halinde, yetkili mahkeme davanın görülmesini, davanın açılmasına ilişkin yazılı belgenin yahut bu belgeye muadil olacak şekilde belirlenmiş bir belgenin, davalı tarafından zamanında cevap verebileceğinin mümkün olduğu ana veya buna dair gerekli önlemlerin alınmış olduğunun tespit edilmesine kadar geriye bırakır (m.18/1)⁵²².

1393/2007 sayılı Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Tebliğine İlişkin Tüzüğü'nün⁵²³ 19. maddesi, davanın açılmasına ilişkin yazılı belgenin ya da bu belgeye muadil olacak şekilde belirlenmiş bir belgenin bu Tüzük hükümleri uyarınca diğer mahkemeye ulaştırılması durumunda paragraf 1'in uygulanmasını bertaraf edecektir (m.18/2).

1393/2007 sayılı AB Tüzüğü'nün hükümleri uygulanabilir değilse, Hukukî veya Ticarî Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair 15 Kasım 1965 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin⁵²⁴ 15. maddesi, davanın açılmasına ilişkin yazılı belgenin yahut bu belgeye muadil olacak şekilde belirlenmiş bir belgenin yabancı bir ülkedeki mahkemeye ulaştırılması hususunda uygulanacaktır (m.18/3)⁵²⁵.

⁵²⁰ ABAD göre yetkisi bulunmayan üye devlet mahkemesi, re'sen yetkisizlik kararı verirken yetkili olan devlet mahkemesini göstermek zorundadır. Bkz. *Korkein hallinto-oikeus – Finland*, C-523/07, paragraf 70, Judgment of the Court (Third Chamber) of 2 April 2009, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?Language=en&num=C-523/07>, Erişim 23.11.2017.

⁵²¹ 2001/44 EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün m. 33, f.1 aynı düzenleme kabul edilmiştir.

⁵²² Tüzüğün m. 18 ile m. 22/2 ve m. 23/3 bağlantılıdır. Bkz. C-166/80, paragraf 16, Judgment of the Court of 16 June 1981, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61980CJ0166>, Erişim 23.11.2017.

⁵²³ Council Regulation (EC) No 1393/2007 of 13 November 2007 on The Service in The Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, Official Journal L 324, 10.12.2007, s. 79–120.

⁵²⁴ RG. 17.06.1972-14218. Bundan sonra 1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi.

⁵²⁵ *Natov*, 224.

4. Davanın Derdest Olması “Lis Pendens” ve Bağımsız Davalar

Tüzük, yetki konusunda birçok alternatif getirmekte, bu da birçok devlet mahkemesinde dava açılmasına yol açmaktadır. Bu tür benzer davalardan kaçınmak amacıyla, Tüzük, eğer bir dava, üye devlet mahkemesinde açılmışsa, diğer üye devletlerin mahkemelerinin bu davada yetkisiz hale geleceğini düzenlemektedir⁵²⁶.

“Lis pendens” kuralının amacı, hukuki belirliliği sağlamak, aynı davalardan kaçınmak ve uyumsuz kararların ortaya çıkması ihtimalini önlemektir⁵²⁷.

İkinci bir üye devlet mahkemesinde açılan çocuğun vesayetine ilişkin davanın aynı çocuğa ve aynı dava sebebine ilişkin olması halinde, davanın açıldığı ikinci mahkeme re’sen yargılamayı durduracak, ilk davanın açıldığı mahkemenin kararını bekleyecektir (m. 19/2)⁵²⁸.

Yetki davanın ilk açıldığı mahkeme tarafından tesis edilmişse, davanın sonradan açıldığı mahkeme davanın ilk açıldığı mahkeme lehine kendini yetkisiz kabul edecektir. Bu durumda, davayı ikinci mahkemede açan taraf davasını ilk mahkemeye getirebilir (m. 19/3).

Tüzük, farklı iki üye devlet mahkemesinde ilk önce davayı açanın önceliğinin bulunduğunu kabul etmektedir. Madde 19, aynı ülkede farklı yerlerde açılan davalarla ilgili değildir.

⁵²⁶ Natov, 232.

⁵²⁷ Popova, s. 96.

⁵²⁸ Bkz. *Bianca Purrucker v. Guillermo Vallés Pérez*, C-296/10, Judgment of the court (Second Chamber) of 9 November 2010, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-296/10>, Erişim 22.11.2017.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUĞUN VESAYETİNE UYGULANACAK HUKUK

I. GENEL BİLGİ

Türk Hukukunda çocuğun vesayetine ilişkin yabancı unsurlu davalarda uygulanacak hukuk konusu üç kaynakta düzenlenmiştir. Bunların birincisi ve ikincisi Türkiye'nin taraf olduğu 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi ile 1996 tarihli La Haye Sözleşmesidir, üçüncüsü ise MÖHUK'tur.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi yetkiye ilişkin kuralların tersine, uygulanacak hukuk konusunda basit bir düzenleme getirmiştir ve yetkili olan makamın prensip olarak kendi iç hukukunu uygulayacağını kabul etmiştir.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde ise uygulanacak hukuk daha esnek bir hâle getirilirken, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin bir koruma önlemi alan her makamın kendi milli hukukunu uygulayacağını dair ilkesini korumuştur⁵²⁹. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde uygulanacak hukuk, gerek çocuğun mallarının korunmasına yönelik tedbirler, gerekse çocuğun vesayetinin tesisi, sona ermesi veya kaldırılmasına ilişkin olsun yetkili devlet makamlarının iç hukuku olarak tespit edilmiştir (m. 15-17). Buna göre çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerin iç hukuku, çocuğun vesayetine yönelik davalarda uygulanacaktır.

MÖHUK'un yabancı unsurlu vesayet ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeleri ise 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi ile 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulama alanı dışında kalan durumlarda söz konusu olacak.

MÖHUK'ta, özel olarak çocuğun vesayetine uygulanacak hukuka ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır, çocuğun vesayete uygulanacak hukuku gösteren açık bir kanunlar ihtilafı kuralı içermemektedir. Çocuğun vesayet altına alınması ve çocuğun mallarına kayyım atanmasına uygulanacak hukuk “vesayet, kısıtlılık ve kayımlık” başlıklı MÖHUK m. 10'da düzenlenmiştir.

İlgili düzenlemeleri incelemeye geçmeden önce olayda yabancılık unsurunun varlığı tespit edilmelidir. Böylece mahkemelerine başvuru ülke hukuku dışında bir

⁵²⁹ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 384.

ülke hukuku ile bağlantı kurulacaktır. MÖHUK'un 1. maddesi gereğince kanunun uygulanabilmesi için söz konusu işlem veya ilişkinin yabancılık unsuru içermesi gerekmektedir. Ancak kanunda nelerin olaya yabancılık unsuru katacağı özel olarak belirtilmemiş, eksiklik doktrin tarafından kabul edilmiş ölçülerde doldurulmuştur. Çocuğun vesayetine ilişkin uyumsuzluk ister vesayet hakkının kazanılmasına ve kullanılmasına ister çocuğun kişi ve mal varlığı haklarına ilişkin olsun, aile hukuku alanında değerlendirilmeli. Böylece çocuğun mallarına ilişkin konular da borçlar hukuku alanında değil, vasi ve çocuk ilişkisi çerçevesinde ele alınarak aile hukuku alanında değerlendirilecektir⁵³⁰.

Doktrin tarafından kabul edilen görüşe göre⁵³¹ kişilerin vatandaşlığı, yerleşim yeri ve mutad meskeni kişi hallerine ilişkin konularda olaya yabancılık unsuru katacaktır. Bunun yanında çocuğun kişi ve mal varlığı haklarının temsili çerçevesinde yabancı ülkede yapılmış işlemlerin de, coğrafi anlamda, olaya yabancılık unsuru katacağı kanaatindeyiz. Aşağıda konu ayrıntılı olarak incelenirken görüleceği üzere olaya yabancılık unsuru katan bu noktalar, Türk hukukunda bağlama noktaları olarak da kabul edilmiştir. Konu milletlerarası sözleşmeler ve MÖHUK kapsamında ayrı ayrı incelenecektir.

Brüksel IIA Tüzüğü çocuğun vesayetine uygulanacak hukuk hakkında bir hüküm içermediğinden, bu konuda ilgili milletlerarası sözleşmeler veya ulusal kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmaktadır.

II. 1961 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN ÇOCUĞUN VESAYETİNE UYGULANACAK HUKUK

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

⁵³⁰ Huysal, s. 103.

⁵³¹ Nomer, s. 5; Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 14; Uluocak, MÖH, s. 3-4; Çelikel/ Erdem, s. 453.

A. 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi Uyarınca Çocuğun Vesayetine İlişkin Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ana Kural

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde öncelikle uygulanacak hukuka ilişkin ana kurala yer verilmiştir. Küçüğün korunması tedbirlerine uygulanacak hukuk Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, "*Sözleşme'nin 1. maddesine göre yetkili makamlar, kendi iç hukuklarının öngördüğü koruma tedbirlerini alırlar*". Dolayısıyla küçük hakkında koruma tedbirleri almaya yetkili makamlar⁵³², bu koruma tedbirlerine ilişkin olarak kendi iç (maddi) hukuklarını uygulayacaklardır. Takip eden maddelerde, küçüğün vatandaşı olduğu ülke makamlarının da, küçüğün mutad meskeni makamlarına haber vermek kaydıyla⁵³³, küçük hakkında koruyucu tedbir alma yetkilerinin bulunduğu (m. 4); acil durumlarda ise, küçüğün veya küçüğe ayit malların bulunduğu akit devlet makamlarının da küçük üzerinde koruyucu tedbir almaya yetkili oldukları düzenlenmiştir. Alınan tedbirleri tesis etmek, değiştirmek ve sona erdirmek için gerekli şartları, uygulanan mutad mesken hukuku belirler⁵³⁴.

Küçüğün korunması tedbirlerini alma konusundaki ana kural uyarınca yetkili makamlar, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer makamlarıdır. Sözleşme'nin 2. maddesine göre bu makamlar koruma tedbirleri hakkında kendi iç hukuk kurallarını (*lex fori*) uygulayacaklardır. Bu halde yetkili makamların tespitinde olduğu gibi

⁵³² Sözleşme uyarınca çocuk hakkında koruyucu tedbir almaya yetkili makamlar, devlet makamlarıdır; yani *mahkemeler veya idari makamlar* çocuk üzerinde koruyucu tedbir alabilir. Buna mukabil, dini dayanışma örgütleri veya dernekler gibi devlet dışı teşilatlar, Sözleşme uyarınca çocuk hakkında koruyucu tedbir kararı vermeye yetkili makamlardan değildir.

⁵³³ Küçüğün mutad meskenin bulunduğu devlet makamlarına haber verme zorunluluğu, Sözleşme'de 5. maddesinde öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, küçüğün mutad meskeninin farklı bir akit devlete nakledilmesi halinde, önceki mutad mesken makamlarının almış olduğu tedbirler, çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarına kaldırılınca veya yerlerine yeni koruma tedbirleri konuluncaya kadar geçerliliklerini korur (m.5/1). Bu düzenleme açısından dikkat çeken nokta, küçüğün yeni mutad meskeni makamlarının, önceki mutad mesken makamlarına haber vermeden, bu önceki mutad mesken makamlarınca çocuk hakkında alınmış koruma tedbirlerini kaldırmayacak veya bunların yerine yenilerini koyamayacak olmalarıdır (m.5/2). Y.2.HD., 30.10.3002 T., E. 2003/11401, K.2003/14618; (İlknur Altıntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi, Ankara-2006, s. 89, dn. 261). Aynı görüş, Y.2.HD., 14.10.2004 T., E. 2004/10536, K. 2004/11797 sayılı kararında da tekralanmıştır (Yargı Dünyası, S. 112, Nisan 2005, s. 111 vd).

⁵³⁴ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 243; Huysal, s. 104 vd.

uygulanacak hukukun tespitinde de küçüğün mutad meskeni bağlama noktası olarak dikkate alınacaktır⁵³⁵.

Sözleşme metnine göre, küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbir tesis etmek, bu tedbiri değiştirmek ve sona erdirmek için gereken şartlar, yetkili makamların iç hukukuna göre tayin edilecektir (m. 2/2). Örneğin, mutad meskeni Fransa’da bulunan Türk vatandaşı bir çocuğun vesayetine ilişkin davada, uygulanacak hukuk Fransa Hukuku olacaktır. Böylece, makamların kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaları yani atıf önlenmiş olup makamların kendi maddi hukuk kurallarını uygulamaları gerekecektir⁵³⁶.

Küçüğün korunması amacıyla alınmış olan tedbirlerin küçüğün üçüncü şahıslarla olan ilişkilerinin etkileri ve kendisine bakan kişi ve kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerin belirlenmesi bakımından da *lex fori* uygulanacaktır (m. 2/2). Örneğin, çocuğun malvarlığının idare edilmesine ilişkin konularda Türk mahkemelerince yetkisi kısıtlanmış olan vasinin çocuğun mallarını Almanya’ya götürerek satması durumunda, üçüncü kişinin iyi niyet kurallarından istifade edip edemeyeceği, vasi ve çocuk arasındaki sorumluluğun ne şekilde tespit edileceğine ilişkin hususlar işlemin yapıldığı yer olan Alman Hukukuna göre değil, vasinin yetkilerini kısıtlayan Türk Hukukuna göre tayin edilecektir.

Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları, küçük hakkında koruma tedbiri alma yetkilerini kullanırken, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili hukuku araştırmak zorunda kalmaz ve prensip olarak kendi maddi hukuk hükümleri çerçevesinde çocuğu koruyucu tedbirleri alırlar. Ancak bu durumun önemli bir istisnası, Sözleşme’nin 3. maddesinde yer alan ve belirli durumlarda, çocuğun vatandaşı olduğu devlet hukukunun dikkate alınmasını zorunlu kılan hükümdür (m. 3). Sözleşme’nin 3. maddesine göre, “*Küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre kanunen mevcut olan bir otorite ilişkisi, bütün akit devletlerde tanınır*”.

⁵³⁵ 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde uygulanacak hukuk, gerek çocuğun mallarının korunmasına yönelik tedbirler gerekse velâyet sorumluluğunun verilmesi ve sona erdirmesinin ertirilmesine ilişkin olsun yetkili devlet makamlarının iç hukuku olarak tespit edilmiştir (m. 15-17).

⁵³⁶ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 255.

Görüldüğü üzere, Sözleşme'nin 3. maddesinde, bu Sözleşmeye mahsus bir kavram olan “*kanunen mevcut otorite ilişkisi*” kavramı karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca, çocuğun mutad meskeni ülkesi de dahil bütün akit devletler küçüğün vatandaşı olduğu devletin “*kanunen mevcut otorite ilişkisi*”ni tanıyacaklardır. Şu halde, her ne kadar Sözleşme uyarınca küçüğün mutad meskeni makamları kendi maddi hukukları çerçevesinde koruma tedbirleri alabiliyorlarsa da, bu koruma tedbirlerini ancak küçüğün vatandaşı olduğu ülkenin maddi hukuk kurallarına tabi olarak şekillenmiş “*kanunen mevcut otorite ilişkisi*” ile uyumlu olacak biçimde alabilirler. Başka bir deyişle, küçüğün mutad meskeni makamları “*kanunen mevcut otorite ilişkisine*” aykırı koruma tedbirleri alamazlar⁵³⁷.

Sözleşme uyarınca yetkili makamlar ile uygulayacakları hukuk uyum içindedir⁵³⁸. Bu durum, küçüğün korunması açısından daha hızlı ve etkin tedbirlerin öngörülmesi açısından olumlu değerlendirilmelidir. Sözleşmenin koruma tedbirlerini almaya yetkili makamın kendi iç hukukunu uygulayacağı yönündeki düzenleme, milletlerarası karar ahengini sağlamaya yönelik olmamakla birlikte, çocuğun menfaatlerinin korunması bakımından uygun bir yöntemdir⁵³⁹. Zira koruma tedbirleri acil olarak alınması gereken önlemlerdendir ve yetkili hukukun yabancı bir hukuk belirlenmesi halinde çoğu kez bunun kanunlar ihtilâfı kurallarından yola çıkılarak tespiti ve uygulanması zaman alacaktır. Oysa koruma tedbirleri almaya yetkili makamların kendi iç hukuklarını uygulaması özellikle koruma tedbirlerinin ivediliği göz önüne alındığında, çocuğun menfaatine olarak daha rasyonel bir çözüm getirmektedir.

B. 1961 tarihli La Haye Sözleşmedeki Ana Kuralın Kapsamı Dışında Kalan Haller

Küçüğün korunması hakkında yetkili makam, Sözleşme hükümleri uyarınca mutad meskenden farklı bir makam olarak belirlenirse, bu makam kendi iç hukukunu uygulayacağından uygulanacak hukuk da değişecektir.

Açıklanan nedenle 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde koruma tedbirlerine ilişkin olarak yetkili makamların iç hukukunun, yani küçüğün mutad meskeni

⁵³⁷ Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s.155.

⁵³⁸ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 243.

⁵³⁹ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 178.

hukukunun uygulanması kuralının makamların yetkisine ilişkin hükümleri dolayısıyla birtakım istisnalar getirildiği görülmektedir. Çalışmamızda 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi uyarınca makamların milletlerarası yetkisi belirlenirken söz konusu istisnai hallere yer verilmiş olduğundan⁵⁴⁰, Sözleşmenin daha önce incelenen maddeleri burada yeniden ele alınamayacak, yalnızca istisna kurallarının tespit ettiği uygulanacak hukuk hakkında genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

1. Küçüğün Milli Hukuku

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

Küçüğün vatandaşı olduğu devletin yetkili olduğu durumlarda hangi hukukun uygulanacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Fransız hukukçular Sözleşmesinin bu düzenlemesini iç hukuk kurallarına atıf olarak yorumlarken, Alman hukukçular 3. maddenin iç hukuka atıf yapan bir düzenleme olduğunu kabul etmemektedir⁵⁴¹. Türk hukukundaki yazarlar ise, söz konusu hükmün iç hukuka doğrudan atıf yaptığını kabul ederken, ilgili maddi hukuk hükümleri çerçevesinde tedbir alınmasında engel bulunmadığını belirtmektedir⁵⁴²

Sözleşme'de, makamların milletlerarası yetkisi belirlenirken birden fazla devletin makamlarını aynı anda yetkili kılabilen karmaşık bir yetki sistemi getirilmiştir. Uygulanacak hukuka ilişkin bağlama noktası tek bir düzenlemeyle (m. 2) sağlanmış olmakla birlikte, buradaki makamların yetkisini içeren düzenlemeye yapılan

⁵⁴⁰ Bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, I.

⁵⁴¹ Huysal, s. 105.

⁵⁴² Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 256; Öztekin Gelgel, Çocuk Hukuku, s. 123.

atıf nedeniyle, makamların yetkisine paralel olarak uygulanacak hukuk konusunda da kargaşa söz konusu olacaktır. Bu nedenle Sözleşme'nin küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre kanunen mevcut olan bir otorite ilişkisinin tüm âkit devletlerce tanınmasını öngören 3. maddesinin uygulanacak hukuk belirlenirken, tüm âkit devletlerce dikkate alınması daha adil kararlara ulaşılmasını sağlayacaktır.⁵⁴³ Bu durumda, vesayet altına alınacak küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke makamları koruma tedbiri alırken, kendi iç hukuklarını uygulamakla beraber, küçüğün vatandaşı olduğu ülke hukukunu da göz önüne almak durumundadır⁵⁴⁴.

Sözleşme'de bir yandan vesayet altına alınacak küçüğün milli hukukuna bazı istisnai durumlarda yetki verilirken, diğer yandan bu hukukun tespitinde karşılaşılabilecek bir probleme yer verilmiştir. Sözleşme'nin 14. maddesine göre küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukuku birleştirilmemişse *"küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukuku"* deyiminden, bu devlette yürürlükte olan hükümlere göre ve bu hükümler yok ise küçük bu devlette mevcut hukuk düzenlerinden hangisi ile en sıkı ilişki içinde ise buna göre saptanacak hukuk anlaşılacaktır. Böylece federal devlet vatandaşı bir küçüğün korunması tedbirleri hakkında uygulanacak hukukun belirlenmesinde, küçüğün hangi federe devlete bağlı olacağı düzenlenmişse bu federe devletin; böyle bir düzenleme yoksa küçüğün en sıkı ilişki içerisinde olduğu federe devletin iç hukuku uygulanacaktır⁵⁴⁵.

2. Küçüğün ya da Mallarının Bulunduğu Yer Hukuku

Sözleşme'de yer alan bir diğer istisna da, acele durumlarda, küçüğün veya küçüğe ait malların bulunduğu ülkedeki makamların kendi iç hukukuna göre tedbir alabilmesidir⁵⁴⁶ (m. 9). Söz konusu düzenleme, durumun aciliyet teşkil ettiği hallerde küçüğün menfaatinin korunması açısından yerindedir.

Sözleşme'nin 9. maddesinde, küçüğün korunması tedbirleri hakkında makamların yetkisine getirilen istisnaların söz konusu olduğu hallerde dâhi, acele

⁵⁴³ Sözleşme'de bağlama noktası konusunda sağlanmış yeknesaklık, uygulanacak hukuk konusunda sağlanmamıştır. Sorunun temelinde, Sözleşme'de yetki konusunda birden fazla devletin kendi makamlarını yetkili sayabileceği bir sistemin getirilmiş olması yatmaktadır. Düzenleme bu haliyle, milletlerarası alanda bir karar ahengi sağlamaktan uzaktır, Huysal'a göre, çocukların korunması konusunda bir karar ahenginin sağlanabilmesi ancak devletin ve mahkemelerin olaylara iyi niyetli bir yaklaşım sergileyebilmesi ve çocuğun yararının ön plana çıkartmalalarıyla mümkün olabilecektir.

⁵⁴⁴ Şeref Ünal, "Velâyetin Nez'i", YD, C. 17, S. 1-2, Ocak-Nisan 1991, s. 210.

⁵⁴⁵ Huysal, s. 107.

⁵⁴⁶ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 244.

durumların söz konusu olması sebebiyle vesayet altındaki küçüğün mutad meskeni makamlarının yetkisi kabul edilmektedir. Bu halde mutad mesken makamları, kendi iç hukukunu uygulayarak karar vereceklerdir. Buna karşılık, 9. maddenin uygulandığı hallerde makamların yetkisine ilişkin diğer hükümler bertaraf edilmediğinden, çifte yetki dolayısıyla aynı anda her iki ülke hukukunun da yetkili olması söz konusu olabilecektir.⁵⁴⁷

3. Âkit Olmayan Devletin Hukuku

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

C. Bağlama Kuralının Kapsamı ve Atıf Meselesi

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde uygulanacak hukuka ilişkin ana kurala yer verilirken, bu kuralın içerik açısından uygulanma alanı düzenlenmiştir. Sözleşme gereğince tedbirlerin konulması, değiştirilmesi ve sona erdirilmesi için gerekli koşullar yetkili makamın iç hukukuna, yani küçüğün mutad meskeni hukukuna göre belirlenecektir (m. 2/2)⁵⁴⁸. Mutad mesken hukuku, tedbirlerin gerek vesayet altındaki küçüğün üçüncü kişilerle olan ilişkileri üzerindeki etkilerini, gerekse vesayet altındaki küçüğün kendisine bakan kimseler veya kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerini yönetecektir⁵⁴⁹ (m. 2/3)⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ Huysal, s. 106.

⁵⁴⁸ Örneğin mutad meskeni Almanya'da bulunan Türk vatandaşı bir çocuk hakkında, ailesinin maddi olanakları yeterli olmadığı gerekçesiyle velâyetin kaldırılması kararı verip verilemeyeceği, Alman hukukuna göre belirlenecek. Aynı şekilde, ailenin maddi durumunun düzelmesi halinde valayet hakkının aileye iade edip edilemeyeceği konusunda da Alman hukuku yetkili olacak.

⁵⁴⁹ Sözleşmedeki hükmün zaman bakımından uygulanması yönünden ise bir başka düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, uygulanacak hukuka ilişkin bu hüküm sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonraki tedbirlere uygulanır (m. 17/1). Daha önce, küçüğün milli hukukuna göre alınmış tedbirler ise Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra da devam eder (m. 17/2). (Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 244).

⁵⁵⁰ Örneğin, çocuğun mallarının idaresine ilişkin konularda Türk mahkemelerince anne ve babanın velâyeti kaldırılmış olmasına rağmen anne ve baba çocuğun mallarını Almanya'ya giderek satması durumunda üçüncü kişinin iyi niyet kurallarından faydalanıp faydalanamayacağı, anne ve baba ile çocuk

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

Koruma tedbirleri dahilinde ortaya çıkan önmeleler çocuğun mutad mesken hukukuna ilişkin olanlar için bu ülkenin kanunlar ihtilafı kuralların, otorite ilişkisine ait olanlar ise çocuğun milli hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenecektir⁵⁵¹. Sözleşme, yetkili makamların, kendi iç hukuk hükümlerini uygulanacağını belirtmek suretiyle atfı da reddetmiştir⁵⁵². Sonuç olarak, 15. maddenin uygulanması dışında, Türk mahkemeleri Sözleşme uyarınca bir küçük hakkında vasi atanmasına karar verecekse, vesayet ve kısıtlılık sebepleri de dâhil vasi atanmasına ilişkin her konuda Türk hukukunu uygulayacaktır⁵⁵³.

Sözleşme, ayrıca bağlama kuralının zaman bakımından uygulanma alanını tespit eden bir düzenlemeye de yer vermiştir. Sözleşme’nin 17/1. maddesine göre; “*Sözleşme, ancak yürürlüğe girdikten sonra alınan tedbirlere uygulanır*”. Buna göre Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önceki tedbirler açısından Sözleşmenin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Yine 17. maddenin ikinci fıkrasında ise “*Küçüğün vatandaşı olduğu Devletin iç hukuku gereğince kanunen mevcut olan otorite ilişkileri, Sözleşmenin yürürlüğe girdiği andan itibaren tanınır*” düzenlemesi getirilmiştir. Söz konusu hüküm, Sözleşme’nin vesayet altındaki küçüğün mutad meskeninin değişmesi halinde bu makamlar tarafından kendi iç hukuku uyarınca alınmış bulunan tedbirlerin yeni mutad meskenin bulunduğu devlette de geçerli olacağı yönündeki 5/3. maddesi ile uyum içindedir.⁵⁵⁴

arasında sorumluluğun yetkisiz temsile ilişkin kurallara mı, yoksa vekâletsiz iş görme kurallarıyla mı belirleneceği işlemin yapıldığı yer olan Alman hukukuna göre değil, anne ve babanın yetkilerinin kaldırıldığı Türk hukukuna göre belirlenecektir.

⁵⁵¹ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 190.

⁵⁵² Bkz. madde 2/2 hükmü. Sözleşme’nin bu düzenlemesinin amaca uygun olduğu belirtilmiştir. (Uluocak, MÖH, s. 233-234).

⁵⁵³ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 422.

⁵⁵⁴ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 244.

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

Ancak Sözleşme’nin 2. maddesinde uygulanacak hukuk belirlenirken yetkili olan makamların “iç (maddi) hukuku” kurallarından söz edildiğinden yetkili makamlar lex fori’yi uygularken, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarını dikkate almayacaktır⁵⁵⁵. Böylelikle atıf yoluyla bir başka hukukun yetkili kılınmasının önüne geçilmiştir.

D. Yetkili Hukukun Uygulanmasına Engel Olan Haller

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

Dikkat edilecek olursa Sözleşme’nin 16. maddesinde salt kamu düzenine aykırılık sözleşmeyi bertaraf etmek açısından yeterli sayılmamakta, kamu düzeni müdahalesini daha sınırlayıcı bir formül olan “kamu düzenine açıkça aykırılık” şartı aranmaktadır. Burada uygulanması gerekli kuralların mahalli kamu düzenine “açıkça” aykırılığının olup olmadığı, Sözleşmeyi uygulama durumunda olan mahkeme ya da idarî makam tarafından tayin ve takdir edilecektir⁵⁵⁶.

Âkit devletlerin Sözleşmeyi imzalarken Sözleşme’nin 15. maddesi gereğince çekince hakkını kullanmaları halinde Sözleşme’nin uygulanmaması durumu ortaya

⁵⁵⁵ **Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 243; 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde atfın reddini öngören bir madde eklenmiştir (m. 21/1). “Uygulanan Kanun” başlıklı 3. Bölümde yer alan bu kurala göre, “Bu bölümde yer alan ‘kanun’ deyiimi yasalar çatışması kuralları dışında kalan bir Devlette yürürlükte bulunan hukuku ifade eder”. Ancak aynı maddede sınırlı bir atıf da kabul edilmiştir. “uygulanan kanun âkit olmayan bir Devletin kanunu olup, bu devletin yasalar çatışması kuralları, diğer âkit olmayan bir devlet kanunu yetkili kılar ve bu devlet de bizzat kendi yasalarını uygularsa, bu kanun yetkili olur. Şayet âkit olmayan bu diğer Devlet hukuku kendisine yetkili görmezse, 16. madde ile belirlenen kanun uygulanır”. 16. maddeye göre uygulanacak hukuk ise yine çocuğun mutad meskeni hukukudur (**Uluocak**, Tasarı, s. 122).

⁵⁵⁶ La Haye Konferansları kapsamında son yıllarda sözleşmelerde kamu düzenini sınırlamak amacıyla “açıkça aykırılık” kriteri getirilmekte, bazı sözleşmelerde ise kamu düzenine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu ise açık sözleşmelerde kamu düzeni müdahalesinin halen mümkün olacağı şeklinde yorumlanabilmektedir (**Nomer**, s. 180).

çıkabilir. Böyle bir durumda evliliğin sona erdirilmesi hakkında karar veren makamın, Sözleşme'nin 15. maddesine göre çocuğun korunmasına ilişkin tedbirleri alırken uygulayacağı hukuk, bu makamın kendi kanunlar ihtilâfi kurallarına göre belirlenecektir. Türkiye'nin bu çekince hakkını kullanmış olduğu daha önce de ifade edilmiştir. Bu halde yetkili makamın Türk makamları olması durumunda uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK'un 13. maddesinde yer alan boşanma ve ayrılık statüsü veya evlilik, evlenme engelleri sebebiyle ya da usule aykırılık nedeniyle iptal edilebiliyor ya da butlanı gerekiyorsa, evlenmenin maddi veya şekli şartlarına ilişkin bağlama kuralı dikkate alınacaktır. MÖHUK'un 13. ve 14. maddeleri uyarınca yetkili hukuk uygulanacaktır⁵⁵⁷.

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

E. Koruma Altına Alınan Çocuklara Vasi Atanması

Hakkında vasi atanan çocuklar, mutad meskeni yabancı bir ülkede olan Türk vatandaşları ya da mutad meskeni Türkiye'de bulunan yabancı çocuklar olabilir. Türk mahkemeleri, Sözleşme'de yer alan yetki kuralları uyarınca yetkililerse koruma altına alınan çocuklar hakkında vasi atayabilir. Türk mahkemeleri bu hâlde Türk hukukunu uygulayacaktır.

Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük⁵⁵⁸'ün 13. maddesi uyarınca koruma altına alınan çocuklara vasi atanabilir.

Tüzük'ün 13. maddesi uyarınca, korunmaya muhtaç çocuk hakkında sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri için mahkemece korunma kararı alınmışsa veya derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar

⁵⁵⁷ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 246.

⁵⁵⁸ RG. 10.08.2003 - 25195.

mahalli mülki amirin onayı ile bakım altına alınmışsa; vesayet makamı, çocuk velâyet altında değilse, çocuğun verildiği kimseyi veya ailesinde uygun gördüğü kimseyi ya da vasilik koşullarını taşıdığı takdirde kurum müdürünü veya başka bir kişiyi vasi olarak atar.

III. 1996 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN ÇOCUĞUN VESAYETİNE UYGULANACAK HUKUK

Sözleşme'nin Üçüncü Bölümü, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesinde yer alan bu kanunlar ihtilafı kurallarının tümünü tekrar etmiştir. Bu kurallar, çocuğun korunmasına yönelik koruma tedbirlerine, hukuken mevcut olan çocuğun vesayet sorumluluğu ve üçüncü kişilerin korunmasıyla ilgilidir. Sözleşme'nin gösterdiği hukuk, akit olmayan bir devletin hukuku olsa bile uygulanacaktır.

Sözleşme, niteliği gereği, uygulanacak hukuk bakımından *loi uniformdur*. Sözleşme bu niteliğini 20. madde hükmünden almıştır. İlgili hüküm, “*bu bölümün hükümleri, bu hükümlerce düzenlenen hukukun akit olmayan devletin hukuku olması durumunda dahi uygulanır*” demek suretiyle *loi uniform* niteliğini vurgulamıştır. Bu kuralın tek istisnası, m. 15/3'te görülür. Buna göre çocuğun mutad meskeni taraf bir devletten, bir başka taraf devlete taşınmışsa koruma tedbirlerinin uygulama koşulları yeni mutad meskeninin bulunduğu taraf devletin hukukuna tabidir⁵⁵⁹.

Uygulanacak hukuk, Sözleşme'nin 15 ila 22. maddesi arasınada düzenlenmiştir. Bunlardan 15. madde hükmü ile koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk, devamında ise vesayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin kurallar getirilmiştir.

A. Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlere Uygulanacak Hukuk

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin yetkinin varlığına dayandırdığı ilkeyi devam ettirir: *Akit devlet makamları kendi iç hukuklarını uygulayacaktır* (m.15).

Bu kuralın gerekçesi yetkili makamın en iyi bildiği hukuku uygulaması ve böylece görevini daha kolay bir şekilde yerine getirebilmesidir. Ayrıca yetki, genel bir

⁵⁵⁹ Karataş, s. 970.

kural olarak çocukla en sıkı ilişkili makama verildiği için koruma tedbiri, esasen, onları almış olan makamın mensup olduğu devlete taşınacaktır. Dolayısıyla bu koruma tedbirlerin uygulanması, o devletin hukukuna uygun ise daha kolay olacaktır. Bu anlayışla, Sözleşmede, yetkiyi kullanan makamı, her durumda çocuğun mutad meskeni devletin hukukunu uygulama yükümlülüğü altına sokan bir çözüm tarzı benimsenmemiştir⁵⁶⁰.

1. Genel Kural

Genel kural, yetkiyi kullanan makamın, kendi iç hukukunda öngörülen koruma tedbirlerine başvurusudur. Sözleşme, çocuğun mutad meskeni devleti makamları lehine yetkiyi tesis ederken, uygulanacak hukuk bakımından esnek davranmıştır⁵⁶¹. Bu esneklik 15. maddenin emredici düzenleme getirdiği ilk fıkra hariç olmak üzere 1. ve 3. fıkra hükümlerinde görülebilir. Bu şekilde yetkili makamlar en iyi bildikleri hukuku uygulamış olacak ve böylelikle görevlerini daha kolay bir biçimde yerine getirecektir⁵⁶². Fakat bu genel bağlama kuralının yanında, çocuğun şahsının ve mallarının gerektirdiği ölçüde, istisnaen, durumla “sıkı ilişkili olan hukuk”un uygulanmasına da imkân verilmiştir (m. 15/2)⁵⁶³.

2. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Uygulanması

Sözleşme’nin 15/2. fıkrasında, koruma tedbirlerine uygulanacak hukukun tayininde esneklik sağlayan ve aynı zamanda istisnai nitelik taşıyan bir kurala yer verilmiştir. Yetkili makam, çocuğun şahsının ve mallarının korunmasının gerektirdiği durumlarda, istisnaen olaya daha sıkı ilişki içersinde olan bir başka devletin hukukunu uygulayabilir veya bu hukuku dikkate alabilir⁵⁶⁴.

Bu istisna kuralı, yetkili makamın takdirin bırakılmış olması itibariyle “gerçek olmayan bir istisna kuralı”dır. Bu kuralın uygulanmasında dikkat edilmesi

⁵⁶⁰ Lagarde, para 86; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 401.

⁵⁶¹ Sözleşme, çocuğun mutad meskeni devletin makamları lehine yetki sebeplerini yeniden düzenlemiş milli makamlara ve dolayısıyla çocuğun milli hukukuna oldukça geniş bir alan bırakan 1961 tarihli La Haye Sözleşmesine göre mutad mesken makamlarının hukukunun uygulanmasına daha çok imkân tanınmış. Çünkü Sözleşmenin m.15. ilk fıkrası emredici niteliktedir. (**Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 401).

⁵⁶² **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 401.

⁵⁶³ **Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 258, **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 402; **Karataş**, s. 962.

⁵⁶⁴ **Lagarde**, para 86; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 401; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe**, s.155; **Giray**, Çocukların İadesi, s. 258; **Vesela Stancheva-Mincheva**, Comment on the Bulgarian Private International Law Code, Sibi, Sofia 2010, s. 272.

gereken en önemli nokta ise burada “en sıkı ilişkili hukukun uygulanması ilkesi”ne değil, “çocuğun üstün yararının korunması ilkesi”ne dayanılmış olmasıdır. Bu nedenle, bu ilke kapsamında, sadece olayla çok yakından ilişkili 3. devlet hukukunda korumanın sağlanması için uyulması mecburi, emredici nitelikteki hükümlerin uygulanmasına veya dikkate alınmasına imkân verilmiştir. Örneğin, yetkili akit devlet makamı (çocuğun mutad meskeninin bulunduğu taraf devlet) çocuğun mallarının bulunduğu 3. devlet hukukuna göre bu malların satışı durumunda özel bir yetki belgesi gerektiğinde veya çocuğunun kendisinin bulunduğu 3. devlet hukukunda ameliyet olması için özel bir izin gerektiğinde, bu hukuku uygulayabilecektir. Benzer şekilde, çocuk hakkında alınacak bir koruma tedbiri için, çocuğun vatandaşı olduğu ülkeye dönüşü kısa bir sürede gerçekleşecekse, bu 3. devlet hukukunda tanınıp-tenfiz edilmeyecek bir karardan kaçınmak sebebiyle bu hukuku dikkate alabilir⁵⁶⁵.

MÖHUK m. 31, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tabi olduğu hukuk tatbik edilmesi kapsamında uygulanabileceğini öngörür. Bu sebeple, Sözleşme’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiğinde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, Türk hukukunda, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri noktasında değil aynı zamanda; “*çocuğun üstün yararının korunmasının gerektirmesi*” şartına bağlı olarak vesayete ilişkin olarak da tatbik edilebilir.

3. Çocuğun Mutad Meskeninin Değişmesi Halinde Alınmış Koruma Tedbirinin Uygulanma Şartlarına Uygulanacak Hukuk

Çocuğun muted meskeni Sözleşme’ye taraf başka bir devlere taşınırsa, eski mutad meskenin bulunduğu devletin kurumlarınca alınmış koruma tedbirlerinin nasıl uygulanacağı, yeni muted mesken devletinin hukukuna göre belirlenir (m. 15/3)⁵⁶⁶.

Daha önce de belirtildiği gibi, mutad mesken değişikliği, koruma tedbiri alma makamını yeni mutad mesken kurumları lehine değiştirmesine rağmen (m. 5/2), 14. maddeye göre uyarınca, eski mutad mesken makamlarınca alınmış koruma tedbiri kararları değiştirilmedikçe, yenilenmedikçe veya ortadan kaldırılmadıkça, etkisini sürdürür. Fakat bu durumda eski kararların uygulanması yeni mutad mesken

⁵⁶⁵ Lagarde, para 89; Practical Handbook, s. 91.

⁵⁶⁶ Sözleşmenin 15. maddenin 3. fıkrası hükmün amacı statü değişikliğinden çıkan sorunları çözmektir. (Lagarde, para 92; Practical Handbook, s. 92-93).

kurumlarınca yapılacaktır ki bu noktada yeni mutad mesken kurumlarına uygulamanın kendi iç hukuklarındaki şartlara göre yapılabilmesi imkânı getirilmiştir⁵⁶⁷.

B. Vesayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk

Sözleşme, koruma tedbirlerine uygulanacak hukukun yanı sıra, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, vesayetin “kanun gereği” (m. 16/1) veya “anlaşma yahut tek taraflı bir işlem” ile (m. 16/2) tesisine, sona ermesine, kullanılmasına ve kaldırılmasına uygulanacak hukuku ayrıca düzenlemiştir (m. 16-18).

1. Kanundan Doğan Vesayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk

Çocuğun vesayetine uygulanacak hukuku belirleyen bu madde 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin 3. maddesinin yorumundan ve uygulanmasından kaynaklanan güçlükleri ortadan kaldırmayı amaçlamıştır⁵⁶⁸. Sözleşme, çocuğun mutad meskeni lehinde olmak üzere milli hukuku ile irtibatı terketmiştir. Böylece koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk çoğu kez kanundan doğan ilişkiye uygulanacak hukuk ile aynı olacaktır.

Sözleşme’nin 16. maddesinin 1. fıkrasına göre, kanun gereği tesisi ve sona erdirilmesi, vesayet altına alınacak çocuğun mutad mesken hukukuna tabi kılınmıştır⁵⁶⁹. Madde hükmünde çocuğun vesayeti kanundan doğduğu veya sona erdirdiği hallerde adli veya idari makamın bir işlemine gerek duyulmadığı belirtilmiştir. Adli veya idari makamın işlemine gerek olmadığı maddede özellikle belirtilmiştir.

⁵⁶⁷ Mutad mesken makamlarının alacağı kararların niteliğinin belirlenmesi bazen güçlükler doğurabilir. Bir kararın koruma tedbirine dair mi yoksa bir koruma tedbirinin uygulanmasına dair mi olduğu konusunda yaşanacak belirsizlikler uygulamada sorunlara yol açabilir. Yeni mutad mesken hukukunun uygulama şartlarındaki esnekliklerin koruma tedbirinin etkinliğini önemli ölçüde zedeleyebilir. Bu sebeplerle Sözleşmenin 15/3 maddesi eleştirilmiştir. (**Lagarde**, para 92).

⁵⁶⁸ 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin 3. maddesine göre, çocuğu makama bağlayan ilişki, dorudan doğruya onun vatandaşı olduğu devletin iç hukukundan kaynaklanır ve bütün akit devletlerde tanınır. Her hangi bir yasal veya idari makamın müdahalesi olmaksızın kanuni velâyet ilişkisinin kurulması düşüncesini yansıtmaktadır. Fakat akit devlet mahkemelerinden verilen kararlar bu maddenin yorumu konusunda garklı görüşleri ifade ediyordu. Bazi akit devletlerin mahkemeleri maddenin bir kanunlar ihtilafı kuralı, bazıları da basit bir kararın kanunlar kuralı olarak kabul etmektedir. (**Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 402)

⁵⁶⁹ Burada, çocuğu bir makama bağlayan ilişki hakkında açıklama yapılmamıştır, 1. maddenin 2. fıkrasındaki anlamıyla velâyet sorumluluğundan bahsedilmiştir.

Sözleşme'nin 16. maddesinin 1. fıkrasının hükmü, çocuğun vesayetinin kurulması ile sınırlı değildir, aynı zamanda onun sona ermesini de düzenlemektedir⁵⁷⁰.

Bildirim neticesinde yetkili merci çocuğun vesayetine ilişkin bir karar vermemektedir. Çocuğun vesayeti, kanun gereği ölüme veya başka bir olaya bağlı olarak doğabilir. Bunun yanında çocuğun tanınmasından da kaynaklanabilir. Madde hükmünü kaleme alanlar, bu vesayet sorumluluğun hangi tarihten itibaren başlayacağı meselesini, bilinçli olarak düzenlememişlerdir. Bu hususları, çocuğun vesayetini doğuran olayın gerçekleşmesinden önceki çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna bırakmışlardır⁵⁷¹.

