

ÇOCUKLARIN VELAYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ İLE ÇOCUKLARIN VELAYETİNİN YENİDEN TESİSİNE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ HAKKINDA RAPOR

Doç. Dr. Yücel SAYMAN*

I AÇIKLAYICI BİLGİLER

A) GENEL OLARAK

1. "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi"* velayete ilişkin kararlardaki en önemli unsurun çocuğun menfaati olduğu noktasından hareket etmekte ve çocuğun menfaatlerinin en iyi şekilde korunması için velayete ilişkin kararların tanıma ve tenfizinin kolaylaştırılmasını öngörmektedir. Sözleşmenin amacı velayete ilişkin kararlar ile çocukla şahsi ilişki kuran karar ve anlaşmaların taraf ülkelerde uygulanmasını kolaylaştırmak ve bir devlet ülkesinden "haksız götürülen" çocuğun iadesini sağlamaktır.

2. Sözleşme bakımından;

Çocuk: Hangi devlet vatandaşı olursa olsun, milli hukukuna veya mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna ya da talep edilen devletin hukukuna göre meskenini bizzat seçme hakkına sahip olmayan 16 yaşından küçük kişidir (md. 1)

* İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

* Sözleşmenin Türkçe çevirisinde kullanılan "...çocukların velayetinin iadesi" ifadesi yerine " çocukların velayetinin yeniden tesisi" ifadesine yer verilmesi daha uygundur. Öneri kabul edilirse, Sözleşmenin çeşitli maddelerinde gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Kanımca, Türkçe çevirinin Fransızca ve İngilizce asıllarıyla bir kez daha karşılaştırılmasında yarar vardır.

Haksız Götürme: Çocuğun taraf devlet ülkesinden verilmiş ve bu devlette icra-
ilik kazanmış velayete ilişkin bir karara aykırı olarak, bir
devlet ülkesinden bir başka devlet ülkesine götürülmesidir.

Aynı şekilde, çocukla şahsi ilişki kurma hakkının kullanıldığı
sürenin veya herhangi bir geçici nedenle birlikte oturma sü-
resinin bitiminde, çocuğun velayet hakkının kullanıldığı ül-
keye geri götürülmemesi de "haksız götürmedir" (md. 1).

Ayrıca, çocuğun bir başka ülkeye götürüldüğü tarihte velaye-
te ilişkin bir karar bulunmasa bile, daha sonra taraf devletler-
den birinde verilen kabili icra velayet kararında götürmenin
haksız olduğu da tesbit edilirse, çocuk geriye yönelik olarak
haksız götürülmüş sayılacaktır (md. 1 ve md. 12).

Ancak; sözleşmeye katılan devletler, 12. maddedeki bu hü-
kümle bağlı olmayacakları konusunda çekince koyabilirler
(md. 18).

3. Sözleşmeye katılan devletler, Sözleşmede öngörülen görevleri yerine getirecek
bir merkezi makam tayin edeceklerdir (md. 2).

B) TANIMA VE TENFİZ KOŞULLARI

1. Sözleşme, 7. maddesi ile taraf devletlerden birinde verilmiş velayete ilişkin ka-
rarın taraf diğer devletlerde tanınmasını; kararın verildiği ülkede icra kabiliyeti
kazanmış olması halinde taraf devletlerde de icra edilebilmesini kural olarak
öngörmüştür.
2. Sözleşmenin 8, 9 ve 10. maddelerinde, çeşitli olasılıklara göre tanıma ve tenfizi
red koşulları belirlenmiştir.
 - a. Sözleşmenin 8 ve 9. maddeleri çocuğun haksız götürülmesi hallerini içermek-
tedir.
 - aa. Sözleşmenin 8. maddesi esas olarak haksız götürülen çocuğun tanıma veya
tenfiz kararına gerek olmaksızın iadesini öngörmektedir. Ancak, maddenin
2. fıkrası uyarınca, talep edilen devletin iç hukuku zorunlu kılıyorsa tanı-
ma ya da tenfiz kararı gerekecektir.
 - bb. 8. maddeye göre, çocuğun velayete ilişkin kararın dayandığı davanın açıl-
dığı tarihten önce haksız götürülmüş olması halinde, haksız götürme tara-
hinde; davanın açılmasından sonra haksız götürülmüş olması halinde, dava
tarihinde: (i) çocuğun, ana ve babanın münhasıran kararın verildiği devlet

vatandaşı olmaları, ve (ii) çocuğun mutad meskeninin bu devlette bulunması koşuluyla, velayete ilişkin karar taraf devletlerde sözleşmedeki red sebeplerinden hiç biri uygulanmaksızın tanınacak, tenfiz edilecektir.

