
RAPORLAR, SONUÇ BİLDİRİLERİ, DEĞERLENDİRMELER

ÇOCUKLARIN KORUNMASI HAKKINDA ÖNTASARI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Nihal ULUOCAK*

I. GENEL BİLGİ :

1961 Tarihli Sözleşmenin yerini almak üzere hazırlanan öntasarı, çocukların şahsının ve mallarının korunmasına yönelik tedbirlerin, bahis konusu Sözleşmenin uygulanmasında görülen aksaklıkların ve de eksikliklerin giderilmesi amacı ile hazırlanmıştır. Bu nedenle öntasarı gerek yeni düzenlemesi, gerek maddelerin içeriği itibarile çok kapsamlı olup, çocuklara ilişkin diğer milletlerarası sözleşmelerde öngörülmüş olan kurumlara (merkezi makam, işbirliği vs.) bu alanda da işlerlik kazandırmıştır.

Öntasarıda, Eylül-1996'da yapılacak diplomatik konferansta ele alınması düşünülen, hazırlık komisyonunda vakit darlığı nedeni ile üzerinde durulmamış olan konular, eksiklikler vardır: Başlangıç kısmı, çekinceler, çocuğun haksız yer değiştirmesi (m. 5/2), kanuni velayetin tevdiinde eski ve yeni mutad mesken hukukunun uyumlaştırılması (m. 12/4, rapor, s. 84) kamu düzeni maddesinin bağımsız madde olarak yer alması, işbirliğinde masrafların yüklenilmesi sorunu (rapor, s. 98), ehliyetsiz yetişkinlerin dahil edilmesi gibi...

Ana hatları ile, Öntasarıda, Sözleşmenin konusu sistemli ve ayrıntılı olarak incelenmiştir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

II. ÖNTASARININ 1961 TARİHLİ SÖZLEŞME İLE KARŞILAŞTIRILMASI:

1. Şekil Yönünden :

a) Öntasarıda konular, sistemli olarak Bölüm halinde düzenlenmiştir: I. Sözleşmenin uygulama alanı; II. Mahkemelerin yetkisi; III. Yetkili Hukuk; IV. Tanıma ve Tenfiz; V. İşbirliği; VII. Genel hükümler

Buna karşın 1961 tarihli Sözleşmede, bu konular çok daha eksik olarak, maddeler içerisinde, dağınık biçimde ele alınmıştır.

b) Öntasarıda, Sözleşmenin uygulama alanı ayrıntılı olarak belirlenmiş (m. 1) ve sınırı daha açık çizilmiştir (m. 3).

c) Öntasarıda, Sözleşmenin özünü oluşturan, "tedbir" kavramına açıklık getirilmiş, bu açıdan belirsizlikler önlenmek istenmiştir(m. 4). 1961 Sözleşmesinde ise bu hususa değinilmemiştir.

d) Öntasarıda "çocuk" tanımlaması, hemen başta yer almak sureti ile (m. 2), mantıksal düzenleme gerçekleştirilmiştir. 1961 Sözleşmesinde, "küçük" kavramının tarifi, bilindiği gibi, maddeler arasında, gelişigüzel yer almaktadır (m. 12).

Öntasarıda, 1961 Sözleşmesinden farklı olarak, "yetkili hukuk" saptanırken, sistematik bir sıralama yapılmıştır: "koruma tedbirleri", "velayet sorumluluğu" ve "üçüncü kişilerin korunması" (m. 11-13). Böylece genelden, özele giden bir düzenleme görülmektedir.

2. Esas Yönünden:

a) Sözleşmenin adı değiştirilmiştir:

"Çocukların Korunması Hakkında Sözleşme"; 1961 Sözleşmesi ise, "Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair" idi. Öntasarıda "çocuk" deyimini, bu konuda diğer milletlerarası sözleşmelerle uyum sağlamak için kullanılmıştır (örneğin, 25 Ekim 1980 tarihli, "Çocukların Uluslararası Kaçırılmalarının Hukuki Yönleri"; 29 Mayıs 1993 tarihli, "Çocukların Korunması ve Uluslararası Evlât Edinmede İşbirliği", hakkında sözleşmeler). Diğer yandan, 1961 Sözleşmesinin adı, Öntasarının içeriği tam olarak aksettirmediği için de terk edilmiştir.