Sözleşmedeki 16. ila 18. maddeler, idari ve maddi makamlar dahil olmadan, hukuki işlem ya da kanundan doğan vesayetin kurulmasında etkili “ön mesele” kavramına uygulanacak hukuku düzenler. Bu nedenle, örneğin, m. 16/1 gereğince çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna göre, çocuğun tanınmış olması kanun icabı çocuğun vesayetinin tesisi için ön şart ise, çocuğun yasaya uygun bir şekilde tanınıp tanınmadığına dair “ön mesele”nin *lex causae*'nin mi yoksa *lex fori*'nin mi kanunlar ihtilafı kuralları göz önüne alınarak çözüleceği, taraf devletin iç hukukuna göre belirlenir⁵⁷².

2. Anlaşma veya Tek Taraflı Hukuki İşlemlerden Doğan Vesayet Sorumluluğu

Sözleşme'nin 16. maddesinin 2. fıkrasına göre, kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen, bir anlaşma veya tek taraflı hukuki işleme bağlı olarak vesayet sorumluluğuna ilişkin karar verilmesi veya kaldırılması, anlaşmanın veya hukuki işlemin gerçekleştiği andaki vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir⁵⁷³. Bu hüküm, kanun gereği durumlarda uygulanacaktır. Eğer 2. fıkra

⁵⁷⁰ 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 3. maddesi ile karşılaştırıldığında, bu metin “idari veya adli müdahale olmaksızın” ifadesini, “doğrudan kanundan kaynaklanan” ifadesine tercih edilmiştir. Bu tercihin sebebi, 16. maddede düzenlenen uygulanacak hukuk ile 5. maddede düzenlenen yetkili makam arasındaki irtibatı kutmaktır. Örneğin, velâyet sorumluluğunun verilmesi veya kaldırılması kararı gibi. (Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 403)

⁵⁷¹ Lagarde, para 100.

⁵⁷² Lagarde, para 102.

⁵⁷³ Lowe, Everall QC, Nicholls, s. 548. Benzer düzenleme 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 3. maddesinde de yer almıştır; Örneğin, çocuğun annesi ve babası arasında velâyet veya kişisel görüşme hakkı ile ilgili olarak paylaşmayı öngören bir anlaşma bu niteliktedir. Tek taraflı hukuki işlem, bir vasiyetname olabilir. Bu durumda, son ebeveyni çocuk için bir vasi tayin eder. (Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 404)

olmasaydı, anlaşma veya tek taraflı hukuki işlem ile vesayet kararı verilmesi veya sona ermesi Sözleşme'nin kapsamı dışında kalacaktı. Zira, bu haller 1. fıkra çerçevesinde kanundan doğmamaktadır, 2. fıkra bu durumları kanuni vesayetin verilmesi veya sona ermesi ile aynı hukuka tabi kılmaktadır⁵⁷⁴.

Madde hükmü uyarınca koruma hakkında taraflar arasındaki anlaşmanın geçerliliği, bu anlaşmanın yapıldığı tarihte, vesayet altına alınacak çocuğun mutad mesken hukukuna göre geçerli olmasına bağlıdır. Anlaşma, vesayet altına alınacak çocuğun mutad mesken hukukuna göre geçerli olmamakla birlikte, çocuğun mutad meskeni hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkili olan hukuka göre de geçerli olabilir⁵⁷⁵.

3. Çocuğun Mutad Meskeninin Değişmesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Sözleşme'nin 16. maddenin son fıkrası ortaya çıkabilecek farklı ihtimaller için en uygun çözümleri getirme amacıyla kaleme alınmış.

İlk ihtimal, önceki mutad mesken hukukunun kanunen vesayet kararı öngörmesine rağmen, yeni mutad mesken hukukunun bu konuda hiçbir hüküm içermemesi halidir. Bu durumda korumanın devamı ön plana çıkmaktadır. 16. maddenin 3. fıkrası⁵⁷⁶, değişiklikten sonra vesayet sorumluluğunun devam edeceğini belirtmektedir. Aslında bu hüküm, m. 15/3'de zaten yer alan bir çözümü yeniden ele almıştır. İlk devletin hukukuna göre vesayet sorumluluğunu elinde bulunduran kişi bu sorumluluğu devam ettirir, fakat mutad meskenin değişmesi anından itibaren, bu hakkı ikinci devletin iç hukukunda öngörülen şartlarda kullanır⁵⁷⁷.

İkinci ihtimal, her iki hukukun da kanuni vesayet sorumluluğunu öngörmesine rağmen, ancak hangi kişilerin bu sorumluluğu taşıyacakları konusunda ihtilaf olmasıdır. 16. maddenin 3. fıkrasında yer alan *ilk devletin hukukundan kaynaklanan vesayet sorumluluğunun devam edeceği* kuralı bu durumda da geçerlidir ancak kural, bu durumda aynı maddenin 4. fıkrası ile birlikte ele alınmalıdır. İkinci devletin iç

⁵⁷⁴ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 402.

⁵⁷⁵ Lagarde, para 103 ve dn. 53.

⁵⁷⁶ Bkz. Sözleşme'nin 16. maddenin 3. fıkrası.

⁵⁷⁷ Örneğin, yeni mutad mesken hukuku, ilk devletin hukukuna göre vesayet sorumluluğunu taşıyan kişi veya kurum tek başına yapabileceği bazı fiillerin yapılmasını bir makamın iznine bağlanmışsa bu şartın yerine getirilmesi gerekir. (Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 404)

hukuku, ilk devletin hukukuna göre vesayet sorumluluğuna sahip kişi veya kurum, kanunen vesayet sorumluluğunu veriyorsa bu kural uygulanacaktır⁵⁷⁸.

Önceki mutad mesken hukuku kanunen vesayet sorumluluğu hakkında bir hüküm taşımazken, yeni mutad mesken hukukunun bu sorumluluğu düzenlemesi ihtimalinde de aynı çözüm, aynı nedenlerle geçerlidir⁵⁷⁹.

Sözleşme'nin 18. maddesi, 16. maddede belirtilen vesayet sorumluluğun, bu Sözleşme uyarınca alınan önlemler ile kaldırılabilirliğini veya bu sorumluluğun kullanım şartlarının değiştirebilirliğini hükme bağlamıştır⁵⁸⁰. Bu itibarla, kanundan kaynaklanan vesayet sorumluluğunun, çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin alınmasına engel olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, 18. madde, çocuğun mutad meskeni değiştiğinde, m. 16/4 uyarınca, hem eski hem de yeni mutad mesken hukukundaki kanundan doğan vesayet sorumluluğuna ilişkin kuralların kümülatif olarak uygulanmasının, yetkili akit devlet makamlarınca, çocuğun etkin olarak korunmasını engelleyici nitelikte değerlendirildiği hallerde de devreye sokulabilecektir⁵⁸¹.

4. Kanun Gereği veya Hukuki Bir İşlem ile Tesis Edilen Vesayet Sorumluluğunun Kullanılmasına Uygulanacak Hukuk

Sözleşme'nin 17. madde hükmü uyarınca vesayet sorumluluğunun kullanılması konusunda da çocuğun mutad mesken hukuku yetkili kılınmıştır. Çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde, yeni mutad meskeni devlet hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür⁵⁸².

Böylelikle, hukuki bir işlemle ya da kanun icabı kurulan tesis edilen “vesayet sorumluluğunun kullanılması şartları”na uygulanacak hukuk, çocuğun son mutad mesken hukukudur ki bu hüküm, vesayetin kurulması ve sonlanmasına uygulanacak olan hukuku düzenleyen 16. maddeden farklılık gösterir. Bu düzenleme, m. 15/3 ile benzeşmektedir. Bu maddede de çocuğun mutad meskeni değişiklik gösterdiğinde

⁵⁷⁸ Lowe, Everall QC, Nicholls, s. 548.

⁵⁷⁹ Bkz. Sözleşme'nin 16. maddenin 4. fıkrası.

⁵⁸⁰ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 155; Bu hükümle, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 3. maddesi ile ilgili olarak daha önce işaret ettiğimiz yorum problemine son verilmiştir.

⁵⁸¹ Lagarde, para 110.

⁵⁸² Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 156; Stancheva-Mincheva, s. 256.

koruma tedbirlerinin uygulama şartlarının, yeni mutad mesken hukukuna göre belirleneceği düzenlenmiştir⁵⁸³.

Sonuç olarak, kanundan ya da hukuki işlemten doğan vesayet sorumluluğunu üstlenen kurum mutad mesken değişikliği olsa bile bu sorumluluğu, m. 16/3 neticesi koruyacakken madde 17. madde hükmüne göre, korunan bu sorumluluğun sorumluluğunun "kullanılmasına ilişkin şartlar", yeni mesken hukuku kurallarına göre belirlenecektir. Örneğin, eski mutad mesken hukukuna göre vasi bazı işlemleri kendi başına yapabiliyor ancak yeni mutad mesken hukukuna göre bu işlemler izne tabi ise, artık vasi, yeni mutad mesken hukuku kurallarına uymak ve izin almak suretiyle bu işlemleri uygulamak zorunda kalacaktır⁵⁸⁴.

5. Kamu Düzeni Müdahalesi

Sözleşme'nin 22. maddesi, La Haye Sözleşmelerinin geleneksel bir hükmü olan kamu düzeninin bir istisnasını tekrar etmektedir. Bununla beraber anılan madde kamu düzenine başvurulurken, Sözleşmenin bütün maddelerinin uygulanmasına hareket noktası olan çocuğun üstün yararının göz önünde tutulacağını belirtir.

Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafına dair düzenlemeler dikkate alınmak suretiyle yetkili bulunan hukukun uygulanmasında kamu yararının gözetilmesi ancak, çocuğun üstün yararı⁵⁸⁵ gözetilmiş oluyorsa mümkün olacaktır, aksi halde kamu yararının gözetilmesi çocuğun üstün yararı ile çeliştiğinde bu müdahaleye izin verilmemiştir⁵⁸⁶.

Türk hukukunda bu durum, yetkili yabancı hukukun uygulanmasında sadece *çocuğun üstün yararının* gerektirdiği durumlarda kamu düzeni müdahalesini kabul etmiştir⁵⁸⁷. Bu nedenle, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme'nin uygulama alanı bulduğu ihtilaflarda, Sözleşme'deki kanunlar ihtilafı kurallarınca

⁵⁸³ **Lagarde**, para 109; Practical Handbook, s. 97.

⁵⁸⁴ **Lagarde**, para 109; Practical Handbook, s. 97.

⁵⁸⁵ Giray'a göre, kamu düzeni kriterinin sadece çocuğun mallarına ilişkin olarak alınacak tedbirlerin düzenlediği 12. madde hükmü ile sınırlı tutulması gerekir. Çocuğa ilişkin velâyet sorumluluğuna uygulanacak hukukun, çağdaş gelişmelere paralel olarak, kamu düzeni kriteri ile değil, temel insan hak ve hürriyetleri esas alınarak sınırlanması gerektiğini kabul etmektedir. (**Giray**, Çocukların İadesi, s. 259)

⁵⁸⁶ **Lagarde**, para 117; Practical Handbook, s. 100.

⁵⁸⁷ Çocuğun üstün yararı ilkesinin kamu düzeni için bkz. Öztekin Gelgel, **Çocuk Hukuku**, s. 28-36; **Huysal**, s. 153-158; **Uyanık Çavuşoğlu**, Boşanma, s. 146-147;

yetkili yabancı hukukun uygulanmasında, yetkili Türk makamları, ancak çocuğun üstün yararı ile sınırlı olarak kamu düzeni müdahalesini devreye sokabileceklerdir⁵⁸⁸.

C. Üçüncü Kişilerin Korunmasına Uygulanacak Hukuk (İşlem Güvenliği)

Sözleşme'ye göre, vesayet altındaki çocuğun mutad meskeninin değiştiğinde, eski mutad mesken hukukuna göre verilmiş vesayet kararları (m. 15/3) ile eski mutad mesken hukukuna dayanan kanuni veya hukuki bir işlem kaynaklı vesayet sorumluluğun (m. 16/3) sürekliliği ilkesi, beraberinde yeni mutad mesken devletindeki iyi niyetli üçüncü kişilerin, özellikle çocuğun yasal temsilcilerinin kimler olabileceği hususunda yanılgılarına sebep olabilir⁵⁸⁹.

Sözleşme'nin 19. maddesi işlemin yapıldığı yer hukukuna göre vesayet altındaki çocuğun yasal temsilcisi olarak hareket etmeye yetkili olan kişi ile ilişki kuran iyi niyetli üçüncü kişilerin yararını koruma amacını gütmektedir. Diğer bir ifade ile anılan madde, aynı devlette kişiler arasında yapılmış işlemlerde üçüncü kişileri koruma amacıyla işlem güvenliği kuralını getirmiştir. Buna göre, üçüncü bir kişiyle işlemin tamamlandığı yer hukukuna göre vesayet altındaki çocuğun yasal temsilcisi olarak hareket etmeye yetkili kılınmış bir başka kişi arasınadaki bir işlemin geçerliliği tartışılmaz. Üçüncü kişi, diğer kişinin Sözleşme'nin 15 ila 18. maddeleri uyarınca uygulanacak hukuka göre vesayet altındaki çocuğun yasal temsilcisi olarak hareket etmeye yetkili olmadığı sebebine dayanarak sorumlu tutulamaz. Ancak üçüncü kişinin vesayet sorumluluğunun bu hukuka tabi olduğunu bilmemesi ya da bilecek durumda bulunmaması gerekir. Böylece iyi niyet üçüncü kişide bulunması gereken ihtimam yükümlülüğü ile takviye edilmiştir. İşlem yalnızca aynı devletin ülkesinde bulunan şahıslar arasında yapılmış olması halinde uygulanır⁵⁹⁰.

Sözleşme'nin 19. maddesi ile getirilen işlem güvenliği ilkesi, MÖHUK m. 9/2'den farklı olarak, üçüncü kişi ile görünüşteki yasal temsilcinin gerçekleştirdikleri, aile ve miras hukuku ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler de dahil olmak üzere, her türlü hukuki işlemde uygulanacaktır⁵⁹¹. Böylece, MÖHUK m. 9/2'de

⁵⁸⁸ Karataş, s. 977.

⁵⁸⁹ Lagarde, para 111; Practical Handbook, s. 99; Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 407.

⁵⁹⁰ Lagarde, para 113; Lowe, Everall QC, Nicholls, s. 549; Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 408; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 156.

⁵⁹¹ Karataş, s. 970.

yer alan, işlem güvenliğinin, aile ve miras hukuku ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemlere uygulanmayacağına ilişkin kurala⁵⁹², Sözleşme ile, uygulama alanına giren ihtilaflar bakımından, bir *istisna* getirilmiş olarak⁵⁹³ Türk hukukuna etkisini göstermiştir.

D. Yetkili Hukukta Atfın Reddi

La Haye Sözleşmelerinde benimsenen, “kanunlar ihtilafı kurallarının milletlerarası niteliği”, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesin’de de kabul edilmiştir. Nitekim 1996 tarihli La Haye Sözleşme’de de atfı reddedilmiştir. Sözleşme’nin 21. maddesine göre, Sözleşme’de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak devlet hukukunun sadece iç maddi hukuk kurallarının uygulanacağı, kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durumda uygulanacak hukuk, vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeni devletinin iç hukukudur.

Bununla birlikte, 21. maddenin 2. fıkrasında çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin Sözleşme’nin tarafı olmayan bir devlet olması halinde atfı kabul edilmiştir. Atfın istisnaen kabul edildiği bu durum Sözleşme’nin 16. maddesi ile sınırlandırılmıştır. Anılan maddeye göre uygulanacak hukuk, vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeninin akit olmayan bir devlette bulunması sebebiyle akit bir devletin hukuku olmayabilir. Vesayet altına alınacak çocuğun mutad meskeni devletinin kanunlar ihtilafı kuralları da akit olmayan başka bir devletin hukukunun uygulanması sonucunu doğruyorsa iki ihtimal söz konusudur. Eğer mutad mesken hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuk, somut olayda kendini yetkili görüyorsa o hukuk uygulanır. Ancak, mutad mesken hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuk kendi yetkili görmüyorsa yine atfı reddedilmiştir, uygulanacak hukuk 16’ncı maddenin gösterdiği hukuktur⁵⁹⁴.

Sözleşme’nin 16. maddesinin uyarınca yetkili akit olmayan devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının, akit bir devletin hukukunu yetkili kılması halinde ise, atfı

⁵⁹² Türk milletlerarası özel hukukunda “işlem güvenliği prensibi” için bkz. **Nomer**, s. 224-226; **Çelikel/ Erdem**, s. 209-211; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 110-111; **Tekinalp, Çavuşoğlu**, s. 65 vd.

⁵⁹³ **Lagarde**, para 114.

⁵⁹⁴ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 408; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 155, dn.133.

kabul edilmeyecek ve akit olmayan devlet hukukunun iç maddi hukuk kuralları uygulanacaktır⁵⁹⁵.

MÖHUK m. 2/3'te aile ve kişi hukukuna dair uyuşmazlıklarda atıf kurumu düzenlenmiştir, bir başka deyişle, kanunlar ihtilafı kuralları başka bir hukuku yetkili kılmaktadır. Çocuğun vasiyeti ile ilgili durumlar da Türk hukukuna göre kişi ve aile hukuku ile ilgilidir ve MÖHUK m. 2/3'e göre atfı gerektirir. Ancak Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi ile sonucu bu hükme bir istisna getirilmiş olup, 21. maddede belirtilen dışında atıfa başvurulmayacaktır.

IV. MÖHUK'A GÖRE ÇOCUĞUN VESAYETİNE UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

Vesayet kararı verilmesi veya sona ermesine uygulanacak hukuk konusunda, vesayet altına alınanın millî hukuku ya da yerleşim yeri hukuku veya mutad meskeni hukuku⁵⁹⁶ önerildiği gibi, vesayet makamlarının tâbi olduğu hukuk da bağlama noktası olarak tartışılmaktadır⁵⁹⁷.

Alman⁵⁹⁸, İtalyan⁵⁹⁹, Polonya⁶⁰⁰, Romanya⁶⁰¹, Slovenya⁶⁰² ve Avusturya⁶⁰³ hukukunda, vesayetin kuruluşu, hükümleri ve sona ermesi **vesayet altına alınanın milli hukukuna** tabi kılınmıştır⁶⁰⁴. İsviçre'de ise 1987 tarihli Kanun'un, 85. maddesinde, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi hükümlerine atıf yapılmıştır. Sözleşmeye göre, **vesayet altına alınan çocuğun mutad meskeni hukuku** bağlama

⁵⁹⁵ Lagarde, para 116.

⁵⁹⁶ Çelikel/ Erdem, s. 214.

⁵⁹⁷ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 195.

⁵⁹⁸ Almanya MÖHUK m. 24.

⁵⁹⁹ İtalya MÖHUK m. 43.

⁶⁰⁰ Polonya MÖHUK m. 23.

⁶⁰¹ Romanya MÖHUK m. 37.

⁶⁰² Slovenya MÖHUK m. 15.

⁶⁰³ Avusturya MÖHUK m. 27

⁶⁰⁴ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s.195; Doğan, s. 251.

kuralıdır. Bulgaristan'da⁶⁰⁵ ise *vesayet altına alınan kişinin mutad mesken hukuku* uygulanmaktadır.

MÖHUK'un 1. maddesinin 2. fıkrası uluslararası sözleşme hükümlerini saklı tutuğundan vesayet konusunda düzenlemeler içeren iki taraflı adli yardım anlaşması hükümlerinin de dikkate alınması gerekir. Bu duruma örnek olarak Türkiye ile Ukrayna arasında akdedilen Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Anlaşmasının⁶⁰⁶ 26. maddesi gösterilebilir. Anlaşmanın 26. maddesinin 2. fıkrasına göre, kendisine vasi atanan kişi ile vasi arasındaki kanuni ilişkilere, yetkili vesayet organlarınca vasi tayin etmiş akit devletin hukuku uygulanacaktır.

Yabancı unsurlu vesayet ilişkilerine uygulanacak hukuk 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 10. maddesinde düzenlenmiştir.

Maddenin kenar başlığı, vesayet, kısıtlılık ve kayyımlıktır. MÖHUK'un 10. maddesinin birinci fıkrasına göre, vesayet kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen *kişinin millî hukukuna tâbidir*⁶⁰⁷. Çocuğun vesayetine ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır, 10. maddenin kapsamı içerisine alınmıştır ve çocuğun vesayet işlerine uygulanacak hukuk, çocuğun millî hukukuna tâbidir.

Bir kişinin kısıtlanması ve vasi atanması şahsi statüsü bakımından son derece önemli bir tasarruf olarak değerlendirilmiş ve ilgilinin millî hukukuna tâbi tutulmuştur⁶⁰⁸. Zira vesayet ve kısıtlılık, kişinin fiil ehliyetini etkilemektedir⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ Bkz. Bulgaristan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Кодекс по международно частно право) m. 86. Söz konusu Kanun'un inglizce metni için bkz. <https://kenarova.com/law/Code%20of%20the%20International%20Civil%20Law.pdf>, Erişim 12.07.2017.

⁶⁰⁶ Sözleşme metni için bkz. RG:22.12.2003-25324.

⁶⁰⁷ Y.2.HD., 10.3.2000 T., E. 1206, K. 3123, www.kazanci.com, Erişim 23.08.2017; **Ahmet Cemal Ruhi**, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 2. Bası, Ankara 2008, s. 110.

⁶⁰⁸ Türk mahkemelerin, Türk vatandaşı olmayan kişiler hakkında vesayet veya kısıtlılık kararı vermesine engel bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Bu itibarla, Yargıtay 2. HD'nin, 22.03.2012 T., E. 2011/ 13681, K. 2012/6879 sayılı kararında, kısıtlanması istenen kişinin Türk vatandaşı olmaması nedeniyle hakkında kısıtlanma kararı verilemeyeceği yönündeki yerel mahkeme kararının, Türk hukukunda kısıtlama kararı vermeye yetkili Türk mahkemesinin yabancı kişiler hakkında, yetkili hukuka göre kısıtlama veya vasi tayini kararı vermesine engel bir durum bulunmadığı gerekçesiyle bozulması isabetlidir.(www.kazanci.com, Erişim 12.08.2017).

⁶⁰⁹ **Nomer**, s. 284; **Çelikel/ Erdem**, s. 209.

B. Çocuğun Vesayet Altına Alınma Sebeplerine Uygulanacak Hukuk

1. Hakkında Vesayet Kararı Verilen Çocuğun Millî Hukukunun Uygulanması

MÖHUK m. 10/1'e göre, “*Vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi ve sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir.*”

Kanun koyucunun, bağlama noktası olarak *milli hukuku* seçmesi milletlerarası özel hukuk menfaatlerine uygundur. Zira vesayet kararı verilmesi ve kaldırılması, kişisel menfaat ile yakından ilgilidir ve bu nedenle vesayet altına alınanın hukuku uygulanmalıdır⁶¹⁰. Kişinin hukuku alanında bağlama noktaları, kişinin milli hukuku, yerleşim yeri veya mutad mesken hukuku olabilir. MÖHUK, kişinin milli hukukunu tercih etmiştir⁶¹¹. Yurt dışında yaşayan çok sayıda Türk vatandaşı ve birisi Türk vatandaşlığı olmak üzere çifte vatandaş bulunmaktadır (MÖHUK m.4). Bu itibarla, bağlama noktası olarak milli hukukun, yerleşim yeri ve mutad mesken hukukuna tercih edilmesi doğru bir seçim olmuştur⁶¹².

Hakkında vesayet kararı verilmesi ve sona erdirilmesi istenen çocuğun vatansız ya da mülteci olması durumunda, millî hukuku değil, yerleşim yeri; bulunmadığı hâllerde mutad mesken, mutad meskenin de bulunmaması hâlinde, dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m. 4/1-a). Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku (MÖHUK m. 4/1-b); birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları devlet hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m.4/1-c)⁶¹³.

⁶¹⁰ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 195; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 109; Demir Gökyayla, Vesayet, s. 404; Aysel Çelikel, Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, İstanbul 1963, s. 40; Aybay/ Dardağan, s. 190. EHVK döneminde, 4. maddede, yabancıların ahkâm-ı şahsiyesi hakkında millî hukukun uygulanması kabul edilmiştir ancak Türklerin kişi hâllerine ilişkin hususlarda uygulanacak hukuk açıkça tayin edilmemiştir. Doktrinde, EHVK'nın yürürlükte olduğu dönemde, *argumentum a contrario* bir yorumla Türklerin kişi hâllerine ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun da millî hukuk olan Türk hukuku olacağı yorumu yapılmıştır. Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 48; Özkan, s. 107.

⁶¹¹ Çelikel/ Erdem, s. 209.

⁶¹² Demir Gökyayla, Vesayet, s. 404.

⁶¹³ MÖHUK m.4/1-b ve m.4/1-c hükümlerinin değerlendirilmesi için ayrıntılı olarak bkz. Gülüm Bayraktaroğlu-Özçelik, Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve

Ayrıca MÖHUK m. 2/3 hükmüne göre, MÖHUK m.10/1 uyarınca uygulanacak hukuk tayin edilirken atıf dikkate alınacaktır⁶¹⁴.

2. Çocuğun Millî Hukukuna Göre Vesayet Kararı Verilmesinin Mümkün Olmaması

MÖHUK m. 10/2’de, yabancının millî hukukuna göre vesayet kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde uygulanacak hukuk tayin edilmiştir. Bu durumda, çocuğun mutad meskeni⁶¹⁵ Türkiye’de ise Türk hukukuna göre vesayet kararı verilebilir veya kaldırılabilir⁶¹⁶. Bu kural tek yanlı bir istisna kuralıdır.

Doktrinde, bu istisna kuralının amacı, Türkiye’de yaşayan bir yabancı hakkında, millî hukukuna göre vesayet kararı alınamaması durumunda, Türk hukukunda sayılan nedenlerle vesayet kararı verilmesinin sağlanması olarak ifade edilmiştir⁶¹⁷. Böyle bir istisna kuralının bulunmasının nedeni, vesayet kurumunun, kişinin korunması yanında kamu düzeninin korunmasıyla da yakından ilgili olmasıdır⁶¹⁸.

MÖHUK m.4/(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi, GÜHFD, Y. 2015, C. XIX, S.1, s.111-150.

⁶¹⁴ Çelikel/ Erdem, s. 214; Demir Gökyayla, Vesayet, s. 405, s. 409.

⁶¹⁵ Türk hukukunda ve bir çoğu yabancı hukuklarda mutad meskenin hukuki bir tanımı bulunmamaktadır. İsviçre ve Bulgar hukukunda mutad meskenin tanımı yer almaktadır.

İsviçre Milletler Özel Hukuku Hakkında Kanun m. 20/1’de mutad mesken, “bir kişinin mutad meskeni, belirli bir süre için yaşamakta olduğu ülke” olarak ifade edilmiştir. Burada mutad meskene ilişkin tek kriter olarak süre belirtilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda, mutad meskeni kişinin hayatını etkili olarak sürdürdüğü merkez ve hayatının bağılıkları olarak ifade etmiştir. (Özkan, s. 41).

Bulgar Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Kanun m. 48/7’de mutad mesken, “bir kişinin belli bir yerde ağırlıklı olarak yaşadığı yer kabul edilir ve bu, bir kayıt ya da oturma izni ya da yerleşim izni ile ilgili değildir. Bu yerin tanımı için, kişinin bu yerle olan dayanıklı ilişkilerinden doğan ya da bu ilişkileri kurma niyetinden doğan kişisel ya da mesleki nitelikteki durumlar dikkate alınacaktır.” olarak tanımlanmıştır.

ABD mahkemelerine göre ise, bir yerin mutad mesken olabilmesi için kişinin kendi isteğiyle bir yerde oturması veya o yerde yaşamını devam ettirme niyetinde olması gerekir. Kişinin sadece o yerde oturmak istemesi mutad mesken için yeterli değildir. Kişinin orada oturabilmesi için gerekli işlemleri yapma, tamamlama ve sürdürme gayretinde bulunması da gerekir. (Giray, Çocukların İadesi, s. 57).

⁶¹⁶ 2675 sayılı MÖHUK döneminde, ilgilinin millî hukukuna göre vesâyet ve hacir kararı alınması mümkün değilse ve kişinin mutad meskeni Türkiye’de ise Türk hukukuna göre vesâyet ve hacir kararı verilebilir veya kaldırılabilir hükmü bulunmakta idi. (Özkan, s. 107).

⁶¹⁷ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 405. Doktrinde, kişinin millî hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmiş ancak kaldırılmıyorsa, mutad meskeninin Türkiye’de bulunması şartıyla Türk hukuku uygulanarak kararın kaldırılabilceği yönünde görüş de bulunmaktadır. (Doğan, s. 323).

⁶¹⁸ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 405.

Yabancı çocuk hakkında vesayet kararı verilebilmesi için iki şart vardır. Birincisi, çocuğun millî hukukuna göre vesayet kararı verilemesi gerekir. İkinci şart ise çocuğun mutad meskeninin Türkiye’de bulunmasıdır⁶¹⁹. Bununla birlikte Kanun’da, hâkime takdir yetkisi verildiği görülmektedir⁶²⁰.

3. Çocuğun Zorunlu Olarak Türkiye’de Bulunduğu Hâller

Kişinin zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hâller, MÖHUK m. 10/2 ikinci cümlede düzenlenmiştir. Buna göre, “*kişinin zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır*”⁶²¹. İlgili hüküm uyarınca, bir yabancı çocuğun zorunlu olarak Türkiye’de bulunuyorsa Türk hukukuna göre vesayet altına alınabilir. Bu madde uyarınca hâkimin Türk hukukunu uygulayıp uygulamama konusunda bir takdir hakkı bulunmamaktadır, hâkim Türk hukukunu uygulamak zorundadır⁶²².

Doktrinde, çocuğun zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hâller için yabancı çocuğun Türkiye’de trafik kazası sonucu ana babasını kaybetmesi, ergin bir kişinin akıl hastalığına uğraması, hapse düşmesi örnekleri verilmiştir⁶²³. Bu örneklerle, gecikmesinde sakınca bulunan hâller de eklenmiştir. Bu durumlarda vesâyet makamının *lex fori*’ye göre çocuğa vasi atayabileceği veya ergin olan kişi hakkında kısıtlılık kararı verebileceği ifade edilmiştir⁶²⁴.

Çocuğun zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hâllerde Türk hukukunun uygulanmasında, hâkimin takdir yetkisi bulunmamaktadır, Türk hukukunun uygulanması gerekecektir⁶²⁵.

C. Çocuğun Vesayetinin Sona Erme Nedenlerine Uygulanacak Hukuk

MÖHUK’un 1. maddesinin 2.fıkrası, uluslararası sözleşme hükümlerini saklı

⁶¹⁹ Aybay/ Dardağan, s. 190.

⁶²⁰ Uluocak, MÖH, s. 29; Çelikel/ Erdem, s. 210; Doğan, s. 323; Demir Gökyayla, Vesayet, s. 405.

⁶²¹ 2675 sayılı MÖHUK döneminde bulunmayan bu hüküm, Adalet Bakanlığı verilerine göre, uygulamada duyulan ihtiyacın karşılanması için getirilmiştir (Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 234).

⁶²² Çelikel/ Erdem, s. 210.

⁶²³ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 198; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 109; Demir Gökyayla, Vesayet, s. 406.

⁶²⁴ Bu görüş, ancak bundan sonra millî hukuk hükümlerinin araştırılması gerektiğini vurgulamaktadır. (Tekinalp, Çavuşoğlu, s. 198).

⁶²⁵ Çelikel/ Erdem, s.216; Doğan, s. 323; Demir Gökyayla, Vesayet, s. 406. Ayrıca bkz. Y. 2.HD., 2.11.2007 T ve 2006/19919 E. ve 2007/14791 K. sayılı karar özeti için bkz. Ruhi, s.112.

tuttuğundan, vesayetin kaldırılması konusunda, Türkiye'nin tarafı olduğu 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Çocuk ile vasi arasında vesayet ilişkisinin kurulması veya buna itiraz edilmesi Sözleşmenin 4/a maddesi gereği kapsam dışı bırakıldığından vesayetin kurulması veya verilmesini gerektiren sebeplere MÖHUK m. 10/1 gereğince çocuğun milli hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuk uygulanacaktır. Buna karşın Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrası "velayet sorumluluğu" kavramının kapsamına "vesayeti" açıkça dahil ettiğinden ve 3/c. maddesi de vesayete uygulanacak hukuku Sözleşme hükümlerine tabi tuttuğundan, vesayetin kaldırılması ve sona erdirilmesi sebepleri, sözleşme hükümlerinin yetkili kıldığı devlet hukukuna göre belirlenecektir.

Şu hâlde, vesayet kararının sona erdirilmesi veya kaldırılması sebepleri hakkında, 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır. Uygulanacak hukuk yönünden, Sözleşmenin öngördüğü düzenlemeler, Sözleşmenin 20. maddesi gereğince akit olmayan devletler hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Sözleşmenin 18. maddesi, vesayet sorumluluğunun sona ermesine veya uygulanmasına uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Vesayet sorumluluğunun sona ermesi, kaldırılması veya uygulanması hakkında Sözleşmenin 16. maddesinin yetkili kıldığı devlet hukuku uygulanacaktır⁶²⁶.

D. Çocuğun Vesayetine İlişkin Karar Verilmesi veya Sona Ermesi Dışında Kalan Hususlar

Vesayet kararı verilmesi ve sona ermesi dışında kalan bütün sorunlar, vesayetin yürütülmesi Türk hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 10/3). Doktrinde, vesayet statüsünün kapsamının dar tutulması, vesayet altına alınan kişi hangi ülkede ise vesayet işlemlerinin de ancak o ülkede sağlıklı bir şekilde yürütülebileceği ve bazı hak kayıplarının böylece önlenebileceği gerekçeleriyle açıklanmıştır⁶²⁷. Aynı görüş, sırf bu

⁶²⁶ Bu tespit ilk olarak, tez danışmanım **Faruk Kerem Giray** tarafından yapılmıştır.

⁶²⁷ **Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 197.

gerekçe ile vesayet altına almanın bütün hükümlerinin kuralın kapsamı dışına çıkarılmasının tartışmaya açık olduğunu vurgulamaktadır⁶²⁸.

Çocuğa vesayet kararı verilmesi ve sona ermesi sebepleri dışında kalan konuların neler olduğu bir vasıflandırma sorunudur. Bu kapsamda, Türk hukukuna göre vasıflandırma yapılacak olursa, vasi tayini, vasinin nitelikleri, vasinin şahsına karşı yapılacak itirazlar, vesayetin yönetimi, vasinin ve vesayet dairelerinin yetkileri, alacakları tedbirler, vesayet altındaki kişinin korunması, temsili ve kararın üçüncü kişilere etkisi gibi konular (TMK m. 413 vd.) ile vasi atanmasında eşin ve hısımların önceliği (TMK m. 414), vasi tayininde ilgililerin önceliği (TMK m. 415), vesayetin yürütülmesi kapsamında vasinin görevleri (TMK m. 438-457), vesayet kararı verilmesi ve sona ermesi sebepleri dışında kalan konular içindedir⁶²⁹. Ayrıca Yargıtay uygulamasında, vesayetin yönetimi olarak vasıflandırılan konulara Türk hukukunun uygulanacağı ifade edilerek, bu konular arasında, vasinin, vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları sayılmıştır⁶³⁰.

Türk hukukunda, çocuğun vesayet altına alınması için anne babanın velâyeti kaldırılmış, anne baba ölmüş veya haklarında gaiplik kararı verilmiş olması gereklidir⁶³¹. Bu durumlarda TMK m. 404 vd. uyarınca yetkili mahkeme re'sen veya nüfus veya diğer idare memurlarının bildirimine üzerine vasi tayin eder.

Doktrinde, MÖHUK m.10/3 hükmü, yetkili hukuka göre vesayet kararı verilmesinden sonra kararın yürütülmesine ilişkin usulî işlemler olarak açıklanmıştır⁶³². Bu konudaki usûl, gecikmeksizin bir vasi atanmasıdır (TMK m. 419).

Vesayet kararı verilmesi veya kaldırılması nedenleri dışında kalan konulara Türk hukukunun uygulanması, doktrinde, Türkiye'de gerçekleşen vesayete ilişkin işlemlerin güvenli ve süratli bir şekilde yürütülmesinin sağlanması olarak gerekçelendirilmiştir⁶³³. Vesayet kararı verilmesi veya kaldırılma nedenleri dışında

⁶²⁸ Bir kişinin vasi olabilmesi için hem kendi hukukuna göre ehil olması gerektiği hem de vesayet statüsünde de o kişinin vasi olma ehliyetinin kabul edilmiş olması gerektiği yönünde görüş için bkz. **Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s.197.

⁶²⁹ **Çelikel/ Erdem**, s. 214-215; **Demir Gökyayla**, Vesayet, s. 407, 408.

⁶³⁰ Y.18. HD.17.1.2013 T., E. 2012/12365, K. 2013/483. Karar özeti için bkz. **Çiçekli**, s. 38-42.

⁶³¹ **Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 196.

⁶³² **Doğan**, s. 323.

⁶³³ **Çelikel/ Erdem**, s. 214.

kalan konular, bu işlemler Türkiye’de yürütülüyorsa, işin niteliği gereği Türk hukukuna tâbi olacaktır⁶³⁴.

Ayrıca doktrinde, vesayet hukuku, özel hukuk ile kamu hukuku arasında, sınırdan bir kurum olarak nitelenmiştir. Vesayetin kurulması, organizasyonu, yürütümü ve denetiminde Devletin rolü vurgulanmıştır⁶³⁵. Yabancı hukukun, sadece vesâyet ve kısıtlılık kararı verilmesi ve sona ermesi nedenlerine uygulanması kamu hukuku ile özel hukuk arasında bir sınırdan bulunması olarak açıklanmıştır⁶³⁶.

E. Milletlerarası Unsurlu Vesayet Kararlarında Yargılama Usûlüne ve Geçici Tedbirlere Uygulanacak Hukuk

Vesayet kararları verilmesi ve sona ermesi konularında, yargılama usulü, prensip olarak *lex fori*’ye tâbidir.

Vesayet verilmesi ve sona ermesi nedenleri için uygulanacak hukuk tayin edilinceye dek geçici tedbirler alınması gerekebilir⁶³⁷. TMK m. 423’ye göre, vasilîge atanan kişiyi, vasilikten kaçınmış veya atanmasına itiraz edilmiş olsa bile, yerine bir başkası atanıncaya kadar vasilîge ait görevleri yerine getirmekle yükümlüdür ve geçici tedbirler kapsamında değerlendirilmelidir.

Vesayet konularında geçici tedbirlere uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmemiştir. Geçici koruma tedbirlerinin *lex fori*’ye göre alınabileceği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır⁶³⁸.

O hâlde hâkim, geçici tedbirleri belirlemek konusundaki geniş takdir yetkisini, ciddi ve güncel bir zorunluluk bulunması çerçevesinde kullanmalıdır. Alınacak tedbirler, çocuğun korunmasına yönelik olmalıdır. Örneğin vasi atanacak çocuğun beslenmesi, barınması ve tedavisi hakkında geçici tedbir kararı alınabilir; vesayet altına alınacak çocuğun malvarlığının korunması bakımından, hakim, mameleki değerlere ilişkin muhafaza veya geçici devir-temlik yasağı getirebilir.⁶³⁹

⁶³⁴ Çelikel/ Erdem, s. 215.

⁶³⁵ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 408.

⁶³⁶ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 409.

⁶³⁷ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 407.

⁶³⁸ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 407.

⁶³⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 410; Saymen/ Elbir, s. 543.

Süre açısından ele alacak olursak, geçici önlemler belirli süreye dayalı olarak alınabilir, ancak bu önlemlerin geçiciliği vesayet makamı tarafından göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca geçici önlemlerin alınabilmesi için bu önlemlerin alınmasında zorunluluk ve bu zorunluluğa ilişkin açık belirti olmalıdır. Bununla birlikte vesayet makamı tarafından vasinin atanmasından önce alınması gerekli geçici önlemler denklik ilkesine de uygun olarak belirlenmelidir⁶⁴⁰. Yani daha ağır bir durum bulunmuyorsa daha hafif bir tedbir yeterlidir.

Burada da bir ilan söz konusudur. TMK m. 420/2'ye göre “vesayet makamının kararı ilan olunur”. Alınacak geçici tedbirlerin hepsi üçüncü kişiler için önem taşımayabilir; ancak doğaldır ki, vesayet makamının genel tedbir yetkisi kapsamında aldığı bir geçici tedbir kararı bakımından tedbirin en etkili sonuçları doğurması ayrıca ilanı gerekli kılabilir.

F. Atıf

Çocuk ile vasi arasında vesayet ilişkisinin kurulması hakkında uygulanacak hukuk tespit edilirken atıf dikkate alınacaktır. Zira MÖHUK'un 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kişinin ve aile hukuku konularında atıf uygulama alanı bulacaktır. Vesayet kişinin hukuku ile ilgili olduğundan atıf dikkate alınmalıdır⁶⁴¹.

Yabancılik unsuru içeren bir uyuşmazlığa uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin değil de kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmasını öngören atıf teorisi⁶⁴² kural olarak Türk milletlerarası özel hukukunda reddedilmektedir. Ancak atıf teorisinin istisnai olarak kabul edildiği alanlar MÖHÜK m. 2, f. 3'te açıkça belirtilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, kişiler ve aile hukukuna ilişkin meselelerde atıf kabul edilmektedir. Çocuğun vesayetine ilişkin uyuşmazlıklar da aile hukuku karakteri baskın uyuşmazlıklar olması sebebiyle, aile hukukuna ilişkin meseleler içersinde yer aldıkları için atıf teorisinin uygulandığı uyuşmazlıklardır.

Çocuğun vesayeti uyuşmazlıklarda kabul edilen tek dereceli atıftır. Dolayısıyla bağlama naktasının gönderdiği hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının atıf

⁶⁴⁰ **Gençcan**, Vesayet, s. 486.

⁶⁴¹ **Çelikel/ Erdem**, s. 214; **Demir Gökyayla**, Vesayet, s. 405, s. 409.

⁶⁴² Atıf teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Çelikel/ Erdem**, s. 111-137; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe**, s. 51-58; **Nomer**, 142-156; **Aybay/ Dardağan**, s. 154-172; **Doğan**, s. 179-189; **Tekinalp/ Çavuşoğlu**, s. 44-45.

yaparak yetkilendirdiği hukukun maddi hukuk hükümleri uyuşmazlığa uygulanacaktır. Bu durum MÖHÜK m. 2, f. 3'te "*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, ...(halinde)..... bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır.*" şeklindeki ifadede açıkça belirtilmiştir. Ayrıca aynı ifade Türk milletlerarası özel hukukunda hem "iade atıf" hem de "devam eden atıf" kabul edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla vesayete ilişkin bir uyuşmazlıkta bağlama notkası uygulanarak tespit edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları, Türk hukukuna atıfta bulunmuşsa (iade atıf) veya başka bir devlet hukukuna atıfta bulunmuşsa (devam eden atıf) bu hukukun maddi hukuk hükümleri olaya uygulanacaktır.

Vesayetin kaldırılmasında atıf ise, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla Sözleşmede yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak devlet hukukunun sadece iç maddi hukuk kurallarının uygulanacağı, kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmayacağı açıkça belirtilmiştir (m. 21)⁶⁴³.

G. Yetkili Vesayet Makamına Bildirme Yükümlülüğü

Medenî Kanun'un 404. maddesinin ikinci fıkrasına göre, görevlerini yaparlarken velâyet altında bulunmayan bir küçüğün varlığını öğrenen idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.