Ancak maddenin uygulanabilmesi için, ilgilinin haksız götürülen çocuğun iadesine ilişkin istemini, haksız götürmenin meydana geldiği tarihten başlayarak 6 aylık süre içinde herhangi bir merkezi makama iletmiş olması gerekmektedir.

cc. Sözleşmenin 9. maddesi, 8. maddenin uygulama alanı dışında kalan hallere (çocuk, ana ve babadan birinin kararın verildiği devlet vatandaşı olmaması veya çocuğun mutad meskeninin kararın verildiği devlette bulunmaması) ilişkindir.

8. maddenin uygulama alanı dışında kalan hallerde, tanıma ve tenfiz istemi:

(i) Karar, davalı veya kanuni temsilcisinin gıyabında verilmişse;

* Dava dilekçesinin veya benzeri belgenin davalıya savunmasını yapma imkanı verecek bir sürede tebliğ edilmemiş olması (tebligatın davalının bulunduğu yeri davacıdan gizlemiş olması nedeniyle yapılamamış olması hali tebligat eksikliği sayılmaz);

veya

* Kararı veren merciin yetkisinin, davalının veya çocuğun ya da içlerinden birinin halen aynı yerde mutad olarak oturması koşuluyla, ana-babanın son ortak meskenlerine dayanmamış olması;

(ii) Tanıma veya tenfizi istenen kararın, talep edilen devlette çocuğun haksız götürülmesinden önce verilmiş bir kararla bağdaşmaması (çocuğun mutad meskeninin haksız götürme tarihinden geriye bir yıldır talep eden devlette bulunmuş olması halinde bu hüküm uygulanmaz) reddedilir. Tenfizi istenen karar hiç bir şekilde esastan incelenemez.

9. maddenin uygulanabilmesi için, ilgilinin haksız götürmenin meydana geldiği tarihten başlayarak 6 aylık süre içinde iade istemini herhangi bir merkezi makamına iletmiş veya tenfiz isteminde bulunmuş olması gerekir.

b. Sözleşmenin 10. maddesi, velayete ilişkin kararların tanıma ve tenfizinde red sebeplerini öngören genel bir düzenleme getirmiştir.

10. maddeye göre, 8 ve 9. maddelerin kapsamı dışında kalan hallerde (çocuğun götürüldüğü tarihte "haksız götürme" yoksa veya haksız götürme halinde 6 aylık süre içinde bir merkezi makama başvurulmamış ya da kararın tenfizi

istenmemişse), velayete ilişkin kararın tanıma ve tenfizi şu nedenlerden birinin varlığı halinde reddedilebilecektir:

- (i) 9. maddede öngörülen red sebeplerinden birinin varlığı;
- (ii) Tenfizi istenen kararın sonuçlarının (etkilerinin) talep edilen devletin aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmaması,
- (iii) Çocuğun haksız götürülmesinden sonra, aradan geçen zamanın etkisi de dahil olmak üzere, değişen şartlar nedeniyle kararın sonuçlarının artık çocuğun menfaatleriyle açıkça bağdaşmaması (şartlardaki değişme, sadece çocuğun meskeninin değişmesinden kaynaklanıyorsa, dikkate alınmayacaktır);

Bu halde, tenfiz kararı verecek yetkili merci çocuğun görüşünü alabilir, bu konuda gerekli araştırmanın yapılmasını öngörebilir (md. 15/1).

- (iv) Tenfizi istenen karara konu olan davanın açıldığı tarihte:

- * Çocuğun talep edilen devletin vatandaşı olması veya mutad meskenin talep edilen devlette bulunması, talep edilen devletle bu tür bağlarının olmaması;
- * Çocuğun hem talep eden hem talep edilen devletin vatandaşı olması, mutad meskeninin talep eden devlette bulunması.