b) Öntasarıda "Çocuk" tanımlaması, 1961 Sözleşmesinden içeriği itibarı ile tamamen farklı hususlardan hareketle yapılmıştır. Şöyle ki, "**Sözleşme, doğumlarından itibaren ve 18 yaşına ulaşmış çocuklara uygulanır**" (m. 2). 1961 Sözleşmesine nazaran (m. 12), bu kavram, değişik yasalara başvurulma külfeti bertaraf edilmek sureti ile, sade

ve yeknesak bir hükümle ifadelendirilmiş olmakla, yetkili makamlara da kolaylık sağlamış olmaktadır.

c) Öntasarıda, Sözleşmenin uygulanmadığı alanların, **tahdidi olarak** belirlenmesi (m. 3), bu konulara girmeyen koruma tedbirleri hakkında, Sözleşmenin uygulanmasındaki kuşkuvarın bertaraf edilmesi yararlı olmuştur. Nitekim "trust" bu madde ile dışlanmamıştır; çocuk "lehdar" ise, adlî merciin yeni "trustee" atamasında, işlem, koruma tedbirlerinden sayılabilecektir. Yine Öntasarıda, "Tedbir" tanımlamasına yer verilmiştir (m. 4); maddede sayılanlar tahdidi olmayıp, bu kavramın belirlenmesi amacına yöneliktir. Örneğin İslam Hukukundaki "Kafala" bir tedbir olarak mütalaa edilmiştir (m. 4/e, çocuğun kabul eden aile ya da kuruma yerleştirilmesi). Bu açıklamalar, Öntasarının, 1961 Sözleşmesini "nitelik" açısından da aştığını göstermektedir.

d) Öntasarıda yetkili makam ve yetkili kanun saptanırken, "**sıkı irtibatlı yer**" kavramı da, kriter olarak kullanılmıştır (m. 6-7).

d1) **Yetkili Makam**, Öntasarıda, 1961 Sözleşmesinden doğan zorluklar göz önünde tutularak, kural olarak, çocuğun mutad meskeni Devleti makamı esas alınmıştır (m. 5) ve diğer devlet makamlarıyla rekabet bertaraf edilmiştir. Bu açıdan, 1961 Sözleşmesinden esas'dan bir farklılaşma söz konusudur (1961, 1, 3, 4, 5/3 ve m. 15). Nitekim kanuni velayet ve boşanma (ayrılık vs. .) konularında, Milli Devletin ve boşanma yeri devletinin çocuğun korunmasına yönelik tedbir kapsamındaki yetkileri kaldırılmıştır (bu açıdan 1961, m. 8'deki özel hüküm de amacını yitirmiş olmaktadır). Ancak bu durum Öntasarıda "forum non conveniens" ve "mücbir sebep" gibi nedenlerle yumuşatılmıştır (m. 6, 7, 8, 9,); şöyle ki, "çocuğun mutad meskeni makamı, çocuğun yüksek menfaati gereği, diğer, âkit bir devlet makamının özel bir durumda olayı daha iyi değerlendireceğini mütalâa ederse ya doğrudan ya da merkezi makam kanalı ile, diğer devlet makamının yetkiyi kabul ederek, lüzumlu tedbirleri almasını isteyebilir ya da kararı tehir ederek, tarafları bu devlet makamına müracaata yönlendirebilir (m. 6/1). Bu yönde, kendilerinden talepte bulunacak âkit devletler şunlardır: "çocuğun vatandaşı olduğu devlet"; "malların bulunduğu devlet"; "boşanma ya da ayrılık kararını veren makam devleti"; ve genel olarak, "en sıkı irtibatlı devlet" (m. 6/2). Görülüyor ki, "sıkı ilişki" yeri, kriteri, Öntasarı'da geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Kaldı ki, bu makamların, yetkinin, sıkı ilişki gerekçesi ile, kendilerine verilmesini talep hakkı da ayrıca öngörülmüştür (m. 7).