Yerleşim yeri Türkiye'de olan yabancılar için, bu bildirim zorunluluğunun varlığından şüphe etmemek gerekir. Zira küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki

⁶⁴³ "1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin m. 21/2 gereğince, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın vesayet sorumluluğun kanun gereği veya hukuki bir işlem ile kurulması ve kaldırılmasına uygulanacak hukuk, Sözleşmeye akit olmayan bir devletin hukuku ise, atıf şartlı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, bu devletin kanunlar ihtilafı kuralları bir başka akit olmayan devletin hukukuna atıf yapıyor ve bu atıf yapılan, ikinci akit olmayan devlet kendi hukukunun uygulanması öngörüyor ise, bu ikinci devletin hukuku uygulanır, dolayısıyla atıf kabul edilir. Ancak bu ikinci akit olmayan devletin kanunlar ihtilafı kuralları kendi hukukunun uygulanmasını öngörmüyor ise, atıf reddedilir ve uygulanacak hukuk 16. madde gereğince ilk yetkili kılan akit olmayan devletin iç maddi hukukudur. Sözleşme'nin 16. madde gereğince yetkili akit olmayan devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının, akit bir devletin hukukunu yetkili kılmasını halinde ise, atıf kabul edilmeyecek ve yetkili akit olmayan devlet hukukunun iç maddi hukuk kuralları uygulanacaktır." (Naklen **Çelikel, Erdem**, s. 284-285, dn. 123).

Sulh Mahkemeleri vesayet makamıdır (TMK m. 411; Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4)⁶⁴⁴.

Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancılar hakkında ise MÖHUK’un 42. maddesinden hareketle bir sonuca ulaşmak mümkün olabilir. 42. maddeye göre, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesayet, kayyımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye’de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir.

Maddeyle, yerleşim yeri Türkiye’de olmayan yabancılar hakkında da bir “vesayet makamı” ihdas edilmiş olunmaktadır. Bu nedenle, Türkiye’de sakin olan, mutad meskeni Türkiye’de bulunan veya Türkiye’de mal varlığı olan yabancılar hakkında da bu kişilerin bulunduğu yerdeki Türk vesayet makamlarına bildirim zorunluluğu olduğu sonucuna varılmalıdır.

Türkiye’de sakin olmayan ancak Türkiye’de mal varlığı olan yabancı için de 42. madde uyarınca bir vesayet makamı bulunmaktadır ve bildirim yapılması gerekir.

Sorun, Türkiye’de sakin olmayan ve mal varlığı da bulunmayan yabancılar için ortaya çıkmaktadır. Burada kısıtlanması gereken kişi ya küçüktür ya da ergin olmasına rağmen içinde bulunduğu durum nedeniyle kendisine ve başkalarına karşı korunması gerekmektedir. Bu nedenle bu durumdaki kişiler hakkında da bildirimde bulunulması kamu yararının gereğidir. Örneğin, tatilini Türkiye’de geçirirken kaza sonucu komaya giren bir yabancıya vasi tayin edilmesi gerekebilir. Ancak, nereye bildirimde bulunulması gerektiği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Yetişkinler ve Sözleşme’nin uygulama alanına girmeyen küçükler hakkında mensubu oldukları devletin konsolosluluğuna bildirimde bulunabilir⁶⁴⁵. Türkiye’nin taraf olduğu bazı ikili konsolosluk anlaşmalarında, vasi atama yetkisi konsoloslara verilmiş olabilir⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s. 485-487.

⁶⁴⁵ Karş. Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 235.

⁶⁴⁶ Uluocak, MÖH, s. 32; Nomer, s. 285; Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 237-238.

Vasi kararının tebliği ve ilanı Türk hukukuna tâbidir⁶⁴⁷. Vasiliğe ilişkin vesayet makamı tarafından verilen atama kararı vasiye hemen tebliği olunur. Tebligat, Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılmalıdır⁶⁴⁸.

Vasi atama kararı, yerleşim yerinde ve nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan edilecektir.

Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik’in⁶⁴⁹ 1. maddesi uyarınca, Türkiye’de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli yabancılara mahsus ikamet tezkeresi alan yabancıların kimlik bilgileri ve beyan edecekleri nüfus olayları yabancılar kütüğünde tutulmaktadır⁶⁵⁰.

Yönetmelikte vesayet kararına ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır. Ancak kişisel durumda değişiklik meydana getiren olayların bildirilmesi gerektiği için kısıtlılık ve vasi atanmasına ilişkin kararların da bildirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

H. Vesayete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Göz Önünde Bulundurulacak Kistaslar

Türk milletlerarası özel hukukunda yabancılık unsuru içeren vesayet uyuşmazlıklarının MÖHÜK m. 10’da yer alan kanunlar ihtilafı kuralı hükümlerine göre tespit edilen hukuk uyarınca çözümleneyeceğini yukarıda açıklamaya çalıştık. Ancak bazı durumlarda, ilgili kanunlar ihtilafı kuralı hükümlerine göre tespit edilen yabancı hukukun uygulanması engellenir. Bunun sebebi, uyuşmazlığın çözümlenmeye çalıştığı devletin korumaya çalıştığı menfaatlerin, söz konusu kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasıyla elde edilecek menfaatlere nazaran daha üstün tutulmasıdır. Yabancı hukukun uygulanması, Türk milletlerarası özel hukukunda, “kamu düzeni” kriteri kullanılarak veya “doğrudan uygulanan kurallar” eliyle engellenmektedir. Yabancı hukukun uygulanması genel ilkesini engelleyen bu durumlara, istisnai özellikleri sebebiyle mümkün olduğu kadar az uygulama alanı tanımak gerekmektedir.

⁶⁴⁷ **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 158.

⁶⁴⁸ **Gençcan**, Vesayet, s.149;

⁶⁴⁹ RG. 20.10.2006- 26325.

⁶⁵⁰ Bilgi için bkz. **Çelikel/ Gelgel**, , s. 93-94.

1. Kamu Düzeni

Kural olarak, kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili hukukun hâkim tarafından uyuşmazlığa re'sen uygulanması gerekir (MÖHUK m. 2/1). Somut olaya uygulanması gereken yabancı hukuk hâkimin mensup olduğu devletin kamu düzenini bozmamalıdır. Aksi halde yeni yetkili yabancı hukukun uygulanması hâkimin mensubu olduğu devletin kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilir. Böyle bir durumda kamu düzeni müdahalesinden söz edilecektir.⁶⁵¹

Kamu düzeni kavramının tam olarak bir tanımını yapmak ve sınırlarını belirlemek mümkün değildir, çünkü zamana ve yere göre değişen, esnek bir kavramdır⁶⁵². Uygulanması hâkimin Türk hukukunun temel değerleri ile bağdaşmayan, tahammül edilemez sonuçlar doğuran yabancı kanunun uygulanmasına kamu düzenine aykırılık nedeniyle müdahale edilmesi kabul edilmektedir⁶⁵³.

Yabancı hukukun uygulanmasında Türk hukukunun temel değerleri ile bağdaşmama ya da tahammül edilemez sonuçlar doğurma gibi kavramlardan ne anlaşılması gerektiğini saptamak kolay değildir. Türk hukukunun temel prensiplerine, toplumun ahlâk anlayışına, anayasal hak ve özgürlüklere aykırı yabancı kanun hükümlerinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir⁶⁵⁴. Her somut olayda hangi hallerin kamu düzenine aykırılık oluşturacağı hâkim tarafından takdir edilecektir.

2675 sayılı mülga MÖHUK'ta da aynen yer alan (m. 5), 5718 sayılı MÖHUK'un 5. maddesinde yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hükmün uygulanmaması, gerekli görülen hallerde, Türk hukukunun uygulanması düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeyle Türk hukukunda kamu düzenine aykırılığın istisnai niteliği kabul edilmiş ve kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olması gerektiği vurgulanmıştır. Kural olarak, hâkim kendi hukuk düzenindeki kurallardan farklı olsa

⁶⁵¹ Kamu düzenine aykırılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nomer**, s. 163-186; **Çelikel/ Erdem**, s. 148-163; **Aybay/ Dardağan**, s. 124-137; **Doğan**, s. 168-178.

⁶⁵² **Cemile Demir Gökyayla**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 28 vd. (Kamu Düzeni); **Aybay/ Dardağan**, s. 125; **Doğan**, s.107.

⁶⁵³ **Çelikel/ Erdem**, s. 156; **Doğan**, s. 172; **Şanlı/Esen /Ataman**, s. 91, **Nomer**, s. 167

⁶⁵⁴ Bu konuda bkz. **Nomer**, s. 167; **Çelikel/ Erdem**, s. 162; **Doğan**, s. 174.

bile yabancı kanun hükümlerini uygulamakla görevlidir. Zira Devletler Özel Hukuku'nun varlık nedeni, ulusal hukuk sistemlerinin farklı değerleri yansıtan kurallar içermesidir⁶⁵⁵.

Yetkili kılınan yabancı hukuk ancak Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu ölçüde kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılacaktır⁶⁵⁶. Kamu düzeni müdahalesinde dikkat edilmesi gereken nokta kamu düzeninin istisnai niteliğidir. Buna göre yetkili yabancı hukukun uygulanması asıl, kamu düzeni müdahalesi ise istisnadır⁶⁵⁷. Bu nedenle kamu düzenine aykırılık saptaması yapılırken gerekli titizlik ve özenin sergilenmesi gerekir.

Kamu düzenine aykırılığın etkileri olumlu ve olumsuz olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır⁶⁵⁸. Kamu düzenine aykırılık oluşturan yetkili yabancı hukuku uygulanmasından vazgeçilir. Bu kamu düzeninin olumsuz etkisidir. MÖHUK'un 5. maddesinde kamu düzeninin olumsuz etkisini ortaya çıkaran kuralın sonunda “*gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır*” ifadesine yer verilmiştir⁶⁵⁹. Bu durumda kamu düzeninin önce olumsuz sonra olumlu etkisi ortaya çıkmaktadır. Yetkili yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzeni nedeniyle engellenmesinde olumsuz etki, bunun yerine o ilişkiyi düzenlemek açısından bir hukukun uygulanması gerekli ise Türk hukukunun uygulanmasında olumlu etki ortaya çıkacaktır.⁶⁶⁰

Çocuğun vesayeti ile ilgili uyuşmazlıklarda yetkili kılınan yabancı kanunun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi mümkündür. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus yabancı hukukun Türk hukukuna uygun bir düzenlemeye yer vermemiş olmasının değil, Türk kamu düzenine “*açıkça*” aykırılığın söz konusu hükmün uygulanmasının önüne geçmesidir. Burada hâkim, yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine tahammül edilemeyecek derecede bir aykırılık oluşturup oluşturmadığını denetleyecektir⁶⁶¹.

⁶⁵⁵ Aybay/ Dardağan, s. 126.

⁶⁵⁶ Nomer, s. 165 vd.; Çelikel/ Erdem, s. 157-158.

⁶⁵⁷ Nomer, s. 160; Çelikel/ Erdem, s. 151; Aybay/ Dardağan, s. 126.

⁶⁵⁸ Nomer, s. 169; Çelikel/ Erdem, s. 157; Aybay/ Dardağan, s. 129; Doğan, s. 171-172; Ruhi, Kaplan, s. 645.

⁶⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, s. 160, 171; Çelikel/ Erdem, s. 156-158.

⁶⁶⁰ Kamu düzenine aykırılık teşkil eden hükmün uygulanmaması halinde hangi hukuk düzenine müracaat edileceğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Söz konusu görüşler hakkında bkz. Nomer, s. 169 vd.

⁶⁶¹ Nomer, s. 178; Çelikel/ Erdem, s. 151; Doğan, s. 172-173.

Kamu düzeni müdahalesinin istisnailiği ilkesi gereği, uygulanacak yabancı hukukun Türk hukukundakinden farklı hükümler içermesi, MÖHUK m. 5 hükmünün uygulanması bakımından yeterli görülmemelidir. Önemli olan söz konusu yabancı hukukun uygulanmasının doğuracağı sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesidir.

Çocuğun vesayeti, kamu düzeni müdahalesinin sınırlarını genişletmeye elverişli bir konudur. Bu nedenle, davaya bakan yargıç uyuşmazlık hakkında karar verirken, kamu düzeni kurallarının yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir araç olarak, ayrık bir yetkiye sahip olduğunu unutmamalıdır. Çocuğun vesayetini kamu düzenini ilgilendiren bir konu olması, Türk Hukukunun doğrudan uygulanması sonucunu doğurmamaktadır. Öncelikli olarak yapılması gereken şey, MÖHÜK'un göstermiş olduğu yabancı hukukun ilgili kurallarının bulunmasıdır. Söz konusu kuralların Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması ve Türk Hukukunun uygulanmasının gerekli bulunması halinde ancak, Türk hukukunun ilgili maddi hükümleri uygulanabilecektir⁶⁶².

Son olarak belirtmeliyiz ki, vesayete ilişkin bir yabancı hukuk kuralının Türk Hukukuna aykırı olması onun her zaman uygulanmaması sonucunu da doğurmaz⁶⁶³. Yargıç önüne gelen somut olayda, bireylerin evrensel anlamda sahip oldukları kabul edilen temel hak ve özgürlüklerinin ihlali ile çocuğun yararının korunmasını gerektiren ciddi durumların varlığı dışında, davadaki yabancı tarafların milli değerleri temelinde oluşmuş bulunan hukuk kurallarına saygı göstermesi ve kişilerin milli hukukunu kolayca saf dışı bırakarak, Türk Hukukunu uygulama yoluna gitmemelidir⁶⁶⁴.

Çocuğun vesayetine ilişkin konularda kamu düzeni kuralların müdahalesi daima çocuğun yararı doğrultusunda gerçekleşmelidir. Her somut olayda ilk olarak çocuğun yararının korunacağı yöndeki ilke, gelişmiş tüm toplumların hukuk sistemleri içersinde yerini almıştır. Kanaatimizce de çocuğun vesayetine ilişkin konularda kamu düzeni kurallarının müdahalesini gerektirecek en önemli nedenin çocuğun yararı ilkesi olduğu yönündedir⁶⁶⁵.

⁶⁶² Huysal, s. 165.

⁶⁶³ Nomer, s. 167.

⁶⁶⁴ Huysal, s. 165.

⁶⁶⁵ Naklen Huysal, s. 153.

Çocuğun üstün yararının bağlayıcı olarak ilk kez yer aldığı metin olan ve Türkiye'nin de taraf olduğu ÇHDS, çocuk haklarını güvence altına alır. Çocuğun üstün yararı, ilk kez bu sözleşmede çocukları ilgilendiren her iş ve davada gözetilmesi zorunlu bir ölçüt olarak düzenlenmiştir. Ayrıca bu sözleşme ile ilk kez çocuğun katılım hakkı düzenlenmiştir. Sözleşmede çocuğun korunmasına yönelik haklar yanında çocuğun bağımsızlığına yönelik haklar da düzenlenmiştir; ancak daha önemlisi çocuğun üstün yararı temel ilke olarak benimsenmiştir⁶⁶⁶. Sözleşme çocuğun üstün yararını üçüncü maddesinde düzenlemektedir⁶⁶⁷.

Çocuğun üstün yararı ilkesi 1970'li yıllarından sonra hızlı bir gelişme göstermiş ve tüm Avrupa'ya yayılmıştır. Bunun için Avrupa'da hiç bir ülke aile hukukuna ilişkin kararlarda bu ölçütten en ufak bir sapma göstermemiştir.

Çocuğun üstün yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında, konunun kavramsal boyutta bir tanım ile açıklanması oldukça güçtür. Çünkü çocuğun üstün yararı kavramı göreceli bir kavram olup bu durum çocuğun yararı ölçütlerini öznel ve belirsiz hale getirir.

Çocuğun üstün yararı kavramının bir tanımını yapmak amaca da uygun düşmez. Yapılacak bir tanımın her olayı kapsayacak şekilde olması mümkün değildir ve tersine bir çözüm tarzı, çocuğun korunması hedefinde kapsamı daraltarak işlevin yitirilmesi sonucunu doğuracaktır. Kanaatimizce yapılması gereken, çocuk yararının bir ilke olarak kabul edilmesi ve her olayın öznel şartları içersinde, gerek doktrin gerekse içtihat tarafından ortaya konulmuş genel kurallar da (nesnel ölçütlerde) göz önüne alınarak bir sonuca varılmasıdır.

⁶⁶⁶ UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, Switzerland, May 2008, (UNHCR Guidelines), s. 60, (<http://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf>, Erişim 23.11.2017).

⁶⁶⁷ İster kamu veya özel sosyal hizmetler kurumlarınca, ister mahkemelerce ve isterse de idari veya hukuki makamlarca gerçekleştirilmiş olsun, çocukla ilgili olarak yapılan her türlü faaliyete çocuğun yararı öncelikli ölçüt olarak dikkate alınacaktır (m. 3/1). Bu kapsamda devlet, çocuğa karşı yükümlülüğü bulunan tüm kişi ve kuruluşlar açısından, çocuğun iğiliği (korunma ve bakınma anlamında) için gerekli olan idari ve kanuni düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür (m. 3/2). ÇHDS m. 3 hükmü o kadar güçlü ve etkilidir ki, doktrinde bazı yazarlar tarafından, çocuğun yararı ile ana ve babanın çıkarlarının çatışması halinde çocuğun yararı, öncelikli olarak dikkate alınacak bir üst norm olarak kabul edilmektedir. Böylece görülmekte olan bir davada, yabancı hukukun çocuk yerine ana-babanın çıkarlarına üstünlük tanınması, kamu düzenine aykırılık oluşturan bir düzenleme olarak kabul edilmektedir.

Çocuğun üstün yararı ilkesi, karşılaşılabilecek her uyuşmazlıkta “şaşmaz bir pusula” olarak karşımıza çıkacak ve her zaman çocuktan yana olan çözüm tarzının benimsenmesini sağlayacak bir araç olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla, çocuğun vesayetine ilişkin davalarda bir hukukçunun görevi, çocuğun yararına ya da zararına doğabilecek ekonomik, sosyal, kültürel ve psikolojik sonuçları düşünerek karar vermektir⁶⁶⁸.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin hukuki dayanaklarını incelersek, öncelikli olarak karşımıza Anayasanın ilgili hükümleri çıkar. Konu Anayasada çok açık bir şekilde düzenlenmemiş olsa da, Anayasal haklarının ve ilkelerin özel hukuk alanındaki etkisi, en azından dolaylı yürürlüğü, 11. madde hükmüyle yerini alır⁶⁶⁹. Çocuğun üstün yararı ilkesi anayasal boyutta en açık ifadesini 41. maddede bulur. Maddede, devletin çocuğun korunması konusundaki görevi “özellikle” ibaresiyle pekiştirilmiştir (m. 42/2). Gerçi madde ailenin korunması çerçevesinde ana ve babanın haklarını da düzenlemektedir ancak, ana-babanın haklarıyla çocuğun yararı çatışırsa, ölçülülük ilkesi ve güvenlik ilkesi⁶⁷⁰ çerçevesinde çocuğun yararı, terazinin ağır çeken kefesinde yer alacaktır⁶⁷¹.

Çocuğun üstün yararı ilkesi TMK’da da pek çok maddede uygulama alanı bulmuştur ki, nitekim aksine bir düzenleme hem Anayasaya hem de ÇHDS’ye aykırılık oluşturur. Çocuğun üstün yararının ve gelişmesinin tehlikeye düşmesi halinde, koruma için gerekli olan önlemler yargıç tarafından re’sen alınacaktır (m. 346).

2. Vesayete İlişkin Doğrudan Uygulanan Kurallar

Türk milletlerarası özel hukukunda yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir diğer mesele “doğrudan uygulanan kurallar” meselesidir⁶⁷². MÖHUK m. 6’da Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, MÖHUK m. 31’de ise

⁶⁶⁸ **Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan**, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 281.

⁶⁶⁹ **Hatemi/ Serozan**, s. 281.

⁶⁷⁰ Bu ilkeye göre, çocuğun güvenliği amacıyla alınacak tüm tedbirlerde ölçü çocuğun yararı olmalıdır.

⁶⁷¹ **Hatemi/ Serozan**, s. 281.

⁶⁷² “Doğrudan uygulanan kurallar da, kamu düzeni kriterinde olduğu gibi, yabancı hukukun uygulanmasını engeller. Ancak iki kurum arasında yöntem farkı vardır. Kamu düzeni, kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kılındığı yabancı hukukun uygulanması aşamasında devreye girer ve yabancı hukukun uygulanmasını engeller. Doğrudan uygulanan kurallar ise, getirdikleri düzenlemeye sınırlı olmak kaydıyla, kanunlar ihtilafı kurallarının ve bu kuralların yetkili kılacağı hukuka hiç bakmaksızın bu kuralların uygulanmasını engeller”. (**Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 90).

üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Burda sadece MÖHUK m. 6 kapsamında Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarından bahsedilerek Türk hukukunda, yabancılık unsuru içeren çocuğun vesayetine ilişkin uyumsuzluklar bakımından bu kapsamda yer alabilecek kurallar olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

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

Milletlerarası özel hukuk kuralları maddi çözüm getirmeyen, ancak yetkili hukuku gösteren kurallar olarak ifade edilmektedir⁶⁷³. Yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olaylar söz konusu olduğunda milletlerarası özel hukuk kuralları gereğince yetkili hukuk, hâkimin hukuku olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir. Ayrıca bir hukuk düzeninde "*doğrudan uygulanan kurallar*", "*müdahaleci kurallar*" veya "*emredici kurallar*" olarak adlandırılan kurallar ile karşılaşılması mümkündür. Doğrudan uygulanan kurallar⁶⁷⁴, bir hukuk düzeninde toplumun siyasal, sosyal ve ekonomik yapısına, genel ahlâk anlayışına ilişkin olarak getirilmiş emredici nitelikte kurallardır⁶⁷⁵. Bu nedenle söz konusu emredici kurallar, düzenleme alanlarına giren yabancı unsuru içersin ya da içermesin, düzenleme alanına giren bütün olaylar hakkında uygulanırlar⁶⁷⁶.

Vesâyet hukuku, özel hukuk ile kamu hukuku arasında, sınırdaki bir kurum olarak nitelenmiştir. Vesâyetin kurulması, organizasyonu, yürütümü ve denetiminde devletin rolü vurgulanmıştır⁶⁷⁷. Yabancı hukukun, sadece vesâyet kararı verilmesi ve

⁶⁷³ Çelikel/ Erdem, s. 153; Aybay/ Dardağan, s. 144.

⁶⁷⁴ Fransa'da "*lois d'application immédiate*" adıyla ortaya atılmış bir kavram olarak doğrudan uygulanan kural, bir bağlama kuralı olmadan iç hukuk kuralının doğrudan uygulanabilirliğini sağlar, bkz. Kurt Siehr, "General Problems of Private International Law in Modern Codifications", Yearbook of Private International Law, Ed. Petar Sarcevic, Paul Volken, Andrea Bonomi, Vol. VII, 2005, München 2006; s. 17- 61.

⁶⁷⁵ Söz konusu kurallar hakkında bkz. Nomer, s. 63; Çelikel/ Erdem, s. 154; Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 55, 361; Aybay/ Dardağan, s. 141-147.

⁶⁷⁶ Çelikel/ Erdem, s. 156; Aybay/ Dardağan, s. 141.

⁶⁷⁷ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 408.

sona ermesi nedenlerine uygulanması kamu hukuku ile özel hukuk arasında bir sınırda bulunması olarak açıklanmıştır⁶⁷⁸. Aynı görüş, bu noktada, MÖHUK m. 6 kapsamında Türk hukukunun doğrudan doğruya uygulanan kurallarının gündeme gelebileceğini⁶⁷⁹, bu itibarla yabancı hukukun uygulanma alanının sınırlanmasının isabetli ve pratik bir yaklaşım olduğunu belirtmektedir⁶⁸⁰.

Çocuğun vesayetine ilişkin kararının hem yürütülüşüne hem de hükümlerine Türk hukuku uygulanacaktır. Kanun koyucunun bu tercihinin sebebi, vesayet altına alınan çocuk hangi ülkedeysse vesayet işlemlerinin bu ülkede daha sağlıklı bir şekilde yürütüleceği olarak gösterilmiştir. Bu kuralın amacı, Türkiye’de yapılan çocuğun vesayete ilişkin işlemlerin güvenli ve hızlı bir şekilde yürütülmesini sağlamak olmalıdır⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ **Demir Gökyayla**, Vesayet, s. 409.

⁶⁷⁹ Kamu hukuku kurallarının doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirilmesinin sorgulanması ve doğrudan doğruya uygulanan kurallara karma nitelik atfedilmesi yönündeki tartışmalar için ayrıntılı olarak bkz. **Esra Dardağan Kibar**, Kanunlar İhtilâfı Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakış, Ankara 2013, s.137 vd.

⁶⁸⁰ **Demir Gökyayla**, Vesayet, s. 409.

⁶⁸¹ **Çelikel/ Erdem**, s. 209.

BEŞİNCİ BÖLÜM

ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

I. GENEL BİLGİ

Yabancı mahkemelerden (veya makamlardan) alınan çocuğun vesayetine ilişkin kararların Türkiye’de hüküm ve sonuç doğurabilmesi için Türk mahkemelerince tanınması ve tenfizi gerekmektedir.

Tanıma, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm kuvveti ile bu kararın varlığının Türk hukuku bakımından da kabulü ve bu kararla kazanılmış hakların tanınması anlamına gelmektedir⁶⁸². Bir diğer anlatımla tanıma, yabancı bir ülke mahkemesince verilmiş kararının kesin hüküm kuvvetinin kabulüdür.

Türk hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması 5718 sayılı MÖHUK m. 58 çerçevesinde mümkündür. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması konusunda Türkiye Cumhuriyeti çok veya iki taraflı bir sözleşmeye taraf ise tanıma, kural olarak, MÖHUK m. 58 çerçevesinde değil, bu sözleşme çerçevesinde yapılır (MÖHUK m. 1/f. son).

Sonuç olarak, MÖHUK m. 58/f.1 ve m.1/f.2 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, tanıma üç şekilde tanımlanabilir:

⁶⁸² **Nomer**, s. 468; **Bilgin Tiryakioğlu**, Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996 (Tanıma ve Tenfiz), s. 15; Aybay, Dardağan, s. 293-294; Doğan, s. 96; s. 72; **Işıl Özbakan**, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 58, Ankara 1987, s. 18; **Tuğrul Arat**, Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi (421-527), AÜHFİD, C. 21, S. 1-4, Ankara 1964, s. 426, 437; Yargıtay kararları da bu yöndedir. Y.2.HD. 18.6.2008 T., E. 2008/5375, K. 2008/8868 sayılı kararına göre, “Yabancı mahkeme kararlarının icra organları tarafından yerine getirilebilmesi-tenfizi sözkonusu olmaksızın yalnızca kesin hüküm gücünün kabul edilmesi ve kesin delil etkisine sahip olabilmesi, o yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerince tanınmasına karar verilmesi ile mümkün olur” (**İzzet Doğan**, Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 203). Y.4.HD., 30.09.1985 T., E. 1985/5537, K.1985/7507 sayılı kararında, “Tanıma, yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi için, yabancı ilamın tanıma ve tenfiz şartlarını taşıdığının mahkemece tespiti. Bu hali ile tanıma, bir tespitten ibarettir. Yabancı ilamın tanınması, ondan delil ve kesin hüküm olarak yararlanabilme sonucunu doğurur. Bu durumda ilamın tenfizi başka bir anlatımla yerine getirilmesi sözkonusu değildir” (YKD 1/1986, s. 39-41; **Aysel Çelikel/ Ergin Nomer/ F. Kerem Giray/ Emre Esen**, Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları, 13. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2016, s. 427-428).

**(A) Yabancı Mahkeme Kararına Dayanarak Türkiye’de İdari Bir İşlem
Yapmak İstenilmesi Halinde, Yabancı Mahkeme Kararının “Kesin Hüküm
Etkisi”nin Kabulü İçin Bağımsız Bir Tanıma Davasının Açılması**

MÖHUK m. 58/f. 3’e göre, yabancı mahkeme kararına dayanarak Türkiye’de idari bir işlemin yapılmasını isteyen tarafın, Türk mahkemesinde bağımsız bir dava açarak yabancı mahkeme kararının tanınmasını talep etmesi gerekir. Ancak Türk mahkemesinin tanıma kararı vermesi durumunda, yabancı mahkeme kararına dayanılarak Türkiye’de idari işlemin yapılması temin edilecektir (MÖHUK m. 58/f.3).

Yabancı ilama dayanılarak Türkiye’de idari bir işlemin yapılması, özellikle “kişi hallerine ilişkin konularda” ve “nüfus kayıtlarındaki tescillerde” sözkonusu olur.

25.04.2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁶⁸³ m.35/f.1 hükmüne göre, nüfus kütüğünde yapılacak herhangi bir değişiklik ancak bir mahkeme kararına bağlandığı takdirde mümkündür⁶⁸⁴. Türk hukukunda çoğu inşai nitelikte olan kişi hallerine ilişkin kararların yenilik doğurucu etkisi, ilamın kesinleşmesi ile kendiliğinden meydana gelir⁶⁸⁵ ve icra edilmelerine gerek yoktur. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun ilgili hükümleri gereği, nüfus müdürlükleri resmi bir makam olmaları itibarıyla, Türk mahkemelerinden verilen kesinleşmiş kararlara göre nüfus kütüklerinde değişiklikler yapabilirler. Türk mahkemelerinden verilen kesinleşmiş kararlar doğrudan hiçbir icrai işleme gerek olmaksızın kütüğe işlenmektedir.

Yabancı bir ilam sözkonusu olunca durum farklıdır. Yabancı ilamın kesin hüküm etkisi, kural olarak, Türkiye’de kendiliğinden (doğrudan) meydana gelmediğinden, yabancı mahkemelerden verilen kişi hallerine ilişkin kararların nüfus kütüğüne işlenmesi, (doğrudan tanıma halleri hariç) bu kararlar hakkında Türk mahkemesinin tanıma kararı vermesine bağlıdır⁶⁸⁶. Zira, Türk idari makamları ancak Türk mahkemelerinden verilen kararlara uyarak işlem yapabilirler. Bu yüzden,

⁶⁸³ RG. 29.06.2006-26153.

⁶⁸⁴ Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 35/f.1: “Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddi hatalar nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir”.

⁶⁸⁵ **Baki Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 939, (MUH).

⁶⁸⁶ MÖHUK m. 58/f.3: “Yabancı mahkeme ilamına dayanılarak Türkiye’de idari bir işlemin yapılmasında da aynı usul (tanıma) uygulanır”. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 27. (boşanma ve evliliğin iptali), 28. (mahkeme tarafından veya vasiyetnameyi açan hâkim tarafından yapılan tanıma), 30. (evlat edinme kararı), 34. (gaiplik kararı) maddeleri bu duruma örnektir.

Türklerin kişi halleri ile ilgili yabancı mahkeme kararlarının, tanıma şartlarını taşıdığı Türk mahkemesince tespit edilmedikçe ve haklarında tanıma kararı verilmedikçe kişi hallerinde meydana gelen değişikliklerin nüfus kütüğüne işlenebilmesine imkân yoktur⁶⁸⁷.

(B) Türk Mahkemesinde Açılmış Devam Etmekte Olan Bir Davada, Yabancı Mahkeme Kararının Kesin Hüküm İtirazı Veya Kesin Delil Olarak Kabulü İçin Tanıma Talep Edilmesi

Türk mahkemesinde görülmekte olan bir davada içinde yabancı mahkeme kararının kesin hükmünün olumlu etkisinden faydalanmak için “kesin delil” veya olumsuz etkisinden faydalanmak için “kesin hüküm itirazı” olarak ileri sürülmesi mümkündür ve mahkeme görülmekte olan dava içinde yabancı mahkeme kararını “ön sorun”⁶⁸⁸ olarak tanır. Tanımanın en önemli etkisi, “ister inşai veya tespit hükmü niteliğinde olsun ister eda kararı niteliğinde olsun” yabancı ilamın kesin hüküm etkisinin kabul edilerek, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan yeni bir davada yabancı ilamın kesin hüküm itirazına konu olabilmesi veya tarafları, sebebi ve konusu aynı olmayan yeni bir davada kesin delil teşkil edebilmesidir⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ **Atâ Sakmar**, Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları (Doçentlik Tezi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbası, İstanbul 1982, (Yabancı İlamlar), s. 176.

⁶⁸⁸ Ön sorun, usul hukukunda, bir kanunda, ilk defa, 6100 sayılı HMK m. 113-114’de düzenlenmiştir. HMK m. 113 uyarınca, “(1) Yargılama sırasında, davaya ilişkin bir ön sorun ortaya çıkarsa, ilgili taraf, bunu dilekçe vermek suretiyle yahut duruşma sırasında sözlü olarak ileri sürebilir”. HMK m. 114 uyarınca, “Hâkim, taraflardan birinin ileri sürdüğü ön sorunu incelemeye değer bulursa, belirleyeceği süre içinde, varsa delilleriyle birlikte cevabını bildirmesi için diğer tarafa tefhim veya tebliğ eder. (2) Ön sorun hakkında iki taraf arasında uyuşmazlık varsa, hâkim gerekirse tarafları davet edip dinledikten sonra kararını verir. (3) Hâkim, ön sorun hakkındaki kararını taraflara tefhim veya tebliğ eder”.

⁶⁸⁹ **Çelikel**, Ahkamı Şahsiye, s. 27; **Sakmar**, Boşanma, s. 242-245; **Sakmar**, Yabancı İlamlar, s. 178-180; **Dinç**, s. 28 vd.; **Çelikel/ Erdem**, s. 583; **Nomer**, s. 471 vd.; **Ergin Nomer**, Milletlerarası Usul Hukuku, 1. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2009, (MUH), s. 145, dn. 361; **Tiryakioğlu**, Tanıma ve Tenfiz, s. 101; Işıl Özbakan, **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Kazancı Hukuk Yayınları, No. 58, Ankara 1987, s. 138. Aynı yönde, **Kuru**, HMU, s. 5811-5812, 5814 vd.; **Tiryakioğlu**, Çocuklara İlişkin Kurallar, s. 103.

(C) Milletlerarası Sözleşmelere İstinaden Türkiye’de Verilecek Bir Tanıma Kararına Bağlı Olmaksızın Yabancı Kararın Kendiliğinden Türkiye’de Sonuçlarını Doğurması, “Doğrudan Tanıma”

MÖHUK’nun 1. maddesinin ilk fıkrasında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunun kanun kapsamında olduğu belirtilmiş; 2. fıkrasında ise, Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler saklı tutulmuştur.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda, kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında iki taraflı veya kararın konusuna ilişkin çok taraflı bir milletlerarası sözleşmenin varlığı tespit edilirse, bu sözleşme MÖHUK karşısında öncelikle uygulanacaktır. Bu prensibin esası, Türk hukukunda Anayasa m. 90/f. son ve MÖHUK m. 1/f. 2 hükümlerine dayanmaktadır.

O halde, yabancı bir kararın tanınması, belli bir milletlerarası sözleşmenin uygulama alanına giriyor ise, 5718 sayılı MÖHUK’nun tanımaya ilişkin hükümleri uygulanmaz ve “İki ve Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmeler” kısmında açıklanan kurallara göre uygulanacağı tespit edilen milletlerarası sözleşme “bir bütün olarak tek başına uygulanır”.

Ancak, Sözleşme’nin MÖHUK’da yer alan tanıma ve tenfiz şartlarına açıkça gönderme yapması durumunda, Sözleşme şartları ile MÖHUK birbirini tamamlar.

Örneğin, 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesinde, Sözleşme’nin 7. maddesinde, anlaşma kapsamında verilen koruma tedbirlerinin tanıma açısından getirdiği doğrudan tanıma zorunluluğu, icrai faaliyet gerektiren kararlarda kabul edilmemiş ve başka ülkede alınmış olan bir tedbir kararının ülke içerisinde icra edilmesi için gereken koşullar, o ülkenin iç hukukuna ve diğer milletlerarası anlaşmalara bırakılmıştır (m.7).

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi gereği, karşılıklı gerçekleşmiş olduğundan ve koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi bakımından (iç hukuk kurallarına) MÖHUK’na gönderme yapılmış olduğundan, MÖHUK m. 54 (a) çerçevesinde karşılıklı şartı bulunup bulunmadığına ilişkin bir inceleme yapılmaması gerekmektedir. Aynı şekilde, MÖHUK m. 54 dışında, MÖHUK m. 50/f.1 uyarınca aranan “yabancı kararın kesinleşmiş olması” ve “yabancı mahkeme tarafından verilmiş

bir yargı kararı bulunması” şartları da 1961 tarihli Sözleşme gereğince aranmayacaktır. Nitekim, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulama alanına giren bir koruma kararı bulunmakta, Sözleşme’nin 7. maddesi atfıyla, MÖHUK uygulanmaktadır.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi icrası gereken tedbir kararlarının tenfizinde MÖHUK’na gönderme yapmış olsa bile, MÖHUK m. 50/f.1’de yer alan, kesinleşme ve yabancı mahkeme kararı bulunması şartları ve Sözleşme uyarınca karşılıklılık kendiliğinden gerçekleştiğinden, m. 54 (a) bendinde yer alan karşılıklılık şartı aranmaksızın, MÖHUK m. 54’de yer alan diğer tenfiz şartları araştırılacaktır. Eğer şartlar gerçekleşmişse, Sözleşmedeki şartlar ve m.7 atfıyla MÖHUK m. 54 uyarınca tenfiz kararı verilecektir⁶⁹⁰.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, 24. madde ile “talep ile tanıma usulü” için MÖHUK m. 58’in kullanılmasını öngörür. MÖHUK m. 58’e göre ise, hukuki menfaat sahibi herkes, koruma tedbirine dair tanıma kararını, Türk mahkemeleri nezdinde, müstakil bir dava veya mevcut davaya katılım yoluyla talep edebilir ve bu yargılamada Sözleşme tarafından düzenlenmiş tanıma koşullarına göre karar alınır.

Ne var ki “talep ile tanımama usulü”, Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Doktrinde *Sakmar* yabancı ilam suretiyle şahsi durumda yapılacak değişiklikler açısından bu ilamın Türkiye’de tanınmasının şahsın menfaatinin doğrudan ilgilendirdiğini, bu sebeple MÖHUK’ta belirtilen tanıma şartları yok ise “tanımama (menfi tespit)” davası açılabileceğini belirtmektedir⁶⁹¹. Hukuki düzenlemenin yokluğunun dava açmaya engel teşkil etmemesi, davacının menfaatinin bulunması halinde tanımama (tanımanın reddi) davasının Türkiye’de açılabilmesi gerekir. Özellikle 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi gibi, tanımanın reddi koşallrını açıklamak suretiyle doğrudan tanımayı mümkün kılar. Türk hukukunda Sözleşmenin uygulanması açısından ilgili kişilerin menfaatinin bulunduğu kabul edilmesi uygun olur. Uygulama bu şekilde ele alınmaz ise, menfaat sahiplerinin, yabancı kararların Türkiye’de hüküm oluşturmaya mâni olması için tek yol koruma tedbiri kararının

⁶⁹⁰ Huysal, s.187-188; Ergin Nomer, **Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı** (s. 909-922), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65.Yaş Günü Armağanı, Beta Basım Yayım, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 921 (Kesinleşme Şartı).

⁶⁹¹ **Sakmar**, Yabancı İlamlar, s. 180 vd.; **Sakmar**, Boşanma, s. 247.

zaten Türk mahkemelerinde bir dava konusu olmasıdır ki menfaat sahiplerinin böyle davaların yokluğu durumunda zarar görebilecekleri açıktır⁶⁹².

Sonuç olarak 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 24. maddesi gereği, Sözleşme Türkiye'de yürürlüğe girdiği tarih itibariyle herhangi bir taraf devlet tarafından alınmış bir koruma tedbiri kararı için Türkiye'de "tanınmama" talep edilebilir. Bu konudaki usul ve kararı verecek makam için Türk iç hukukundaki tanıma konsuunda izlenecek usulün aynıı uygulamak yerinde olacaktır, bunun sebebi Sözleşme'deki tanıma taleplerini inceleyecek olan makamın tanımama taleplerinde de aynı sebeplerin mevcudiyetini değerlendirmede en uygun mercci olmasıdır⁶⁹³. İdari makamların, koruma tedbiri almış olan yabancı kurumun yetkisi, kamu düzeni, savunma hakkının gözetilmesi gibi konularda kararlar vermesi yerinde olmayıp, bu gibi kararların Türk mahkemeleri tarafından Türk hukukuna göre verilmesi gerekmektedir. Sözleşme göz önünde bulundurulduğunda Türk mahkemelerinin yetkili olduğunu düşündüğümüz "tanımama (tanımanın reddi) davaları"nda, tanıma davalarıyla aynı usul izlenmelidir. Zira, tanımanın reddi davasında da mahkeme tanıma davalarındaki red sebeplerinin mevcudiyetini irdelleyecektir. Nihayetinde bu dava neticesinde "tanımama kararı" verilirse bu karar usul anlamında kesin hüküm tesis eder ve yabancı kararların tanınma ve tenfiz talepleri için imkân ortadan kalkar. Mahkeme tanımama talebinin reddederse, yine bir kesin hüküm oluşur ve bunun sonucu olarak da konu tekrar mahkeme önüne taşınamaz, diğer bir ifade ile tekrar tanımama talep edilemez⁶⁹⁴.

Sözleşme'de MÖHUK'na hiçbir gönderme yapılmamasına karşın, Sözleşme'de öngörülen tanıma ve tenfiz şartlarının, MÖHUK'ndaki şartlara nazaran daha ağır olması durumunda tanıma ve tenfiz talebinin daha kolay şartlar ve usul öngören MÖHUK'na göre istenip istenemeyeceği konusunda doktrinde tereddüt vardır. Kanaatimizce, tanımada karşılıklılık aranmadığından, milletlerarası sözleşmelerde yabancı kararın tanınması konusunda uygulanacak şartların MÖHUK'nda yer alan şartlara nazaran daha ağır olması halinde, MÖHUK uygulanabilir. Hâkim, daha elverişli hükümler içerdiği için MÖHUK'nun uygulanması talep edildiğinde veya re'sen, hangi hükümlerin daha elverişli olduğunu *jura novit curia (hukuku bilen hakimdir)* prensibi gereğince, kendisi takdir edecektir.

⁶⁹² Şensöz Malkoç, s. 103-104.

⁶⁹³ Şensöz Malkoç, s. 131-138.

⁶⁹⁴ Şensöz Malkoç, s. 136.

Türkiye'nin de taraf olduğu bazı çok taraflı milletlerarası sözleşmeler açıkça bu duruma müsaade etmiştir. Örneğin, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi (m. 18/f.2), Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme (m. 13), 1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi (m. 11) ve 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi (m. 23) yabancı kararların tanınması bakımından daha elverişli milletlerarası sözleşmelerinin veya iç hukuk kurallarının uygulanmasına engel teşkil etmez.

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde tanıma prosedürü, genel olarak, tanıma devletindeki prosedüre atıf yapmaktadır.

Tenfiz ise yabancı bir ülke mahkemesince verilmiş kararın, sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak maddi icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete geçiren vasıftır⁶⁹⁵. Tenfiz ile birlikte, tenfiz edilen kararın yabancı bir ülkede icra edilebilir hale gelmesi söz konusu olmaktadır. Nitekim 5718 sayılı MÖHUK'un 50. maddesinde bu durum, *“Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır”* ifadesiyle açıklanmıştır.

II. 1961 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, küçüklerin şahıs ve malvarlığının korunması konusunda karar verecek yetkili makamları, bu makamların kararlarını verirken uygulanacak kanunu ve Sözleşme uyarınca yetkili adli veya idari makamlarca ve yetkili hukuk uygulanarak verilen küçüğün şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik akit devletlerden birinden verilen tedbir kararlarının diğer akit devletlerde doğrudan

⁶⁹⁵ Çelikel/ Erdem, s. 577; Arat, s. 426; Erdoğan Göger, Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilafı, 4. Bası, Ankara 1977, s. 467; Kuru, HMu, s. 5767-5768; Ali İhsan Özügür, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Milletlerarası Sözleşmeler ve İlgili Mevzuat, Son Yargıtay Kararlarıyla Güncelleştirilmiş 5. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 1235; Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 67; Aybay/ Dardağan, s. 293-294.

tanınmasını düzenlenmektedir. Bu kararların tenfizi ise, Sözleşme ile tenfiz talep edilen devletin iç hukukuna ve diğer milletlerarası sözleşmelere bırakılmıştır⁶⁹⁶.

