

VELAYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI HAKKINDA
TEDBİRLER YÖNÜNDE YETKİ, UYGULANACAK HUKUK, TANIMA, TENFİZ VE
İŞBİRLİĞİNE DAİR 1996 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ VE TÜRK
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNA ETKİSİ*

1996 HAGUE CONVENTION ON JURISDICTION, APPLICABLE LAW,
RECOGNITION, ENFORCEMENT AND CO-OPERATION IN RESPECT OF PARENTAL
RESPONSIBILITY AND MEASURES FOR THE PROTECTION OF CHILDREN AND
ITS IMPACTS ON TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Ayşe Elif Ulu Karataş**

Öz

“Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, yabancılik unsuru içeren velayet sorumluluğu ve çocukların korunmasına ilişkin ihtilaflar bakımından, adli ve idari makamların milletlerarası yetkisine, uygulanacak hukuka ve alınan kararların tanınması ve tenfizine dair hükümler getiren, uygulama alanı oldukça geniş bir milletlerarası özel hukuk sözleşmesidir. Sözleşme, Türkiye bakımından 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türk hukuk mevzuatının bir parçası haline gelmiştir. Bu çalışmada, Sözleşme’nin Türkiye’de yürürlüğe girmesiyle birlikte; Sözleşme’nin Türk milletlerarası özel hukuk kuralları üzerindeki etkisi; Sözleşme’nin uygulama alanı, yetki kuralları, kanunlar ihtilafı kuralları ve tanıma-tenfiz hükümleri incelenerek ortaya konacaktır.

Abstract

“1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-Operation In Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children” addresses a very wide range of international parental responsibility and child protection issues. Aiming to improve the protection of children in international situations and

* Makale Gönderim Tarihi: 18.12.2017; Makale Kabul Tarihi: 25.12.2017.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye, eulusu@istanbul.edu.tr.

*** Bu makaleyi hazırlamamda bana yardımcı olan Doç. Dr. Emre Esen’e teşekkürlerimi sunarım.

seeking to avoid conflicts between legal systems in relation to measures taken for the protection of children, Convention provides rules on jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement in respect of parental responsibility and protection measures of children. The Convention entered into force in Turkey on 01.02.2017 and since then it became applicable under Turkish law. In this study, the possible impacts of 1996 Hague Child Protection Convention on Turkish private international law will be revealed by analyzing the scope of application, jurisdiction, conflict of law and recognition and enforcement rules of the Convention.

Anahtar Kelimeler: *1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, Velayet sorumluluğu, Milletlerarası yetki, Uygulanacak hukuk, Tanıma-tenfiz.*

Keywords: *1996 Hague Child Protection Convention, Parental responsibility, Jurisdiction, Applicable law, Recognition-enforcement.*

Giriş

Yabancılık unsuru içeren çocukların korunması ve velayet konularında milletlerarası özel hukuk meselelerine ilişkin pek çok milletlerarası sözleşme hazırlanmıştır. Türkiye, çocukların korunması ve velayet hukukunun milletlerarası özel hukuk boyutuyla ilgili bu milletlerarası sözleşmelerden 2017 yılına kadar; 1961 tarihli “Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi”¹, 1980 tarihli “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”² ve 1980 tarihli “Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi”³ ve 2003 tarihli “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”⁴ne taraf olmuştur.

Türkiye'nin taraf olduğu bu milletlerarası sözleşmeler incelendiğinde, konu itibariyle uygulama alanı en kapsamlı olan sözleşme 1961 tarihli Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi'dir (1961 tarihli Sözleşme). 1961 tarihli Sözleşme, velayetin tesisi ve tevdi, çocuğun bir kuruma yerleştirilmesi, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuk mallarının idaresi gibi çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin olarak uygulanacak hukuka göre alınabilecek tüm koruma

¹ RG. 21.02.1983-17966.

² RG. 02.11.1999-23864.

³ RG. 15.05.2000-23965.

⁴ RG. 17.11.2011-28155.

tedbirlerini kapsamaktadır. Konu itibariyle uygulama alanının genişliğinin yanı sıra; 1961 tarihli Sözleşme, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik bu tedbirlerin alınmasında ortaya çıkabilecek, milletlerarası yetkiye, uygulanacak hukuka ve alınan koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine yönelik milletlerarası özel hukuka ilişkin tüm meseleleri kapsayan hükümler ihtiva etmektedir.