Mutad mesken makamı ile rekabet edebilecek diğer merciiler ise, "Acele durumlarda, çocuğun ya da mallarının bulunduğu Akit Devlet makamlarıdır" (m. 8/1). Burada 1961 Sözleşmenin hükmü aynen alınmıştır (1961, m. 9/1). Dolayısıyla "acele durum" tanımlaması önceki uygulamalar kapsamında değerlendirilecektir (örneğin, çocuğa ait bozulmak üzere olan malların derhal satımı gibi). Yine "geçici" ve "sınırlı" olmak üzere tedbir almaya yetkili (örneğin, çocuğun geçici olarak bulunduğu yer) Devlet makamına da, sonuçları ülkesel olmak üzere, yetki tanınmıştır (m. 9).

d2) **Yetkili kanun**, genelde, ister çocuğun ve malların korunmasına yönelik tedbirler olsun, ister, Öntasarıda ayrıca düzenlenmiş olan "velâyet sorumluluğu" (responsabilite parentale, parental responsibility)'nun verilmesine ya da sona erdirilmesine ilişkin bulunsun (m. 11-12), yetkili Devlet makamlarının iç hukuku olarak tesbit edilmiştir (1961 Sözleşmesi, m. 2). Bu hukuk ise çocuğun mutad meskeni iç hukuktur. Ancak Öntasarının bu kanunlar ihtilafı kuralı, yumuşatılmıştır, şöyle ki: "**Çocuğun şahsının veya mallarının korunmasının gerektirdiği ölçüde, akit devletler, istisnaen durumun sıkı ilişki içinde olduğu devletin iç hukukunu uygulayabilirler**" (m. 11/2). Burada "çocuğun yüksek menfaati" göz önünde bulundurulacaktır. 1961 Sözleşmesinde ise, "küçüğün yararlarının gerektirdiğine kanaat getirilmesi" halinde millî devlet lehine bir uygulamaya gidilmektedir (m. 4/1).

e) **Çocuğun veya Mallarının korunmasına Yönelik Alınmış Olan Tedbirlerin Sürekliliği:**

Burada, ön planda, çocuğun mutad meskenini değiştirmesi durumunda önceki Devlette alınan tedbirlerin yenisinde de devamlılığı bahis konusudur.

Bu konuda Öntasarı, 1961 Sözleşmesindeki uygulamayı prensip olarak tekrarlamıştır (1961, m. 5/1) şöyle ki, "5, 6, 7. maddeler uyarınca yetkili makamların yetki sınırları içinde aldıkları tedbirler, bu yetkinin dayanağı olan unsur, koşulları değiştirmiş olsa da Sözleşme uyarınca yetkili olan makamlar bunları değiştirmedikçe, yeni tedbirler ika-me etmedikçe, ya da kaldırmadıkça, geçerli kalırlar" (m. 10, Öntasarı), Ancak yeni mutad meskende, önceden alınmış olan koruma tedbirlerinin uygulanma koşulları, yeni Devletin iç hukukuna tabi olur (m. 11/3). Örneğin vasi (ya da temsilci) yeni mutad mesken hukukuna göre bazı işlemleri yapmak için hakimden izin almak zorunluluğunda olabilir.

Velayet sorumluluğu (kanuni velayet h.) da keza, mutad mesken değişmesi halinde devam eder. Bu değişiklikten itibaren sorumluluk yeni mutad mesken iç hukukuna uygun olarak sürdürülür (m. 12/3).

f) **Tanıma Tenfiz:**

Öntasarıda, devletler arasında alınan tedbirler konusunda etkin bir işbirliğinin iyi işlemediği açısından 1961 tarihli Sözleşmenin yetersiz kaldığı göz önünde tutularak tanıma ve tenfiz müessesesi IV. Bölümde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bilindiği gibi, 1961 tarihli Sözleşmede bu konuda tek bir madde ile yetinilmiş (m. 7), ve "tedbirlerin tanınması ve tenfizinin ya tenfizin talep edildiği devletin iç hukukuna göre ya da uluslararası sözleşmelere göre uygulanacağı" beyan edilmiştir. Buna karşın Öntasarıda gerek "bir, âkit devlet makamları tarafından alınan tedbirlerin", gerek "âkit bir devlette alınan ve tenfiz amacı ile, tenfiz ya da tescil edilebilirliği kararlaştırılan tedbirlerin, diğer bir, âkit devlette, ya da devletlerde kendiliğinden tanınacağı (m. 14/1) ve "bu devlet makamlarınca alınmış gibi tenfiz edilebileceği" (m. 19), kabul edilmiştir.