Küçüklerin korunması hakkında makamların yetkisi ve uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemelere yer veren 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, bu kararların tanınmasına ilişkin kurallar da getirmektedir. Sözleşme'nin 7. maddesinde; *“Yetkili makamlar tarafından bu Sözleşmenin yukarıdaki maddeleri uyarınca alınmış olan tedbirler bütün akit devletlerde tanınır. Bununla beraber, söz konusu tedbirlerin alındıkları devletten başka bir devlette icra edilmelerinin gerekmesi halinde bunların tanınması ve tenfizi talep edildiği devletin iç hukukuna göre ya da uluslararası sözleşmelere göre yapılır”* düzenlemesine yer verilmiştir. Madde hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, Sözleşme'nin 7. maddesi, Sözleşme uyarınca alınan vesayet kararlarının tanınmasını iç hukuk kurallarına bırakmamıştır. Bu durumda, tanıma talep edilen akit devlet mahkemeleri, Sözleşme uyarınca alınan yabancı vesayet kararlarını kendi iç hukuk kurallarına göre değil, Sözleşmeye göre tanımalıdır. Buna göre, vesayet kararına ilişkin karar Sözleşmeye uygun olarak alınmışsa, tanınması zorunludur⁶⁹⁷.

Kararın tanınabilmesi için, Sözleşmeye göre yetkili makam tarafından verilmiş ve Sözleşme uyarınca yetkili hukukun uygulanmış olması gerekir⁶⁹⁸.

Tanımaya açısından getirilmiş olan bu zorunluluk, alındığı devletten başka bir devlette icrası gerekmeyen kararlar için getirilmiştir. Eğer Sözleşme uyarınca yetkili makam ve yetkili hukuk uygulanarak verilmiş vesayet kararının, verildikleri devletten başka bir devlette icra edilmesi gerekiyorsa, bu kararların tanınması ve tenfizi, tenfiz talep edilen ülkenin iç hukukuna ve diğer milletlerarası sözleşmelere bırakılmıştır⁶⁹⁹.

Doktrinde, Akıncı, Gökyayla, maddenin açık hükmü karşısında tanıma ve tenfiz arasında bir ayırım yaparak, Sözleşme kapsamında verilen tedbir kararlarının tanınması ile tenfizini ayrı ayrı incelemektedir. Sözleşme, tanıma şartı olarak, sadece, tedbir kararlarının Sözleşmeye göre yetkili makam tarafından ve yetkili hukuk uygulanarak verilmiş olmasını aramaktadır⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ Şensöz Malkoç, s. 178.

⁶⁹⁷ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 178-179; Huysal, s. 187-189, 193; Uyanık Çavuşoğlu, Boşanma, s. 149; Ali İhsan Özüğür, Velâyet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme, 4. Bası, Ankara 2010, s. 582.

⁶⁹⁸ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 170, 178-179.

⁶⁹⁹ Huysal, s. 187-188; Uyanık Çavuşoğlu, Boşanma, s. 132.

⁷⁰⁰ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 179; Huysal, s. 189.

Kanaatimizce de, maddenin açık hükmü karşısında, tanıma ve tenfiz arasında ayırım yapılması gerekmekte ve Sözleşme uyarınca yetkili makam ve yetkili hukuk uygulanarak verilmiş kararların, Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, diğer akit devletlerde “*doğrudan tanınacağı*” kabulü gerekmektedir. Sözleşme'nin tanıma konusunda kabul etmiş olduğu düzenlemenin taraf devletlere, bu yönde bir zorunluluk yüklediği açıktır; Sözleşme'de “*sont reconnue*” kavramı kullanılarak tanıma zorunluluğu ifade edilmiştir. Türk hukuku açısından, Sözleşme kapsamında ve sözleşme hükümlerine uygun olarak alınmış yabancı tedbir kararları; MÖHUK'nda ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde kabul edilen tanımaya ilişkin şartların mevcudiyeti incelemeksizin ve bir tanıma kararı alınması gerekmeksizin sadece Sözleşmeye göre yetkili makam ve yetkili hukuk uygulanarak alınmış olması incelenerek, kesin delil etkisi doğuracaktır⁷⁰¹.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesinin 7. maddesi uyarınca, çocuğun mutad meskeni ve vatandaşı olduğu akit devlet yetkili adli veya idari makamları tarafından, Sözleşme uyarınca yetkili hukuk uygulanarak alınan küçüğün şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik tedbir kararlarının, bütün akit devletlerde, “doğrudan tanınması” kabul edilmektedir. Sözleşmede kabul edilen “doğrudan tanıma usulünü” uygulayacak makam Türk mahkemeleridir⁷⁰².

Sözleşme, küçüklerin hem vesayet ve velâyetine ilişkin koruma tedbirlerini hem de kamu hukuku bakımından korunmalarını düzenlemektedir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında alınması mümkün olan “küçüğün şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirler”, çocukla kişisel ilişki kurulması, velâyetin eşlerden birine tevdi, velâyetin kaldırılması, velâyetin kısıtlanması, çocuğun vesayet altına alınması, vesayet kaldırılması ve velâyet hakkının geri verilmesi gibi kararlardır⁷⁰³. Bunların dışında, velâyet ve vesayete ilişkin örneğin, velâyet hakkının kullanımında eşlerin karar verme hakları, üçüncü kişilere karşı velâyetten doğan yetkileri veya çocuğun eğitim ve terbiyesi gibi diğer konular Sözleşme'nin kapsamı dışında kalmaktadır. Yargıtay kanaatimizce yerinde bir kararla, Almanya'da

⁷⁰¹ Aynı yönde, Huysal, s. 189;

⁷⁰² Sözleşmeye göre yetkili makamlarca yetkili hukuk uygulanarak verilen yabancı tedbir kararları, Türkiye'de görülmekte olan dava sırasında hâkim tarafından re'sen ve ayrıca bir tanıma kararı almaya gerek olmaksızın doğrudan tanınır. Böyle bir karar ile Türkiye'de idari makamlar nezdinde bir işlem yapılması ihtimali bulunmamaktadır.

⁷⁰³ Örnek olarak bkz. Uyanık Çavuşoğlu, Boşanma, s. 132.

oturmakta olan bir küçük yararına o yer mahkemesince alınan tedbir niteliğindeki nafaka kararı, Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamında vesayet altındaki çocuğun korunmasına ilişkin bir tedbir kararı mahiyetinde kabul etmiş ve bu kararı doğrudan tanımıştır⁷⁰⁴. Çocuğun mutad meskeni makamları tarafından ve yetkili hukuk uygulanarak verildiğinden mahkemece doğrudan tanınan nafaka kararı, Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. fıkrası gereği, nafaka hakkında çocuğun mutad meskeni makamlarına haber verilmeden Türkiye'de (tedbir nafakasının kaldırılmasına yönelik) yeni bir karar verilmesine engel olmuştur⁷⁰⁵.

Sözleşme, idari makamlarca verilen vesayet kararlarının da tanınmasına imkân vermiştir. Şöyle ki, Sözleşme uyarınca, yetkili makam, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu akit devletin veya küçüğün vatandaşı olduğu akit devletin hem adli hem de idari makamlardır. Bu nedenle, sadece akit devlet mahkemelerinden alınan kararlar değil, idari makamlar tarafından alınan kararlar da Sözleşme kapsamına dâhildir. Demek ki, akit devlet idari makamlarının, küçüklerin şahıs veya malvarlığının korunmasına ilişkin tedbir kararlarının tanınması Türk mahkemelerinden talep edilebilir. Bu durumda, Türk mahkemeleri Sözleşme uyarınca, akit devlet idari makam kararlarını tanımak durumundadır⁷⁰⁶.

Ancak, Sözleşmenin 7. maddesinde, “Yetkili makamlar tarafından bu Sözleşmenin *yukarıdaki maddeleri uyarınca alınmış olan vesayet kararları* bütün akit devletlerde tanınır” demekle, 7. maddedeki doğrudan tanıma zorunluluğunun kapsamına, ancak Sözleşme'nin 1, 3 ve 4, 5/f.3 maddeleri uyarınca, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ve vatandaşı olduğu devletin yetkili adli ve idari makamlarının verdiği vesayet kararları alınmıştır.

Sonuç olarak, Sözleşmeye göre yetkili makam tarafından ve Sözleşme uyarınca yetkili hukuk uygulanarak verilmiş, küçüklerin vesayetine ilişkin kararlar doğrudan tanınır.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi hükümlerinin akit devletler tarafından, uygulamaları kamu düzenine açıkça aykırı olduğu takdirde bertaraf edilebileceğini

⁷⁰⁴ Bkz. Y.2.HD., 15.07.1998 T., E.7478, K.9013, Erişim 10.09.2018.

⁷⁰⁵ Şensöz Malkoç, s. 183.

⁷⁰⁶ Uluocak, MÖH, s. 232; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 178-179; Huysal, s. 188; Özüğür, s. 582; Şensöz Malkoç, s. 139.

belirtmek gerekir (m. 16). Sözleşme uyarınca, vesayet kararının alınmasında her makam kendi iç hukukunu uygulayarak karar verdiğinden, kamu düzenine açıkça aykırılık durumu nedeniyle uygulanacak hukuk engellenmeyecektir. Ancak küçüğün mutad mesken makamları ile vatandaşı olduğu devletin makamlarının yetkisi aynı anda doğmakta ise, küçüğün mutad mesken makamları, küçüğün milli hukukunu uygulayarak karar alırken, kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle, küçüğün milli hukukunun uygulanmasını engelleyebilecektir. Bu durum, Sözleşme uyarınca verilen vesayet kararlarının tanınmasında, “yetkili hukuk uygulanarak vesayet kararının verilmiş olması” önem arz etmektedir⁷⁰⁷.

Bununla birlikte, Sözleşme’nin 16. maddesi uyarınca, yetkili makamların kendi hukuklarına göre aldıkları koruma tedbirlerinin diğer akit devletlerde Sözleşme’nin 7. maddesi uyarınca doğrudan tanınması, akit devletlerin kamu düzenine açıkça aykırılık halinde reddedilebilecektir⁷⁰⁸. Sonuç itibariyle, “kamu düzenine açıkça aykırılık” durumunun, Sözleşme uyarınca kabul edilen tek doğrudan tanıma engeli olduğu tespit edilmektedir.

O halde, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında sözleşme uyarınca yetkili adli veya idari akit devlet makamı tarafından ve yetkili hukuk uygulanarak (Sözleşmenin m.1, m. 3, m. 4, m. 5/f.3 uyarınca) verilen ve Sözleşme’nin 7. maddesi uyarınca doğrudan tanınması zorunluluğu olan küçüğün şahsını ve malvarlığını korumaya ilişkin vesayet kararlarının doğrudan tanınması, *ancak* tanıyan akit devletin bu Sözleşme hükümlerinin uygulaması “*kamu düzenine açıkça aykırı*” ise, engellenebilir. Bu Sözleşme’nin kabul ettiği bir doğrudan tanıma engelidir.

Vesayet kararlarına dayanarak, Türkiye’de idari bir işlem yapılması sözkonusu olmayacağından, doğrudan tanıma engelinin varlığını kontrol edecek makam Türk mahkemeleridir. Türk hâkimi, görülmekte olan davada, re’sen, Sözleşmenin 7. maddesi hükmünü uygulayarak akit devlet yetkili makamlarının verdiği vesayet kararının tanınması Türk kamu düzenini açıkça ihlal ediyorsa, Sözleşme’nin bu hükmünün uygulanmasını engelleyebilir. Ancak, Türk mahkemeleri

⁷⁰⁷ Uluocak, MÖH, s. 232; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 178-179; Huysal, s. 188; Özüğür, s. 582; Şensöz Malkoç, s. 139.

⁷⁰⁸ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 245.

uygulanmasında, Sözleşme'nin 16. maddesine dayanarak, 7. maddenin uygulanmasının engellendiğine ilişkin hiçbir karar bulunmamaktadır.

Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, âkit devletlerde verilen vesayete ilişkin kararlar Türkiye'de kesin hüküm etkisine sahip olabilir. Bu durumda vasi, yetkisini Türkiye'de kullanabilir. Ancak bu durum yabancı vesayete ilişkin kararların tanınmasının Türk kamu düzenine aykırı olacağına ilişkin mülahazalar ile çelişmektedir.

Sözleşme'nin 16. maddesi bu konuda yol gösterici olabilir. Bu maddeye göre, Sözleşme hükümlerinin uygulanması, Türk kamu düzenine açıkça aykırıysa, Sözleşme hükümlerinin uygulanması reddedilebilir. Bu itibarla, âkit devlet mahkemelerinden alınan kararların tanınması ve tenfizinde Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olabilir⁷⁰⁹.

Bu durumda Türk mahkemeleri âkit devletlerde verilen vesayete ilişkin kararların tanınmasını kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile reddedebilir. Türk mahkemeleri Sözleşme uyarınca mutad mesken veya küçüğün vatandaşı bulunduğu devlet makamı olarak yetkiliyse, bilgi ve iletişim ile yeni bir vesayet kararı vermelidir. Böylece Türk mahkemeleri vesayet makamı olarak vasinin Türkiye'deki faaliyetlerini denetleyebilir.

Sözleşme'nin 7. maddesi ile getirilmiş olan tanıma zorunluluğunun iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen küçüğün şahsı veya mallarının ciddi bir tehlikeye maruz kaldığı hallerde mutad mesken makamları tarafından verilen kararlardır. Bu halde, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarının ciddi tehlike hallerine dayanarak aldığı koruma tedbirlerini taraf ülkeler tanımak zorunda değildir⁷¹⁰.

Diğer istisnai durum ise, Sözleşmenin 15. maddesi kapsamında çekince hakkını kullanan ülkelerin bu çekinceye dayanarak almış olduğu tedbirler hakkındadır. Buna göre, küçüğün ana babası arasındaki evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması ve ayrılığa ilişkin bir talep hakkında karar verecek makamlarının, küçüğün şahsını

⁷⁰⁹ Tekinalp/ Çavuşoğlu, s. 245.

⁷¹⁰ Huysal, s. 188; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 179. Sözleşme'nin 8., 9. ve 15. maddesinin, Sözleşme'nin 7. maddesinde belirtilen tanıma zorunluluğunun üç istisnası olduğu hakkında tespitler için bkz. Şensöz Malkoç, s. 139-145.

veya mallarını koruma tedbirleri alma yetkisini saklı tutan bir âkit devlet makamlarınca çekinceye dayanarak alınmış olan tedbirlerin diğer âkit devletlerce tanınması zorunlu değildir⁷¹¹.

Gerek 8. madde gerekse 15. madde gereğince alınan kararların tanınması konusunda istisna, Sözleşme'nin tanımayı düzenleyen 7. maddesinden kaynaklanmaktadır⁷¹². Sözleşme'nin 7. maddesinde “*Yetkili makamlar tarafından bu Sözleşme'nin yukarıdaki maddeleri uyarınca alınmış olan tedbirler*” denilmek suretiyle yalnızca 1. ve 4. maddeleri gereğince yetkili olan makamlar tarafından alınan kararlar, Sözleşme'nin getirmiş olduğu tanıma zorunluluğu kapsamında düzenlenmiştir. Söz konusu yetkili makamlar ise çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet ya da vatandaşı olduğu devlet makamlarıdır.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi gereğince milletlerarası yetkinin belirlenmesinde yalnızca mahkemelerin değil, idarî mercilerin de makamlar arasında sayıldığı belirtilmiştir. Bu halde, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemeleri hem adlî hem de idarî merciler tarafından verilen kararları içermektedir. Türk mahkemeleri Sözleşme hükümleri uyarınca idarî merciler tarafından verilen kararları da tanımak zorunda kalacaktır⁷¹³.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, Sözleşme'nin yabancı idarî makam kararlarının yalnızca tanınması konusunda düzenlemeler getirmiş olmasıdır. Bu kararların tenfizi konusunda ise tenfiz talep edilen ülkenin iç hukuk kuralları uygulanacaktır. Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde MÖHUK kuralları uyarınca ancak yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizinin mümkün olduğu görülmektedir. Bu halde Türkiye’de Sözleşme hükümleri gereğince Sözleşme'nin uygulama alanına giren hallerde, yabancı idarî makam kararlarının tanınması mümkün iken tenfizi mümkün olmayacaktır. Sözleşme, bu kararların tenfizine ilişkin bir hüküm getirmemiş olmakla, tenfizi tamamen tenfiz talep edilen ülkenin iç hukukuna bırakmıştır.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde yalnızca tanıma konusunda hükümlere yer verilmiş olması karşısında eksikliği hissedilen kurallara Türkiye’nin yakın

⁷¹¹ Türkiye bu maddeye çekince koymuştur. **Huysal**, s. 188.

⁷¹² **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 179.

⁷¹³ **Uluocak**, MÖH, s. 232.

zamanda taraf olduğu 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde ayrıntılı bir biçimde yer verilmiştir. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 23. maddesine göre tanınmanın gerçekleşmesi açısından tanıma isteminde bulunan kişinin herhangi bir makama başvurmasına gerek yoktur. Aynı maddede tanınmanın reddi sebeplerine de sınırlayıcı olarak yer verilmiştir.

III. 1996 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ

1961 tarihli Sözleşmesinin uygulanmasında yaşanan zorlukların yeni bir Sözleşme yapma ihtiyacı oluşturduğu ve 1996 tarihli Sözleşmesinin de bu ihtiyacı doldurmak amacıyla meydana getirdiği yukarıda⁷¹⁴ ifade edilmişti. 1961 tarihli Sözleşme'nin 7. maddesine göre yetkili makamlar tarafından verilen kararların diğer akit devletlerde tenfizi talep edildiği devletin iç hukukuna ya da milletlerarası sözleşmelere bırakmıştır⁷¹⁵. 1996 tarihli Sözleşme ise akit devletlerden alınan tedbirlerin, kanunen tanınması ilkesi getirilmiştir. Kararlar⁷¹⁶ ve tedbirler sanki tenfizin talep edildiği devlet tarafından bizzat verilmişçesine tenfiz edilecektir. Tenfiz, çocuğun üstün yararı dikkate alınarak tenfiz talep edilen ülkenin hukukunun aradığı şartlara göre yerine getirilecektir⁷¹⁷.

1996 tarihli Sözleşmenin amaçlarından birisi, çocuğun şahsının ve mallarının korunmasına yönelik tedbirlerin bütün akit devletlerde tanınması ve tenfize ilişkin iç hukuklarda yer alan farklı düzenlemelerden meydana gelen ihtilafları azaltarak tanıma ve tenfiz konusunda kolaylık sağlamaktır⁷¹⁸. 1996 tarihli Sözleşmesini, 1961 tarihli Sözleşmesinden ayıran en önemli unsur, bu Sözleşmenin koruma tedbiri kararlarının tanınması ve tenfize dair çok ayrıntılı hükümler getirmesidir⁷¹⁹.

⁷¹⁴ Bkz. İkinci Bölüm, C-1.

⁷¹⁵ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 409; **Giray**, Çocukların İadesi, s. 260.

⁷¹⁶ Bkz. Sözleşme'nin 28. madde hükmü.

⁷¹⁷ **Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe**, s. 579; **Giray**, Çocukların İadesi, s. 260.

⁷¹⁸ **Karataş**, s. 914.

⁷¹⁹ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 409.

Tedbir kararlarının, gerek tanınmasında ve tenfizinde revizyon yasağı⁷²⁰ kabul edilmiştir. Bu kural, sadece tanıma ve tenfiz için değil, tenfiz edilebilirlik bildirimi ve tescil konusunda da geçerlidir⁷²¹.

Sözleşme, yetkili yabancı makamların almış olduğu tedbirler arasında, “icrayı gerektirmeyen” (m. 23-25) tedbirler ile “icrayı gerektiren” (m. 26-28) tedbirler arasında bir ayrım yapmıştır⁷²².

Sözleşme kapsamında akit devlet makamları tarafından alınan çocuğun vesayetine yönelik kararların diğer akit devletlerde “tanınması ve tenfizi”ne ilişkin hükümler, Sözleşme’nin 23 ila 28. maddelerinde yer almaktadır. Bu hükümlerde koruma tedbiri kararların niteliğine göre, tanınması usulü (m. 23-25), tenfizi usulü (m. 26) ve tenfiz edilen koruma tedbirlerin icrası (m. 28) ayrı ele alınmıştır.

Sözleşme kapsamındaki koruma tedbiri kararlarını, yetkili akit devletin adli makamları da alabileceğinden, Sözleşme’nin yürürlüğe girmesi ile, Türk hukukunda sadece adli makamlar tarafında alınan kararların tanınıp tenfiz edilebileceği kuralına (MÖHUK m. 50, 58) bir istisna getirilmekte ve idari makamlar tarafından alınan koruma tedbiri kararların Türk hukukunda tanınması ve tenfizi kabul edilmiş olmaktadır⁷²³.

A. Çocuğun Vesayetine İlişkin Tedbirlerin Tanınması

1. Doğrudan Tanıma Usulü

Bir akit devlet tarafından icra gerektirmeyen bir tedbir alınmış olması halinde, bu tedbir diğer akit devletlerde kanun gereği "doğrudan" tanınacaktır (m. 23/1). Söz konusu tedbirin diğer bir akit devlette tanınmasını isteyen kişinin tanımaya yönelik herhangi bir prosedüre başvurmasına gerek yoktur⁷²⁴.

Bu durumda, bir tedbirin tanınmasını isteyen kişinin herhangi bir usule (örneğin, tanıma davası açmak) başvurmasına gerek yoktur⁷²⁵. Örneğin, akit bir devlet makamı tarafından alınan bir koruma tedbiri kararı ile çocuğa bir vasi olarak atanan

⁷²⁰ Bkz. Sözleşme’nin 27. madde hükmü.

⁷²¹ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 409.

⁷²² Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 579.

⁷²³ Yabancı idari makamlar tarafından verilen evlat edinme, boşanma ve nafaka da diğer istisnalardır.

⁷²⁴ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 579; Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 5; Şensöz Malkoç, s. 236.

⁷²⁵ Lagarde, para 119.

bir kişinin, diğer bir akit devlette çocuk adına hukuki işlemler gerçekleştirebilmesi için bu koruma tedbirinin tanınmasını talep etmesine gerek olmayacaktır⁷²⁶. Aksine, koruma tedbirinin tanınmamasını isteyen kişinin tanımanın engellenmesi için birtakım prosedürlere başvurması gerekmektedir. Buna göre, aleyhine tedbir alınmış kişi, tedbirin tanınmamasını sağlamak için tanımama davası (tanımının reddi davası)⁷²⁷ açabilir. Bu dava, tedbirin uygulanmasından sonra açılabileceği gibi, tedbir uygulanmasından önce “önleyici mahiyette”⁷²⁸ de açılabilir⁷²⁹.

Ancak, alınan bir tedbirin tanınabilmesi için açıkça ispatlanması gerekir⁷³⁰. Koruma tedbiri, normal şartlarda, koruma tedbirini alan akit devlet makamının verdiği yazılı bir belgeye dayanılarak kanıtlanabilir ya da bu konuda verilen kararın içinde yer alır. Bununla beraber tedbirin telefonla alındığı veya bir dosyayla el yazısı ile not edildiği acil durumlar ortaya çıkabilir. Sözleşme, muhtemel bürokratik engelleri aşabilmek amacıyla, tanıma için menşe makamlarca verilen imzalanmış ve tarih konulmuş bir yazılı belgenin ibrazını şart koşmamıştır⁷³¹.

2. Tanıma Talebinin Reddi Sebepleri

Sözleşme’nin 23. maddesi, akit devlet makamı tarafından alınan icra gerektirmeyen çocuğun vesayetine ilişkin bir tedbirin, diğer tüm akit devlet makamları tarafından kanun gereği tanınması öngörmektedir⁷³². Bunula birlikte, söz konusu tedbirin tanınması, Sözleşme m. 23/2 hükmünde sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi halinde reddedilebilecektir⁷³³. İlgili hükümde sayılan tanımanın reddi sebepleri hem tahdidi hem de taktiridir. Zira, tanımanın reddi sebeplerinden biri gerçekleşmiş olsa dahi koruma tedbirinin tanınıp tanınmaması hususu akit devletin inisiyatifine bırakılmıştır⁷³⁴.

Belirttiğimiz gibi, tenfiz talep edilmediği sürece, koruma tedbirlerinin tanınması için herhangi bir usulün takip edilmesine gerek yoktur. Bununla beraber,

⁷²⁶ **Lagarde**, para 132; Practical Handbook, s. 103.

⁷²⁷ **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 579.

⁷²⁸ **Lagarde**, para 129; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 579.

⁷²⁹ **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 579; **Sensöz Malkoç**, s. 236.

⁷³⁰ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 409; **Giray**, Çocukların İadesi, s. 261.

⁷³¹ **Lagarde**, para 120; Practical Handbook, s. 103; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 409.

⁷³² **Sensöz Malkoç**, s. 235.

⁷³³ **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 557; **Sensöz Malkoç**, s. 236.

⁷³⁴ Practical Handbook, s. 104.

sözleşmenin 23. maddesinin 2. fıkrası, tüketici olarak tanımanın reddedileceği sebepleri sıralamıştır. Ancak, bu fıkranın tanımayı reddetme hakkı tanıdığını, reddetmeyi zorunlu hale getirmediğini belirtmekte fayda görmekteyiz. Burada belirtilen sebepler dışında, akit devletin esasa girerek inceleme yapması mümkün değildir. Sözleşme'nin 23. maddesinde sayılan red sebeplerinden birisinin bulunmasına rağmen, eğer çocuğun üstün yararı söz konusuysa, tenfiz talebi edildiği koruma tedbirinin yine de tanınmasına karar verebilir⁷³⁵.

Tanımanın reddedilebileceği haller 23. maddenin 2. fıkrasında sınırlayıcı olarak sayılmıştır⁷³⁶.

Akit devlet makamlarınca alınan çocuğun vesayetine ilişkin bir tedbirin tanınması, altı durumdan birinin varlığı halinde reddedilebilir.

a) Koruma tedbirinin yetkili makam tarafından alınmamış olması;

Koruma tedbirinin, Sözleşme'nin 5 ila 14. maddelerinde yer alan yetki kuralına göre yetkili olmayan bir makam tarafından alınmış ise, bu tedbirin tanınması reddedilebilir. Ancak tanıma devletin makamları, tedbirin alındığı devletin makamının yetkisini dayandırdığı maddi vakıalara bağlıdır (m. 25)⁷³⁷.

b) Acil durum hali bulunmamasına rağmen, talebin gerçekleştiği devletin usul kurallarına aykırı olarak çocuk dinlenmeksizin koruma tedbiri verilmesi halinde⁷³⁸;

Acil durumlar dışında, idari veya yargısal işleme alınan bir koruma önlemi, çocuğun doğrudan veya vasisi/temsilcisi veya uygun bir kurumun yardımıyla görüşüne imkân verilmeksizin alınmış ve tanımanın talep edildiği devletin temel usul ilkeleri ihlal edilmişse tanıma talebi reddedebilir (m. 23/2 (b)). Bu red sebebi, her

⁷³⁵ **Lagarde**, para 121; Practical Handbook, s. 104.

⁷³⁶ **Lagarde**, para 120, s. 585; **Lowe, Everall QC, Nicholls**, s. 542.

⁷³⁷ Örneğin, çocuğun mutad mesken devleti olarak, asli yetkili makam bir karar verirse, tanıma talebinin yöneltildiği devletteki yetkili makam, asli kararın dayandığı maddi vakıaları tekrar gözden geçirip değerlendirme yapamaz (**Lagarde**, para 131). Sözleşme'nin 25. maddesindeki, tanıma devleti makamının, önlemi alan makamın yetkisini dayandırdığı vakıalar ile bağlı olacağı kuralına diğer sözleşmelerde de rastlanmaktadır, Nafaka Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi, m. 9; 1968 Brüksel ve 1988 Lugano Sözleşmesi, m. 28/2.

⁷³⁸ Yargıtay, çocuk konularına ilişkin pek çok kararında, Türkiye'nin de taraf olduğu ÇHDS'ndeki "ayırt etme gücüne sahip çocuğun davasında mutlaka dinlenmesi" gerektiğine ilişkin hükmüne atıf yapmaktadır. Buradan yola çıkarak diyebiliriz ki, ayırt etme gücüne sahip çocuklar dinlenmeden verilen yabancı kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizi de kamu düzenine aykırı olacaktır.

olayda çocuğun görüşünü alınması gerektiği anlamına gelmez⁷³⁹. Çocuğun dinlenmemesi, ancak talepte bulunulan devletin temel usul ilkelerine aykırı ise, tanımanın reddi için gerekçe oluşturabilir. Kamu düzeni ilgilendiren bu usul kural, acil durumlar için uygulanmaz, çünkü usuli şartların bu durumda daha esnek olarak yorumlanması gerekir⁷⁴⁰.

Türk Hukukunda çocuğun dinlenmesi davaya bakan yargıcın taktirine bağlı bir konudur. Ancak kanaatimizce, çocuğun kendisiyle ilgili olarak yapılan yargılamalarda zorunlu hale getirilmesi, çocuk için amaçlanan en uygun ve faydalı karara ulaşma hedefi açısından büyük önem taşır. Keza hem çocuğun üstün menfati ilkesine işlerik kazandırması, hem de Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerle bulunduğu taahhütlerin yerine getirilmesi bakımından bir zorunluluk doğurmaktadır (ÇHDS m. 12).

c) Koruma tedbirinin, savunma hakkı verilmeksizin alınmış olması

Sözleşme'nin 18. maddesi çerçevesinde yetkili makam, vasiyi dinlemeksizin vesayet hakkını kaldırmışsa, bu kişi vesayet hakkına yapılan bu ihlali ileri sürerek, tanımanın talep edildiği devlette, koruma tedbirinin tanınmasına itiraz edebilir.

d) Tanımanın talep edildiği devletin kamu düzeni ile tanınması talep edilen koruma tedbiri arasında var olan açık uyumsuzluk, tanımama sebebi olarak kabul edilmektedir.

Alınan koruma tedbirinin tanınması, talepte bulunulan devletin kamu düzenine açıkça aykırı ise tanıma talebi reddedebilir. Ancak kamu düzeni, çocuğun üstün yararı göz önüne alınarak değerlendirilecektir (m. 23/2(d)) ve bu hüküm, verilen tedbirin kamu düzenine aykırılık dolayısıyla tanınmasına engel teşkil ettiği nispete dar yorumlanmalıdır⁷⁴¹.

⁷³⁹ Örneğin, çocuğun görüşünün alınması her zaman çocuğun menfaatine olmayabilir, özellikle anne-baba alınacak tedbir konusunda hemfikir ise.

⁷⁴⁰ **Lagarde**, para 123; *Practical Handbook*, s. 105; **Tiryakioğlu**, *Çocukların Korunması Sözleşme*, s. 410.

⁷⁴¹ *ABAD'nın P v. Q* davasında kamu düzenine aykırılık konusunda Brüksel IIA Tüzüğü'nün m. 23(a) hükmünün uygulanması ile Sözleşme'nin m. 23/2(d) hükmü ile aynı düzenleme görülmektedir. Karar için bkz. C-455/15 PPU, <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim 01.12.2018.

e) Sözleşme'nin m. 23/2 (e) hükmü, bir akit devlette alınan bir koruma tedbiri ile çocuğun mutad meskeni olan akit olmayan bir devlette daha sonra alınan ve tanınmanın talep edildiği devletteki tanınma şartlarını yerine getiren iki tedbir arasındaki çelişki varsayımını düzenlemektedir⁷⁴². Bu fıkra, bir akit devlette alınmış koruma tedbirinin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit olmayan bir devlette daha sonra alınan ve tanınmanın talep edildiği devlette tanınma şartlarını taşıyan bir önlemlle bağdaşmaması halinde, söz konusu iki tedbir arasında ortaya çıkan ihtilafı giderme amacını taşımaktadır. Böyle bir dururmda bağdaşmayan iki önlemden, çocuğa daha yakın olan ve çocuğun üstün yararını değerlendirme konusunda daha iyi durumda bulunan bir makam tarafından alınan ikinci önlem tercih edilecektir.

Sözleşme, çocuğun mutad meskeni devletinden başka bir devlette, örneğin onun vatandaşı olduğu akit devlet makamınca alınan bir koruma tedbirini tercih etmemiştir⁷⁴³.

f) Sözleşme'nin 33. maddesinde öngörülen danışma usulüne uyulmamış olması.

Sözleşme'nin 33. maddesi, bir akit devletin yetkili makamının, çocuğun yerleştirilmesi konusundaki tedbirlerin başka bir akit devlette icra edilmesini öngörmesi halinde, izlenmesi zorunlu olan bir danışma prosedürü öngörmüştür.

Sözleşme'nin 33. maddesi, zorunlu danışma prosedürünü öngörmüştür. Bu zorunlu danışma, çocuğun bakıcı aileye verilmesi veya sosyal güvenlik hizmetlerinden bakılmasını veya kafala sistemi (bir tür kefalet veya sponsorluk sistemi olarak anlaşılabilir) gibi tedbirlerin başka bir akit devlette icrasının gerektiği durumlarda söz konusu olur. Bu danışma, kararın icra edileceği kabul eden devletin yetkili makamlarına bir kontrol yetkisi vermektedir. Bu şekilde kabul eden devlet, kabul öncesinde, kalacak çocuğun kalma şartlarını belirleyebilecektir. Bu belirleme özellikle bu devletteki Göçe ilişkin kanunlara göre yapılacaktır. Sözleşme'nin 33. maddesinin 2. fıkrasına göre, çocuğun yerleştirilmesine veya bakımına ilişkin tedbirlerin kabul eden

⁷⁴² Benzer bir hüküm 1968 Brüksel ve 1988 Lugano Sözleşmeler'in 27/5. maddelerinde de yer almıştır.

⁷⁴³ **Lagarde**, para 126; Practical Handbook, s. 106; **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 410.

devlette icra edilmesi, bu devletteki Merkezi Makam veya başkaca yetkili makam tarafından onaylanmasından sonra mümkün olabilecektir⁷⁴⁴.

Sözleşme'nin 33. maddesinde öngörülen usule uyulmamasında, akit devletin bir takdir hakkı söz konusudur. Yani, tanıma için öngörülen şartlar gerçekleşmemiş olsa bile, akit devlet tedbiri tanıyabilir⁷⁴⁵.

3. Kararın Tanınması veya Tanınmaması İçin Önleyici Dava

Sözleşme, bir koruma tedbirinin tanınmasını sağlamak için dava açılmasını aramamıştır. Tanıma kendiliğinden gerçekleşir. Bu durumda, eğer tanımama için bir sebep varsa, Sözleşme'de bir tedbirin bir devlette dermeyeran edildiği anda söz konusu sebebin mevcudiyeti üzerine muhtemel bir ihtilaf, bir ara kararının konusu olacaktır. Ne var ki, an çok geç olabilir ve herhangi bir ilgi, böyle bir tanımama sebebinin varlığı hakkında mevcut olacak herhangi bir şüpheyi beklemek konusunda meşru bir menfaate sahiptir. Böylece bir kişi bir devlette tanınmasına karar verilmesinde menfaat sahibi olabilir.

Sözleşme'nin 24. maddesine göre, hukuki menfaati bulunan herkes, yetkili akit devletten alınan koruma tedbiri hakkında, bu tedbire henüz diğer bir akit devlette dayanılmamışken, “önleyici nitelikte”, bir “tanıma davası” veya tanımanın reddi sebeplerinin varlığının tespitine ilişkin bir “tanımama davası” açabilecektir⁷⁴⁶. Böylelikle, koruma tedbirinin tanınması veya tanınmamasında hukuki menfaati bulunan kişiler, koruma tedbirinin diğer bir akit devlette gündeme gelmesini beklemek durumunda kalmadan, tanıma veya tanımama konusundaki menfaatlerini koruma imkanına sahip olacaktır⁷⁴⁷.

24. maddede öngörülen “önleyici” niteliğe sahip tanıma ve tanımanın şartlarının varlığının tespitine ilişkin tanımama davaları, sadece Sözleşme kapsamında alınan “koruma tedbirleri” için mümkündür. Madde uyarınca açılacak dava sadece

⁷⁴⁴ **Lagarde**, para 143; Practical Handbook, s. 30, 120-121.

⁷⁴⁵ **Giray**, Çocukların İadesi, s. 260.

⁷⁴⁶ **Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 412; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 557.

⁷⁴⁷ Örneğin, çocuğun velâyet sorumluluğunun anneye bırakılmasına ilişkin bir koruma tedbiri kararına karşı baba, annenin (B) devletinde çocuk adına çocuğun menfaatine olmadığını düşündüğü bir alım-satım işlemi gerçekleştirmesini engellemek için, (B) devletinde tanımanın reddi sebeplerinin varlığının tespitine ilişkin “önleyici” bir “tanımama davası” açabilecektir.

koruma tedbirinin tanınması veya tanınmaması hakkında karar verilmesine yönelik olabilir, bu dava ile kanuni vesayet sorumluluğuna ilişkin karar verilemez⁷⁴⁸.

Lagarde’ın Açıklayıcı Raporunda, tanımama talebi hususunda takip edilecek usul için “tanıma veya tanımanın reddi” davasından söz edilmektedir⁷⁴⁹.

Tiryakioğlu’na göre izlenecek usul, 24. madde uyarınca talep edilen devletin hukukuna tabidir. Sözleşme, burada önleyici dava için tenfiz edilebilirlik bildirimleri için yaptığı gibi hızlı ve basit (m. 26/2) bir usul öngörmekten kaçınmıştır⁷⁵⁰.

B. Çocuğun Vesayetine İlişkin Tedbirlerin Tenfizi

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde tenfize ilişkin düzenlemeler de getirilmiştir.

Bazı hallerde, bir akit devlet makamları tarafından alınan ve uygulanabilir tedbirlerin başka bir akit devlette icra edilmesi gerekebilir. Eğer bu gibi durumlarda ikinci akit devlette bu tedbirlerin icra edilmesi için gereken işlemler yapılmıyorsa, tenfiz prosedürüne başvurulmalıdır⁷⁵¹. Tedbir kararının icra edilmesi gerekiyorsa, örneğin, vesayet kararının uygulanabilmesi için çocuğun teslimi gerekiyorsa veya malların icraen satışı gerekiyorsa, kararın tenfizi için gerekli prosedürü başlatmak gerekir⁷⁵².

Sözleşme’nin 26. maddesinin birinci fıkrasında tenfiz usulünün gerekliliğine işaret etmekte ve prosedürün, talebin yapıldığı akit devlette, “ilgili tarafça” başlatılması gereğine işaret etmektedir. Bu durumda izlenmesi gereken tenfiz usulü, talebin yapıldığı akit devlet hukukundaki usuldür. Tenfiz usulünü uygulayacak olan devlet, bu amaca ulaşmak için uygun gördüğü araçları kullanabilir ve Sözleşmede bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Ancak usulün “hızlı ve basit” olması gerektiği belirtilmiştir (m. 26/2). Tenfiz kararı veya icraya yönelik tescil ancak Sözleşme’nin 23. maddesinin 2. fıkrasında yer alan tanımanın reddi sebeplerinden dolayı reddedilebilir. Sözleşme’nin 23. maddesinin 2. fıkrasındaki red sebepleri tüketici olarak sayılmış olsa da, tanımanın reddine izin vermekle beraber, reddi zorunlu hale

⁷⁴⁸ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 412.

⁷⁴⁹ Lagarde, para 129-130.

⁷⁵⁰ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 412.

⁷⁵¹ Practical Handbook, s. 110.

⁷⁵² Lagarde, para 132.

getirmemektedir. Çocuğun üstün yararının söz konusu olduğu durumlarda, red sebeplerinden birisi bulunsa dahi, yetkili makam çocuğun üstün yararını ön planda tutup kararın reddi yerine tenfizine de hükmedebilir⁷⁵³. “Esasa ilişkin inceleme yasağı”nın düzenlendiği 27. madde, yukarıda değindiğimiz tenfiz usulü için de geçerlidir⁷⁵⁴.

Bir akit devlette alınan ve bir diğer akit devlette tenfiz edilen koruma tedbirleri, kararın uygulanacağı akit devlette alınmış kararlar gibi uygulanacaktır⁷⁵⁵. İcranın gerçekleştirilmesi sırasında, çocuğun üstün yararı gözetilerek, icranın gerçekleştirildiği akit devletin hukuku, bu devletin hukukunun izin verdiği ölçüde uygulanacaktır⁷⁵⁶. Burada ifade edilmek istenen husus, icrayı yapacak akit devletin kendi iç hukukuna göre verilen bir yargısal veya idari kararı uygulamaya koymama konusunda takdir yetkisine sahipse, aynı takdir yetkisini bu kararın bir başka akit devlet tarafından verilmesi durumunda da kullanabileceğidir. Örneğin, belli bir olgunluğa erişmiş bir çocuk, vasi olarak tayin edilen kişilerle birlikte yaşamayı kesin olarak reddediyorsa, kararın tenfiz edileceği akit devlet bu kararın icra edilmemesi yönünde hüküm kurabilir. Böyle bir karar verebilmesi için, kendi iç hukukunda bu yönde bir takdir hakkının bulunması gerekir⁷⁵⁷.

Bu kuralın akit devletlerin makamları arasında işbirliği olmaksızın uygulanması zordur⁷⁵⁸.

1. Tenfiz Edilebilirlik Bildirimi

Sözleşme’nin 26. maddesi, bir devlette alınan ve bu devlette icra kabiliyetine sahip koruma tedbirlerinin, başka bir akit devlette icare edilmesini düzenlemektedir. Şu kadar ki, menfaat sahibi kişi tarafından ikinci ülke hukukunun gereklerine uygun olarak tenfiz prosedürünün başlatılması gerekir. Tenfize konu koruma tedbirleri, ikinci

⁷⁵³ **Lagarde**, para 121; Practical Handbook, s. 104.

⁷⁵⁴ **Lagarde**, para 121; Practical Handbook, s. 104.

⁷⁵⁵ **Uluocak**, Tasarı, s. 413.

⁷⁵⁶ **Lowe, Everall QC, Nicholls**, s. 553.

⁷⁵⁷ **Lagarde**, para 134; Practical Handbook, s. 110.

⁷⁵⁸ Örneğin, çocuğun mutad meskeni makamı, mahalli sosyal makamların denetimi ve danışmanlığı altında, çocuğun ailesinin yanında kalmasına karar vermiş ve çocuğun ailesi daha sonra bir başka akit devlette yerleşmişse, birinci devlette alınan kararın ikinci devlette tenfizi, sadece ikinci devlet makamlarının, birinci devletin sosyal makamlarınca yürütülen denetim ve danışmanlık görevini icra etmeye istekli olmaları halinde mümkün olacaktır. Olumsuz şekilde ifade edilirse, m. 5/2’ye uygun olarak birinci devlette alınan tedbirlerin kabulü veya değiştirilmesi ikinci devletin hukukuna uygun olarak o devlet makamlarının yetkisi dahildir. (**Tiryakioğlu**, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 412).

devlette” tenfiz edilebilirlik bildirimine” konu olmalı veya bazı devletlerdeki usule uygun olarak “tenfiz amacıyla tescile” konu olmalıdır.

Burada izlenecek usul, talep edilen devletin hukukunda öngörülen usuldür. 26. maddenin 2. fıkrası, talebin yapıldığı devletin “hızlı ve basit” bir usul uygulamasını öngörmüş, ancak bu usule ulaşım mekanizmaları bakımından talepte bulunan devlete tam bir serbesti bırakmıştır ve süre öngörmemiştir⁷⁵⁹.