- (v) Kararın, ister talep edilen devlette, ister bir üçüncü devlette, tenfiz talebinden önce açılmış bir dava sonucunda verilmiş kararlarla bağdaşmaması ve tanıma ya da tenfizin reddinin çocuğun menfaatlerine uygun olması;

Ayrıca 10. maddeye göre, tanıma ve tenfiz istemlerine ilişkin usuli işlemler, şu sebeplerden biri nedeniyle tâlik edilebilir:

- (i) Tenfizi istenen karara karşı olağan kanun yollarından birine başvurulmuşsa;
- (ii) Talep edilen devlette, tenfizi istenen karara konu olan davanın açıldığı tarihten önce açılmış velayete ilişkin bir dava görülmekteyse;
- (iii) Çocuğun velayetiyle ilgili bir başka kararın tenfizi ya da tanınmasına ilişkin usuli işlemlere başlanmışsa.

3. Sözleşmenin 17. maddesine göre, taraf devlet 8. ve 9. maddelerde veya bu maddelerden herhangi birinde öngörülen hallerde, velayete ilişkin kararların tanınması veya tenfizinin 10. maddede yer alan sebeplerden çekincede belirteceklerine dayanılarak reddedilebileceği konusunda çekince koyabilir.

4. Sözleşmenin 14. maddesi taraf devletlere çocuğun velayetine ilişkin kararların tanıma ve tenfizinde basit ve seri bir usul uygulamak ve tenfiz isteminin basit bir başvuruyla yapılabilmesini sağlamak yükümü getirmektedir.
5. Tenfiz istemi reddedilirse, talep edilen devletin merkezi makamı gerekli görüyorsa, yetkili mercilerinde esasa ilişkin bir davanın açılmasını sağlayabilir (md.5/4).

C) ÇOCUKLA ŞAHSİ İLİŞKİLER

1. Sözleşmenin 11. maddesi çocukla şahsi ilişki öngören kararların ya da velayete ilişkin kararlardaki şahsi ilişki hükümlerinin tanıma ve tenfizini, velayete ilişkin kararların tanıma ve tenfizinde aranan koşullara tabi tutmuştur.
2. Talep edilen devletin yetkili makamları, tarafların karşılıklı taahütlerini de dikkate alarak, şahsi ilişki hakkının kullanılmasının ve uygulanmasının biçim ve koşullarını belirleyecektir.
3. Şahsi ilişkiye hükmedilmemişse ya da velayete ilişkin kararın tanıma veya tenfizi reddedilmişse, talep edilen devletin merkezi makamı, şahsi ilişki hakkını ileri süren kişinin başvurusu üzerine şahsi ilişkiye hükmetmesi istemiyle yetkili makamlarına başvurabilir.

D) HAKSIZ GÖTÜRÜLEN ÇOCUĞUN GERİ GÖNDERİLMESİ

1. Yukarıda açıklandığı üzere, sözleşmenin 8. maddesi esas olarak haksız götürülen çocuğun iadesine ilişkindir.

Maddenin düzenlenmesine göre çocuğun haksız götürüldüğü tarihten başlayarak 6 ay içinde herhangi bir merkezi makama iade için başvurulmuşsa;

- a. Çocuğun velayete ilişkin karara konu olan davanın açıldığı tarihten önce haksız götürülmüş olması halinde, haksız götürme tarihinde; davanın açılmasından sonra haksız götürülmüş olması halinde, şu koşullarda dava tarihinde: (i) çocuk, ana ve baba münhasıran kararın verildiği devlet vatandaşı iseler ve (ii) çocuğun mutad meskeni bu devlette bulunuyorsa;
- b. Çocuğun velayet hakkını haiz kişi ile üçüncü kişi arasında yapılmış ve yetkili makamca onaylanmış şahsi ilişki kurmaya ilişkin bir anlaşma ya da aynı konuda verilmiş bir yetkili makam kararı uyarınca, üçüncü kişi çocuğu yabancı ülkeye götürmüş, ancak belirlenen süre sonunda geri getirmemişse, talep edilen devletin merkezi makamı çocuğun derhal iadesi için gerekeni yapacaktır.

2. Madde bu düzenlemesiyle, açıklanan koşulların varlığı halinde talep edilen devletin yetkili yargı makamlarından karar almaya gerek olmaksızın (örneğin, tanıma veya tenfiz kararı) çocuğu iade etmesini mümkün kılmıştır.