Tanıma ve tenfize ilişkin milletlerarası sözleşmelerde olduğu gibi, Öntasarıda da alınan tedbirlerin tanınması ve tenfizinde müşterek red sebepleri öngörülmüştür (m. 14 ve m. 17/3); bunlar, "yetkili olmayan makamdan kararın verilmiş olması"; (bu konuda talep yeri devleti makamı, karar yeri devleti makamının yetkisini dayandırdığı fiili durumlarla bağlı sayılır (m. 16); " acele durumlarda alınan kararlar hariç, talep yeri devletinin usule ilişkin kuralı ihlâl ediliyorsa, çocuğun doğrudan, ya da dolaylı dinlenmiş olmaması"; yine "acele durumlar hariç, herhangi bir kişinin, bahis konusu tedbirin kendisine dinletilme hakkı tanınmaksızın alınmış olmakla, kendi velayet sorumluluğunun ihlâl edildiğini ileri sürmüş olması"; alınan tedbirin, talepte bulunulan devletin, çocuğun yüksek menfaati göz önünde tutularak, kamu düzenine aykırı telâkki edilmesi; ve "tedbirin çocuğun son olarak mutad meskeninin bulunduğu, âkit olmayan devlette alınan tedbirlerle telif edilemez olup, bu son tedbirin talep yeri devleti tanıma koşullarını içermesi". Sözleşmenin " üniversal" etkisini belirleyen bu son koşula, çocuğun milli devletince alınmış olan tedbirlerin de dahil edilmesi önerisi, komisyon tarafından reddedilmiştir. Sanırız siyasal konferansta üzerinde durulur.

Tanıma ve tenfizde, tedbir kararının esastan tetkiki, öngörülen koşulların zorunlu kıldığı durumlar dışında reddedilmiştir (m. 18). "Tanıma" dan farklı olarak "Tenfiz" prosedürünün basit ve hızlı olması (m. 17/2), bir tenfiz koşulu olarak kabul edilmiştir.

Öntasarıda ayrıca, Sözleşmenin düzenlediği konu ile yakından irtibatlı ve tanıma prosedüründe yeni bir talep hakkı olarak, "önleyici bir dava" yolu ile tanımanın ileri sürülmesini ya da aksini engelleme yolu açık kılınmıştır, şöyle ki, "ilgili her kişi, âkit devlet yetkili makamlarından, diğer bir, âkit devletde alınan bir tedbirin tanınması ya da tanınmaması hakkında karar verilmesini talep edebilir" (m. 15). Bu davada usulü, talepte bulunulan devletin hukuku saptar. Bu durumda m. 14/1, saklı kılınmıştır (Tedbirlerin kendiliğinden tanınması ilkesi).

Tenfizle ilgili olarak, bir hususun açıklığa kavuşturulmasında yarar var, şöyle ki: bazı hallerde tenfiz yeri yasası, kazai ya da idari kararın tenfizini mümkün kılmıyorsa, bu tenfiz kararı icra edilmeyecektir. Örneğin tedbir kararında gözetim yetkisi sosyal bir kuruluşa verilmiş olup, tenfiz yeri devletinde benzer yetkiye sahip bir kurum yoksa bu durumda tenfiz kendiliğinden mümkün olamayacağı için, Öntasarının m. 5/2 uyarınca, tenfiz yeri devleti makamı yeni bir uyumlaştırma, ya da tedbiri değiştirme kararı alabilecektir.

g) Bilgilendirme Konusunda İşbirliğinin Sağlanması

1961 Sözleşmesinde işbirliğinin düzenlenmesinin boşluğu hissedilmiş ve bürokrasi fazlalığı da olumsuz etki yapmıştı. Her ne kadar adı geçen Sözleşmede, tedbir alan devlet makamlarının, mutad mesken makamlarını bunlar hakkında bilgilendirme yükümlülüğü mevcut ise de (1961, m. 4 ve 11/1, m. 5/2, m. 10), Öntasarıda getirilen yeni düzenleme ile, âkit devletlerin tayin edecekleri "Merkezi Makamlar" (m. 20) aracılığı ile

sağlayacakları sürekli ve etkin işbirliği sayesinde, çocuğun korunması konusunda, **kendi ülkelerindeki yararlanılabilecek kurumlar hakkında bilgi alışverişinde bulunacak** (m. 21), bir koruma tedbiri hakkında **çocuğun durumu zorunlu kılıyorsa, yararlı bilgileri elinde bulunduran Âkit Devlet'den bunların bildirilmesini talep edebilecekler** (m. 23), **yekdiğerinden tedbirin uygulanması için yardım talebinde bulunabilecekler** (m. 24) ve birbirini çocuğun ağır tehlikeye maruz kalması halinde, **tehlike ya da alınması gerekli tedbirler hakkında uyaracaklardır** (m. 25).