Tenfiz edilebilirlik veya tescil bildirimi, sadece, m. 23’de öngörülen sebeplerden biri varsa rededilebilir.

2. Tenfiz Talebinin Reddi Sebepleri

Sözleşme’nin 23. ve 24. maddeleri, devlet makamlarınca icra edilmeyi gerektirmeyen tedbirlere ilişkin, Sözleşme’nin 26. maddesi, icrayı gerektiren tedbirlere ilişkindir.

Bir akit devlette alınan icrai nitelikteki tedbirler, bir başka akit devlette icra edilecekse, ilgili tarafın talebi üzerine, icranın talep edildiği devletin hukukunda öngörülen usule uygun olarak tenfiz edilmektir. Bununla birlikte her akit devlet, tenfiz talebini basit ve seri muhakeme usulü ile sonuçlandıracaktır⁷⁶⁰. Tenfiz, ancak m. 23/2 hükümünde yer verilen sebeplerle reddedilebilir. Tanıma usulünde olduğu gibi, bu red sebepleri takdiri olduğundan, özellikle çocuğun üstün menfaatinin gerektirdiği durumlarda, red sebeplerinden birinin varlığına rağmen koruma tedbiri hakkında tenfiz kararı verilebilecektir⁷⁶¹.

Madde 23. ile 26. hükümlerinde yer verilen koşulların uygulanması bakımından yapılması gerekli olan inceleme saklı kalmak kaydıyla, alınan tedbirlerin esasına ilişkin bir inceleme yapılamaz (m. 27)⁷⁶².

Bir akit devlette alınan ve diğer bir akit devlette tenfizine karar verilen tedbirler, tenfiz kararı veren devlet makamları tarafından verilmiş gibi icra edilir ve

⁷⁵⁹ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 415.

⁷⁶⁰ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 558; Giray, Çocukların İadesi, s. 260.

⁷⁶¹ Lagarde, para 121; Practical Handbook, s. 104.

⁷⁶² Lagarde, para133; Practical Handbook, s. 110.

icra ve icra, çocuğun yüksek yararı gözönüne alınmak kaydıyla, icranın talep edildiği devletin hukukuna göre ve bu hukukun müsaade ettiği ölçüde gerçekleştirilecektir⁷⁶³.

III. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

A. Genel Bilgi

Devletlerin, kendi ülkeleri üzerindeki egemenliğinin sonuçlarından biri de yargılama faaliyetini bağımsız mahkemeleri eliyle kullanabilmesidir. Bir devletin mahkemeleri tarafından verilen ilamlar, o ülkede, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, re'sen hukuki sonuç doğururlar. Ancak, sınırlar arası ilişkilerin artmasıyla sayıları çoğalan yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenebilmesi için bir devlet mahkemesinde verilen ilamın başka bir devlette hukuki sonuç doğurması gerekebilmektedir. İşte söz konusu hukuki sonucun gerçekleşebilmesi için yabancı mahkeme kararların⁷⁶⁴, hukuki sonuç doğuracağı devlette tanıma-tenfiz işleminden geçirilmesi gerekmektedir. Her mahkeme kararının kesin hüküm ve icra kabiliyeti olmak üzere iki sonucu vardır⁷⁶⁵.

Kesin hüküm, “bir uyuşmazlığı nihai olarak ortadan kaldıran ve o konunun mahkemelerde yeniden inceleme konusu yapılmasına engel olan kanuni hakikat vasfıdır”⁷⁶⁶. Bir mahkeme kararının kesin hüküm kuvveti kazanmasının bir maddi bir de şekli sonucu vardır. Maddi anlamda kesin hüküm⁷⁶⁷, artık o uyuşmazlık hakkında aynı taraflar arasında aynı sebeple yeniden dava açılmaması sonucunu doğurur. Söz konusu karar kesin delil teşkil etmektedir. Buna rağmen dava açılırsa, davalı kesin

⁷⁶³ Tiryakioğlu, Çocukların Korunması Sözleşme, s. 413; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 558; Sensöz Malkoç, s. 237.

⁷⁶⁴ Türk Milletlerarası Özel Hukuku bakımından ancak yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması-tenfizi mümkündür. Yabancı bir devletin idari organları tarafından verilen bir karar, kural olarak, tanıma-tenfiz konusu yapılmaz. Bu kuralın özel bir kanun hükmü ile getirilen bir istisnası Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 30/f. 2’de yer alan evlat edinmeye ilişkin yabancı idari kararların verilen ülke hukukuna göre kesinleşmesi durumunda tanıma-tenfiz konusu yapılabileceğine ilişkin hükümdür. Yabancılık unsurlu içeren çocuğun vesayetine ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime başvurma imkânı bulunmadığı için yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁷⁶⁵ Çelikel/ Erdem, s. 615; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 463.

⁷⁶⁶ Çelikel/ Erdem, s. 615; Doğan, s. 96; Ertaş, s. 378.

⁷⁶⁷ Nomer, MUH, s. 145, kn. 361.

hüküm itirazında bulunabilecektir. Şekli anlamda kesin hüküm ise, söz konusu karar hakkında bütün kanun yollarının tüketilmiş olmasını ve bu nedenle kararın değiştirilememesi anlamına gelir. İşte, yabancı bir mahkeme kararının, söz konusu kesin hüküm kuvvetinin Türk Hukukunda kabul edilmesi için bu kararının tanınması gerekmektedir⁷⁶⁸. Bu çalışmanın konusunu oluşturan çocuğun vesayetine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de kesin hüküm kuvvetinin kabul edilebilmesi için tanıma işlemine konu olmaları gerekmektedir.

Bir mahkeme kararının icra kabiliyeti kazanması “sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak maddi icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete getirebilme vasfıdır”⁷⁶⁹. Yabancı bir mahkeme kararına dayanılarak Türk icra makamlarının harekete geçirilmesi için ise söz konusu kararın tenfiz işlemine konu edilerek kesin hüküm ve icra kabiliyetinin Türk Hukukunda kabul edilmesi gerekmektedir. Birine bir şeyi verme, yapma veya vermeme konusunda belirli bir edime mahkum eden kararlar olan eda davası⁷⁷⁰ kararları, kesin hüküm vesıflarının yanında icra kabiliyeti de taşıdıkları için yabancı mahkeme tarafından verilmiş söz konusu kararlar tenfize konu teşkil edecektir. Bu nedenle çocuğun vesayetine ilişkin kararların Türkiye’de, hüküm ve sonuç doğurabilmeleri için tenfizi değil tanınması gerekli ve yeterlidir⁷⁷¹. Bununla birlikte inşaî bir karar, eda hükmünü de içermekte ise kararın bu kısmı için tenfiz gerekir⁷⁷². Örneğin vasiye bazı icraî yetkiler verilmiş olabilir ya da ilâmda tedbir kararları bulunabilir⁷⁷³. Çocuğun vesayetine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının gerekli ve yeterli olup olmadığı, katıldığımız görüşe göre, yabancı ilâmın eda, tespit ya da inşaî nitelikli bir karar olarak nitelenmesinden ziyade yabancı mahkeme kararının cebri icraya elverişli olup olmadığı noktasından tartışılmalıdır⁷⁷⁴. Bu bağlamda, cebri icrası gerekmeyen tespit ve inşaî kararlara ek olarak reddedilmiş bir eda davası sonucu verilmiş tespit kararlarının tanınması yeterlidir. Bununla birlikte inşaî karara eklenen bir eda hükmünün varlığı hâlinde somut talep sonucu Türk mahkemesince verilecek karara

⁷⁶⁸ Bazı mahkeme kararları sadece şekli kesinlik taşırlar. Maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler. Örneğin Türk Hukukundaki ihtilafsız kaza kararları buna örnektir.

⁷⁶⁹ Çelikel/ Erdem, s. 616; Ertaş, s. 379; Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 39.

⁷⁷⁰ Çelikel/ Erdem, s. 617; Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 465.

⁷⁷¹ Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 49; Demir Gökyayla, Vesayet, s. 414; Aygül, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 140; Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 5.

⁷⁷² Aygül, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 140.

⁷⁷³ Aygül, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 141.

⁷⁷⁴ Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 5.

dayanarak ilgilinin cebri icradan yararlanmak isteyip istemediğine göre tanınmanın yeterli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Mahkeme kararları üç grupta toplanabilir: Bunlar, eda kararları, tespit kararları ve yenilik doğurucu kararlardır.

Eda kararları, özel hukuka ait bir talebin ileri sürülmüş ve bu talep sonucunda mahkemenin, taraflardan birini, bir şey verme, yapma veya yapmama konusunda belirli bir edime mahkûm ettiği kararlarıdır. Eda kararları, eda talebine konu olan hukuki ilişkiyi tespit ve davalıyı bir edime mahkûmiyet ihtiva eden kararlardır. Bu tür kararlar hem maddi, hem de şekli açıdan kesin hüküm teşkil eder, hem de icra kabiliyeti taşırlar⁷⁷⁵. Eda davası sonucunda verilen hükmün yerine getirilmemesi halinde, cebren icra edilmesi gerekir. Hüküm bir cebri icra belgesi sayılacaktır⁷⁷⁶.

Tespit kararları, bir hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu hakkında bir karar elde etmek amacı ile açılan dava sonunda verilen karardır. Özel hukuka ilişkin bir talebin reddi hakkında verilen kararlar tespit kararlarıdır⁷⁷⁷. Kararın amacı tespit olduğundan, kesin hüküm etkisine sahip olmakla birlikte, icraya müsait değildir. Ancak bir tespit kararının bir eda hükmünü birlikte getirmesi halinde bu hüküm icra edilebilir⁷⁷⁸.

Yenilik doğurucu kararlar, bir hukuki durumun kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması için hak sahibinin iradesinin yeterli olmadığı, hukuki durumun ancak bir mahkeme kararı ile doğmasının gerekli olduğu hallerde (boşanma, evlenmenin butlanı gibi) açılan dava sonucu verilen karardır. Bu kararlar, bir hukuki durumun tesbitini değil, bir hukuki değişikliği gerektiren içeriğe sahiptirler. Bu kararlar, nitelikleri gereği icraya müsait değildirler, hukuki alanda etkili olmaları için icraya ihtiyaçları yoktur. Sadece kesin hüküm etkisine sahip bu kararların taşıdıkları

⁷⁷⁵ Çelikel/ Erdem, s. 617; Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 465; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 288; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 278; Özbakan, s.72; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2000, s. 803; Kuru, MUH, s. 906-908; H. Yavuz Alangoya/ Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2011, s. 201-202.

⁷⁷⁶ Üstündağ, a.g.e., s. 801-803, s. 179.

⁷⁷⁷ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 289; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 279; Kuru, MUH, s. 908; Özbakan, s. 75.

⁷⁷⁸ Çelikel/ Erdem, s. 584; Özbakan, s. 75. Tesbit kararları hakkında bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 302-305; Kuru, MUH, C. I, s. 934-936 ve C. II, s. 2059-2066; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 287-292; Üstündağ, s. 801-803; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 202-207.

yenilik doğurucu etki (inşai tesir) ile arzu edilen sonuçlar doğar ve bu türden kararlar yalnızca taraflar arasında geçerli olmayıp, herkese karşı (*inter omnes*) ileri sürülebilir⁷⁷⁹.

Tespit ya da yenilik doğurucu (inşai) kararların, etkilerini meydana getirebilmeleri için icra edilmelerine gerek yoktur. Bu tür kararların, hukuki sonuçları mahkeme kararları ile birlikte kendiliğinden meydana gelir⁷⁸⁰. Bu sebeple tespit ya da yenilik doğurucu nitelikteki (inşai) yabancı ilamların tanınması yeterlidir. Ancak inşai bir karar aynı zamanda eda hükmünü de içerirse, kararın bu bölümü için tenfiz gereklidir⁷⁸¹. Eda hükmünü içeren kararların tenfizine karar verilmesi gereklidir⁷⁸². Vesayete ilişkin mahkeme kararları, bir kimsenin fiil ehliyetini kısıtladığı için inşai niteliktedir⁷⁸³. Tespit kararı veya inşai kararlar olarak ortaya çıkarlar.

Mahkeme kararının tanıma ve tenfiz açısından doğuracağı sonuçlar, ihtilafı veya ihtilafsız kaza kararlarında farklı şekilde ortaya çıkar.

İhtilafsız kaza kararları mahkemelerin tarafların hususi şahıslara karşı dermeyan edeceği subjektif haklarının olmadığı, tarafların huzuruna gerek olmadan mahkemenin re'sen harekete geçtiği ve hakkı korumak için verdiği kararlardır. İsim değiştirilmesi, evlenme sürelerinin kısaltılması, vasi tayini gibi konularda verilir. Bu tür kararlar yenilik doğurucu nitelik taşırlar ve maddi kesinlik taşımayıp, yalnız şekli kesinlik taşıyan kararlardır. İhtilafsız kazada mahkemelerin yetkisinin kamu düzeninden olduğu kabul edilir⁷⁸⁴.

Vesayete ilişkin davalar, ihtilafsız kaza faaliyeti olarak kabul edilmektedir. Vesayet davalarında, ilgililer arasında genellikle bir ihtilaf olmadığı gibi, ilgililerin birbirine karşı ileri sürebilecekleri bir subjektif hakkı da bulunmamaktadır⁷⁸⁵. Kural olarak, ihtilafsız kazaya dair kararların, inşai tesiri haiz olmaları ve cebri icrayı

⁷⁷⁹ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 294 vd; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 281; **Özbakan**, s. 74-75; **Kuru, MUH, C. I**, s. 587-588, 938-939; **Kuru, MUH**, s. 5092 vd; **Üstündağ**, s. 699, 801-803; **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım**, s. 207-211.

⁷⁸⁰ **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 279-282.

⁷⁸¹ **Çelikel/ Erdem**, s. 585; **Ertas**, s. 378; **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 57; **Doğan**, s. 97.

⁷⁸² **Çelikel/ Erdem**, s. 585.

⁷⁸³ **Kuru, MUH**, s. 30; **Aygül**, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 141.

⁷⁸⁴ **Üstündağ**, s. 30.

⁷⁸⁵ **Baki Kuru**, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 80 vd. (Nizasız Kaza).

gerektitmedikleri için, MÖHUK m. 58/2 gereği, tanınmaları söz konusu olup, tenfize gerek yoktur⁷⁸⁶.

Çekişmeli yargıda, hâkim, belirli vakıalara dayanmak suretiyle, taraflar arasında mevcut ve uyuşmazlık konusu olan – genellikle özel hukuka ait- bir hukuki ilişki hakkında yargılama yapar. Bu yargılama faaliyetinin sonunda, o zamana kadar uyuşmazlık konusu olan mevcut hukuki ilişki hakkında, taraflar için bundan böyle daima kabul mecburiyetinde oldukları bir hüküm verir. Bu hüküm, maddi kesin hüküm kuvvetine sahiptir. Çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayıran kriterler bulunmaktadır. Bunlar, çekişmesiz yargıda bir ihtilaf yoktur, çekişmesiz yargıda hasım bulunmamaktadır, ilgililerin ileri sürebileceği subjektif hakları bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargıda, hâkimin görevi de farklıdır. Tarafların, özel hukuka ait bir hukuki ilişki hakkındaki uyuşmazlıklarını hükme bağlamak ve bu hukuki ilişkiyi bundan sonrası için sabit hale getirmek sözkonusu değildir. Çekişmesiz yargıda, kanun tarafından hâkime, re'sen belirli hukuki meseleleri tertip ve düzenleme görevi verilmiştir. Çekişmesiz yargı kararları çoğunlukla inşai niteliktedir, bazıları ise tespit kararı niteliğindedir. Tespit kararı niteliğinde olan çekişmesiz yargı kararları kesin ve nihai olarak yetkili makam ve mahkemeleri bağlamaz. Şekli anlamda kesinleşen bu kararların maddi anlamda kesin hüküm kuvvetleri bulunmamaktadır ancak bu kararlardan bazılarının inşai (yenilik doğurucu) tesirleri bulunmaktadır⁷⁸⁷.

Vesayet kararlarına ilişkin taleplerde, ilgililer arasında bir çekişme bulunmamaktadır. İlgililerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri subjektif bir hak da bulunmamaktadır. Bu nedenle çocuğun vesayetine ilişkin kararlar, çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁸. Vesayet kararları, icraî nitelikte kararlar değildir⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ **Nomer**, Kesinleşme Şartı, s. 919; **Ektaş**, s. 377.

⁷⁸⁷ **Kuru**, Nizasız Kaza, s. 179 vd. ve 188 vd.; **Kuru**, HMu, C.V, s. 5032 vd., 5092 vd.; **Üstündağ**, s. 32-37; **Nomer**, Kesinleşme Şartı, s. 913; **Özbakan**, s. 126-127; **Çelikel/ Erdem**, s. 584, 588, 642; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s. 81-86; **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım**, s.52-55. Çekişmesiz yargı kararlarının özellikleri HMK 382. maddesinde (f.1) yasal zemine kavuşturulmuş ve çekişmesiz yargı işleri (f.1) sayılmıştır. Çekişmesiz yargı kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği de açıkça yasada belirtilmiştir (HMK m. 388). HMK m. 382 aynen şöyledir: “(1) Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır: (a) İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller, (b) İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller, (c) Hâkimin resen harekete geçtiği hâller”. Çekişmesiz yargı kararlarının tenfizine lüzum olmadığı, tanınmalarının yeterli olduğu hakkında bkz. **Arat**, s. 438, 500; Farklı görüşte, icrayı gerektiren bir hususu da ihtiva ediyorsa çekişmesiz yargı kararları için tenfiz yolunun açık bırakılması gerektiği hakkında bkz. **Çelikel**, Ahkâmı Şahsiye, s. 65; **Özbakan**, s. 65.

⁷⁸⁸ **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s. 99 vd.

⁷⁸⁹ **Aygül**, Vesayet Kararlarının Tanınması, s.140.

Vesayet kararlarının şekli anlamda kesin hüküm teşkil ettikleri tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Maddi anlamda kesin hüküm nitelikleri tartışılmakla birlikte hukuki sebebi, koruma tedbirinin hangi olay ve sebebe dayanılarak alındığına bağlı tespit edilmekte, her olayda farklılık doğurmaktadır. Bu sebeple maddi anlamda da kesin hüküm niteliğini taşıdığı söylenebilir. Ancak tek taraflı ve genelde idari bir kuruma karşı açıldığı için tanıma ve tenfizi özel olarak düzenlenmelidir. Nitekim MÖHUK 58/2 maddesinde bu tip kararların çekişmeli yargı kararları gibi tanınacağını açık olarak düzenlemiştir⁷⁹⁰. Bununla birlikte, doktrinde, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁷⁹¹. Doktrinde, yabancı mahkemelerden verilmiş çekişmesiz yargıya ait vesayet kararlarının da tanınabileceği ifade edilmiştir⁷⁹².

Yabancı vesayet kararlarının tanınması konusunda, Yargıtay 2. HD, 27.10.2008 T., E. 2008/10952, K. 2008/14149 sayılı kararında⁷⁹³, çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.

Ancak yabancı ihtilafsız kaza kararlarında, cebri icrayı gerektiren bir ilam söz konusu ise (bir fiili yapma, yapmama veya bir fiilin yapılmasına tahammül yükümlülüğü gibi), bu gibi kararların tanınması değil, tenfizi gerekir⁷⁹⁴.

Yabancı mahkeme kararının tanıma-tenfiz işleminin gerçekleşeceği mahkemede nasıl bir incelemeden geçeceği konusunda iki temel sistem mevcuttur. Bunlardan ilki, “revizyon sistemi”⁷⁹⁵ olarak adlandırılan, yabancı karar verilirken

⁷⁹⁰ Öztekin Gelgel, Tanıma ve Tenfiz, s. 129.

⁷⁹¹ Nomer, s. 538.

⁷⁹² Nomer, s. 538.

⁷⁹³ Ekşi, Yargıtay Kararlar, s. 128-129; Ahmet Cemal Ruhi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Gerekçeli-Kısa Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı), 4. Bası, Ankara 2014, s. 418.

⁷⁹⁴ Nomer, Kesinleşme Şartı, s. 919-920.

⁷⁹⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 2012 yılında verdiği bir kararda revizyon yasağının Türk hukukunda da kabul edildiğini ortaya koymuştur. İlgili karar şu şekildedir: “Tenfiz hâkiminin yabancı mahkeme ilamının maddi hukuk bakımından doğruluğunu inceleme ve değerlendirme yetkisi yoktur. Bu yasak çerçevesinde, tenfiz hâkiminin ilamda mevcut olan bir gerekçeyi inceleyip değerlendirmesi de söz konusu olamaz. İlamda bir gerekçenin bulunması veya bulunmaması ilamda yer alan hükmün kamu düzenine aykırılığını belirlemede önem taşımamaktadır. Anayasa’nın 141. maddesinin yargılama usulüne ilişkin olarak koyduğu ilkelerin, münhasıran Türk Mahkemeleri için geçerli olacağı açık ve tartışmasızdır. Yabancı mahkeme ilamının hüküm fıkrasının uygulanmasıyla, kamu düzenine aykırı sonuçları doğuracak yabancı mahkeme kararlarının tenfizi olanaklı değildir. Yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olmayacağı ve bu hususun 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 54/c maddesi anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağına karar verilmiştir.” Y. İBGK 10.02.2012 T., E. 2010/1, K. 2012/1, (<http://www.kazanci.com>, Erişim 17.04.2016). Verilen bu İçtihadı Birleştirme Kararı Türk hukukundaki revizyon yasağını açık bir şekilde

uygulanan hukukun doğru seçildiği, doğru uygulandığı, delillerin doğru takdir edildiği, kısacası kararının esas yönünden doğruluğunun inceleme konusu yapıldığı sistemdir⁷⁹⁶. İkincisi ise “exequatur sistemi” olarak adlandırılan, tenfiz mahkemesinin yetkisinin sadece kanunda öngörülmüş belirli koşulların varlığının tespitinden⁷⁹⁷ ibaret olan sistemdir. Bu durum Türk Milletlerarası Usul Hukukunda kabul edilmiştir. Dolayısıyla Türk hakiminin, önüne gelen yabancı kararın MÖHUK’ta yer alan tenfiz şartlarını taşıması halinde, bu kararı tenfiz etmeme gibi bir takdir yetkisi yoktur. Bu durum, tenfiz kararına davalının itiraz edebileceği konuların tahdidi olarak (*numerus clauses*) saydığı MÖHUK m. 55, f. 2 hükmünden de anlaşılmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca davalı, ancak tenfiz şartlarının bulunmadığını, yabancı mahkeme ilamının kısmen veya tamamen yerine getirdiğini yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek, tenfiz kararına itiraz edebilir. Davalının tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının esasına ilişkin bir itirazda bulunma imkanı yoktur.

Tanıma-tenfizin sadece tanıma-tenfize konu olan yabancı mahkeme kararının tarafları tarafından mı talep edilebildiği yoksa yabancı mahkeme kararının tanıma-tenfizinde hukuki yararı olan herkes tarafından mı talep edilebildiği önem arz eden bir konudur. Bu konu hakkında 2675 sayılı MÖHUK döneminde herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. O dönemde verilen Yargıtay Kararları, tanıma-tenfiz işleminin tarafları ile bu işleme konu olan yabancı mahkeme kararının taraflarının aynı olması gerektiği yönünde idi⁷⁹⁸. 04.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK’ta ise bu konuya ilişkin açık bir hüküm getirilmiştir ve 52. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesine, kararın tenfiz edilmesinde hukuki yararı bulunan herkesin tenfiz isteminde bulunabileceğine ilişkin bir ifade eklenmiştir. Böylece, tanıma-tenfize konu teşkil eden yabancı mahkeme kararının tarafı olmayan kişilerin de, hukuki yararlarının bulunması

ifade etmesi açısından olumlu bir karar olmasına rağmen, yabancı mahkeme kararlarının verilirken adalete uygun davranılıp davranılmadığının anlaşılması açısından büyük bir öneme sahip olan gerekçenin, yabancı mahkeme kararında bulunmamasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğini belirtmesi ve bu sebeple tenfize engel saymaması kararda eleştirilmesi gereken noktadır. Anayasanın 141. maddesinde düzenlenen bu temel yargılama ilkesi sadece Türk mahkemelerinde yapılacak yargılamalarda dikkate alınacak bir kural değil yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi talepleri incelenirken de dikkate alınması gereken bir yargılama ilkesidir.

⁷⁹⁶ Çelikel/ Erdem, s. 623; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 469.

⁷⁹⁷ Aybay/ Dardağan, s. 293.

⁷⁹⁸ Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 55-61.

koşuluyla, söz konusu kararların tanım-tenfizini talep edilebilmeleri mümkün kılınmıştır⁷⁹⁹.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin ile 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin uygulanma alanına girmeyen çocuğun vesayetine ilişkin kararların tanınması ve tenfizi 5178 sayılı MÖHUK hükümleri uygulanacaktır. 5718 sayılı MÖHUK'un ikinci bölümünde, "*Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması*" başlığı altında 50-59. maddeler arasında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir. Söz konusu kurallar yabancı mahkemelerin vesayete ilişkin verdikleri kararlar hakkında özel olarak düzenlenmiş olmamakla birlikte, bu genel düzenlemeler vesayete ilişkin kararlar hakkında da uygulanacaktır.

MÖHUK kapsamında tanıma ve tenfiz, birtakım ortak ön şartlara tâbi tutulmuştur. Buna karşılık tanıma ve tenfizin farklı nitelikleri gereği aranan aslî şartları da kısmen değişiklik göstermektedir. MÖHUK'un 58. maddesi gereğince, aşağıda incelenecek olan tenfiz için aranan karşılıklılık şartı hariç tüm şartlar kararın tanınması için de aranacaktır. Bu açıklamalar ışığında velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin MÖHUK'un 50 ve 54. maddelerinde yer alan tenfiz şartlarını taşıması halinde mümkün olacağını söylemek mümkündür.

Tanıma ve tenfiz talebi karşısından mahkemece yapılacak iş, yabancı mahkeme kararının kanunda yazılı şartları taşıyıp taşımadığını tespit etmekten ibarettir⁸⁰⁰. Tanıma ve tenfiz şartlarının dışında hâkimin takdir hakkı söz konusu değildir⁸⁰¹. Burada belirtmek gerekir ki, tanıma ve tenfiz davasında hâkimin kanunun aradığı şartlar dışında şartlar araması ve kararı içerik bakımından incelemesi de mümkün değildir. Kanunda yazılı şartların gerçekleşmesi halinde hâkim, tanıma ve/veya tenfiz kararı vermek zorundadır.

⁷⁹⁹ AİHM'in 13 Ekim 2009 tarihli *Aslı Selin Öztürk v. Türkiye* kararı için bkz. **Eksi**, Tanıma ve Tenfiz, s. 61-77. AİHM, söz konusu olayda, Alman mahkemesinden alınan boşanma kararı Türkiye'de tanıma konusu yapılmadan ölen babasının mirasına tek başına mirasçı olmak isteyen Aslı Selin Öztürk'ün, babasının eski eşine karşı açtığı yabancı boşanma kararının tanınmasına ilişkin davanın Türk mahkemesi tarafından reddedilmesinin AİHS m. 6 ihlal ettiğine karar verilmiş.

⁸⁰⁰ Türk Hukukunda tanıma ve tenfiz konusunda "*yeniden gözden geçirme*" (*revision*) sistemi yerine "*belli koşulların varlığının saptanması*" (*exequatur*) sistemi kabul edilmiştir (**Aybay/ Dardağan**, s. 293). Bu nedenle tenfiz istemi sonucunda mahkemenin verdiği karara da "*exequatur*" adı verilmektedir (**Çelikel/ Erdem**, s. 584). Söz konusu iki temel tanıma tenfiz sistemi ve diğer tanıma tenfiz sistemleri hakkında bilgi için bkz. **Tiryakioğlu**, Tenfiz, s. 16-17.

⁸⁰¹ **Çelikel/ Erdem**, s. 585.

B. Tanıma ve Tenfiz Ön Şartları

5718 sayılı MÖHUK gereğince bir kararın tanınması ve tenfizinden söz edilebilmesi için öncelikle 50. maddede yer alan ön şartların⁸⁰² sağlanmış olması gerekmektedir⁸⁰³. Madde başlığı her ne kadar “*Tenfiz Kararı*” şeklinde ise de burada aranan önşartların tanıma için de aranması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁰⁴.

Bu şartlar, verildikleri ülke dışında etki doğurmaları söz konusu olabilecek yabancı ilamların yabancılık vasfı ve niteliklerine, başka bir ifadeyle, hangi ilamların yabancı ilam sayılacağı ve bunlar arasından hangilerinin nitelikleri itibariyle diğer ülkelerde sonuç doğurabileceğine ilişkindir.

Tenfiz şartlarının incelenmesi konusunda “re’sen araştırma ilkesi” geçerlidir⁸⁰⁵. Bu ilke, tanıma şartlarının incelenmesi bakımından da uygulanır. Tanımaya karar verecek olan Türk mahkemesi, tanıma şartlarının gerçekleşmiş olup olmadığını, kural olarak, re’sen (görevinden ötürü) incelemek zorundadır. Tanıma şartlarının hakim tarafından re’sen incelemesi kuralının iki istisnası vardır. Birincisi, MÖHUK m. 54 (b) bendinde yer alan “aşırı yetki”ye; ikincisi ise, MÖHUK m. 54 (ç) bendinde yer alan “savunma haklarına ilişkin usul işlemlerine uyulmuş olması”na ilişkindir. Bu iki şart mahkemece ancak ilgili tarafın itirazına bağlı olarak incelenebilir. MÖHUK m. 50 hükmünde yer alan ön şartlar ile münhasır yetkiye ilişkin MÖHUK m. 54 (b) ve kamu düzenine ilişkin MÖHUK m. 54 (c) bentlerinde yer alan şartlar ise, mahkemenin re’sen inceleyeceği şartlardır.

MÖHUK’un 50. maddesinde yer alan ön şartlar arasında tanınması ve tenfizi talep edilen kararın hukuk davalarına ilişkin olması da aranmaktadır⁸⁰⁶. Buna karşılık,

⁸⁰² Doktrinde m. 50’de yer alan şartlar, ön şartlar olarak değerlendirilmiştir. Doğan, s.105; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s.480; Aybay, Dardağan, s. 296; Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 109.

⁸⁰³ 5718 sayılı MÖHUK’un tanıma ve tenfiz ön şartlarını düzenlediği 50. maddesi, 2675 sayılı mülga MÖHUK’un 34 üncü maddesini aynen karşılamaktadır.

⁸⁰⁴ Nomer, s. 468; Çelikel/Erdem, s. 580; Aybay/ Dardağan, s. 296; Doğan, s. 97.

⁸⁰⁵ Nomer, MUH, s. 175, kn. 428; Nomer, s. 499; Çelikel/ Erdem, s. 622; Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2016, s. 199, (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları).

⁸⁰⁶ Doktrinde, söz konusu kararın yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olması, verildiği yer hukukuna göre kesinleşmiş olması, hukuk davalarına ilişkin olması koşulları tanıma-tenfiz önkoşulları olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Çelikel/ Erdem, s. 580; Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 470-478; Aybay/ Dardağan, s. 297; Doğan, s. 99-100. Ekşi de, bu üç koşulun yanı sıra, yabancı ilamın apostilli veya konsolosluk onaylı olmasını ve zamanaşımına uğramamış olmasını da önkoşullar arasında değerlendirilmektedir. Bkz. Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 109-156.

çalışmamızın konusu olan çocuğun vesayetine ilişkin kararlar hukuk davalarına ilişkin olduğundan, burada bu şartın varlığının ayrıca araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Bunun dışında çocuğun vesayetine ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi için aranacak ön şartlar aşağıda incelenmiştir:

1. Kararın Mahkeme Kararı Niteliğinde Olması

5718 sayılı MÖHUK'un 50. maddesi “*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır*” hükmünü içermektedir. Buna göre yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi için öncelikle tanınması ve tenfizi talep edilen yabancı kararın hukuk davalarına ilişkin bir “*mahkeme kararı*” olması yani yargı organları tarafından verilmiş olması şartı aranmaktadır. 1961 ve 1996 tarihli La Haye Sözleşmeleri’nin ve iki taraflı adli yardım anlaşmalarının aksine, yabancı bir idarî merci kararının MÖHUK uyarınca tanınması ve tenfizi mümkün değildir.

Yabancı bir kararın “*mahkeme kararı*” niteliğinde olup olmadığı, kararın verildiği ülke hukukuna göre tayin edilecektir. Ancak kararın verildiği ülkede bir dini kuruluş ya da halk jürisinin kararına da mahkeme kararı niteliği tanınmış olabilir. Bu halde yabancı bir kararın tanınması ve tenfizi için, bu kararın hem kararın verildiği ülke hukukunun hem de Türk hukukunun vasıflandırmasında “*mahkeme kararı*” niteliğinde olması gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁰⁷. Türk Hukuku açısından bir kararın mahkeme kararı sayılabilmesi için bağımsız bir yargı organı tarafından verilmiş olması yeterlidir. Bu anlamda bağımsız, hâkimiyete sahip, bir devletin taşıması gereken unsurları taşıyan her devletin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkündür⁸⁰⁸.

MÖHUK’nda tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemelerde, “yabancı mahkeme ilamı⁸⁰⁹” kavramı kullanılmaktadır (MÖHUK m. 50/f.1 ve 58/f.1). Bu düzenleme

⁸⁰⁷ Nomer, s. 393.

⁸⁰⁸ Çelikel/ Erdem, s. 576; Doğan, s. 97; Erol Karaaslan/ Varol Karaaslan, Alman ve Türk Hukukuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, Adalet Dergisi, S. 22, T. 2005, s. 125.

⁸⁰⁹ Birçok eserde “karar” ve “ilam” kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Karar (hüküm), nihai kararların bir çeşidi olup, yazıldıktan sonra taraflara verilir; taraflara verilen karar (hüküm) suretine HMUK m. 392’ye göre “ilam” denir. O halde, HUMK 391 ve 392. maddelerine göre, “karar” kavramı yalnızca karar aslı için kullanılmaktadır. Kararın taraflara tebliğ edilen suretlerine (nüshalarına) ise “ilam” denilmektedir (Kuru, HMU, C. II, s. 2162-2163; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 547; Doğan, s. 205). HMK m. 301/2 uyarınca da, “taraflardan her birine verilen hüküm nüshası ilamdır” şeklindedir.

şekliyle, Türkiye’de tanımaya konu olabilecek kararlar, “yabancı bir devlet mahkemesinden verilmiş kararlar”dır⁸¹⁰.

Yabancı devletin adli makamları (mahkemeleri) dışında, idari makamları tarafından verilen kararların⁸¹¹ ve aynı şekilde, yabancı devlet makamları tarafından düzenlenen belgelerin⁸¹² MÖHUK uyarınca tanınmaları mümkün değildir.

Yabancı bir kararın Türkiye’de tanınabilmesi için, kural olarak, bir yargı organı tarafından verilmesi ve “mahkeme kararı” niteliğinde olması gerekir (MÖHUK m. 58/f.1). Türk hukukuna göre bir yargı organı tarafından verilmeyen ve “mahkeme kararı” niteliğinde olmayan yabancı kararların “tanıma” usulüne tabi olarak tanınması mümkün değildir⁸¹³.

Sadece mahkeme kararların tanınmasına imkân veren Türk tanıma ve tenfiz hukukunda, evlat edinme işlemleri için istisnai bir hüküm kabul edilerek, evlat edinmeye ilişkin idari makam kararları ve belgelerin de yabancı mahkeme kararları gibi “tanıma” usulüne tabi olarak Türkiye’de tanınması kabul edilmiştir. Bu istisna hüküm, Nüfus Hizmetleri Kanunu⁸¹⁴ m. 30/f.2 hükmünde düzenlenmiştir⁸¹⁵.

Aslında tarafların ellerinde bulunan hükmün tanınması ya da tenfizi istendiğinde yabancı mahkeme ilamı kavramının kullanılmasını daha doğru bulmaktadır (Doğan, s. 205). Kanaatimizce, tanıma ve tenfizde amaç, hükmün tanınmasıdır. Tarafların elinde karar (aslı) veya ilamın (karar nüshası) bulunması bir farklılık arz etmektedir. Hüküm, davacı ve davalının talep sonuçlarına mahkemenin verdiği cevap, başka bir deyişle, yargılamadan elde edilen hukuki sonuçtur (Kuru, HUKU, C. II, s. 2096-2097). Hüküm, kararı veren hâkim veya toplu mahkemelerde hâkimler tarafından ve yazman tarafından imzalanır. Ancak, hükmün aslı dışında, taraflar karar sureti isterlerse, sadece yazı işleri müdürünün ilamın aslına uygunluğunu onaylaması yeterlidir. Çünkü, kesin hüküm (HUMK m. 237-HMK m. 303) ve kararla hâkim davadan elini çeker (Doğan, s. 206). Dolayısıyla, çalışmamızda, “karar” ve “ilam” eş anlamda kullanılmaktadır.

⁸¹⁰ Türk hukukunda mahkeme sayılmayan bir organın verdiği kararın yok sayılacağından bahsedilmektedir. Örneğin bir icra memuru, noter veya idari bir organın kararı hiçbir zaman mahkeme kararı değildir. (Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 564).

⁸¹¹ Burada, idari makamlar tarafından özel hukuka ilişkin maddi talepler hakkında verilen kararlardan bahsedilmektedir. İdare mahkemeleri tarafından “özel hukuka ilişkin maddi talepler hakkında verilen kararlar” zaten adli makam (idare mahkemesi) tarafından verilmiş bir yargı kararı niteliğinde olduğundan tanınmaya ehildir ve bu bölüm altında incelenmemektedir.

⁸¹² Nomer, s. 478; Doğan, s. 221-222; Türk Hukukunda, yabancı senet ve belgeler, Türk hukukunda, HUMK m. 296 (HMK m. 224) hükmü uyarınca, resmi senet hüküm ve kuvvetine sahip olabilirler ancak mahkeme ilamı niteliğinde olmadıkları için, tanınıp tenfiz edilemezler.

⁸¹³ Nomer, s. 504 vd; Çelikel/ Erdem, s. 586 vd.

⁸¹⁴ RG. 29.04.2006-26153.

⁸¹⁵ Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 30/f.2: “Evlat edinme olaylarına ilişkin yabancı adli veya idari makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye’de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararı verilmesine bağlıdır”.

Vesayet kararları bakımından, ilâmın yabancı bir mahkemeden verilmiş olması şartı özel bir önem arz etmektedir. Örneğin İsviçre’de vesayet makamlarının yetkili makamların teşkil ve tespit edilmesi kantonlara bırakılmıştır ve bazı kantonlarda vesayet daireleri idarî makamlar olarak belirlenmiştir⁸¹⁶. Almanya’da ve Avusturya’da ise vesayet makamları için yetkili makamlar yargısal teşkilât içinde yer almaktadır⁸¹⁷. Bulgaristan’da ise çocuğun vesayetine ilişkin karar alma bir idari makama yani Belediye Başkanına verilmiştir⁸¹⁸.

Bu noktada yabancı vesayete ilişkin bir kararın, idarî makam tarafından verilmiş olması, bu kararın tanınması için engel teşkil edecek midir? Kanaatimizde idarî makam olarak belirlenmiş olsa da, yabancı vesayet kararlarının tanınmasının mümkün olup olmadığı, kararın verildiği ülkede bu makama, vesayet kararı verirken fonksiyonel olarak yargısal faaliyet üstlenip üstlenmediğine göre belirlenmelidir. Vesayet kararını veren yabancı makam, organik anlamda mahkeme olmamakla birlikte fonksiyonel anlamda yargısal faaliyet yürütmekte ise bu kararın sırf “mahkeme” kararı vasfı taşımaması nedeniyle tanınmasına engel olunmamalıdır.

2. Yabancı Mahkeme Kararının Hukuk Davalarına İlişkin Olması Şartı

Burada ilk olarak hukuk davası teriminin hangi ülke hukukuna göre vasıflandırılacağı önem arz etmektedir. Çünkü bazı ülkelerin özel hukuka ilişkin kabul ettiği bir mesele Türk hukuk düzenince kamu hukukuna tabi bir ilişki olarak kabul edilebilmektedir veya bu durumun tam tersi söz konusu olabilmektedir⁸¹⁹. Doktrinde bu konuda tenfiz talebinin yapıldığı ülke yani Türk hukukuna göre vasıflandırma yapılması gerektiği baskın görüştür⁸²⁰.

Bu şarta göre, yabancı mahkeme kararının hukuk mahkemelerinden verilmesi şart olmayıp, verilen kararın özel hukuk ilişkilerinden doğan bir ihtilafı çözmek için verilmiş olması yeterlidir⁸²¹. Tarafların, özel hukuk kişisi veya kamu kurumu olması

⁸¹⁶ **Kuru**, Nizasız Kaza, s. 80.

⁸¹⁷ **Kuru**, Nizasız Kaza, s. 80-81.

⁸¹⁸ **Nenova**, s. 452.

⁸¹⁹ **Musa Aygül**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri, (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi) MHB, C. 31, S. 2, T. 2011, s. 135-159, s. 113.

⁸²⁰ Emre Esen, Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi, **MHB**, C. 27, S. 1-2, T. 2007, s. 52; **Tiryakioğlu**, Tanıma ve Tenfiz, s. 34-35.

⁸²¹ **Ekşi**, Tanıma ve Tenfiz, s. 122-123.

da fark etmez. İhtilafın özel hukuk ilişkisinden kaynaklanması yeterlidir. Kanun bu fikri desteleyecek biçimde m. 50/2’de “yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir” demiştir. 5718 sayılı MÖHUK m. 50/f.1 hükmü, yabancı mahkemelerden “hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ilamların” tanınma ve tenfizinin söz konusu olabileceğini, kararın taşınması gereken nitelik olarak aramıştır. Bununla, yabancı mahkemelerden verilmiş özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkları esastan çözmek için verilmiş tüm yargı kararlarının ifade edildiği hususunda tam bir mutabakat görülmektedir⁸²².

Kararın hukuk davalarına ilişkin olup olmadığını mahkeme kendiliğinden araştırmalıdır. Hangi davaların hukuk davası olduğu vasıflandırmayı gerektirir. Usul hukukuna ait olan konularda yapılacak olan vasıflandırmanın davaya bakan hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre yapılması gerekir⁸²³. Buna göre, hangi davaların hukuk davası olduğu tanıma veya tenfiz talep edilen ülkenin hukukuna göre belirlenecektir. Örneğin, vesayet davalarının hukuk davası olup olmadığı *lex fori*’ye göre belirlenecektir. Türk hukukuna göre, vesayet, aile hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüktür; aile hukuku da medeni hukukun bir dalı olup, Türk hukukunda, “özel hukuk” içinde yer alır. Sonuç itibariyle, bir hukuk davasıdır.

5718 sayılı MÖHUK’un m. 50/f.1 hükmünün açık ifadesi karşısında, kamu hukukuna ilişkin davalarda verilen ilamların, kural olarak, Türkiye’de tanınması mümkün değildir. Ceza ve idare ve vergi hukukuna ilişkin davalarda verilen kararlar, kamu hukukuna ilişkin olmaları ve tamamen mülki olmaları sebebiyle, kural olarak, Türkiye’de tanınıp tenfiz edilemez⁸²⁴.

Ancak, 5718 sayılı MÖHUK m. 50/f.1’de hukuk davalarından söz ediliyorsa da, aynı maddenin son fıkrasında, yabancı mahkemelerden verilen ceza kararlarında yer alan “kişisel haklarla ilgili hükümler”in de “sadece bu kısım itibariyle” tanınması

⁸²² **Çelikel/ Erdem**, s. 586. İki taraflı sözleşmelerin hepsinde kullanılan “hukuki ve ticari konular” kavramı ile kastedilen, özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda verilen kararlardır. Bu kavram, daha farklı bir anlam taşımamaktadır. Kamu hukukuna ilişkin kararlar, özellikle ceza kararları ve –özel hukuka ilişkin olsalar dahatedbir niteliğindeki kararların tanınma ve tenfizi, Sözleşme hükümlerinin uygulama alanı dışında tutulmaktadır.