Ancak bunun için talep edilen devletin iç hukuku böyle bir uygulamaya elverişli olmalıdır. Aksi halde, yetkili yargı makamlarının kararı gerekecektir (md.8/2).

3. Velayete ilişkin kararın Sözleşmenin 9. ve 10. maddelerinden öngörülen hallerde tanınması ya da tenfiz edilmesi durumunda, haksız götürülen çocuk iade edilecektir.

E) USULE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Taraf devletlerden birinde çocuğun velayetine ilişkin karar alan herkes, taraf herhangi bir diğer devlet merkezi makamına başvurarak, kararın tanınmasını ve tenfizii talep edebilir (md.4/1). Başvuruya eklenecek belgeler şunlardır (Md. 4/2 ve Md. 13):

- (i) Talep edilen devletin merkezi makamına, başvuruda bulunanın adına hareket etmeye ve bu amaçla bir temsilci tayin etmeye yetki veren belge,
- (ii) Kararın bir kopyası
- (iii) Karar, davalının veya kanuni temsilcisinin gıyabında verilmişse, dava dilekçesi veya benzeri belgelerin davalıya usulüne uygun olarak tebliğ edildiğini tesbit eden belge;
- (iv) Gerekiyorsa, kararın verildiği ülke hukukuna göre icrailik kazanmış olduğunu gösterir belge;
- (v) Mümkünse, çocuğun talep edilen devlette bulunabileceği yere ilişkin açıklama;
- (vi) Çocuk üzerindeki velayet hakkının yeniden nasıl tesis edilebileceğine ilişkin öneriler.

2. Sözleşmeden aranan koşulların bulunmadığı açıkça anlaşılıyorsa talep edilen devletin merkezi makamı müdahalede bulunmayı reddedebilir (Md. 4/4).

3. Talep edilen devletin merkezi makamı, en kısa sürede,

- (i) çocuğun bulunduğu yeri saptamak,
- (ii) alacağı gerekli geçici tedbirlerle çocuğun ve başvuruda bulunanın menfaatlerinin tehlikeye düşmesini engellemek;

(iii) kararın tanınmasını ya da tenfizini sağlamak,

(iv) kararın tenfizine karar verildiğinde çocuğun başvuruda bulunana teslimin sağlamak,

(v) talepte bulunan makama alınan tedbirleri ve sonuçları iletmek, amacıyla gerekli gördüğü tüm tedbirleri alır veya aldırır, gerekiyorsa yetkili mercilerde dava açar (md. 5/1).

4. Talep edilen devlet merkezi makamı, çocuğun başka bir taraf devlet ülkesinde bulunduğu kanaatini verecek sebepler varsa, belgeleri gecikmeksizin ve doğrudan doğruya o devletin merkezi makamına gönderir.

II. DEĞERLENDİRME

1. Sözleşme, velayete ve şahsi ilişki kurmaya ilişkin kararların tanıma ve tenfizini, sözleşmeye taraf ülkeden bir başka taraf ülkeye haksız götürülen çocuğun velayet hakkına sahip kişiye teslimini ve şahsi ilişkinin uygulanmasını değişik olasılıkları gözönünde tutarak ve amaca uygun olarak düzenlemiştir.

Düzenleme, öngörülen uygulama koşulları ve usul açısından çocuğun menfaatlerine aykırı değildir.

2. Sözleşmenin düzenlemesinde tanıma ve tenfiz talebini red koşulları, MÖHUK'un 38. maddesindeki koşullarla kıyaslandığında;

(i) MÖHUK 38. maddenin (a) ve (b) bentlerine aykırılık olmadığı,

(ii) kamu düzeni istisnasının sözleşmede yer almadığı, ancak MÖHUK'un (c) bendi içinde ele alınabilecek belli hallerin sözleşmede açıkça red sebebi sayıldığı,

(iii) (d) bendindeki red sebeplerinin daha genişletilmiş şekliyle sözleşmede yer aldığı;

(iv) sözleşmede MÖHUK'un 8(e) bendindeki red sebebine benzer bir sebep bulunmadığı görülmektedir.

Ancak, her iki düzenleme arasındaki bu farklılık, Türk hukuk sisteminin konuya ilişkin temel ilkeleriyle bağdaşmaz nitelikte değildir.