Ana hatları ile belirtilen bu kapsamlı işbirliğinde şayet bilgilendirmenin çocuğu veya ailesinin bir üyesini tehlikeye atacağı tesbit edilirse, bu istisnai durumda talep sonuçlandırılmaz (m. 23/2).

Görülüyorki burada bilgilendirme yolu ile işbirliği sadece diğerk mutad mesken makamını alınan tedbirler hakkında bilgi sahibi yapmayı amaçlamamakta, fakat çok daha etkin ve yerine göre yapıcı, tamamlayıcı bir faaliyeti öngörmektedir.

h) Genel Hükümler:

Öntasarının bu VI. Bölümünde, 1961 Sözleşmesinde yer almayan, yeni bir düzenleme getirilmiştir, şöyle ki: "**Çocuğun mutad meskeni veya koruma tedbiri almış olan menşede devleti makamları velâyet sorumluluğunu yüklenmiş veya çocuğun şahsının veya mallarının korunması kendisine tevdi edilmiş her kişiye sıfatını ve sahip olduğu yetkiyi gösteren belge verir**". Ve bu belge, aksi ispatlanıncaya kadar geçerli sayılır. Bunu ibraz edecek makam her, âkit devlet tarafından saptanır (m. 26). Bu belgeler tasdik ya da benzeri formaliteden muaftır (m. 29).

Bu bölümde yer alan maddelerde önemli bir konuya da değinilmektedir; toplanan ve gönderilen kişisel bilgiler amaçları dışında kullanılamaz ve her devlet kendi yasasına uygun olarak bunların gizliliğini sağlar (m. 27, 28).

i) Sözleşmenin İşleyişinin İzlenmesi:

1961 Sözleşmesinden farklı olarak Öntasarıya, bu konuya ilişkin bir madde eklenmiştir. "**Lahey Konferansı Genel Sekreteri, Sözleşmenin pratik işleyişini incelemek için, Özel Komisyonu periodik olarak toplantıya çağırır**" (m. 30).

Bu hüküm de yine milletlerarası sözleşmelerdeki teamüle uygun olarak, yapıcı bir denetimi, Sözleşmede öngörülen hükümlerin, Sözleşmenin amaçladığı hedeflerin gerçekleştirilmesindeki isabetliliği sağlaması açısından yararlı görünmektedir.

SONUÇ : DEĞERLENDİRME

Bu açıklamaların ışığında, Öntasarının değerlendirilmesinde şu noktalar önemli görülmektedir:

Öntasarıda genel olarak, "Çocukların Korunması"nın ele alınmış olması ile, bu bağlamda, 1961 Sözleşmesinin içermediği ve Sözleşmenin amacına ulaşması bakımından zorunlu görülebilecek **hukuksal ve teknik eksiklikler giderilmiştir**. Bu sonuca, bir yandan Öntasarıda konunun sağlam ve sistemli bir plan dahilinde düzenlenmesi, diğer yandan bizzat her Bölüm'de yer alan maddelerin içeriği itibarıyla, yekdiğerile irtibatlı olarak konunun değişik ihtimallerini kapsıyacak biçimde, çözüme ulaştırması, gibi tesbitlerle ulaşılmıştır.

Öntasarıda amaca uygun terimlerin, tanımlamaların kullanılması, olumludur; örneğin, "Kanuni Otorite İlişkisi" yerine, benzeri otorite ilişkilerini de kapsıyacak şekilde "velâyet sorumluluğu"(parental responsibility, responsabilite parentale)deyimi kullanılmıştır.

"Çocuk" tanımlaması bir yandan sadeleştirilip, yeknesak bir kritere bağlanırken (ki Türk Hukukuna da uygundur), diğer yandan, bu kategorinin kapsamı genişletilerek, "**sığınmış çocuklarla**", ülkelerindeki huzursuzluklar nedeni ile uluslararası düzeyde yer değişimine tabi kılınan çocuklar da koruma alanına alınmışlardır. Hatta **mutad meskenleri belli olmayan çocuklar bile**, buldukları ülke devletince koruma tedbirlerinden faydalanabileceklerdir(m. 5. . .). Bu açıdan sözleşmenin uygulama alanı yararlanılma açısından isabetle genişletilmiştir.