⁸²³ **Erdoğan Göğer**, Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgâh (s. 237-252), AÜHFD, 1969, XXVI, S. 3-4, Ankara 1969, s. 389, (İkametgâh); **Nomer**, s. 390 vd.; **Nomer**, MUH, s. 38-47, kn.101-122 özellikle kn. 102, 109; **Nomer**, Türkiye-KKTC Adli Yardım Anlaşması, s. 286; **Çelikel/ Erdem**, s. 428; **Tiryakioğlu**, Tanıma ve Tenfiz, s. 34.

⁸²⁴ **Arat**, s. 500; **Sakmar**, Yabancı İlamlar, s. 20-21; **Çelikel/ Erdem**, s. 586; **Nomer**, s. 475; **Nomer**, MUH, s.148, kn. 368.

ve tenfizi kabul edilmiştir⁸²⁵. MÖHUK m. 50/f. son'a göre, yabancı kararın hukuk mahkemelerinden verilmesi şart olmayıp, ceza, idare vb. mahkemelerden verilmiş olsa dahi yeterlidir⁸²⁶.

MÖHUK'nun 50. maddesinin ilk ve son fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, tanıma ve tenfize konu olan ilamda aranan nitelik, kararı veren mahkemenin sıfatına veya karara verilen isme göre değil, kararın hükümlerinin taşıdığı niteliğe göre tespit edilmelidir. Buna göre, tanımaya konu olan hükmün "özel hukuka ilişkin bir hüküm" olması gerekir. O halde, "hukuk davalarına ilişkin bir ilamın bulunması", geniş olarak yorumlanarak, tanımaya konu olan hükmün "özel hukuka ilişkin bir hüküm olması" şeklinde anlaşılmalıdır⁸²⁷.

3. Kararın Kesinleşmiş Olması

MÖHUK'un 50. maddesinde düzenlenen tanıma ve tenfizin diğer ön şartı ise kararın verildiği ülke kanunlarına göre kesinleşmiş olmasıdır.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aranan şartlar, ilâmın kesinleşmiş olması, yabancı ilâma karşı kanun yollarının tüketilmiş olması ve hâkimin davadan el çekmiş olmasıdır. Bir başka deyişle kararı geri alma veya değiştirme yetkisinin sona ermiş olması gerekir. Burada ifade edilen kesinleşme, kararın şekli anlamda kesinleşmesidir⁸²⁸.

Yabancı mahkeme kararının şekli anlamda kesinleşmiş olması gereğini ifade eden kesinleşme şartı, 5718 sayılı MÖHUK'un 50. maddesinde yerini almıştır. Kesinleşme şartının, ilâmda bulunması gereken bir nitelik ve ön şart mı olduğu, yoksa tenfizin şartları arasında mı yer aldığı konusu, öncelikle bu hükmün içeriğinden ve Kanunun sistematüğinden hareketle değerlendirilmelidir.

⁸²⁵ Nomer, s. 475; Nomer, MUH, s. 148, kn. 368; Çelikel/ Erdem, s. 586. Aynı hüküm hem 2675 sayılı MÖHUK m. 34 hükmünde hem de 2675 sayılı MÖHUK ile ilga edilen (m. 46) HUMK 545 vd. maddelerinde bulunmaktaydı. Bkz. Arat, s. 500; Özbakan, s. 144. Farklı görüşte, 2675 sayılı MÖHUK'nun getirdiği bir yenilik olduğu hakkında bkz. Çelikel, Tenfiz, s. 13.

⁸²⁶ Çelikel/ Erdem, s. 586; Sakmar, Yabancı İlamlar, s. 20; Aybay/ Dardağan, s. 297.

⁸²⁷ Sakmar, Yabancı İlamlar, s. 20; Özbakan, s. 144; Tiryakioğlu, Boşanma, s. 34; Çelikel/ Erdem, s. 586; Arat, s. 500; Nomer, MUH, s.148, kn. 368; Dinç, s. 35.

⁸²⁸ Çelikel/ Erdem, s. 588-590; Sakmar, Yabancı İlamlar, s. 58; Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 38; Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 41; Feriha Bilge Dinç, Nafaka İlamlarının Tanınması ve Tenfizi (Tez), Ankara 1985, s. 40; Antonin I Pribetic, "Strangers in a Strange Land" – Transnational Litigation, Foreign Judgment Recognition, and Enforcement in Ontario, J. Transnational Law & Policy, 2004, Vol. 13:2, s. 31.

MÖHUK'un "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması" başlıklı İkinci Bölümü'nün ilk maddesi olan "Tenfiz kararı" başlıklı 50. maddesinde öncelikle hangi "karar"ların tenfiz edilebilir nitelikte olduğu tespit edilmiştir. Bu maddeye göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.

Devam eden maddelerde ise görev, yetki (m. 51), tenfiz istemi (m. 52), dilekçeye eklenecek belgeler (m. 53) ve nihayet tenfiz şartları (m. 54) düzenlenmiştir.

MÖHUK'un değinilen düzenleme tarzı karşısında, tanıma-tenfizin ön şartları ve aslî şartları şeklinde bir ayırıma gidilmektedir. Bu çerçevede, m. 50'de yer alan şartlar ön şart niteliğinde veya kararın taşınması gereken nitelikler olarak kabul edilirken, m. 54'de sayılan şartlar da aslî şartlar olarak nitelendirilmektedir⁸²⁹.

MÖHUK'nun 50. maddesinde, "verildiği ülke kanunlarına göre kesinleşen ilamlardan" söz etmektedir. Bu itibarla, Türk hukukuna göre, yabancı mahkeme kararı, ancak verildiği ülke kanunlarına göre kesinleşmişse tanınabilecektir⁸³⁰. Verildiği ülke kanunlarına göre kesinleşmemiş yabancı mahkeme kararının tanınması sözkonusu olamaz. Yabancı mahkeme kararının kesinleşmemiş olmasına rağmen, verildiği yer

⁸²⁹ **Nomer**, MUH, s. 148; **Çelikel/ Erdem**, s. 586-591; **Doğan**, s. 97-100; **Dinç**, s. 34-44; **Özbakan**, s. 145 vd.; **Tiryakioğlu**, Tanıma ve Tenfiz, s. 34-38; **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 40-41; **Arat**, s. 451-452.

⁸³⁰ **Kuru**, HMU, s. 5771; **Özbakan**, s. 150; **Göğer**, s. 386; **Tiryakioğlu**, Tanıma ve Tenfiz, s. 38; **Nomer**, Kesinleşme Şartı, s. 909-910; **Çelikel/ Erdem**, s. 588, 635; **Özüğür**, Boşanma, s. 1250; **Nomer**, MUH, s. 148, kn. 367; **Nomer**, s. 474-475. "Tanınması istenilen yabancı mahkeme kararının kesinleştiğini gösteren belge dosyada bulunmakla birlikte davalı vekili tarafından dosyaya sunulan Alman İstinaf mahkemesi ara kararı ile boşanma açısından da istinaf incelemesinin devam ettiğinin anlaşılması sebebiyle, yabancı ilamın kesinleştiğinin kabul edilmemesi, boşanma kararlarının kesinleşmeden tanıma kararı verilememesi" hakkında bkz. Y.2.HD. 13.11.2008, E. 12641, K. 15106 sayılı kararı (**Ekşi**, Yargıtay Kararları, no. 29, s. 60-61). "Tanınması istenen boşanma kararının Alman mahkemesi tarafından Alman hukukuna göre taraflara tebligat yapılarak kesinleşmiş olduğundan tanınması" hakkında bkz. Y.2.HD., 08.03.2010 T., E. 2009/14326, K. 2010/4156 (**Ekşi**, Yargıtay Kararları, no. 32, s. 65-66). Aynı yönde, Y.14.HD., 30.09.1985 T., E. 5537, K.7505 (YKD, C.12, S. 1, Ocak 1986, s. 39-41; Y.2.HD., 11.07.2005 T., E.8851, K.11058 (**Özüğür**, Boşanma, s. 1268); Y.2.HD., 14.12.2004 T., E. 12350, K. 15062 (**Özüğür**, Boşanma, s. 1274). Brüksel (1968) ve Lugano Konvansiyonu (1988)'nda, "Kararın kesinleşmiş olmasına" gerek yoktur, verildiği ülke hukukuna göre, icra edilebilir olması yeterlidir (ATF, 13 Eylül 2001, karar 5P.253/2001) Brüksel IIA Tüzüğü'nde de kararın kesinleşmiş olması aranmaz, icra edilebilir olması yeterlidir. Türk hukukunda olduğu gibi, Lugano Konvansiyonu dışında İsviçre hukukunda da, LDIP m. 25/b uyarınca, kararın kesinleşmiş olması gerekir. Başka bir deyişle, karara karşı başvurulabilecek kanun yollarının tükenmiş olması ve kararın etkilerinin taraflar arasında doğmuş olması gerekir. Brüksel Konvansiyonu dışında, Alman hukukunda da kararın şekli ve maddi anlamda kesinleşmiş olması zorunluluğu vardır. Bu husus, ZPO 328 ve 723 2. bendinin 1. fıkrasının sistematüğinden çıkar. Fransız hukukunda ise, kararın verildiği anda maddi anlamda kesinliğe sahip olduğu kabul edilmektedir (**Özbakan**, s. 150).

hukukuna göre, icra edilebilir olması önem taşımaz, icra edilebilirliği olsa bile, kesinleşmemiş olduğu için Türkiye’de tenfiz edilemez⁸³¹.

Bu durumda, MÖHUK’nun 50. maddesi uyarınca, tanınacak ya da tenfiz edilecek kararın “verildiği devlet kanunlarına göre kesinleşmiş” olması arandığından, niteliği gereği uyuşmazlığı kesin ve nihai olarak esastan halletmeyen, esas hakkındaki nihai kararın verilmesiyle ortadan kalkan, bu nedenle şekli anlamda dahi kesinlik taşımayan, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları gibi “geçici” tedbir niteliğindeki kararların, kural olarak, tanınma ve tenfiz edilme kabiliyeti bulunmamaktadır⁸³².

Ancak, Türkiye’nin taraf olduğu bazı iki taraflı sözleşmeler ve çok taraflı sözleşmeler ile verildiği ülke hukukuna göre henüz kesinleşmemiş ancak geçici icra edilebilir nitelikteki kararların ve niteliği gereği şekli anlamda dahi kesinleşmeyen geçici tedbir kararlarının tanınması ve tenfizi mümkündür⁸³³.

Çekişmeli yargıya ait mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizinde aranan “kesinleşme” şartı (MÖHUK m. 50/f.1 ve 2675 sayılı MÖHUK m. 34/f.1), 1961 La Haye Sözleşmesi hükümlerine tabi olarak, çekişmesiz yargı usulünde verilmiş bulunan tedbir kararlarında aranmayacaktır. Sonuç olarak, Sözleşme çerçevesinde (m.7) yetkili adli ve idari makamlarca sözleşmeye göre yetkili hukuk uygulanarak verilen çocuğun şahsını (velâyet, vesayet ve küçüklerin kamu hukuku bakımından korunmaları) ve mallarını korumaya yönelik tedbir kararları, bu kararların kesinleşmesine gerek olmaksızın, Sözleşmenin 7.maddesi uyarınca, akit devletlerde doğrudan tanınacak veya MÖHUK m.54 hükmünde belirlenen tenfiz şartlarına tabi olarak Türkiye’de tenfiz edilebilecektir⁸³⁴. Örneğin, Alman mahkemelerinin ana ve babanın velâyet

⁸³¹ **Nomer**, MUH, s. 148, kn. 367; **Nomer**, s. 474-475. Aynı yönde, **Çelikel/ Erdem**, s. 635.

⁸³² **Çelikel/ Erdem**, s. 584; **Nomer**, s. 477; **Nomer**, MUH, s. 150, kn. 377; **Aybay/ Dardağan**, s. 299. Aynı şekilde ara kararları ve delil tespiti kararları hakkında bkz.dn. 44 ve 775 ve **Çelikel/ Erdem**, s. 584. Ancak, mahkeme, tanıma veya tenfiz prosedürü içinde, HUMK ve İİK ilgili maddelerine göre, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilir (**Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 41).

⁸³³ Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı adli yardım sözleşmelerinden sadece Türkiye ile Cezayir arasındaki adli yardım sözleşmesinin 20/c maddesinde, geçici icra kabiliyetini haiz olması şartıyla, itiraz veya temyiz yolu açık (şekli anlamda kesinleşmemiş) olsa dahi ihtiyati tedbir ve koruma kararlarının tanınması ve tenfizi kabul edilmiştir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Türkiye’nin taraf olduğu çok taraflı milletlerarası sözleşmelerden Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi m. 3 ve 7. hükmü, tedbir kararlarının tanınamayacağı kuralının istisnasıdır (**Nomer**, **Kesinleşme Şartı**, s. 920). Sözleşmede kabul edilen yetkili makamlar tarafından yetkili kanun uygulanarak verilen çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin “tedbir kararlarının, akit devletlerin hukukuna göre tanınabileceğini ve tenfiz edilebileceği” kabul edilmektedir (Y.2.HD., 15.7.1998 T., E. 1998/7478, K. 1998/9013 (**Doğan**, s. 111-112)).

⁸³⁴ **Nomer**, **Kesinleşme Şartı**, s. 921.

hakkını kaldırarak çocuk için Alman Gençlik dairesini vasi olarak tayin ettiği kararları, Türkiye’de velâyet hakkında açılacak yeni bir davada Sözleşmenin 7.maddesi uyarınca doğrudan tanınır ve kararın verildiği devlet makamına haber verilmeden, yeni bir karar verilemez.

C. Tenfizin Aslî Şartları

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ya da tenfiz edilebilmesi için MÖHUK m. 54’de yer alan tenfiz şartlarını taşıması gerekir. Doktrinde, m. 54’de düzenlenmiş olan şartlar, aslî şartlar olarak değerlendirilmiştir⁸³⁵.

Türk mahkemelerinde, yabancı mahkeme kararları hakkında tenfiz kararı verilebilmek için: a) *kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının karşılıklı tanınması ve tenfizi konusunda bir akdi, fiili veya hukuki karşılıklığın bulunması*, b) *kararın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması*, c) *kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması ve d) kararın, davalı tarafın savunma haklarına riayet edilmiş olması”* düzenlemesini getirmektedir. Sonuç olarak, yabancı mahkemelerden verilen çocuğun vesayetine ilişkin bir kararın Türkiye’de tenfizi için dört ayrı koşulun varlığı aranmaktadır.

1. Karşılıklılık

Çocuğun vesayetine ilişkin yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için ilâmın alındığı devletle Türkiye arasında ya ilamların tenfizine dair bir anlaşma veya o devlette Türk mahkeme kararlarının tenfizine imkân veren bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması gerekmektedir.

⁸³⁵ Doğan, s. 111.

Karşılıklılık şartı, milletlerarası anlaşma⁸³⁶, yabancı ülkenin kanun hükmü ve fiili uygulama olmak üzere üç şekilde gerçekleşebilir⁸³⁷. Söz konusu karşılıklılık akdi, kanuni veya fiili olabilmektedir⁸³⁸.

Akdi karşılıklıktan kasıt, tenfizi talep eden kararın verildiği devlet ile Türkiye Cumhuriyeti arasında, mahkeme kararlarının karşılıklı tenfizine ilişkin bir uluslararası sözleşmenin bulunmasıdır⁸³⁹. Çalışmamızın konusunu oluşturan çocuğun vesayeti uyuşmazlıklarından doğan yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tenfizine ilişkin özel hükümler içeren çok taraflı sözleşmeler mevcuttur.

Kanuni, karşılıklılık ise, Türkiye’de tenfiz edilecek kararın verildiği yabancı devlet hukukunda, tenfize konu teşkil eden kararın türü ve hukuki niteliği bakımından⁸⁴⁰ Türkiye’de alınan kararların tenfizine ilişkin herhangi bir engelin bulunmamasıdır. Böylece Türk mahkemelerinde tenfizi talep edilen karar ile türü ve hukuki niteliği aynı olan Türk mahkemesi kararı söz konusu yabancı kararın verildiği devlet mahkemesinde tenfiz edilebiliyorsa kanuni karşılıklılık gerçekleşmiş kabul

⁸³⁶ Türkiye yabancı ilamların karşılıklı tanınması ve tenfizi konusunda 25 devletle iki taraflı anlaşma yapmıştır, bu konuda bazı çok taraflı sözleşmelere taraf olmuştur. Türkiye, İtalya (RG. 03.03.1929-1133), Almanya (RG. 04.06.1930-1511), Romanya (RG. 17.05.1972-14190), Tunus (RG. 11.09.1984-18512), KKTC (RG. 13.01.1989-20079), Polonya (RG. 23.07.1990-20583), Cezayir (RG. 08.09.1991-20985), Avusturya (RG. 23.09.1991-21000), Irak (RG. 02.08.1992-21303), Azerbaycan (RG. 25.08.1993-26679), Çin Halk Cumhuriyeti (RG. 12.11.1994- 22109), Gürcistan (RG. 24.08.1997-23090), Arnavutluk (RG. 09.11.1997-23165), Kazakistan (RG. 12.11.1997-23168), Makedonya (RG. 14.05.2000-24049), Mısır (RG. 22.05.2000-24056), Hırvatistan (RG. 24.05.2000-24058), Moldova (RG. 28.05.2000-24062), Kuveyt (RG. 30.05.2000-24064), Özbekistan (RG. 07.11.1997-23163), Tacikistan (RG. 30.05.2000-24064), Ukrayna (RG. 22.12.2003-25324), Litvanya (RG. 20.04.2004-25439), Moğolistan (RG. 04.05.2004-25452), Slovakya (RG. 07.12.2007-26723), Bosna Hersek (RG. 07.01.2008-26749), Umman Sultanlığı (RG. 22.05.2010-27588) ile ikili anlaşmalar yapmıştır. Çok taraflı sözleşmeler ise: Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (RG. 11.01.1973-14418), Nafaka Alacakları Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (RG. 16.02.1983-17961), Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili Sözleşme (RG. 18.03.1971-13782), Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme (RG. 14.09.1975-15356), Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Sözleşme (RG. 02.11.1999-23864), Demiryolu ile Yolcu, Bagaj ve Eşya Taşınmasına Müteallik Anlaşma ve Eki (RG. 03.03.1965-11943 ve RG. 04.03.1969-13139), (**Çelikel/ Erdem**, s. 597-598).

⁸³⁷ 2675 sayılı mülga MÖHUK’un 38/1. maddesinde de aynı doğrultuda karşılıklılık şartı aranmış, buna karşılık 2675 sayılı mülga MÖHUK’la yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK’un mülga 540. maddesinde de karşılıklılık şartı aranmış olmasına rağmen, karşılıklılığın sağlanması yalnız karşılıklılık konusunda devletler arasında bir anlaşma olması şartına bağlanmıştır. Bununla birlikte daha önce HUMK düzenlemesinde yer almayan yabancı devlette Türk mahkeme kararlarının tenfizine imkân veren bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması halleri ilk kez 2675 sayılı mülga MÖHUK ile hukukumuzda karşılıklılık ilkesi kapsamında değerlendirilmiştir.

⁸³⁸ **Özüm Demirkol**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası, 1. Bası, İstanbul 2017, s. 19.

⁸³⁹ **Demirkol**, s. 69.

⁸⁴⁰ **Çelikel/ Erdem**, s. 636.

edilecektir⁸⁴¹. Peki, yabancı kararın verildiği devlette aranan tenfiz koşulları ile Türk hukukundaki tenfiz koşulları aynı veya benzer ağırlıkta olmak zorunda mıdır? Diğer bir deyişle, Türk hukukuna göre daha ağır tenfiz koşulları öngören bir yabancı devletten verilen mahkeme kararı Türkiye’de tenfiz edilebilir mi? Örneğin, tenfiz konusunda revizyon sisteminin benimsediği bir devletin mahkemesinden verilen karar exequatur sisteminin benimsediği Türkiye’de tenfiz edilecek midir? Doktrinde böyle bir durumda kanuni karşılıklılığın gerçekleşmediğini kabul etmek gerektiği savunulmuştur⁸⁴².

Yargıtay 11. HD’nin E. 2008/1284, K. 2009/980 sayılı ve 30.1.2009 tarihli kararında, Şişli mahkemelerince velirmiş bir vesayet ilamının Suriye mahkemelerince tenfizine karar verilmiş olduğu tespit edilmiş olmasına rağmen, *benzer nitelikteki* Türk mahkemesi kararlarının Suriye’de tenfiz edilip edilmediği araştırılmadan verilen tenfiz kararı bozulmuştur. Yargıtay’a göre, yabancı kararın verildiği ülkede, *benzer nitelikteki* Türk kararlarının tenfizi reddedilmekte ise, yani karşılıklılık konusunda olumsuz bir uygulama var ise, bu durum kanuni ve ahdi mütakabiliyete üstündür⁸⁴³. Bahse konu Yargıtay kararında, Suriye’de Türk mahkemesi kararlarının fiilen tenfiz edilmediği vakıasından hareketle, yabancı bir ülkede, hukuki veya akdi karşılıklılığın mevcudiyetine rağmen, Türk mahkemesi kararlarının tanınması ve tenfizi reddedilmekte ise, mütakabiliyetin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Şanlı’ya görebu doğru bir yaklaşımdır⁸⁴⁴. Yabancı kararın verildiği ülke ile bir anlaşma bulunmasına veya yabancı ülke hukuku Türk mahkemesi kararlarının tenfizine evlerişli olmasına rağmen fiiliyatta yabancı ülkede Türk mahkeme kararlarının tenfizinin reddedilmesi, yabancı ülkenin fiilen bu anlaşmayı ve hukuki durumu dikkate almadığı anlamına gelir⁸⁴⁵.

Fiili karşılıklılık ise, tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının verildiği devlette, aynı nitelikteki Türk mahkemesi kararının fiilen icra edilmesidir⁸⁴⁶. Akdi

⁸⁴¹ Demirkol, s. 87.

⁸⁴² Nomer, s. 500; Çelikel/ Erdem, s. 635-636. Karşı görüş için bkz. Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 174-177. Karşılıklılık koşulunun tenfiz koşulları arasında hiç yer almaması gerektiğini savunan Ekşi, söz konusu koşulun en azından dar yorumlanması gerektiğini ileri sürerek yabancı kararın tenfiz edilememesinin Türk mahkemeleri tarafından verilen kararları tenfiz etmeyen yabancı devlete karşı uygulanan bir yaptırım değil yabancı mahkemece lehine verilen kişiyi mağdur eden bir uygulama olduğunu vurgulamaktadır.

⁸⁴³ BATIDER, C. 25, S. 1, Mart 2009, s. 276-278

⁸⁴⁴ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 551, dn. 389.

⁸⁴⁵ Karşı görüş Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 161.

⁸⁴⁶ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 482; Demirkol, s. 102.

veya kanuni karşılıklılığın bulunmadığı durumlar da dahi Türkiye ile tenfizi talep edilen kararın verildiği devlet arasında fiili karşılıklılık varsa söz konusu karar tenfiz edilebilecektir. Burada tartışılması gereken nokta, akdi ve/veya kanuni karşılıklılığın bulunduğu durumlarda aslında fiili bir karşılıklılık söz konusu değilse, diğer bir değişle akdi ve/veya kanuni olarak Türk mahkemelerinden verilen kararların tenfizine ilişkin herhangi bir engel mevcut olmamasına karşın yabancı kararın verildiği devlet Türk mahkeme kararlarını fiilen tenfiz etmiyorsa, söz konusu yabancı karar yine de Türk mahkemesi tarafından tenfiz edilecek midir? Doktrinde böyle bir durumda, karşılıklılık koşulunun gerçekleşmediğinin kabulü ile tenfizin reddine karar verilmesini gerektiği öne sürülmektedir⁸⁴⁷. Ancak fiili karşılıklılığın gerçekleşmeme nedeni henüz Türk mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin herhangi bir talep olmamasından kaynaklanıyorsa, var olan akdi ve/veya kanuni karşılıklılık söz konusu yabancı devlet mahkemesinin kararının tenfizi için yeterli olacaktır⁸⁴⁸. Böyle bir durumda, Türk mahkemesinden verilen çocuğun vesayetine ilişkin bir mahkeme kararının akdi ve/veya kanuni karşılıklılığına karşın fiilen tenfiz edilmemesi halinde, tenfizi reddeden devletten verilen aynı hukuki nitelikteki karar Türkiye’de tenfiz edilmeyecektir. Ancak söz konusu yabancı devlet mahkemesine henüz çocuğun vesayetine ilişkin bir Türk mahkemesi kararı tenfiz talebiyle hiç gelmemişse ve bu nedenle herhangi bir fiili karşılıklılık oluşmamışsa, var olan akdi ve/veya kanuni karşılıklılık yeterli görülerek kararın Türkiye’de tenfizine izin verilmelidir.

Karşılıklılık şartının oluşup oluşmadığı, tüm tenfiz davalarında hâkim tarafından re’sen göz önünde bulundurulacak ve bu şartın oluşmaması halinde tenfiz talebi reddedilecektir. Karşılıklılık, hukukî olmaktan ziyade siyasi bir şarttır⁸⁴⁹. Bu nedenle tarafları hiçbir şekilde ilgilendirmemesi ve karşılıklılığın oluşmasında devletlerin ilk önce birbirlerinden hareket beklemeleri gibi nedenlerle eleştirilmektedir⁸⁵⁰. Ancak bu durum yalnızca fiili karşılıklılık şartı açısından söz konusu olacaktır ve yabancı mahkemelerden verilen kararların salt hukukî bir yaklaşımla tenfizinin gerektiğini savunmak doğru bir düşünce tarzı oluşturmaz⁸⁵¹. Zira Türk mahkemelerinden verilen kararların tenfizini kabul etmeyen ve hatta yabancı

⁸⁴⁷ Nomer, s. 498; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 488-489; Aybay/ Dardağan, s. 300-301.

⁸⁴⁸ Nomer, s. 498; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 488-489; Aybay/ Dardağan, s. 300-301.

⁸⁴⁹ Nomer, s. 474; Çelikel/ Erdem, s. 592; Aybay/ Dardağan, s. 301; Doğan, s. 101.

⁸⁵⁰ Nomer, s. 474.

⁸⁵¹ Doğan, s. 101; Çelikel/ Erdem, s. 592.

mahkeme kararının tenfizine yer vermeyen bir hukuk sisteminden verilen kararın Türkiye’de tenfizini sağlamak hiçbir haklı sebebe dayandırılmayacaktır.

2. Kararın Türk Mahkemelerin Münhasır Yetkisine Girmeyen Bir Konuda Verilmiş Olması

Gerek 2675 sayılı mülga MÖHUK’ta (m. 38/c) gerekse 5718 sayılı MÖHUK’ta (m. 54/b, c. 1) “*kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması*” tenfiz şartlarından olarak aranmıştır. Bununla birlikte 5718 sayılı MÖHUK ek olarak bir de “*davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması*” şartını getirmiştir (m. 54/b, c. 2). 5718 sayılı MÖHUK 54/b maddesinin ikinci cümlesi ile eklenen bu yeni tenfiz şartı, milletlerarası usul hukukunda yabancı mahkemenin “*aşırı yetki*” halinde olmaması şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁵².

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere tenfizi talep edilen kararın yetkili mahkeme tarafından verilmiş olup olmadığının tespitinde ilk olarak kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilip verilmediğinin saptanması gerekmektedir. Milletlerarası usul hukuku anlamında münhasır yetkiden söz edebilmek için, yetki kuralının ifadesi ve konuluş amacı göz önünde bulundurularak bir davanın mutlak olarak Türk mahkemelerinde görülmesi öngörülmüş olmalıdır⁸⁵³. Bu nedenle yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde dikkate alınacak olan Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi ile iç hukukta kullanılan münhasır yetki kavramları birbirinden farklıdır⁸⁵⁴.

Yabancı vesayet kararlarının tanınmasında, Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır yetki kuralı olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda hem doktrin hem de uygulamada farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde, *vesayetin yönetimine* ilişkin bütün konuların Türk makamlarının ve Türk mahkemelerinin yetkisinde olduğu, dolayısıyla Türk mahkemelerince hakkında tanıma kararı verilmiş bir ilâma

⁸⁵² Çelikel/ Erdem, s. 599.

⁸⁵³ Çelikel/ Erdem, s. 642; Nomer, s. 502; Aybay/ Dardağan, s. 302; Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, 490; Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 180; Doğan, s. 103; Emre Esen, “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı, MHB Y. 22 S. 2/2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 186-187.

⁸⁵⁴ İç hukuktaki münhasır (kesin) yetki halleri hakkında bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 250-255.

dayanarak, çocuğa/kısıtlıya vasi tayin etmenin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği ileri sürülmüştür⁸⁵⁵. Bu görüş yabancı mahkemelerce verilmiş vasi tayin etme kararlarının Türkiye’de tanınmasının mümkün olmayacağını, vesayetin yürütülmesinin bütünüyle Türk maddî hukukuna tâbi bulunduğunu ve kamu hukuku niteliğine de sahip olan vesâyet dairelerinin görev ve yetkilerinin mutlak ve münhasır yetki niteliğinde olduğunu vurgulamaktadır⁸⁵⁶. Aynı görüş, yabancı mahkemelerce verilmiş vesayet kararlarında vesâyetin yönetimine ilişkin hususların ve vasi tayinine ilişkin konuların tanınamayacağını, sadece vesayet altına alma hükmünün tanınabileceğini ifade etmiş ve kısmî tanınmanın (MÖHUK m. 52/1-c) mümkün olduğunu belirtmiştir⁸⁵⁷.

Doktrinde diğer görüşe göre, vesâyet ve kısıtlılık konusunda, ilgilinin Türkiye’deki taşınmaz malları üzerinde yapılacak işlemlere neden olacak yabancı kararlar Türkiye’de tanınmaz ve tenfiz edilemez ancak ilgilinin kişisel statüsü açısından verilen yabancı kararların tanınması mümkündür⁸⁵⁸.

Yargıtay 2013 yılına dek, vesayet işlerinde Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisini, kamu düzeninden ve münhasır yetki olarak kabul etmekte ve yabancı mahkemeler tarafından verilen vesayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizinin mümkün olmadığını ifade etmekteydi. Bu kararlar ve kararlara dair doktrinde yer alan eleştiriler değerlendirilecek olursa:Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 6.12.2005 tarihli kararında⁸⁵⁹, Türk vatandaşlarına yabancı ülkede vasi tayin edilmesi durumunda, kararın ancak verildiği ülkede hüküm ve sonuçlarını doğuracağına, kararın Türkiye’de tanınması veya tenfizinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Bu kararda Yargıtay, tanıma ya da tenfiz talebini, vesayet işlerinin kamu düzeninden bulunması, bir tespit hükmü olması, böyle bir tespit hükmü veren yabancı mahkemenin, vesayet makamı olmayacağı gerekçelerine dayandırarak reddetmiştir. Ayrıca bu kararda, yabancı vesayet kararında yer alan vesayet nedenleri, Türk hukukunda da vesâyet nedeni olarak düzenlenmiş ise yabancı kararın ancak delil olarak Türk mahkemelerinde kullanılabileceğine hükmetmiştir. Vesayet kararı ile birlikte kararı veren vesayet makamının belirlendiği, vesayet işlerinin bu makamlar tarafından yerine getirildiği bu

⁸⁵⁵ **Nomer**, s. 538.

⁸⁵⁶ **Nomer**, s. 538.

⁸⁵⁷ **Nomer**, s. 538-539;

⁸⁵⁸ **Çelikel/ Erdem**, s. 572.

⁸⁵⁹ 2. HD, 6.12.2005 T. , E. 2005/14443, K. 2005/17022. Karar özeti için bkz. **Ruhi**, s. 111-112.

nedenle tanıma kararı verilecek olursa yabancı vesayet makamının millî sınırlar dâhilinde vesayet işlerinde yetkili kabul edilmiş olacağı vurgulanmıştır. Doktrinde bu karar, iç hukukta niteliği itibariyle kamu düzeninden olan bir konuda, yabancı mahkemenin karar vermesi hâlinde, yabancı kararın, sırf niteliği gereği kamu düzenine aykırı değerlendirilmesi yönünden hatalı bulunmuştur⁸⁶⁰.

Yargıtay HGK, 8.7.2009 T., E. 2-280, K. 326 sayılı kararında⁸⁶¹, yabancı mahkemenin vasi tayini kararının tanınması ve tenfizi talebinin reddine gerekçe olarak, vesayet işlerinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğundan hareket etmiştir⁸⁶². Karara konu olayda, davacı, Köln Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından, eşinin hastalığı nedeniyle almış olduğu vasi tayini kararının tanınması ve tenfizini talep etmiştir. HGK kararında, TMK m. 411’de yer alan “vesayet işlerinde yetki, küçüğün ve kısıtlının yerleşim yerindeki vesâyet dairelerine aittir” hükmünü münhasır yetki kuralı olarak yorumlamıştır. Tenfiz kararı verilmiş olmasının, Alman mahkemesinin vesayet makamı olma durumunu değiştirmeyeceğine değinilmiş, TMK m. 462’de belirtilen hâllerde vesayet makamının izninin gerektiği, yine TMK m. 463 uyarınca vesayet makamının izninden sonra denetim makamının izninin arandığı, bu konuda Türk mahkemelerinin yetkisinin kamu düzenine ilişkin ve kesin yetki olduğu ifade edilmiştir.

Doktrinde bu kararın gerekçelerinin doğruluğunun tartışmalı olduğu ifade edildikten sonra, vesâyet ve kısıtlılık konularının çekişmesiz yargı konularına girdiği, vasi tayini kararının maddî anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmadığı bu nedenle zaten yabancı mahkeme tarafından verilmiş vasi tayini kararı hakkında tanıma ve tenfiz kararı verilmeyeceğinin gözden kaçırılmış bulunduğu eleştirisi yapılmıştır⁸⁶³. Doktrinde diğer görüşe göre, yabancı ilâmın kesinleşmiş olup olmadığı, verildiği devletin hukukuna göre tayin edilmelidir⁸⁶⁴. Bu değerlendirmenin kararın verildiği devletin usûl hukukunda yer alan esaslara göre yapılması gerektiğini savunmuştur⁸⁶⁵.

Kararı, TMK m. 411’de yer alan yetki kuralının münhasır yetki kuralı olup olmadığı noktasından değerlendiren bir görüşe göre, yerleşim yeri Türkiye’de bulunan

⁸⁶⁰ **Öztekin Gelgel**, Tanıma ve Tenfiz, s. 131-132.

⁸⁶¹ Y. HGK. 08.07.2009 T., E.2009/2-280, K. 2009/326, (www.kazanci.com, Erişim 21.10.2018).

⁸⁶² **Aygül**, Vesayet Kararlarının Tanınması, s.142.

⁸⁶³ **Nomer**, s. 515.

⁸⁶⁴ **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 221.

⁸⁶⁵ **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 221.

Türk vatandaşları ve yabancılar bakımından TMK m. 411’de yer alan yetki kuralı münhasır yetki kuralıdır⁸⁶⁶. Doktrinde diğer görüşe göre, MÖHUK m. 41 ve 42’nin niteliğine değinmeksizin TMK m. 411’deki yetki kuralının değerlendirilmesi mümkün değildir⁸⁶⁷. MÖHUK m. 41’de Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan Türk vatandaşları ile m. 42’de yabancıların kişi hâllerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi düzenlenmiştir. Bu nedenle konunun, MÖHUK m. 40 atfı ile sadece TMK m. 411 bakımından değerlendirilmesi yetersizdir⁸⁶⁸. Vesayet de dâhil olmak üzere, Türk vatandaşlarının ve yabancıların, kişi hâllerine ilişkin yabancı ilâmların tanınması ve tenfizi, diğer şartların bulunması durumunda, TMK m. 411 ile MÖHUK m. 41-42 maddelerine istinaden engellenemez⁸⁶⁹.

Bu kararda, Yargıtay, kararın tenfiz edilmesi durumunda, Alman mahkemelerinin vesayet makamı olması durumunun değişmeyeceğini, denetim makamının da yine Alman hukukuna göre belirleneceğini, bu makamlarca verilen her izin ve onayın Türkiye’de icra edilebilmesi için yeniden tanıma veya tenfiz kararı verilmesi gerekeceğini belirtmiştir. Doktrinde, kararı bu yönden eleştiren görüş, yabancı mahkemece verilen vasi atanmasına ilişkin kararın tanınmasının sadece yabancı ilâmın ilgilinin fiil ehliyeti üzerindeki etkilerinin ve sonuçlarının Türkiye’de kabul edilmesi anlamına geleceğini, tanınması gereken ve tanınabilecek olan kısmın yabancı ilâmın, ilgili kişinin fiil ehliyeti üzerindeki etkisi olduğunu vurgulamıştır⁸⁷⁰. Kararın tanınması ile kişi, Türk mahkemelerinden verilmiş bir kararda olduğu gibi vesayet altına girecektir ancak vesâyet makamı sulh hukuk mahkemesi, denetim mahkemesi de yine asliye hukuk mahkemesi olacaktır⁸⁷¹. Bu görüşe göre yabancı mahkemece tayin edilen vasi, ilâmın tanınmasından sonra vesayet makamı tarafından yeniden vasi tayin edilirse, Türkiye’de Türk hukukundan doğan vesayet yetkilerini kullanabilecektir⁸⁷². O hâlde Türk mahkemesince atanan vasi Medenî Kanun’un 462 ve 463. maddelerinde düzenlenen işleri Türkiye’deki vesayet ve denetim makamlarından izin alarak yapabilecektir⁸⁷³.

⁸⁶⁶ **Demir Gökyayla**, Vesayet, s. 418.

⁸⁶⁷ **Ekşi**, Yabancı Mahkeme, s. 221.

⁸⁶⁸ **Ekşi**, Yabancı Mahkeme, s. 221.

⁸⁶⁹ **Aygül**, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 146-147; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 223.

⁸⁷⁰ **Öztekin Gelgel**, **Tanım ve Tenfiz**, s. 133 vd.; **Aygül**, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 155.

⁸⁷¹ **Aygül**, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 155.

⁸⁷² **Aygül**, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 155.

⁸⁷³ **Aygül**, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 155.

Kararı değerlendiren görüşler içinde bir diğer görüş, daha açıklayıcı bir şekilde vesâyete ilişkin ilâmların iki kısımdan oluştuğuna vurgu yapmıştır⁸⁷⁴. Birinci kısım vesâyet altına alınan kişinin ehliyetinin kısıtlanmasına ilişkin, ikinci kısım ise vasi atanmasına ilişkindir. Yabancı mahkeme kararının tanınması ile birlikte vesâyet altına alınan kişinin ehliyetinin sınırlandığı, kendisine bir vasi atandığı ve bu vasinin görevlerini Türkiye’de yapabileceği kabul edilmiş olacaktır⁸⁷⁵. Yabancı mahkeme tarafından atanan vasinin, vesâyet altına alınanın Türkiye’deki taşınmaz mallarını satması gibi belirli işlemler için yabancı mahkemeden izin alması gerekebilir. İzne ilişkin bu kararın tanınması için de tanınma talep edilmelidir⁸⁷⁶. O hâlde vasi atanmasına ilişkin kararın tanınmış olması, vasinin taşınmazı satması açısından yeterli değildir. Bu görüş, HGK kararında belirtildiği gibi, vesâyet kararının tanınmasından sonra yabancı mahkemeden verilen izin veya onay için Türkiye’de yeniden tanıma talep edilmesi gerektiği, yabancı vesâyet kararının tanınmasıyla birlikte yabancı vesâyet makamlarının yetkisinin Türk vesâyet makamlarının yetkisinin yerine geçmeyeceği vurgulanmıştır⁸⁷⁷. Son olarak doktrinde, bu kararı değerlendiren bir başka görüş, vasi atanma kararını, münhasıran Türk mahkemelerinin yetkisi dahilinde kabul etmiştir⁸⁷⁸.

YHGK 18.11.2009 T., E. 2009/2-557, K. 2009/527 sayılı kararı da aynı yöndedir⁸⁷⁹. Bu Hukuk Genel Kurulu kararının ret gerekçesi de TMK m. 411’deki kuralın münhasır yetki olarak kabul edilmiş olmasına dayanmaktadır. Doktrinde, bu karar ile aynı yönde olan görüşe göre, vesayetin yürütülmesi sırasında vesayet makamlarının rolü ve müdahalesi söz konusudur, ayrıca vasinin ancak vesayet makamının izniyle yapabileceği işler (TMK m. 462) ve vesayet makamı dışında denetim makamının iznini gerektiren işlemler (TMK m. 463) bulunduğundan, vesayetin yürütülmesinde yerleşim yeri mahkemelerinin yetkisi münhasır yetkidir⁸⁸⁰.

Yargıtay, 2013 yıllarından itibaren vesayet ve kısıtlılık kararlarının tanınmasında, *vesayetin yönetimi ile vasi tayini arasında ayrıma gitmiştir*. Vesayetin yönetimi ile ilgili kararların idarî nitelikte olduğunu, yargısal nitelik ve ilâm niteliği

⁸⁷⁴ **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 224; **Öztekin Gelgel**, Tanıma ve Tenfiz, s.134.

⁸⁷⁵ **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 224.

⁸⁷⁶ **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 224.

⁸⁷⁷ **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 224.

⁸⁷⁸ **Öztekin Gelgel**, Tanıma ve Tenfiz, s. 136.

⁸⁷⁹ Karar özeti için bkz. **Ruhi**, s. 205-207.

⁸⁸⁰ **Demir Gökyayla**, Vesayet, s. 417-418.

taşımadığından tanınmasının mümkün olmadığını buna karşılık vesayetin yönetimi dışında kalan konularda, vasi tayini de dahil olmak üzere, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin mümkün olduğuna karar vermiştir. Türk doktrininde Yargıtay ile aynı görüşü paylaşan yazarlar⁸⁸¹ bulunmakta, ayrıca Yargıtay görüşüne genel olarak katılmakla birlikte, vesayetin yönetimi ile ilgili kararların idarî nitelikli olduğu görüşüne karşı görüş de ifade edilmektedir⁸⁸².

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 17.1.2013 T., E. 2012/12365, K. 2013/483 sayılı kararında⁸⁸³ vasi atanması hakkındaki yabancı ilâmın tanınması talebinin reddine ilişkin kararı değerlendirmiştir. Kararda, vesayete uygulanacak hukuk yönünden ikili bir ayırım yapıldığı, kısıtlama kararı verilmesi ya da kısıtlılık kararının kaldırılmasında, ilgilinin millî hukukunun uygulanacağı, buna karşın vesâyetin yönetimi olarak ifade edilebilecek olan kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi, vasinin, vesâyet ve denetim makamının görev yetki ve sorumlulukları konusunda Türk hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir⁸⁸⁴.