3. Türkiye'ye haksız getirilen Türk vatandaşı çocuğun,

(i) Türk mahkemesinden verilmiş ya da üçüncü devlet mahkemesinden verilmiş ve Türkiye'de tenfiz edilmiş velayet ve şahsi ilişki kurmaya ilişkin kararın bulunması, veya

(ii) Türkiye'de velayete ve şahsi ilişki kurmaya ilişkin açılmış davanın görülmekte olması, veya

(iii) çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması

hallerinde, talep eden devlete iadesi olasılığı ortadan kaldırılmak istenirse, 10. madde koşullarının 9. maddede öngörülen hallerde de aranacağı çekincesi ile birlikte, 12. maddedeki "haksız götürme" sayılan hükme çekince konulması yeterli olacaktır.

4. Sözleşmenin 17 ve 18. maddelerinin verdiği imkan çerçevesinde bu çekinceler konulduğunda, Türkiye'ye haksız getirilen Türk vatandaşı çocukların iadesine ilişkin başvurularda, yabancı kararın tanıma veya tenfizi, şu hallerde reddedilecektir:

(i) Türk mahkemesinden verilmiş velayete ya da şahsi ilişki kurmaya ilişkin bir karar varsa ve bu karar çocuğun haksız götürüldüğü tarihten (md. 9) ya da yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfizi talebinden önce (md. 10) verilmişse; veya

(ii) Tenfizi istenen karara konu olan davanın kararı veren devlette açıldığı tarihte çocuğun mutad meskeni Türkiye'de bulunuyorsa (md. 10).

Bunun yanı sıra, tenfiz talebinde bulunulduğu tarihte;

(i) Türk mahkemesinde, tenfiz talebinden önce bir üçüncü devlet mahkemesinden verilmiş kararın tenfizi davası görülmekte ise,

tenfiz talebi görülmekte olan davaların sonuna kadar talik edilecektir (md. 10).

Türk mahkemesinden verilecek karar, tenfizi istenen kararla bağdaşmayacak olursa, tenfiz ve çocuğun iadesi istemi reddedilecektir (md. 10).

5. Yabancı kararın tanıma veya tenfizi talebinden önce Türk mahkemesinden verilmiş, ya da bir yabancı mahkemeden verilip Türkiye'de tanınmış veya tenfiz edilmiş bir karar yoksa, yabancı kararın tanıma ve tenfizi istemi:

(i) tenfizi istenen yabancı karara konu olan davanın kararı veren devlette açıldığı tarihte çocuğun Türkiye'de mutad meskeninin bulunmaması ve çocuğun aynı zamanda kararın verildiği devlet vatandaşı olması (md. 10),

ve

(ii) Türk mahkemesinde açılmış çocuğun velayetine ilişkin bir davanın bulunmaması ya da böyle bir dava Türk mahkemesinde görülmekte ise, bu davanın tenfizi istenen yabancı karara konu olan davanın kararın verildiği devlette açıldığı tarihten sonra açılmış olması (md. 10).

hallerinde, ancak şu nedenlerle reddedilebilecektir :

(i) kararı veren merciin yetkisinin 9. maddede öngörülen gerekçelere dayanmaması;

veya

(ii) karar, davalı ya da kanuni temsilcisinin gıyabında verilmişse, tebligatın 9. maddede öngörülen koşullara aykırı yapılmış olması; veya

(iii) kararın sonuçlarının (etkilerinin) Türk aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmaması;

veya

(iv) çocuğun haksız götürülmesinden sonra değişen şartlar nedeniyle kararın sonuçlarının (etkilerinin) artık çocuğun menfaatiyle açıkça bağdaşmaması (md. 10).

Görüldüğü gibi, Türk vatandaşı çocuğun velayetine ilişkin yabancı kararın tanınması ya da tenfizi sonucu çocuğun iadesini gerektirecek haller oldukça sınırlıdır.

III. SONUÇ

Sözleşmenin 10. maddesindeki tanıma ve tenfizi red koşullarının 9. maddede öngörülen hallerde de aranacağı çekincesi ile birlikte 12. maddedeki "haksız götürme" hükmüne çekince konularak Sözleşmeye katılınması uygun görülmektedir.