Öntasarıda, **Kamu Düzeni** kriterinin tayininde, "**Çocuğun yüksek menfaati**"ne dayanılması bizatihi Sözleşme konusu ile yakından irtibatlı olması açısından, isabetlidir. Bu tanımlamaya, makamların yetkisini tayinde yer verildiği gibi (m. 6/1 ve 4:daha irtibatlı makama yetki terki hali), kamu düzeni engellemesinin sonuç doğurmasında da bahis konusu kriter etkin olmuştur, şöyle ki;III. Bölümde, "**yetkili kılınan yasanın uygulanmasının ancak bu uygulama, çocuğun yüksek menfaati gözönünde tutularak, kamu düzenine aykırı ise, bertaraf edilebileceği**" kabul edilmiştir(m. 12/6 ve aynı yönde m. 14/2, d, tanıma ve tenfiz'de kamu düzenine dayalı red sebebinde).

Adli ya da idari bir kararın müdahalesi olmaksızın gerçekleşen "velayet sorumluluğu", bu ilişkinin anlaşma veya tek taraflı bir tasarrufla kurulması durumunu da içermek üzere, Öntasarıda ayrı bir madde ile düzenlenmiştir(m. 12). Bu ilişkinin doğması ve sona erdirilmesi birinci şık'ta bu ilişikiyi doğuran ya da sona erdiren olayların vukuu, ikinci şıkta ise, **anlaşma ve tasarrufun yapıldığı andaki çocuğun mutad meskeni hukukuna tabi kılınmıştır**.

1961 Sözleşmesine getirilen en büyük değişikliklerden biri, kuşkusuz çocuğun milli devleti hukukuna tabi kanuni velayet hakkının, Öntasarıda mutad mesken hukukuna tabi kılınmasıdır. Öncelikle, 1961 tarihli Sözleşmede konuya ilişkin maddenin (m. 3), bir kanunlar ihtilafı maddesi mi olduğu, başka deyişle, bir kanunlar ihtilafı kuralını mı içerdiği; yoksa tanıma'ya mı ilişkin bulunduğu sürekli tartışma konusu edilmiştir (naklen, rapor, Lagarde). Diğer yandan çifte vatandaşlık hallerinde her iki milli devlet ma-

kamları arasındaki yetki çekişmesi ve olumsuz, ya da yekdiğeri ile çelişkili kararların verilmesi de değişiklik nedeni olarak gösterilmiştir. Ayrıca, milli devlette alınan kararların, çocuğun durumunu daha yakından izleyen mutad mesken devleti makamlarınca da iyi karşılanmadığı ileri sürülmüştür.

Tüm bu olumsuzluklar yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Öntasarıda mutad mesken makamının yetkisi ile rekabetin bertaraf edilmesi sonucunu doğurmuştur.

Kanımızca Öntasarı burada, istisnaen, "en ziyade irtibatlı yer" kavramına yer vermekle, katı bir uygulamayı yumuşatma yoluna gitmiştir. Nitekim, çocuğun mutad meskeni makamı, çocuğun yüksek menfaati gerekli kılıyorsa, daha sıkı ilgili ve irtibatlı bir âkit devlet makamından, bu konuda karar vermesini talep edebilir (m. 6/1). Yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği gibi çocuğun vatandaşı olduğu Devlet, diğerleri arasında yetkili kılınabilir (m. 6/2).

Diğer önemli bir değişiklik de, 1961 Sözleşmesinde boşanma (ayrılık vs.) davası sonucu çocuğun şahsına veya mallarına ilişkin koruma tedbirlerini alma yetkisinin dava yeri devletine bırakılmış olmasına karşı (m. 15), Öntasarıda bu tedbirlerin de genel mutad mesken kuralı kapsamına dahil edilmiş bulunmasıdır (m. 4/a). Örneğin bir Türk mahkemesinden alınmış bir boşanma kararına dayanılarak, çocuğun mutad meskeni makamı, velayeti tevdi edebilecektir.