Bu kararda Yargıtay münhasır yetkinin, davanın, dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulduğunu belirtmiştir. Münhasır yetki kurallarının dayanağı ise kamu düzenidir tespitinde bulunmuştur. Türk hukukunda kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır yetki kuralı olmadığı vurgulanmıştır. Bu kapsamda, TMK m. 411 ve 412’de yer alan yetki kurallarının iç hukuk yönünden kamu düzeni ve kesin yetki kuralı olarak düzenlenmiş olmasının amacı, vesâyetle, kendisini ve malvarlığını korumak ve yönetmekten yoksun olanlarla (TMK m. 404, 405), kendisini ve malvarlığını korumak ve yönetmekten yoksun bırakılanların (TMK m. 406, 407, 408) korunmasıdır. Bu hükümlerin ise devletin egemenlik ve hükümranlık hakkıyla ilgisi bulunmamaktadır. Vesayet ve kısıtlılık müesseselerinin hem Alman hem de Türk hukukunda mevcut olduğunun altı çizilerek, Türk hukukunda mevcut olmayan bir müessese hakkında Alman mahkemelerinin vermiş olduğu bir karardan da söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Buradaki ölçünün AİHS’nin ihlâl edilip edilmediği olduğuna değinilmiştir⁸⁸⁵. Yargıtay’ın vesâyet ve

⁸⁸¹ Çelikel/ Erdem, s. 687; Aygöl, Vesayet Kararlarının Tanınması, s. 141; Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 507.

⁸⁸² Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 233-234.

⁸⁸³ Y.18. HD.17.1.2013 T., E. 2012/12365, K. 2013/483. Karar özeti için bkz. Çiçekli, s. 38-42.

⁸⁸⁴ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 417-418.

⁸⁸⁵ Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 697-698.

kısıtlılık kararlarında yetkiye ilişkin kuralların münhasır nitelikte olmadığı görüşü doktrinde de isabetli bulunmuştur⁸⁸⁶.

Türkiye’de vesayet dairelerinin hangi makamlar olduğu şöyle açıklanabilir. Türk hukukunda anne babanın velâyet görevini ifaya muktedir olmamaları halinde, devletin müdahalesi ortaya çıkar ve bu durumda çocuk anne babadan alınarak bir aile yanına veya müesseseye yerleştirilir. Bu durumda, anne baba velâyet hakkını muhafaza eder veya anne babanın velâyet hakkı ellerinden alınarak, çocuğa vasi tayin edilir. Böyle bir durumda vesayet hakkı bir kamu kurumu tarafından kullanılmaktadır. Türk hukukunda *kamu vesayeti*, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan *vesayet daireleri* tarafından yürütülür (TMK m. 397/f.1). Vesayet makamı, sulh hukuk mahkemeleri; denetim makamı asliye hukuk mahkemesidir (TMK m. 397/f.2). Yabancı memlekette vesayet altına alınacak bir Türk varsa ve o ülke ile Türkiye’nin arasında bir anlaşma mevcut ise, o ülkedeki Türk konsolosu sulh mahkemesinin yerini alacaktır. Nezaret makamı ise, o Türk vatandaşının Türkiye’deki yerleşim yeri asliye mahkemesi, eğer yerleşim yeri yok ise, Ankara asliye mahkemesi olacaktır⁸⁸⁷.

Vasinin yaptığı işlemler vesayet makamı tarafından denetime tâbi olacağından bu konuda münhasıran Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. O halde Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir konuda yabancı mahkemece verilen kararın tenfizine ve tanınmasına karar verilemeyecektir. Kanaatimizce vasi atanma kararı münhasıran Türk mahkemelerinin yetkisi alanına giren konulardan sayılmalıdır.

Yabancı mahkemenin yetkisi konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise 5718 sayılı MÖHUK’un 54. maddesinin (b) bendinin ikinci cümlesinde yer alan tenfiz engeli olan “aşırı yetki”dir. Aşırı yetki, yabancı mahkemenin yetkisinin milletlerarası usul hukukunun genel kabul gören yetki kurallarının dışında ve kabul edilmesi mümkün olmayan bir şekilde oluşması şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁸⁸. MÖHUK’un 54/b maddesinde ise “ilamın dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisinin bulunmaması” hâli aşırı yetki sayılmaktadır. Bu tenfiz engelli, genel kuralın aksine, ancak davalının itirazı üzerine tenfiz mahkemesi tarafından incelenecektir⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 234.

⁸⁸⁷ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 244. Özel vesayet halinde bkz. TMK m. 398-402.

⁸⁸⁸ Çelikel/ Erdem, s. 605; Aybay/ Dardağan, s. 303.

⁸⁸⁹ Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 277.

Bir mahkemenin, dava konusu veya taraflarda gerçek bir ilişkisinin bulunmasından ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışma konusu oluşmuştur⁸⁹⁰. Her bir devlet kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etme hakkına sahip olduğu için söz konusu sınırların ancak uluslararası hukukun temel ilkeleriyle çizilebileceği dile getirilmiştir. Buna göre, doğal hâkim ilkesi ile adil ve makul yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden yetki kuralları aşırı yetki kuralları olarak değerlendirilmelidir⁸⁹¹. Dolayısıyla, davanın konusu veya tarafları ile mahkeme arasındaki ilişkiyi, zayıf, geçici ve tesadüfi ölçülere göre tesis eden veya herhangi bir ilişki aramayan söz konusu yetki kurallarına⁸⁹² göre tesis edilen yetkili yabancı mahkemeden alınan karar, davalının itiraz etmesi kaydıyla Türk mahkemelerinde tenfiz edilemeyecektir.

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

Aşırı yetki kuralları çerçevesinde kendini yetkili gören bir ülke mahkemelerince karar verilmesi, tarafların tabii hâkimden mahrum olmalarını ve bununla birlikte tabii hâkim ilkesinin ihlâli sonucunu ortaya çıkaracaktır⁸⁹³. Tabii hâkim ilkesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlâl edilmesi sonucunda kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılması mümkündür⁸⁹⁴. Böylece karşı tarafın bu yönde bir itirazı olmaması halinde dâhi, aşırı yetki kuralının uygulandığı kararların kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfiz edilmemesi olanaklıdır.

3. Kararın Türk Kamu Düzenine Açık Aykırılık Teşkil Etmemesi

Çocuğun vesayetine ilişkin yabancı bir mahkeme kararının tenfizi açısından aranan bir diğer şart, bu mahkeme kararının kamu düzeni müdahalesini gerektirecek

⁸⁹⁰ Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 250.

⁸⁹¹ Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 236.

⁸⁹² Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 275.

⁸⁹³ Doğan, s. 105.

⁸⁹⁴ Nomer, s. 478.

bir hüküm taşımamasıdır. MÖHUK'un 54. maddesinin (c) bendinde bu şart “*Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması*” şeklinde ifade bulmuştur. Görüldüğü üzere burada bulunmaması aranan şart salt kamu düzenine aykırılık değil, kamu düzenine açıkça aykırılıktır. Kamu düzeni tanıma ve tenfizde, yabancı hukukun uygulanmasına oranla daha zayıf bir müdahale gücüne sahiptir⁸⁹⁵. Diğer yandan burada söz konusu olan kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun uygulanmasına engel olan kamu düzeninden farklı olarak, yabancı kuralın uygulanmasını engellemez; yabancı mahkeme kararının Türkiye’de icra edilmesini önler⁸⁹⁶.

Kamu düzeni zaman ve mekâna göre farklılık gösteren bir kavramdır⁸⁹⁷. Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde kamu düzeni müdahalesinden söz edebilmek açısından önemli olan Türk mahkemesi hâkiminin tanıma ve tenfize karar verdiği anda kamu düzenine açık aykırılık bulunmamasıdır⁸⁹⁸. Bu halde kararın verildiği anda kamu düzenine aykırılık oluşturan bir kararın daha sonra tanıma ve tenfiz anında kanun veya iç hukuktaki değişiklikler gibi nedenlerle kamu düzenine aykırı bulunmaması mümkündür.

Çocuğun vesayetine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde en sık karşılaşılabilecek tenfiz engeli kamu düzenine aykırılıktır⁸⁹⁹. Zira çocuğun vesayeti öncelikle çocukların menfaatine ilişkin olduğundan, Türk kamu düzeni müdahalesine sıkça rastlanması mümkündür⁹⁰⁰. Çocuğun vesayetine ilişkin yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı hâkim tarafından re’sen göz önünde bulundurulması gereken ve her somut olayda olayın özelliklerine göre takdir edilecek bir husustur.

Yabancı hakkında verilen vesayet kararları bakımından doktrinde ikili bir ayırım yapılmıştır.

⁸⁹⁵ Devletler özel hukuku ile karşılaştırıldığında tanıma ve tenfiz hukukunda kamu düzeninin yumuşatılmış etkisinden söz edilir. Buna karşılık tanıma tenfiz hukukunda kamu düzeninin uygulama alanı çok daha geniştir. Tanıma tenfiz hukukundaki kamu düzeni ile devletler özel hukukundaki (yabancı hukukun uygulanmasına engel olan) kamu düzeni arasındaki diğer farklar için bkz. **Nomer**, s. 480-482.

⁸⁹⁶ **Aybay/ Dardağan**, s. 304.

⁸⁹⁷ **Doğan**, s. 107.

⁸⁹⁸ **Tiryakioğlu**, Tanıma ve Tenfiz, s. 48; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 546.

⁸⁹⁹ Kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi teorisinde bu ifadenin yeri için bkz. **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 133.

⁹⁰⁰ **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 164.

Demir Gökyayla'ya göre, ilk ayrımda “yabancı ülkede verilen vesayet ve denetim makamlarının izin kararlarının da vesayete ilişkin kararlarla birlikte tanınmasıdır”. Bu durumda her iki kararın birlikte tanınabileceği ifade edilmiştir⁹⁰¹.

İkinci ayrımda, “vasinin Türkiye’de birçok işlem yapması gerekiyorsa veya vesayet kararının verildiği ülkede vesayet ve denetim makamlarının izni aranmıyorsa, yabancı mahkeme kararı Türk kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle reddedilmelidir” görüşü ortaya konulmuştur⁹⁰².

4. Savunma Haklarının İhlâl Edilmemiş Olması

Kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut o ülke kanunlarına aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda karar verilmiş ise savunma hakkının ihlâl edilmiş olduğundan söz etmek mümkündür (MÖHUK m. 54/ç). Söz konusu usul kurallarına aykırılık başlı başına tenfizin reddi sebebidir. Bu usul ihlallerinin tenfize engel teşkil edebilmesi açısından ayrıca davalının savunma hakkının gerçekten ihlâl edilmiş olması şartı aranmayacaktır.

Burada davada kendisine karşı tanıma veya tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılması hususunda tebligat konusu önem arz etmektedir. Bu konuda söz konusu olan tebligat asıl yargılamanın yapıldığı yabancı mahkemede davalıya yapılacak tebligattır. Tebligat konusu usule ilişkin bir mesele olduğundan ve milletlerarası usule ait olan konularda genel prensip olarak lex forinin yani hâkimin hukukunun uygulanması kabul edildiğinden, tebligat konusunda da lex fori yani esas davayı gören hâkimin hukuku dikkate alınacaktır⁹⁰³. Dolayısıyla tebligatın usulüne uygun olup olmadığı, kararın verildiği devletin usul hukuku ve bu konuda o devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere göre tespit edilecektir⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ Demir Gökyayla, Vesayet, s. 420.

⁹⁰² Demir Gökyayla, Vesayet, s. 420.

⁹⁰³ Pelin Güven, Tanıma-Tenfiz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 232.

⁹⁰⁴ “Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda kendisine başvurulmuş mahkeme takip edilecek usul kuralları bakımından, tarafların vatandaşı veya yabancı olduğuna bakmadan kendi hükümlerini uygulamak zorundadır (lex fori). Davanın açılması, tebligatların yapılması, delillerin toplanıp değerlendirilmesi hükmün verilmesi ve kesinleştirilmesi hâkimin kanununa tabidir. Dosya içerisinde yer alan belgelerden davalının o yer kanunları uyarınca hükmü veren mahkemeye usulüne uygun olarak çağrıldığı anlaşılmaktadır.” Y.2.HD., 5.11.2012 T., E. 2012/616, K. 2012/26084, (<http://www.kazanci.com>, Erişim 05.06.2017).

Tenfiz davasında hâkimin savunma hakkına riayet edilip edilmediğini re'sen araştırması mümkün değildir. Bu husus MÖHUK'un 54. maddesinin (ç) bendinin açık düzenlemesi gereğince ancak savunma hakkı ihlâl edilen kişinin tenfiz davasına bu yöndeki itirazı halinde dikkate alınacak ve kararın tenfizine engel oluşturacaktır. Ancak yine bu halde de kamu düzenine aykırılık oluşturacak nitelikte bir ihlâl söz konusu ise hâkimin bu durumu kamu düzenine aykırılık nedeniyle re'sen göz önünde bulundurması mümkündür⁹⁰⁵.

Savunma hakkının ihlâl edilmiş sayılıp sayılmayacağını tespitinde kararın verildiği ülke kanunları uyarınca savunma hakkının anlamı ve kapsamı dikkate alınacaktır. Nitekim MÖHUK'un 54/ç maddesinde de bu olumsuz şarta yer verilirken, *“o yer kanunları uyarınca”* ibaresine yer verilmiştir. Bu halde tenfiz davasında hâkim Türk hukukuna göre değil, kararın verildiği ülke hukukuna göre maddede sayılan hususlara ilişkin ihlâl olup olmadığını araştıracaktır.

Türk hukuku anlamında savunma hakkının ihlâl edilmiş sayılmasına rağmen, kararın verildiği ülke hukukuna göre savunma hakkının ihlâli söz konusu değilse, ancak kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilecektir. Türk hukukuna göre yapılan tespitte Türkiye'nin katılmış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde teminat altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkı çerçevesinde savunma hakkına ilişkin ilkeler de yabancı mahkeme kararının tenfizini engelleme konusunda göz önünde bulundurulacaktır. Bu ilkeler Türk kamu düzeninin müdahalesi açısından da haklı bir sebep teşkil edecektir⁹⁰⁶.

Savunma hakkı, aynı zamanda, Türkiye'nin iştirak etmiş olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile de teminat altına alınmıştır. Sözleşme'nin 6. maddesi ile teminat altına alınmış olan *“adil yargılanma hakkı”* çerçevesinde, savunma hakkına ilişkin ilkelerin (m.6/f.3) yabancı mahkeme kararında ihlâl edilmiş olması yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizini engeller⁹⁰⁷. Bu ilkelerin ihlali aynı zamanda Türk kamu düzeninin müdahalesi için haklı bir sebep teşkil eder⁹⁰⁸. Adil yargılanma ilkelerini ihlâl edici nitelikte, taraflara yeterli derecede kendilerini

⁹⁰⁵ Nomer, s. 486; Aybay/ Dardağan, s. 308; Doğan, s. 107.

⁹⁰⁶ Nomer, s. 487.

⁹⁰⁷ Hakan Pekcanıtez, Medeni Yargıda Adil Yargılanma (s. 35-55), İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1997, S. 2, s. 47; Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 198 vd.

⁹⁰⁸ Nomer, MUH, s. 175, kn. 427; Nomer, s. 498.

savunma imkânı vermeyen bir usul sistemi içinde verilmiş yabancı bir kararın tanınması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle reddedilebilir.

Anayasa m. 36/f.1 ve AİHS m. 6/f.3 ile teminat altına alınmış olan savunma hakkı, usuli nitelikte temel bir haktır. Savunma hakkı, başka bir ifadeyle, hukuki dinlenilme hakkı, açılmış ve görülmekte olan bir dava hakkında bilgilendirilme hakkı⁹⁰⁹, ilgili kişinin dava hakkındaki görüşünü açıklayabilme hakkı, ileri sürülen iddia ve savunmaların dikkate alınıp değerlendirilmesi ve gerekçede bunlara yer verilmesi olarak üç ana haktan oluşur⁹¹⁰. Savunma haklarına riayet edilmiş olması kapsamında, iddia ve savunmaların dikkate alınıp değerlendirilmesi ve gerekçede bunlara yer verilmesi gerektiğinden, milletlerarası özel hukuk bakımından, gerekçesiz bir kararın kamu düzenine aykırılık çerçevesinde tanınıp tanınamayacağı ayrıca cevaplandırılmalıdır.

MÖHUK m. 58/c uyarınca, tanıma ve tenfiz için, tarafların savunma haklarının, başka bir ifadeyle, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmemiş olması gerekir. Hukuki dinlenilme hakkı, tarafların bir yargılamadan usulünce haberdar edilmeleri, yargılamaya katılarak iddia ve savunmalarını gereği gibi ileri sürme hakkının verilmesi ve iddia ve savunmalarının hâkim tarafından dikkate alınmasıdır. Hukuki dinlenilme hakkının içeriğinde birçok başka hak da bulunmaktadır⁹⁰⁹. Hukuki dinlenilme hakkının ihlali sadece dava dilekçesinin tebliğ edilmemesinden kaynaklanıyorsa, itiraz üzerine MÖHUK m. 54/ç çerçevesinde ele alınabilirken, hukuki dinlenilme hakkının ihlali, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık yaratacak derecede ağırsa, bu durum hâkim tarafından re'sen dikkate alınabilir⁹¹¹.

Davalıya gerçek ve usulüne uygun bir tebligat yapılması, gerekli sürelerin verilmesi ve delillerin hakkaniyete uygun bir şekilde ileri sürülebilme imkânının

⁹⁰⁹ Dava hakkında bilgilendirilme hakkı, dava dilekçesinin ve gösterilen delillerin davalıya tam ve usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi anlaşılr. Bu kapsamda, dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin de taraflarca incelenebilmesi mümkün olmalıdır (**Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 203). MÖHUK m. 54/ç hükmünde, savunma hakları ihlal edilmemiş olsa dahi, savunma haklarına ilişkin bu ilk usul işleminin (dava dilekçesinin davalıya tebliğinin) usulüne uygun yapılmamış olması ayrı bir tanıma ve tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.

⁹¹⁰ **Pekcanitez/ Atalay, Özkes**, s. 272-278; **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 202 vd. HMK m. 27 hükmünde, hukuki dinlenilme hakkı kanun hükmü haline getirilmiştir. Hukuki dinlenilme hakkının kanun hükmü haline getirilmesi ile Türk hukukunda “taraf açıklamalarının yargı organları tarafından tam olarak dikkate alınıp değerlendirilmesini gerektiren bu hak” yargı kararlarının gerekçelerinde kendisini gösterecek ve uygulamada tam bir değerlendirme içermeyen, bilirkişi raporlarına ve dosyadaki delillere atıf yapan kararların önüne geçilmiş olacaktır.

⁹¹¹ **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 53.

sağlanması, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi için aranan asgari şartlardandır. Yargılama esnasında bu hususlara riayet edilmeyerek karar verilmiş olması, kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eder.

Görüldüğü üzere, savunma haklarına ilişkin usul işlemlerine uyulmamış olmasına ilişkin olarak yalnızca üç hal MÖHUK m. 54 (ç) bendinde sayılmıştır. Bu haller, kararı veren mahkemenin bulunduğu yer kanunları uyarınca,

(1) kendisine karşı tanıma veya tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya

(2) o mahkemede temsil edilmemiş veya

(3) bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş olması halleridir. Savunma haklarına etkili bu gibi usuli işlemlerin, usulüne uygun bir şekilde yapılmış olup olmadığı, madde metninde de açıkça belirtildiği üzere, hükmü veren mahkemenin hukukuna göre tesbit edilir⁹¹². Zira, sözkonusu maddede itiraz konusu sayılan noktalar, birer usul sorunu olup, hükmü veren mahkemenin hukukuna tabi olmaları, esasen usul sorunlarına hâkimin hukukunun uygulanacağını belirten bağlama kuralının gereğidir.

Ancak, davet edilecek kimse, başka bir devlette oturuyorsa, davetin geçerli olabilmesi için, ülkenin yetkili makamları tarafından ve tebligatın yapılacağı devletin kanunlarına uygun olarak yapılması lazımdır. Bu konulardaki kurallara aykırılık tanıma veya tenfiz isteminin reddine yol açar. Örneğin, 1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi 10 (a) maddesine Türkiye çekince koymuştur. Bu çekince itibariyle, hiçbir akit devlet makamı Türkiye’de bulunan muhataba doğrudan posta yolu ile tebligat yapamaz. Tebligat Türkiye’deki muhataba posta yolu ile yapılması halinde bu tebligat Sözleşme hükümlerine aykırı olarak yapılmış olur ve Türkiye’nin yargı hakkını ihlal ettiğinden Türk hukuku bakımından yapılmamış sayılır ve yok hükmündedir⁹¹³. İleride yabancı mahkemenin kararının Türkiye’deki tanıma ve tenfiz aşamalarında, tanıma ve tenfiz engeli olarak kabul edilir.

Aynı şekilde Türkiye’nin tebligatın yapılacağı devletle aralarında hiçbir ikili ya da çok taraflı milletlerarası sözleşmesinin bulunmadığı hallerde, yabancı ülkeden Türkiye’deki kişilere tebligat yapılması usulünü düzenleyen Tebligat Kanunu’nun 26.

⁹¹² Nomer, MUH, s. 173, kn. 422; Nomer, s. 497.

⁹¹³ Çelikel/ Erdem, s. 534.

maddesine⁹¹⁴, içinde tebligata ilişkin hükümler bulunann Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı adli yardım⁹¹⁵ veya konsolosluk sözleşmelerinin tebligata ilişkin hükümlerine, 1961 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin⁹¹⁶ konsoloslara bulundukları ülkede tebligat yapma imkânı tanıyan hükmüne, ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu çok taraflı sözleşmeler, 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi (m.1-7 hükümleri)⁹¹⁷ ile 1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi'ndeki tebligata ilişkin hükümlere aykırı olarak gerçekleştirilen tebligatlar, usulsüzdür ve yok hükmündedir. İlerde yabancı mahkemenin kararının Türkiye'deki tanıma ve tenfiz aşamalarında, tanıma tenfiz engeli olarak kabul edilir⁹¹⁸. Türkiye'de bulunan davalı yukarıda belirtilen tebligata ilişkin hükümlere aykırı olarak kendisine tebligat yapıldığını tanıma ve tenfiz aşamasında itiraz olarak ileri sürerse, uluslararası tebligatın, yapıldığı yer kanunlarına uygun olup olmadığını hâkim re'sen denetlemekle görevlidir.

Burada önemli olan, aleyhine tanıma veya tenfiz istenen kişinin madde 54 (ç) hükmünde sayılan hallerden biri nedeniyle, tanıma veya tenfize "itiraz etmiş olması"dır. Eğer itiraz yoksa, tanımaya hükmedecek olan Türk mahkemesi bu usuli işlemlerin usulüne uygun yapıp yapılmadığını - kamu düzenine aykırılık unsuru oluşmadıkça- re'sen araştıramaz⁹¹⁹. Ancak davalının bu konulara itiraz etmiş olması halinde, mahkeme bu şartların varlığını araştırabilir. Nitekim, savunma hakkına etkili bu gibi işlemler usulüne uygun olarak yerine getirilmemiş olsa dahi, savunma hakkının ihlalinin ortaya çıkmaması ihtimali vardır. Örneğin, davalı davaya iştirak etmiş bulunuyor ise, tebligatın usulüne uygun yapılmış olup olmadığı, hatta hiç yapılmamış olması dahi önemini yitirmektedir⁹²⁰. Bu nedenledir ki, bu gibi usulsüzlüklerin

⁹¹⁴ Tebligat Kanunu ve Milletlerarası Tebligat için bkz. **Çelikel/ Erdem**, s. 524-540.

⁹¹⁵ **Ahmet Cemal Ruhi**, Tebligat Hukuku, Ankara, 2004, s. 174 vd.. Bu sözleşmelerde hemen hemen birbirine benzer hükümler ile tebligatın yapılma usulü diplomatik ya da konsüler usuldür. Yurtdışına yapılan tebligatın diplomatik yol ile yapılması son derece uzun ve açılan davalarda yargılamanın gecikmesine sebep olan ve hatta çoğu zaman adaletin gerçekleşmesine sekte vuran bir usuldür. Bkz. **Çelikel/ Erdem**, s. 472-473.

⁹¹⁶ RG. 27.9.1975-15369.

⁹¹⁷ RG. 23.5.1972-14194.

⁹¹⁸ 1965 tarihli Tebligat Sözleşmesine aykırılık halinde aynı yorum için bkz. **Çelikel/ Erdem**, s. 534.

⁹¹⁹ **Nomer**, MUH, kn. 425; **Nomer**, s. 497-498; **Nomer**, Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu, s. 718; **Çelikel/ Erdem**, s. 621; İtiraz şartının eleştirisi için bkz. **Şanlı**, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 217-218.

⁹²⁰ Davaya iştirak, kişinin davadan haberdar olduğu ve aleyhine ikame edilen davaya karşı kendisini savunma imkânına ulaştığı anlamına gelmektedir. Bu nedenledir ki, ilan yoluyla yapılmış tebligattan sonra davalı davaya iştirak etmiş ise savunma hakkının ihlal edildiği ileri sürülemez (**Nomer**, MUH, s. 175, kn. 426; **Nomer**, s. 498).

incelenmesi, ancak aleyhine tanıma veya tenfiz talep edilen tarafın bu konuda “itiraz etmiş olması” şartına bağlanmıştır.

Kısaca, tenfiz talebinin, tenfiz koşullarından olan savunma hakkının ihlali sebebine dayanarak reddedilmesi, MÖHUK’un 54. maddesinin (ç) bendi uyarınca, davalının itiraz etmesi durumunda gerçekleşecektir. Buna karşılık doktrinde savunma hakkı ihlalinin itiraz koşuluna bağlanmış olması eleştirilmiştir⁹²¹. Ayrıca savunma hakkı ihlaline ilişkin olarak 54. maddenin (ç) bendinde sayılan haller tüm savunma hakları ihlallerini içeren bir genişliğe sahip olmaması nedeniyle, doktrinde bu haller dışındaki durumların, kamu düzenine aykırılık sebebiyle tenfiz engeli oluşturabileceği ifade edilmektedir⁹²²

D. Çocuğun Vesayetine İlişkin Tanıma ve Tenfiz Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

Uygulama ve doktrinde hâkim görüş, tanımada, görevli ve yetkili mahkemenin, MÖHUK m. 51 hükmüne göre tayin edilmesidir⁹²³. Buna göre, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde görevli mahkeme *asliye mahkemesidir* (MÖHUK m. 51/1)⁹²⁴. Ancak tanınması ve tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının aile hukukuna ilişkin olması halinde, görevli mahkeme *aile mahkemeleridir*⁹²⁵.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine dair Kanun’un⁹²⁶ 4. maddesinin 2. fıkrasında aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfizinde aile mahkemeleri görevli kılınmıştır⁹²⁷.

⁹²¹ **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 214; **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 53; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 525.

⁹²² **Çelikel/ Erdem**, s. 706; **Sakmar**, Yabancı İlamlar, s. 73; **Aybay/ Dardağan**, s. 308.

⁹²³ **Nomer**, s. 505; **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe**, s.569; **Doğan**, s. 127; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 37; **Huysal**, s. 73. Y. 18. HD., 10.12.2012 T, E. 2012/12553, K. 2012/14161 K. sayılı kararında, vasi atanmasına ilişkin yabancı ilâmın tanınmasında, MÖHUK m. 51 uygulanarak, görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğuna karar verilmiştir. Karar özeti için bkz. **Çiçekli**, s. 211-213.

⁹²⁴ Her ne kadar madde içeriğinde tanımadan söz edilmemiş ve yalnızca tenfiz denilmişse de maddenin yer aldığı bölümün ana başlığından bu maddenin tanıma davalarında da uygulanacağı açıktır.

⁹²⁵ Doktrinde, aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aile mahkemelerinin görevli olduğu ifade edilmiştir. (**Nomer**, s. 505; **Doğan**, s. 127; **Çelikel/ Erdem**, s. 661.)

⁹²⁶ RG. 18.01.2003-24997

⁹²⁷ Y. 2. HD., 25.05.2009 tarihli kararında aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması davasında aile mahkemesinin görevsizlik kararı veremeyeceğini belirtmiştir. Karara konu olan olayda velâyetin kaldırılması ve vasi atanmasına ilişkin yabancı mahkeme ilamının tanınması için Ankara 2. Aile Mahkemesi’nde dava açılmıştır. Ankara 2. Aile Mahkemesi, görevsizlik kararı vermiştir. Yargıtay

Yetkili mahkeme ise kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye’deki yerleşim yeri, yoksa sakın olduğu yer, Türkiye’de yerleşim yeri ve sakın olduğu yer bulunmamakta ise Ankara İstanbul veya İzmir mahkemeleridir (MÖHUK m. 51/2).

Görülmekte olan bir dava sırasında tanıma talebinde bulunulması da mümkündür⁹²⁸. Doktrinde, bağımsız talep olarak tanıma söz konusu ise, yetkili mahkemenin MÖHUK m. 51/2 hükmüne göre tespit edilmesi gerektiği; tanıma, Türkiye’de görülmekte olan bir dava sırasında ileri sürülmüş ise esas davaya bakan mahkemenin, tanıma talebi için de yetkili kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁹²⁹.

Yabancı mahkemeler tarafından çocuğun vesayetine ilişkin verilen kararların tenfizi ile ilgili olarak Türkiye’nin bazı milletlerarası sözleşmelere taraf olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu sözleşmelerde çocuğun vesayeti kararının Türkiye’de tenfizi için açılan davalarda görevli ve yetkili mahkemeler belirlenmemiştir. Söz konusu anlaşmalarda tenfiz davalarında görevli ve yetkili mahkeme düzenlenmemiş olduğundan MÖHUK’un 51. maddesi ile Aile Mahkemelerin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 4/2. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Belirtmek gerekir ki, milletlerarası anlaşmalar uyarınca açılacak tenfiz davalarının aile mahkemelerinde açılacak tanıma veya tenfiz davalarının konusunu teşkil eden yabancı ilamın aile hukukuna ilişkin olması zorunluluğu öngörmüştür. Aksi halde MÖHUK’un 51/1. maddesi uyarınca tanıma veya tenfiz davasının asliye mahkemesinde açılması gerekir. 4787 sayılı Kanun’un uygulama alanı dikkate alındığında tanıma veya tenfiz davaları açısından da böyle bir sınırlama getirilmesi doğaldır⁹³⁰.

2. Hukuk Dairesi, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 4/2. maddesi uyarınca verilen aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında aile mahkemesinin görevli olduğunu, görevin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle mahkemece yargılamanın her aşamasında dikkate alınmasının zorunlu olduğunu belirterek aile mahkemesinin görevsizlik kararını bozmuştur. (**Ekşi**, Yargıtay Kararları, s. 70-71).

⁹²⁸ **Ekşi**, Tanıma ve Tenfiz, s. 7.

⁹²⁹ **Ekşi**, Tanıma ve Tenfiz, s. 49.

⁹³⁰ Y.2.HD de 14.06.2010 tarihli kararında bu hususu vurgulamıştır. Y.2.HD’ne göre: “Dava ile evlilik dışı ilişkiden doğan ve velâyet hakkına tek başına sahip annesinin ölümü üzerine velisiz kalan küçük 18.07.1998 doğumlu Umut Aydın’a Nürnberg Gençlik Dairesinin vasi atanmasına ilişkin Nürnberg Yerel Mahkemesince verilen 15.07.2009 tarihli ve VII 0167/07 sayılı kararın, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Avrupa Sözleşmesi hükümlerine göre tanınması ve tenfizine karar verilmesi istenmiştir. Dava, sözü edilen Sözleşme hükümlerine göre Merkezi Makam olarak belirlenen Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü adına mahalli Cumhuriyet savcılığı tarafından davaname ile açılmıştır. Tanınması ve tenfizine karar verilmesi istenen yabancı mahkeme kararı, tek başına velâyet hakkına sahip annenin ölümü üzerine velisiz kalan küçüğe vasi tayinine ilişkindir. Nürnberg Yerel Mahkemesi, küçüğe velâyet hakkına sahip annesinin 18.07.2007 tarihinde ölümü üzerine velâyeti devralacak uygun bir kişinin bulunmadığından Nürnberg Şehri Gençlik Dairesini vasi olarak tayin etmiştir. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair 4787 sayılı Kanuna göre, aile mahkemeleri aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının

IV. BRÜKSEL IIA TÜZÜĞÜ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN VESAYETİNE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

Brüksel IIA Tüzüğü mahkeme kararlarının Avrupa Birliği sınırları içinde serbest dolaşımının sağlanması amacıyla, tanıma ve tenfize ilişkin formaliteleri mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldıran ve basitleştiren bir uygulama öngörmektedir. Bu anlamda, çok az sayıdaki kararın, tanınma ve tenfiz engelleri sebebiyle reddedilmesi söz konusu olmaktadır. Tüzük, çocukların korunması ve vesayet kararlarının tanınması ve tenfizi konularında üye devletlerin taraf olduğu pek çok anlaşmaya nazaran öncelikli olarak uygulanacaktır⁹³¹ (m. 60-61).

Tüzüğün tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemesi ile üye bir ülke mahkemesi tarafından alınan bir karar, hiçbir işlem gerektirmeksizin, başka bir üye ülke mahkemesi tarafından tanınmaktadır.

A. Genel Bilgi

Brüksel IIA Tüzüğü uyarınca bir kararın tanımaya tabi olabilmesi için öncelikle kararın bir mahkeme kararı olması şart değildir. Bu bağlamda Tüzüğün kapsadığı konularda yargı yetkisine sahip diğer makamların vermiş oldukları kararlar da Tüzük kapsamında tanınıp tenfiz edilebilecektir⁹³².

Brüksel IIA Tüzüğü'nün 21 ila 39. maddeleri arasında tanıma ve tenfiz usulüne ilişkin hükümler yer almaktadır. Tüzüğün 21. maddesi uyarınca Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararlar diğer üye devletlerde özel bir usule

tanınması ve tenfizi davalarına bakar (m. 4/2). 5718 sayılı MÖHUK'un 51/1. maddesinde tenfiz kararları hakkında görevli mahkemenin asliye mahkemesi olduğu olduğu hükme bağlanmıştır. Tanınması ve tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararı, velâyete ilişkin olmayıp, vasi tayine ilişkin olduğuna göre, tanıma ve tenfiz kararı vermekle görevli mahkeme aile mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemesidir. O halde işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir." Y.2.HD., 14.06.2010 T., E. 2010/1513, K. 2010/11695, **Eksi**, Yargıtay Kararları, s. 72-73.

⁹³¹ **Popova**, s. 100; **Giray**, Brüksel II bis Tüzüğü, s. 286.

⁹³² Tüzüğün 2. maddesinin 4. fıkrasında "karar" kavramından neyin anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Tanımlar kısmında yapılan açıklamaya göre, öncelikle kararın bir mahkeme kararı olması gereklidir. Şu halde hakem mahkemesinin veya arabulucunun vermiş olduğu bir karar, mahkeme kararı olmadığı için Tüzük kapsamında tanınıp, tenfiz edilmeyecektir. Ayrıca bu kararın, üye devlet mahkemelerinden sadır bir karar olması da gereklidir. Madde hükmünde yapılan tanıma göre, "karar" kavramının kapsamına "İlam", "Emir" ve "Hüküm" şeklinde isimlendirilen yargı kararları da girmektedir. (Naklen **Giray**, Brüksel II bis Tüzüğü, s. 287).

başvurulmaksızın tanınırlar. Tenfiz bakımından ise *lex fori* nin kabul ettiği başvuru usulü uygulanır. Brüksel IIA Tüzüğü tarafından da hem tanımada (md. 26) hem de tenfizde (md. 31/3) revizyon yasağına sadık kalınmıştır. Başka bir deyişle tanıma veya tenfiz aşamasında hiç bir şekilde kararın esasına yönelik herhangi bir inceleme yapılmaz. Bununla birlikte Tüzük, gerek tanıma gerekse çocuğun vesayetine ilişkin kararların tenfizi koşulları bakımından, kararın üye devlet usul hukukuna göre kesinleşmiş⁹³³ olması şartını aramamaktadır. Şayet kararın verildiği üye devlette, söz konusu karar aleyhine kanun yollarına başvurulmuş ise, tanımanın talep edildiği üye devlet mahkemesi davaya ara verebilecektir⁹³⁴.

Vesayet sorumluluğuna ilişkin verilmiş geçici ve koruyucu tedbir kararlarının tanınması ve tenfizine olanak verilmemiştir⁹³⁵.

B. Brüksel IIA Tüzüğü Kapsamında Çocuğun Vesayetine İlişkin Mahkeme Kararlarının Tanınması

Brüksel II/A Tüzüğü uyarınca bir kararın tanımaya tabi olabilmesi için öncelikle kararın bir mahkeme kararı olması şart değildir. Bu bağlamda Tüzüğün kapsadığı knularda yergî yetkisine sahip diğer makamların vermiş oldukları kararlar da Tüzük kapsamında tanınıp tenfiz edilebilecektir. Tüzük, ayrıca resmî belgeleri ve herhangi bir üye devlet hukukuna uygun şekilde yapılan anlaşmalarında bu kapsamda tanınacağını öngörmektedir (m. 46). Bu düzenleme ile vesayet sorumluluğuna alakalı tarafların yapmış oldukları mahkeme dışı anlaşmaların da tanınmasına olanak sağlanmaktadır⁹³⁶.

Daha da önce belirttiğimiz gibi Tüzüğün amacı, boşanma ve aile hukukundan kaynaklanan meselelere ve yükümlülöklere ilişkin ortak bir düzenleme getirmektir. Bu bağlamda, üye bir ölkö mahkemesince verilmiş olan kararların, diğöer üye ölkelerde ek bir prosedür gerektirmeksizin tanınması ve tenfizi sağlanmış olmaktadır.

⁹³³ Türk hukukunda MÖHUK m. 50 gereğince, yabancı mahkemelerin hukuk davalarına ilişkin verdikleri kararlardan ancak kesinleşmiş olanlar tanınıp tenfiz edilebilecek. Türk hukukunda istisnai olarak kesinleşmemiş yabancı mahkeme kararları da dikkate alınıp, tanınabilmektedir. (**Şensöz Malkoç**, s. 403.)

⁹³⁴ Bkz. Tüzüğün 27. madde hükmü.

⁹³⁵ **Natov**, s. 245. Bkz. C-256/09, para. 133, Judgment of the Court (Second Chamber) of 15 July 2010, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-256/09>, Erişim 27.11.2017.

⁹³⁶ **Özbek Hadimoğlu**, s. 371; **Chernogorova**, s. 14.

Avrupa Birliği hukukunda, aile hukukuna ilişkin kararların tanınmasına ilişkin Brüksel IIA Tüzüğü ile kararların doğrudan (*ipso iure*) tanınması⁹³⁷ esası kabul edilmekte, itiraz halinde, ilgili tarafın tanıma veya tanımama davası açması (m. 21/3), başka bir ifadeyle, hem negatif hem pozitif kontrol usulü benimsenmektedir (m. 21-23)⁹³⁸.

Tüzük uyarınca yürütülen tanıma davalarında, inceleme konusu karar hiçbir şekilde esastan imcelemeye tabi tutulmayacaktır⁹³⁹. Esasa girme yasağının yanında, hükmü veren mahkemenin yetkisini inceleme yasağı da bulunmaktadır⁹⁴⁰. Yani tanıma davasına bakan üye devlet mahkemesi, kararı veren ülke mahkemesinin verildiği yer hukukuna göre yetkili olup olmadığını incelemeyecektir⁹⁴¹.

Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın başka bir üye devlette tanınmasını talep eden taraf, tanımaya konu kararın aslını ve bu karar ile kararın verildiği üye devlet mahkemesi tarafından düzenlenen sertifikayı tanıma mahkemesine sunar (m. 37/1). Bununla birlikte kararın çocuğun vesayetine ilişkin olması halinde ise kararı veren mahkeme tarafından düzenlenecek sertifikanın özellikleri, Ek II'de belirtilmiştir (m. 39).

Çocuğun vesayetine ilişkin verilen kararların *res judicata* etkisi yoktur.

Brüksel IIA Tüzüğü'nün de iki tip karar birbirinden ayrılmaktadır: eşlerin boşanmasına, ayrılmasına veya evliliğin hükümsüzlüğüne ilişkin kararlar ile vesayet sorumluluğuna ilişkin kararlar.

Birlik üyesine dahil devletler, hangi mahkemelerin tanıma davasına bakmaya yetkili olduğu Komisyon'a bir liste olarak bildirmişlerdir⁹⁴². Tanıma davasında

⁹³⁷ **Popova**, s. 97; Aynı düzenleme 2001/44 EC sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün m. 33, f.1 hükmünde de görülmektedir.

⁹³⁸ **Guido Raimondi**, Automatic Recognition of Decisions In The Matter of The Status of Persons And Family Law: Two Years' Experience Of The Application of The New Italian Act On Private International Law (s. 28-36), www.ciec1.org/Etudes/ColloqueCIEC/CIECColloqueRaimondi_Ang.pdf, s. 32-33, Erişim 24.05.2017.

⁹³⁹ Bkz. Tüzüğü'nün 26. madde hükmü.

⁹⁴⁰ Bkz. Tüzüğü'nün 24. madde hükmü.

⁹⁴¹ Türk hukukunda, Tüzüğü'nün aradığı tanıma ve tenfiz koşulları arasında farklılıklar bulunmaktadır. Kararı veren üye devlet mahkemesinin yetkisinin Tüzüğe göre inceleme konusu yapılmamasıdır. Oysa MÖHUK 54/b hükmü gereğince, ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girip girmediği veya davalının itirazına bağlı olarak ilamı veren mahkemenin taraflar veya dava konusuyla gerçek bir ilişkisinin bulunup bulunmadığı mahkemece değerlendirilmektedir.

⁹⁴² Bkz. Tüzüğü'nün 21/3 ve 68. madde hükmü.

mahkemelerin görev yönünden yetkisi ise her devletin iç hukuk hükümlerine göre tespit edilmektedir.

Eşlerin boşanmasına, ayrılmasına veya evliliğin hükümsüzlüğüne ilişkin kararlar bakımından kural, doğrudan tanınmaktadır (m. 21). Hiçbir prosedüre, başka bir deyişle, bağımsız bir tanıma davası açılmasına veya görülmekte olan davada tanıma talebinde bulunulmasına gerek olmaksızın, üye devlette verilen boşanma veya evliliğin hükümsüzlüğüne ilişkin kararlarının talep edilen diğer üye devletin medeni hal siciline kaydedilmesi mümkündür. Ancak, ilgililerin bir kararın tanınması veya tanınmaması için mahkemeye başvurma hakkı her zaman mevcuttur (m. 21/3)⁹⁴³.

Tüzük m. 21/4 hükmüne göre, tanımaya konu olan karar, eş zamanlı olarak bir ön meseleye de konu olursa tanıma davasına bakan mehkeme, ön meseleyi de inceleyip hükme bağlayacaktır. Ayrıca Tüzük hükümlerine göre⁹⁴⁴ tanıma şartlarından olan kamu düzeni kriteri, yetki kuralları hakkında uygulanmayacaktır. Bir başka ifade ile mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin kamu düzenine açıkça aykırı olması, tanımaya konu kararı veren üye devlet mahkemesinin yetkisine herhangi bir etki yapmayacaktır.

1. Boşanma, Ayrılık veya Evlenmenin Butlanına İlişkin Verilen Kararların Tanınmasının Reddedileceği Haller

Boşanma, ayrılık ve evliliğin hükümsüzlüğüne ilişkin kararlar bakımından 22. maddede tanımama sebeplerine sınırlı olarak yer verilmiştir. Buna göre, üye devlet mahkemesinin verdiği karar, tanınması talep edilen devletin kamu düzenine açıkça aykırı ise; davalının yokluğunda verilmiş veya dava dilekçesi veya ona muadil başka bir belge, davalıya usulüne uygun olarak ve savunma yapmasına yetecek süre bırakılmaksızın tebliği edilmiş olunmakla birlikte davalının böylesi bir kararı kabul ettiği açıkça anlaşılıyor değil ise; tanınması talep edilen üye devlette aynı taraflar

⁹⁴³ 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi gibi hukuki menfaati bulunan herkese, üye devlet mahkemelerinden verilmiş bir kararın “tanınmasını veya tanınmamasını” talep etme imkânı getirilmiştir. Bununla birlikte, Sözleşme’den farklı olarak, Brüksel IIA Tüzüğü’nün 21. maddesi, tanıma ve tanımama talepleri bakımından Tüzüğün tenfiz başvurularına ilişkin yargılama usulünü düzenleyen hükümlerinin uygulanacağını açıkça düzenlemekte ve bu taleplerde başvurulacak mahkemenin neresi olduğunu da 68. maddesi aracılığı ile önceden belirlemektedir (Brüksel IIA Tüzüğü m. 21/3).