Bununla birlikte, 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulama alanının coğrafi bakımdan sınırlı olması, koruma tedbirlerinin alınmasında akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisine ilişkin hükümlerin birden fazla akit devlet makamının yetkili olmasına sebep olması, uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerinin anlaşılabilir olması ve tanıma ve tenfiz hükümlerinin yetersiz kalması, 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf devlet sayısının sınırlı kalmasına ve bu itibarla Sözleşme'den beklenen başarının elde edilememesine sebebiyet vermiştir. 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanmasında ortaya çıkan bu belirsizlikler ve güçlüklerin bertaraf edilmesi amacıyla, 1993 yılında Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı Sözleşme'nin çeşitli hükümlerinin revize edilmesine karar vermiş ve müteakip toplantılar neticesinde 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulama alanına giren konuları daha kapsamlı ve anlaşılır bir şekilde düzenleyen yeni bir sözleşme hazırlanmıştır⁵.

1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçmek üzere hazırlanan 1996 tarihli “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”⁶nin (1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi) 01.02.2017 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile birlikte, 1961 tarihli Sözleşme'nin bugün uygulama alanı neredeyse hiç kalmamıştır⁷.

⁵ 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasında yaşanan güçlükler ve bu kapsamda 1996 tarihli Sözleşme'nin hazırlanma gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Paul LAGARDE, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention by Paul Lagarde (Explanatory Report)*, HCCH Publications, 1998, paragraf 1-6, s. 539-541, (Çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/upload/exp134.pdf> (01.12.2017); Nihal ULUOCAK, *Velayet 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; Bilgin TIRYAKIOĞLU, *Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi)* Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 381-383; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 151.

⁶ RG. 22.05.2016-29719. 2016/9638 sayılı “Bazı Anlaşmaların Yürürlük Tarihlerinin Tespit Edilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı” uyarınca, 1996 tarihli Sözleşme, 01.02.2017 tarihinden itibaren Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. RG. 03.01.2017-29937.

⁷ 1996 tarihli Sözleşme'nin 51. maddesi uyarınca; hem 1961 tarihli Sözleşme'ye hem de 1996 tarihli Sözleşme'ye taraf olan devletler bakımından 1996 tarihli Sözleşme, 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçecektir. Ancak bu durum, 1996 tarihli Sözleşme bir akit devlet bakımından yürürlüğe girmeden önce, o devlette 1961 tarihli Sözleşme hükümleri uyarınca alınmış koruma tedbirlerinin tanınmasına hanel getirmeyecektir. Her iki Sözleşme'ye de taraf olan devletlerin listesi karşılaştırıldığında, 1961 tarihli Sözleşme sadece Çin Halk Cumhuriyeti Macau Özel Bölgesi için uygulanabilecektir. Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (01.12.2017).

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin yerine geçtiği, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi, özellikle Alman ve Hollanda makamları tarafından tatbik edilmek suretiyle, mutad meskeni bu ülkelerde bulunan Türk vatandaşı küçükler hakkında velayet hakkının ana ve babadan nez'ine ve bakım yurtlarına yerleştirmelerine ilişkin koruma tedbirleri alınmıştır⁸. Bu itibarla, 01.02.2017 tarihinden itibaren Türkiye bakımından da uygulanacak olan 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçen 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi Türk hukuku bakımından oldukça büyük önem arz etmektedir.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri almak konusunda hangi akit devlet makamlarının yetkili olacağına, koruma tedbirlerine ve velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ve koruma tedbiri kararlarının diğer akit devletlerde tanınması ve tenfizine ilişkin geniş kapsamlı hükümler ihtiva etmektedir. Bu nedenle, Sözleşme'nin Türk milletlerarası özel hukukunda çocuğun şahıs ve malvarlığının korunması ve velayet sorumluluğuna ilişkin milletlerarası yetkiye, uygulanacak hukuka ve bu konulara ilişkin yabancı kararların tanınması ve tenfizine ilişkin olarak getirilen hükümlere etkisinin ayrı ayrı ele alınarak incelenmesi gerekmektedir. Ancak bunlara geçmeden önce, Sözleşme'nin amacı ve kapsamı ile Sözleşme'nin kişi, yer, konu ve zaman itibarıyla uygulama alanının tespit edilmesi gerekecektir.