Bu makam, kendi iç hukukuna göre, bu sorumluluğu gerekli görüyorsa, 3. kişiye de verebilecektir. Doğaldır ki, Türk boşanma kararını mutad mesken devleti mercileri, kendi prosedürüne göre tanıyıp tenfiz edebilecektir. İfade edelim ki, burada olumlu yada olumsuz ihtimaller sonucu etkileyebilecektir. Ancak mutad mesken makamının koruyucu tedbir konusunda da, çocuğun yüksek menfaati ilkesinden hareketle, boşanma yeri devleti makamına(m. 6/2, fıkra 3), tedbir alma konusunda, Merkezi Makamı aracılığı ile başvurması mümkündür.

Çocuğun mutad meskeninin değişmesinde önceki devlet makamlarının almış oldukları koruma tedbirlerinin devam etmesinin ancak, uygulanma koşullarının yeni mutad mesken hukukuna tabi olunması ile mümkün kılınması, hukuksal bir zorunluluk olarak mütalaa edilmelidir.

Öntasarıda, çocuğun korunmasına ilişkin tedbirlerin alınmasında önsorunun (örneğin, tanımanın geçerliliği. . .) hangi hukuka göre çözümleneceği sorununun açıklık kazanmaması, burada tedbir kararı alan makamın hukukunu ön plana çıkarmaktadır (lex Fori). Kanımızca bu isabetlidir.

Öntasarıda olumlu bir düzenleme de "üçüncü kişilerin korunması" ile ilgilidir. Şöyle ki, üçüncü bir kişinin çocuk adına velayet sorumluluğu ile bu işlemi gerçekleştirme halinde, bu üçüncü kişi işlem yeri hukukuna göre bu sorumluluğa sahiptir. Öntasarının 11 veya 12. maddelerindeki genel yetkili hukuka göre (çocuğun mutad meskeni)

bu velayet sorumluluğuna sahip olmadığı gerekçesi ile düzenlenen belgenin geçersizliği, ne de üçüncü kişinin sorumluluğu ileri sürülemez, şu şartla ki bu kişi bu duruma vakıf olsun (m. 13). Bu maddenin meşhur "Lizardi" kararından esinlenerek, Öntasarıya konduğu ifade edilmiştir (MÖHUK m. 8).

Öntasarıda **tanıma ve tenfize** yer verilmesi de olumludur. Hatırlanacağı gibi 1958 tarihli "Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü" konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine dair Lahey Sözleşmesi de bu bağlamda düzenlenmişti (T. C.'nin katılımı 1973 olmuştu). Bilindiği gibi aynı içerikli, genel olarak nafaka yükümlülüğünün tanınması ve tenfizine ilişkin 1973 tarihli Sözleşme, bir evvelkinin yerini almıştır (T. C.'nin katılımı, 1983). Bu da gösteriyor ki, belirli bir konuda, hakların ve yükümlülüklerin düzenlendiği bir milletlerarası sözleşme, âkit devletler arasında ancak usulüne uygun olarak kazanılmış bu hak ve yükümlülüklerin, yekdiğerinin devletinde de etkin sonuç doğurması ile işlerlik kazanabiliyor. Bu açıdan, Öntasarıdaki bu BÖLÜM, isabetli olmuştur.

Tanıma ve tenfiz'in yukarıda açıklandığı koşullarla, kendiliğinden sonuç doğurması, "koruma tedbirleri"nin mahiyeti gereğidir. Örneğin, T. C. nin de katılmış olduğu, Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu'nun, "Evlilik Dışı Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşme"nin (1980 tarihli, Katılım, 1987) 3. maddesinde, "yukarıdaki 1. ve 2. maddeler hükümlerine uygun olarak yapılmış tanımaların bütün, âkit devletlerde kendiliğinden tanınacağı" kabul edilmiştir.

Öntasarıda, her iki prosedürde de talepte bulunulan Devlete, belirli koşullarda kendi kurallarını uygulama imkânı sağlanmıştır (Örneğin yabancı tedbire ilişkin idari kararların tanınma, tenfizinin durumu gibi...).

Bu "genel sonuç" açıklamalarımızın ışığında Öntasarının, başlangıçta belirtilen eksikliklerin giderilmesi halinde, çocukların korunmaları alanında, 1961 tarihli Sözleşmenin boşluk ve aksaklıklarını gidereceği düşünülmektedir.