⁹⁴⁴ 24. madde gereğince, Tüzüğün 22 (a) ve 23 (a) maddelerinde bahsi geçen kamu düzenine ilişkin tanıma engeli 3 ile 14. maddelerinde düzenlenen yetki kuralları hakkında uygulanmayacak.

arasında önceden hükme bağlanan bir başka karar ile çelişiyor ise talebi reddedilecektir.

2. Çocuğun Vesayetine İlişkin Verilen Kararların Tanınmasının Reddedileceği Haller

Konumuzla alakalı olarak, çocuğun vesayetine ilişkin verilen kararlarının tanınmasının reddedileceği haller, Tüzüğün 23. maddesine sınırlı olarak sayılmıştır⁹⁴⁵.

İlgili hükme göre, tanıma davasına konu olan karar,

1. Çocuğun üstün yararı da dikkate alındığında, tanıma devletinin kamu düzenine açıkça aykırı olması⁹⁴⁶;

2. İvedi haller hariç olmak üzere, “çocuğun görüşüne başvurulmasına imkanı”⁹⁴⁷ tanınmamış olması ve tanımanın talep edildiği devletin usul hukukunun temel prensiplerinin ihlal edilmesi⁹⁴⁸, veya

3. Davalıya tebligat yapılmaması veya savunmasını yapmaya کافی gelecek bir zaman dilimi içinde yargılamayı haberdar eden dava dilekçesi veya muadil belge gönderilmeksizin yokluğunda karar verilmiş olması

4. Kişinin itiraz etmesi koşuluyla, vesayet sorumluluğunun ihlal edildiğini itiraz olarak ileri süren kişinin ifadesine başvurulmaksızın tesis edilmiş ise,⁹⁴⁹

⁹⁴⁵ Chernogorova, s. 15; Popova, s. 100.

⁹⁴⁶ Aynı düzenleme 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin m. 23/2(d) hükmüm maddesinde görülmektedir. Tüzüğün kamu düzenine aykırılık konusunda ABAD’nın P v. Q kararına bkz. C-455/15, para. 36, Erişim, 01.12.2018.

⁹⁴⁷ Üye Devlet Mahkemeleri Arasında Medeni Hukuk Veya Ticaret Hukuku Meselelerinde Delil Toplanmasına İlişkin İşbirliği Hakkında 28 Mayıs 2001 Tarih ve 1206/2001 (AT) Sayılı Konsey Tüzüğü

⁹⁴⁸ Aynı düzenleme 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin m. 23, f. 2, (b) bendinde görülmekte. Çocuğa dinlenme imkânı tanınmaması Avrupa Birliği Temel Hakları Bildirgesi’nin m. 47’nin (adli yargılama hakkı) ihali sayılır. Ayrıca AİHS ihlali bulunmakta bkz. *Elsholz v. Germany* no. 25735/94 (2000), ECHR 2000-VIII 345, 366-367; *Saviny v. Ukraine* no. 39948/06. Türk hukukunda, “çocuğun üstün ve öncelikli yararı” ilkesi, çocukla ilgili verilecek tüm kararlarda hâkim olmuş bir ilkedir. Bu ilkenin usul hukuku alanında yansımaları ise, ÇHDS’nin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin 3. ve 6. maddesi ile 1980 tarihli Avrupa Velâyet Sözleşmesi’nin 15. maddesinde ifadesini bulan “kendisiyle ilgili konularda, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun dinlenilme hakkı”dır. Ayrıca bkz. C-491/10 PPU, Erişim 12.09.2017.

⁹⁴⁹ Velâyet sorumluluğuyla ilişkin kararlar ebeveynlere ait haklarını ihlal etmiş olabilir, bu durumda AİHS m.8 ihlalini getirir. Bkz. *Sahin v. Germany* no. 30946/96 (2003)3, ECHR 2003-VIII 6, p. 82; *Sommerfeld v. Germany* no. 31871/96, ECHR 2003-VIII 137, p. 152.

5. Tanımanın talep edildiği devlette, vesayet sorumluluğuna ilişkin aynı taraflar arasında görülen sonraki tarihli başka bir karar ile çelişiyor ise,

6. Vesayet altındaki çocuğun mutad meskeninin bulunduğu diğer bir üye devlet mahkemesinin verdiği veya üçüncü bir devlet mahkemesi tarafından vesayet sorumluluğuna ilişkin sonradan verilen ve tanımanın talep edildiği üye devlette tanıma için aranan bütün şartları taşıyan diğer bir karar ile çelişiyor ise,

7. Tüzüğün 56. maddesinin⁹⁵⁰ öngördüğü usule riayet edilmeksizin, tanımanın talep edildiği üye ülkedeki merkezi otoritenin onayı alınmaksızın çocuğun bir bakım kurumu ya da aile yanına yerleştirilmesi halinde, tanıma talebi reddedilecektir.

Tanımanın reddi sebepleri madde hükmünde açıkça sayılmış olup bu sebeplerden biri gerçekleştiğinde üye devlet mahkemesi tanımayı reddetmek zorundadır. Bir başka deyişle, tanıma hususu üye devletin insiyatifine bırakılmamıştır⁹⁵¹.

Ayrıca, kararın esastan incelenmesi yasağı kabul edilmiştir (m. 26). Hâkimin maddi veya hukuki bir hata yapıp yapmadığı incelenemez. Usule ilişkin hatalar, 23. maddede belirtilen savunmalarla incelenebilir⁹⁵².

Çocuğun üstün yararı nedeniyle 8. ve 14. maddeler uyarınca, vesayete ilişkin anlaşmalar mahkemece yeniden incelenebilir⁹⁵³.

Vesayete ilişkin kararlar bakımından çocuğun üstün yararının ve ilgililerin hukuki dinlenilme hakkının dikkate alınarak, kamu düzeni kapsamı çerçevesinde değerlendirilebilecek özel tanıma engellerinin kabul edilmesi isabetlidir⁹⁵⁴.

⁹⁵⁰ Üye devletlerden en çok Almanya'da bu madde hükmü uygulanmakta, Bulgaristan'da 56. madde hükmünün uygulanmasına daha rastlanmamıştır. Ayrıca çocuğun bir bakım kurumu ya da aile yanına yerleşirmişse ilişkin Tüzüğün değişikliği için Önerisinde özel kurallar ve usul düzenlenmekte. Bunlar gönderen ve kabul eden üye devletin rızaları, evrakların düzenlenmesinde özel usul, tercüme şartı, tüm talepler merkezi makama talep edilmesi ve 8 hafta içerisinde yerleştirilecek çocuk için üye devletin karar alması. Bkz. Tüzüğün 56. madde hükmü, Öneri'de 65. madde hükmü olarak düzenlenmiş.

⁹⁵¹ **Giray**, Brüksel II bis Tüzüğü, s. 293.

⁹⁵² **Popova**, s. 100.

⁹⁵³ **Cheshire, North&Fawcett**, Private International Law, Ed. James Fawcett, Janeen M.Carruthers, Sir Peter North, 14th Edition, Oxford University Press, Oxford 2008, s.1097-1101).

⁹⁵⁴ **Ceyda Süral**, Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel IIA Tüzüğü (AT 2201/2003), Avrupa

Vesayet sorumluluğundan doğan kararların tanınması için kararın kesinleşmiş olması aranan bir şart değildir. Karar, verildiği üye devlette kesinleşmemiş olsa dahi, diğer üye devlet mahkemesinde tanınabilecektir. Bu anlayış, Tüzüğün 23. maddesinden anlaşılmaktadır. Tüzüğün 35/1 hükmüne istinaden, kararın verildiği üye devlet mahkemesinde şayet karar aleyhine kanun yollarına başvurulmuş ise, tenfiz kararı aleyhine açılan temyiz davasına bakan mahkemenin takdirine bağlı olarak yargılama bekletilebilecektir.

C. Brüksel IIA Tüzüğü Kapsamında Çocuğun Vesayetine İlişkin Mahkeme Kararlarının Tenfizi

Tüzüğün 28 ile 36. madde hükümleri, vesayet sorumluluğundan doğan mahkeme kararlarının tenfizini düzenlemektedir. Tüzük hükümlerine göre, tenfiz başvurusu, tenfiz talebinin yapıldığı ülkenin usul hukukuna uygun olmalıdır (m. 30)⁹⁵⁵.

Tenfiz talebini değerlendiren mahkeme, bu kararı ivedi bir şekilde vermelidir. Sürecin hızlı işlemesi için çocuğun veya aleyhine tenfiz istenen kişinin beyanına başvurulmasına gerek bile görülmemiştir⁹⁵⁶.

Vesayet sorumluluğuna ilişkin bir karar, bir üye devlette icra edilebilir nitelikte olan ve taraflara tebliğ de edilmişse, diğer bir üye devlette de ilgili taraflardan birinin talebi doğrultusunda icra edilebilecektir⁹⁵⁷.

Tüzük, kararların kısmi tenfizine de olanak tanımaktadır. Şayet mahkeme kararı birden fazla konuya ilişkin verilmiş olmakla birlikte, mahkeme bunların tamamı hakkında tenfiz kararı vermeye yetkili değilse, tenfizi talep edilen kararların bir veya daha fazlası hakkında tenfiz kararı verebilecektir⁹⁵⁸. Bu nedenle başvuruda bulunulurken kararın kısmen tenfizi talep edilebilir.

Vesayete ilişkin kararların icrası için ise tenfiz kararı gerekmektedir (m. 28/f.1). Tenfiz bakımından, tanımda da olduğu gibi kararın kesinleşmiş olması

Birliği Devletler Özel Hukuku, Ed. Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi 2016, s. 243.

⁹⁵⁵ Bkz. Tüzüğün 30. madde hükmü.

⁹⁵⁶ Bkz. Tüzüğün 31. madde hükmü.

⁹⁵⁷ Bkz. Tüzüğün 28/2 madde hükmü.

⁹⁵⁸ Bkz. Tüzüğün 36. madde hükmü.

aranmamaktadır⁹⁵⁹. Tenfiz talebi ancak yukarıda belirtilen tanıma engellerinin varlığı halinde reddedilebilir (m. 31/2). Tenfiz talebi kendisine karşı tenfiz talebinde bulunana tebliğ edilmez ve kararı verecek mahkeme onu dinlemez (m. 31/1). İçeriği tetkik yasağı tenfiz talepleri bakımından da geçerlidir (m. 31/3). Ancak tenfiz kararına karşı kanun yolu açıktır (m. 33/1). Tüzükte, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı veren kararlar ile haksız olarak yeri değiştirilen çocuğun iadesine ilişkin bazı kararlar özel bir rejime tabidir. Karar, verildiği ülkeden alınmış bir belge (*certificat*) ile diğer AB ülkelerinde hiçbir usul izlenmeden (tenfiz kararı alınmasına gerek olmaksızın) icra edilebilecek ve tanınmalarına itiraz edilme imkanı olmadan (m. 41/1) doğrudan tanınabilecektir⁹⁶⁰. Ayrıca çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına ve kaçırma halinde çocuğun iadesine ilişkin hükümler bulunmaktadır (Tüzük m. 41-42).

Ancak uygulamada, çocuğun iadesine ilişkin kararların çocuğun itirazları ya da iadenin çocuğa zarar vereceği anlaşılması nedeniyle uygulanmadıkları görülmektedir⁹⁶¹.

Tenfiz talebinde bulunma usulü, tenfiz talebinin yapıldığı üye ülkenin hukukuna tabidir⁹⁶². Tenfiz başvurusunda bulunan kişi, tebligatın yapılabilmesi için, talepte bulunulan mahkemenin yetki alanına giren bir yerde adres göstermek zorundadır. Ancak tenfiz talebinde bulunulan üye devlet hukuku adres göstermesini şart koşmuyor ise; talepte bulunan kişi, dava için bir temsilci tayin eder. Söz konusu başvuruya 37 ve 39. maddelerinde belirtilen belgeler de eklenir⁹⁶³.

Yapılan başvuru üzerine, tenfiz mahkemesi gecikmeksizin hükmünü tesis eder. Bu aşamada ne aleyhine tenfiz talep edilen kişinin ne de çocuğun mahkemeye

⁹⁵⁹ **Süral**, s. 160, 162.

⁹⁶⁰ Popova, **a.g.e.**, s. 106.

⁹⁶¹ **Cheshire, North&Fawcett**, s. 1117-1122; **Peter McEleavy**, Brussel II Bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition, International And Comparative Law Quarterly, Volume 53, April 2004 (pp.503-512), British Institute of International and Comparative Law, London 2004, s. 511-512; **Süral**, s. 165-168).

⁹⁶² Bkz. Tüzüğün 30. madde hükmü.

⁹⁶³ Karar, kendisine karşı tanıma talep edilen tarafın yokluğunda verilmiş ise tanıma mahkemesine, dava dilekçesi veya bu nitelikte bir başka belgenin yokluğunda karar verilen tarafa tebliğ edildiğini gösteren deliller veya yokluğunda karar verilen tarafın kararı kabul ettiğini açıkça gösteren herhangi bir belgenin de sunulması gerekmektedir. Bu düzenleme ile kendisine karşı tanıma talep edilen tarafın savunma hakkının korunması amaçlanmaktadır. Kendisine karşı tanıma talep edilen taraf, aile hukukuyla ilgili meseleler hakkında kendisini mahkeme önünde savunma imkanı bulamamış ise söz konusu karar Avrupa Birliği'ne üye devletlerde kendiliğinden tanınma ayrıcalığından yararlanamaz. Bkz. Tüzüğün 37/2. madde hükmü.

yeni bir delil veya belge sunma imkanı yoktur. Yapılan tenfiz başvurusu ancak 22, 23 ve 24. madde hükümlerinde sayılan gerekçelerle reddedilebilecektir.

Görülmektedir ki, Tüzük, çocuğun vesayetine ilişkin kararların tanınması ve tenfizi koşullarını aynı şekilde düzenlemiştir. Tüzüğe göre tanıma ve tenfiz konusundaki tek farklılık mahkemelerin görev ve yetkisinin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Onun dışında aranan şartlar bire bir aynıdır. Tıpkı tanımada olduğu gibi tenfiz mahkemesi de, kararı esastan inceleyemez⁹⁶⁴ ve tenfize konu olan kararı veren mahkemesinin yetkisini denetleyemez.



⁹⁶⁴ Bkz. Tüzüğün 31/3 madde hükmü.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Yurtdışında bulunan Türkiye'nin Büyükelçiliklerine ve Başkonsolosluklarına, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 5/h ve 37'nci maddelerinde kayıtlı hükümler doğrultusunda görev çevrelerindeki devlet makamları tarafından vesayet altına alınan Türk kökenli çocuklarla ilgili olarak bildirimde bulunulmamaktadır. Bu itibarla, yabancı devletteki Gençlik Dairelerinin uygulamaları nedeniyle sorun yaşayan Türk kökenli ailelerden, ancak yurtdışında bulunan Türk Başkonsoloslukların başvurmaları halinde haberdar olunabilmektedir.

Zira bu bildirim müdahaleyi gerçekleştiren Alman makamlarınca otomatik olarak yapılmamaktadır. Bunun temel sebebi, Alman Vatandaşlık Kanunu'na göre 2000 yılından sonra Almanya'da doğmuş Türk çocukların büyük bir kısmının seçim hakkına tabi olarak hem Alman hem de Türk vatandaşı olmalarıdır. Sonradan seçim yapma yükümlülüğünde olmalarına karşın, en az 18 yaşına kadar çifte vatandaş durumundaki bu çocuklar, Alman kanunlarına göre Almanya'da Alman vatandaşı olarak kabul edilmektedirler. Bu durumda da, Alman makamları, vesayet altına alınması söz konusu olan çifte vatandaşlığı haiz bu çocukların, Alman vatandaşlığını esas alarak, Türk Başkonsolosluklarına bildirmemektedirler.

Ancak, aileler Türk Başkonsolosluklarına başvurmuşlar ise; vakit geçirilmeksizin sürece dâhil olunarak ailelere yardımcı olunmaktadır. Vesayet altına alınan Türk kökenli çocukların durumlarından haberdar olmak için Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi hükümleri gereğince Alman makamlarının Büyükelçiliğimize ve Başkonsolosluklarımıza çocuklarımız hakkında gerekli bildirimleri yapmaları hususunda gerekli tedbirlerin alınması büyük önem arz etmektedir.

Tezde, çocuğun vesayetine ilişkin detaylı olarak incelediğimiz 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi ile 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin uygulamada karşılaştığımız problemler ise şunlardır:

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin uygulanması, devlet mahkemeleri arasında yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasına yol açarak bir çok soruna neden olmuştur. Bu Sözleşmeye göre, çocuğun şahsı ve mallarını korumak için gerekli önlemleri almakla yetkili makamlar, çocuğun mutad meskeni devletinin ilgili

makamları ve mahkemeleridir. Bu makamlar, ilke olarak çocuğun vatandaşı olduğu devlet hukukunun gözönünde bulunduracak, ancak kendi iç hukuklarını uygulayacaktır.

Bu gibi uyuşmazlıkların en sık yaşandığı Almanya örneğinden yola çıkacak olursak, Türk çocukları hakkında koruma tedbirlerinin alınması durumunda veya velâyetin nez'ini gerektiren durumlarda, bakıcı aile olarak Türk ailelerinin seçilmesi ve çocukların bakım ve gözetimlerinin, Alman aileleri tarafından değil, Türk ailelerince üstlenilmesi faydalı olacaktır. Zira çocukların kendi kültür çevresinde yetişmesi daha yararlı olacaktır. Bu konuda, Türkiye Başkonsoloslukları ve diğer temsilciliklerin üzerine büyük görev düşmelidir. Zira uzun yıllar Almanya'da yaşamış, buradaki kültüre ve yaşama da uyum sağlamış Türk ailelerinin bulunmasında, Alman makam ve mahkemelerine, en iyi Konsolosluklar ve diğer temsilcilikler yardımcı olabilir. Bu önemli görevin yerine getirilmesi için gerekli araştırmaların yapılarak, uygun ailelerin listelerinin önceden düzenlenmesinde büyük fayda vardır.

Almanya'da çocukların yerleştirildikleri yurtlar, genelde devlet eliyle kurulmuş vakıflar tarafından yapılan yurtlardır. Almanya'da yaşayan Türk vatandaşları da bu tür vakıflar kurarak, Türk çocuklarının bakım ve gözetiminin üstlenilmesini sağlayabilirler.

Çocuğun Türkiye'deki bir kurum veya aile yanına yerleştirilmesi gereken durumlarda ise, bu görev doğrudan doğruya Türkiye Cumhuriyeti Devletine düşmektedir.

Nitekim Anayasa m. 41 ve 42'ye göre, Devletin asli görevleri arasında küçüklerin korunması yer almaktadır. Bu alanda Türkiye'de günümüzün ihtiyaçlarına cevap veren çok önemli düzenlemeler yapılmıştır. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun çerçevesinde yurt düzeyinde her il ve ilçede kreş, çocuk yuvaları, gündüz bakımevleri, yetiştirme yurtları, bakım ve rehabilitasyon merkezleri kurulmuştur. Kurum, uygun bulması halinde, küçüklerin yetiştirilmesi amacıyla bakıcı aileler görevlendirebilir. Merkezi makamlar arasında sağlıklı bir işbirliği kurulması durumunda, somut olaydaki şartlara göre küçüğün Türkiye'de bulunan aile veya kurum yanına yerleştirilmesi mümkün olacaktır. Keza Kanunun 4. maddesinin (m) bendi bu imkânı Kuruma vermektedir.

Çocukların korunması büyük önem arz ettiği için, bu konuda yapılan değişiklikler son yıllarda hız kazanmıştır. Çocukları ileri düzeyde koruyan hükümler içeren sözleşmelerin hazırlanması, hemen hemen bütün uluslararası kurum ve kuruluşların bu konu üzerine duyarlılıkla eğilmesinin bir sonucudur.

Sözleşmelerde çocuklara tanınan hakların tümü, yabancı ülkelerde yaşayan Türk çocukları için de uygulama alanı bulur. Türk çocukları, bu sözleşmelere dayanarak bulundukları yabancı ülke makam ve mahkemeleri önünde taleplerini ileri sürebilirler. Eğer haksızlık bu yolla ortadan kaldırılmazsa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilirler. Bu başvuruların yapılabilmesi için Türk vatandaşlarının bilinçlendirilmesi gerekir.

Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi Sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmelerin işleyişini takip etmek ve gerektiğinde yönlendirmek amacıyla, izleme komiteleri kurulmuştur. Sözleşmeye taraf Devletler, söz konusu işleyiş hakkında periyodik raporlar sunmakla yükümlüdür. Bahsi geçen komitelerin amacı, bu raporlar üzerine veya kendi girişimleriyle, üye devletlerde sözleşmelerin amacına uygun olarak, yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlamak için çaba göstermektir. Türk çocukları açısından, Sözleşmelerin uygulanmasında sorunların çıkması durumunda komitelerin dikkati çekilebilir ve ilgili devletler uyarılabilir. Gerekli etkinin sağlanabilmesi için, sözleşmelerin uygulanmasının ve Türkiye raporlarının sonuçlarının izlenebilmesi için Dışişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı'nın görevlendirdiği kurumların etkin rol alması gerekir.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle birlikte, MÖHUK'te düzenlenen vesayete ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları ile Sözleşme'de düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları arasında farklılıklar olduğundan Türk milletlerarası özel hukukunda vesayete uygulanacak hukukta "ikili" bir sistemin doğmasına sebep olmuştur. Çocuğun vesayetinin sona ermesine ve kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlık hakkında, Sözleşme uygulama alanı bulacağından, MÖHUK'un 10. madde hükmü artık dikkate alınmayacaktır. Buna karşılık, çocuğun vesayetinin tesisine ve kurulmasına ilişkin talepler hakkında MÖHUK'un 10. maddesi uygulanmaya devam edecektir.

Sözleşme'nin uygulandığı çocuk adına çocuğun malları hakkında yapılmış bir tasarruf işleminin, işlemi yapan vasinin çocuğu temsil yetkisinin bulunmaması sebebiyle iptali davalarında, işlem güvenliği prensibi uygulanacak, Sözleşme'nin uygulanmadığı durumlarda ise MÖHUK m. 9/2 uyarınca işlem güvenliği prensibi uygulanmayacaktır. Milletlerarası sözleşmeler ile düzenlenmiş tüm meselelerde, aynı konuda farklı hükümler içeren birbirine paralel düzenlemeler ortaya çıkmaktadır. Ancak, 1996 tarihli Sözleşme'deki kanunlar ihtilafı kuralları ile MÖHUK'ta aynı konulara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukukun tespitine etki eden her alanda birbirinden bu kadar farklı olması, uygulamada zorluklara ve karışıklıklara sebebiyet verecektir. Bu itibarla, çocuğun vesayetine ilişkin meselelere uygulanacak hukukta çocuğun şahsi statüsünü esas almayan “parçalı” bir sistem öngörmesi sebebiyle zaten eleştirilen MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının bir an önce değiştirilmesi ve uyumlaştırılması gerektiği kanaatindeyiz.

MÖHUK'un genel düzenlemesine baktığımızda milli hukukun tercih edildiği açıktır. Ancak çocuk gibi bağımsız bir iradeye sahip olmayan kişiler açısından milli hukukun tercih edilmesi her zaman uygun olmayabilir. Yetişkin bir kişi, tâbi olacağı hukuku çeşitli araçlarla değiştirme şansına sahip iken, çocuk bu olanaktan yoksundur. Diğer taraftan devletlerin genel eğilimi, ülkede bulunan çocuklara mutad mesken veya *lex fori* bağlanma noktalarını uygulayarak, kendi hukukuna tâbi kılmaktır. Aslında bu düzenleme yerindedir. Çünkü bir çocuğun korunması ve onun hakkında sağlıklı karar verilmesi bakımından en uygun hukuk, çocuğun fiilen bulunduğu ve yaşadığı devletin hukukudur. Ayrıca yabancı ülke hukukuna göre alınmış kararların iç hukuk düzenleriyle bağdaşmama olasılığı, çocuğun korunması bakımından istenen sonuçlara ulaşılmasını da engelleyebilecektir.

Bu bakımdan, Türk mahkemelerin yurt dışında yaşayan Türk çocuklarının vesayetine ilişkin olarak Türk Hukukunu uygulamak suretiyle verecekleri kararlar, yabancı ülkelerde⁹⁶⁵ bir etki doğurmayacaktır. 1996 tarihli Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra çocuk üzerinde vesayetin kurulmasına uygulanacak hukuk ile sona erdirilmesine uygulanacak hukuklar arasında farklılığın ortaya çıkacak olması çocuk

⁹⁶⁵ Şu da gözden kaçırılmamalıdır ki, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesini tadil eden 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi bağlanma noktası olarak çocuğun mutad mesken hukukunu kabul etmiştir. Bu anlamda Türkiye bu Sözleşmeye sadece çocuğun Türkiye'de bulunan malları bakımından Türk hukukunu uygulama yönünde bir çekince koymuştur.

bakımından arzu edilen bir durum değildir. İfade etmiş olduğumuz bu sakıncalara vatandaşlık bağlanma noktası için getirilmiş olan eleştiriler⁹⁶⁶ de eklendiğinde vesayete ilişkin yabancı unsurlu olaylarda en uygun bağlanma noktası olarak karşımıza “çocuğun mutad mesken hukuku” çıkmaktadır.

Ancak milli hukuk ve mutad mesken hukuku arasında yapılacak seçimde, devletin hukuk politikası da önemli bir yer tutar. Türkiye gibi göç veren ülkelerde, yurt dışında yaşayan çocukları ülkeye bağlamak açısından milli hukukun uygulanması makul karşılanmalıdır. Sonuç olarak yapılacak tercihte olması gereken hukuk ile devlet politikası arasında yapılacak seçim belirleyici rol oynayacaktır.

Göç veren ülkeler, milli hukuku, göç alan ülkeler ise mutad mesken hukukunu uygulamayı tercih etmektedir. Türkiye’nin bu durumun neresinde olduğu her ne kadar tartışmalı olsa da, çocuğun üstün yararı dikkate alınarak mutad mesken hukukunu uygulamak, çocuğun üstün menfaati gereği daha uygun olacaktır.

Kanaatimizce MÖHUK’un 10. maddesine ÇOCUĞUN vesayeti konusunda özel bir düzenleme eklenmesi gereklidir.

Bu düzenleme şu şekilde yapılabilir.

Vesayet, kısıtlılık ve kayyım

MADDE 10 – (1) Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir.

(2) Çocuğun vesayetine ilişkin kararların verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen **çocuğun mutad mesken hukukuna tabidir.**

(3) Yabancıнын millî hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye’de ise Türk hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır.

⁹⁶⁶ Herkesin tek bir vatandaşlığı olmayabilir (çifte vatandaşlık ve vatansızlık hali). Diğer taraftan kişinin bir vatandaşlığı olsa bile kişi sığınmacı olabilir ve o kişiye kaçmak için hayatını tehlikeye attığı bir ülkenin hukukunu uygulamak adalet kavramıyla bağdaşmaz. Nitekim 1996 tarihli La Sözleşmesi’nin 6. maddesi gereğince mülteci ve sığınmacı konumundaki çocuklar için gerekli koruma tedbirleri alma konusunda çocuğun bulunduğu devletin adli ve idari makamları yetkilendirilmiştir.

(4) Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesayet ilişkin hususlar ve kayyımlik Türk hukukuna tâbidir.



KAYNAKÇA

- AKÇADAĞ EMRE Hatice
Vesayet Hukukunda Çocuğun Korunması
Ankara, 1997 Ankara Üniversitesi
(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- AKINCI Ziya, DEMİR GÖKYAYLA Cemile
Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık,
İstanbul 2010
- AKINCI Ziya
Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Milletlerarası Derdestlik, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002
- AKINTÜRK Turgut, DERYA Ateş
Türk Medeni Hukuku, Cilt II., Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış 19. Bası, Beta Yayınları, Ankara 2016
- AKİPEK Jale, AKINTÜRK Turgut, DERYA Ateş
Türk Medeni Hukuku, Kişiler Hukuku, C.1, 13. Bası, İstanbul 2016
- AKKAYA Hacer
Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Ankara 1973
- AKYÜZ Emine
Çocuk Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012
- AKYÜZ Emine
Velâyet, Çocuğun Korunması ve Koruyucu Aile Hizmetleri, Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, Ankara 2008
- ALANGOYA Yavuz, YILDIRIM Kamil, YILDIRIM Nevhis Deren
Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta, 7. Bası, İstanbul 2009
- ARDINÇ Oğuzhan
Medeni Hukuk, 3. Bası, Ankara 2004
- ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, Taşpınar Ayvaz Sema
Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016
- AUDIT Bernard
Droit International Prive, 3. Ed., Paris 2000
- AYBAY Rona, DARDAĞAN Esra
Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008
- AYGÜL Musa
Yabancı Mahkelelerden Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi), **MHB**, C. 31, S. 2, T. 2011
- AYGÜL Musa
Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi (421-527), AÜHFD, C. 21, S. 1-4, Ankara 1964
- BEAMONT Paul, HOLLİDAY Jayne
“Recent Developments on The Meaning of “Habitual Residence” in Alleged Child Abduction Cases”

BELGESAY Mustafa Reşit	Türk Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, C. II, İstanbul 1952
BERKİ Şakir	Medeni Hukuk,Umumi Esaslar Şahıs Ve Aile Hukuku, Ankara 1961
CHERNOGOROVA Lestalina	Recognition and Enforcement of Decisions Conserving Custody of Children. Compararive Legal Analysis of İnternational Multilateral and Bilateral Legal Instruments in This Sphere, Sofia 2008
COLLIER John Greenwood	Conflict of Laws, Cambridge, 1988
ÇAVUŞOĞLU UYANIK Ayfer	Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta, İstanbul 2006
ÇAVUŞOĞLU UYANIK Ayfer	Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları, Prof. Dr. Ata Sakmar, Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul
ÇELİKEL Aysel	Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, İstanbul 1963
ÇELİKEL Aysel	Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları, MHB, Y. 2, S. 2, İstanbul, 1982
ÇELİKEL Aysel, ERDEM B. Bahadır	Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, Beta, İstanbul 2017
ÇELİKEL Aysel, ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli	Yabancılar Hukuku, 24. Bası, Beta, İstanbul 2018
ÇELİKEL Aysel, ŞANLI Cemal, ÖZTEKİN Günseli, ERDEM Bahadır, ATAMAN İnci, GİRAY F. Kerem	Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, C. I, Beta, İstanbul, 2005
ÇELİKEL Aysel, ŞANLI Cemal, ÖZTEKİN Günseli, ERDEM Bahadır, ATAMAN İnci, GİRAY F. Kerem	Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, C. II, Beta, İstanbul, 2005
ÇİÇEKLİ Bülent	Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, ABD, 2004/1
ÇİÇEKLİ Bülent	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargutay Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014
ÇÖRTOĞLU KOCA Sema	Evliliğe ve Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel IIA Tüzüğü (AT 2201/2003), Avrupa Birliği

DEHMEN TAN Mine	Devletler Özel Hukuku , Adalet Yayınevi, Ankara, 2016
DEMİR GÖKYAYLA Cemile	Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı, MHB , Yıl 33, Sayı 1, 2013
DEMİR GÖKYAYLA Cemile	Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi , Ata Sakmar'a Armağan 2011/1
DEMİR GÖKYAYLA Cemile	Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfi zinde Kamu Düzeni , Ankara 2001
DEMİRKOL Özüm	Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklık Esası , 1. Bası, İstanbul 2017
DOĞAN İzzet,	Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku , Seçkin, Ankara, 2010
DOĞAN Vahit	Türk Hukukunda Yabancı Derdestlik ", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2003
DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan, GÜMÜŞ Mustafa Alper	Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku , 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016
DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan	Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku , 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015
DUTTA A., Schulz Chulz A.	First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels II a Regulation From C to Health Service Executive , Journal of Private International Law, Vol. 10, No. 1, April 2014
EGGER August	Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku 3. Kısım, Vesayet, Türk Medeni Kanunu Md. 346-438 (Türkçeye Çeviren: Volf Çernis) Ankara, 1952
EKŞİ Nuray	Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi , 2. Bası, İstanbul 2000
EKŞİ Nuray	Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi, İBD , 2014
EKŞİ Nuray	Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku , 2. Bası, İstanbul 2014

EKŞİ Nuray	Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi , Beta, İstanbul 2013
EKŞİ Nuray	5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları , İstanbul 2010
ERTÜRK Fatih	Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesayetin Sona Ermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE. , Ankara, 2010
ESEN Emre	Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı, MHB , Y. 22 S. 2/2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan
ESEN Emre	Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi, MHB , C. 27, S. 1-2, T. 2007
FEYZİOĞLU Feyzi Necmettin, DOĞANAY Ümit, AYBAY Aydın	Medeni Hukuk Dersleri , İstanbul 1976
FEYZİOĞLU Feyzi Necmettin	Aile Hukuku , Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1979
GENÇCAN Ömer Uğur	Vesayet Hukuku , Yetkin Yayınları, Ankara, 2009
GENÇCAN Ömer Uğur	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama İçtihatlar – İlgili Mevzuat, Madde 185-530, C. II , Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007
GENÇCAN Ömer Uğur	Vasi-Kayyım-Yasal Danışman ve Vesayet Daireleri, Yargıtay Uygulaması, Bilimsel Açıklama , Yetkin Yayınları, Ankara 2015
GİRAY Faruk Kerem	Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Ahknonan Çocukların İadesi , Beta, İstanbul, 2010
GİRAY Faruk Kerem	Tanım ve Tenfiz, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku , Ed. Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016
GÖKTÜRK H. Avni	Türk Medeni Hukuku, İkinci Kitap, Aile Hukuku , Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Tamamlanmış 3. Bası, Ankara 1955

GÖNENSAY A. Samim	Türk Medeni Hukuku , C. II Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1940
GÜNEŞ CEYLAN Seldağ,	Roma Hukukundan Günümüze Velâyet - Vesayet Hukuku , Yetkin Yayınları, Ankara, 2004
HADİMOĞLU ÖZBERK Nimet	Yeni Brüksel (II) Tüzüğü Üzerine Bir İnceleme , Prof. Dr. İlhan Unat'a Armağan, Ankara 2012
HATEMİ Hüseyin, SEROZAN Rona	Aile Hukuku , İstanbul 1993
HELVACI Serap	Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan , Beta Yayınevi, İstanbul, 2001
HUYSAL Burak	Devletler Özel Hukukunda Velâyet , İstanbul 2005
İNCELMurat	Roma ve Türk Hukukunda Vesayet , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE., Ankara, 2009
KARATAŞ ULUSU Ayşe Elif	Velâyet sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanima, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi, MHB , Cilt: 37, Sayı: 2, 911-1003
KAYRAN Belma	Türk Medeni Kanununda Vesayet Hukuku , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, SÜSBE., Konya, 2012
KILIÇOĞULU Ahmet M	Aile Hukuku , Ankara 2015
KOÇ Nevzat	Türk Medeni Kanundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD. , C. 7, Özel Sayı 2005, İzmir, s. 99-120
KÖPRÜLÜ Bülent, KANETİ Selim	Aile Hukuku , Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul 1989
KURU Baki	Nizasız Kaza , Ankara 1961
KURU Baki	İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku , Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2018
LAGARDE Paule	Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection , Proceedings of the Eighteenth Session (1996), Tome II, Protection of children, HCCH Publications, 1998
LAMENT Ruth	Habitual Residence and Brussels II bis: Developing Concepts for European Private

	International Law , Journal of Private International Law, October 2007, Vol. III, No 2
LENAERTS Koe	The Best Interests of the Child Always Come First: The Brussels II Bis Regulation and the European court of justice
LOWE Nigel, EVERALL Mark QC, İCHOLLS Michael	International Movement of Children , Family Law-2004
MAGNUS Ulrich, MANKOWSKI Peter, W. Pintens	Brussels II bis Regulation , Munich 2012
NATOV Nikolay	Brussels II bis Regulation , Sofia, Ciela Yayınevi, 2014
NENOVA Lilyana	Aile Hukuku , Sofi-R Yayıncılık, Sofia 2010
NOMER Ergin	Devletler Hususi Hukuku , 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017
NOMER Ergin	Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı , Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2001
O'BIEN John	Conflict of laws , 2. Edition, London 1999
OĞUZMAN M. Kemal, DURAL Mustafa	Aile Hukuku , Filiz Kitabevi, İstanbul 1998
OĞUZMAN M. Kemal, SELİÇİ Özer, OKTAY-ÖZDEMİR Saibe	Kişiler Hukuku , Filiz Kitabevi, 14. Bası, İstanbul 2014
ÖZKAN Işıl	Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi , 1. Bası, Ankara, 2003
ÖZMEN İsmail	Uygulamalı Açıklamalı İctihatlı Vesayet Hukuku Davaları , Ankara 2004
ÖZTAN Bilge	Aile Hukuku , Turhan Kitabevi, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015
ÖZTAN Bilge	Medeni Hukuk'un Temel Kavramları , Turhan Kitabevi, 42. Bası, Ankara 2017
ÖZTEKİN GELGEL Günseli	Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi , Y4, S.8, Güz 2005/2
ÖZTEKİN GELGEL Günseli	Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler/ Ders notları , İstanbul, 2012

ÖZTEKİN GELGEL Günseli

Türk Devletler Özel Hukukunda Velâyet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler, **MHB**, C. 35, S. 2

ÖZEKES Muhammet, USUL Pekcanıtez

Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017

ÖZUĞUR Ali İhsan

Kişî Hukuku - Velâyet - Vesayet - Soybağı - Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara 2016.

PALAMUT Mehmet E.

Medeni Hukuk, İstanbul 2011

PATAUT Etienne

“International Jurisdiction and Third States: A View From The EC In Family Matters”, The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters, edited by Alberto Malatesta, Stefania Bariatti, Fausto Pocar, Italy 2008, s. 135

PEKCANİTES Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet

Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Bası, Ankara 2017

PETROV Milen

For Some Practical Aspects of the Implementation of Regulation (EC) № 2201/2003 from the Bulgarian Courts, University of Ruse, Y. 2014

PİNTENS Walter

Brussels II bis Regulation, European commentaries on private international law, edited by Ulrich Magnus and Peter Mankovski, Sellier European Law Publishers, Munich 2017

POPOVA Valentina

Current Problems of the European Civil Process and Part Seven of Bulgarian Code of Civil Prosedure, Ciela Yayınevi, Sofia 2011

PRIBETIC, Antonin I

“Strangers in a Strange Land” – Transnational Litigation, Foreign Judgment Recognition, and Enforcement in Ontario, J. Transnational Law & Policy, 2004, Vol. 13:2

RAUSCHER Thomas

“Parental Responsibility Cases under the New Concil Regulation “Brussels IIA”, The European Legal Forum, 1-2005

RUHİ, Ahmet Cemal

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Gerekçeli-Kısa Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı), 4. Bası, Ankara, 2014

SAKMAR, Atâ

Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları (Doçentlik Tezi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbası, İstanbul, 1982

SAYMEN Ferit Hakkı, ELBİR Halid
Kemal

SCHWARZ Andreas B.

SEROZAN Rona

SİEHR Kurt

STANCHEVA-MİNČEVA Vesela

ŞANLI Cemal

ŞANLI Cemal, ESEN Emre, ATAMAN
FİGANMEŞE İnci

ŞENER Esat

ŞENSÖZ MALKOÇ Ebru

TAŞTEKİL Sevdâ

TEKİNALP Gülören, ÇAVUŞOĞLU
UYANIK Ayfer

TEKİNAY Selahattin Sulhi

TİRYAKİOĞLU Bilgin

TİRYAKİOĞLU Bilgin

TİRYAKİOĞLU Bilgin

Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. III, 2.
Bası. İstanbul 1960

Aile Hukuku (Çev: Bülent Davran) 2. Bası
İ.Ü.H.F, İstanbul 1946

Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat
Yayınevi, 2005

**General Problems of Private International
Law in Modern Codifications**, Yearbook of
Private International Law, Ed. Petar Sarcevic,
Paul Volken, Andrea Bonomi

**Comment on the Bulgarian Private
International Law Code**, Sibi, Sofia 2010

**Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve
Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6. Bası, Beta
Yayınevi, İstanbul 2016

Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Vedat
Kitapçılık, İstanbul 2019

Vesayet ve Velâyet Hukuku, Seçkin Yayınevi,
Ankara 1996

**Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların
Tanınması**, Onikilevha, İstanbul 2017

Korunmaya Muhtaç Çocuklara Yönelik Bakım
Yöntemleri, **Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi
ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 7(1), 1989

Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları,
11. Bası, İstanbul 2016

Türk Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve
Genişletilmiş 3. Bası, İ.Ü.H.F 1990

**Çocukların Korunmasına İlişkin
Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuk**,
Ankara 2000

**Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin
Kurallar**, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma
Kurumu Başkanlığı, Ankara 1991

**Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların
Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında
Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve
Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme (La Haye
19 Ekim 1996)**, İstanbul, 1999

TİRYAKİOĞLU Bilgin	Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davâlarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan , Ankara 2012
ULUOCAK Nihal	Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri , Filiz Kitabevi, İstanbul 1989
ULUOCAK Nihal	Çocukların Korunması Hakkında Öntasarının Değerlendirilmesi, MHB , Yıl 16, S. 1-2, 1996
ULUOCAK Nihal	Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları) , Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971
ULUOCAK Nihal	Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi, MHB , Yıl 16, S. 1-2, 1996
USLU Feyzullah	Vesayet: Prensipler-Doktrin-Kazai İctihat , İzmir 1941
ÜNAL Şeref	Almanya Federal Cumhuriyeti Mahkemelerin Küçüklerin Korunması Hakkındaki 5 Ekim 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme , AD, Y.78, Mart-Nisan, S. 2, 1987
ÜNAL Şeref	"Velâyetin Nez'i" , YD, C. 17, S. 1-2, Ocak-Nisan 1991
YAVUZ Cevdet, ERLÜLE Fulya, TOPUZ Murat	Türk Medeni Hukuku , 3. Bası, Seçkim Yayıncılık, 2017
YAVUZ Cevdet, ERLÜLE Fulya, TOPUZ Murat	Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği) , Beta, 2017
YETİK Nurten	Nüfus, Velâyet, Vesayet, Nafaka , Bilge Yayınevi, Ankara, 2007
ZEVKLİLER Aydın, HAVUTÇU Ayşe, ERTAŞ Şeref, GÜRPINAR Damla	Medeni Hukuk , 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018
ZEYTİN Zafer, ERGÜN Ömer	Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği) , Beta, 2017
ZEYTİN Zafer, ERGÜN Ömer	Türk Medeni Hukuku , 3. Bası, Seçkim Yayıncılık, 2017

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

European Commission

Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation (Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement, 2014, Erişim file:///C:/Users/ACER/Downloads/brussels_ii_practice_guide_EU_en.pdf, Erişim 10.05.2016.

European Commission

Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Brussels, 30.6.2016 COM(2016) 411 final, Erişim <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-411-EN-F1-1.PDF>, Erişim 10.05.2017.

Türkiye Büyük Millet Meclisi - İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu

Almanya, Hollanda ve Belçika Gençlik Dairelerinin Türkiye Kökenli Çocuklara Yönelik Uygulamalarına İlişkin İnceleme Raporu, 24. Dönem 4. Yasama Yılı 2013, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2003/raporlar/cocuklara_yonelik_uygulamalara_iliskn_komisyon_raporu.pdf, Erişim 13.10.2016.

curia.europa.eu
www.kazanci.com
www.emsal.yargitay.gov.tr