Bu kapsamda bu çalışmamızda, öncelikle 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin amacı ve kapsamı ile Sözleşme'nin uygulama alanı belirlenecek; sonrasında, Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk ve tanıma ve tenfiz hükümleri ve bu hükümlerin Türk hukukuna etkisi ayrı başlıklar altında değerlendirilecektir.

I. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin Amacı ve Kapsamı

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunması için gerekli tedbirlerin alınması ve bu tedbirler alınırken akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisine, uygulanacak hukuka ve alınan tedbirlere ilişkin kararların diğer akit devletlerde tanınması ve tenfizine ilişkin iç hukuklardaki farklı hukuki düzenlemelerin yarattığı ihtilafları en aza indirerek çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunmasında

⁸ Bu konuda bkz. Şeref ÜNAL, *Velayetin Nez'i*, YKD, 1991/1-2, s. 209 vd. Ayrıca ayrıntılı örnekler için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun Almanya, Hollanda ve Belçika Gençlik Daireleri'nin Türkiye Kökenli Çocuklara Yönelik Uygulamalarına İlişkin İnceleme Raporu, 24. Dönem 4. Yasama Yılı 2013. Bkz. (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2013/raporlar/cocuklara_yonelik_uygulamalara_iliskin_komisyon_raporu.pdf (01.12.2017).

uluslararası işbirliğinin artırılması amacıyla kabul edilmiştir.

Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda kapsamı, 1. maddesinde net bir şekilde tanımlanmıştır. Bu anlamda 1. maddenin, Sözleşme bakımından adeta bir içindekiler kısmı işlevi gördüğü ifade edilmektedir⁹. Buna göre Sözleşme'de;

- (1) Çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri almakta hangi Devlet makamlarının yetkili olduğuna (m. 5-14);
- (2) Bu makamların söz konusu koruma tedbirlerini¹⁰ alırken uygulayacakları hukuka (m. 15);
- (3) Velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka (m. 16-22);
- (4) Koruma tedbirlerinin tüm akit devletlerde tanınması ve tenfizine (m. 23-28) ve
- (5) Akit devletlerin yetkili makamları arasında, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleştirilmesi için gerekli olabilecek işbirliğinin tesisine (m. 29-39) ilişkin hükümler yer almaktadır.

Buna göre 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin, 1961 tarihli Sözleşme'den, kapsamı itibariyle en önemli farkı, 1996 tarihli Sözleşme'de koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine ve taraf devletler arasında işbirliğine ilişkin ayrıntılı hükümlerin getirilmiş olmasıdır¹¹.

II. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı

A. Kişi İtibariyle Uygulama Alanı

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin amacı, çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasına ve çocuklar hakkında kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin milletlerarası özel hukuk konularında, iç hukuklardaki farklı hukuki düzenlemelerin yarattığı ihtilafları en aza indirmektir. Bu itibarla, Sözleşme'nin

⁹ *Explanatory Report*, paragraf 9, s. 543.

¹⁰ Bu çalışmada, “koruma tedbiri” veya “tedbir” ifadeleri, Sözleşme'nin 1. maddesinde geçen “çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler” ifadesinin yerine geçmek üzere kullanılacaktır.

¹¹ 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulama alanı hakkında bilgi için bkz. Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, Ankara 1991, s. 77-79; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku (Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler)*, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 7, Ankara 1991, s. 24-25; Burak HUYSAL, *Devletler Özel Hukukunda Velayet*, Legal, 2005, s. 65-70 vd; Ziya AKINCI/Cemile DEMİR-GÖKYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 168-169; Ebru ŞENSÖZ-MALKOÇ, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, Onikilevha, İstanbul 2017, s. 177-178;

öznesi “çocuklar”dır. Bu nedenle, Sözleşme hükümlerinin bir ihtilafa uygulanıp uygulanmayacağı yani Sözleşme’nin uygulama alanı belirlenirken öncelikle, ihtilafın öznesi olan çocuğun Sözleşme kapsamına girip girmediği tespit edilmelidir. Sözleşme’nin hangi çocuklara uygulanacağı sorusunun cevabı, başka bir deyişle, Sözleşme’nin kişi itibarıyla uygulama alanı 2. maddesinde düzenlenmiştir.

1996 tarihli Sözleşme, 1961 tarihli Sözleşme’den farklı olarak, Sözleşme’nin kapsamına giren “çocuklar”ı (*children*) doğrudan açıkça tanımlamıştır¹². İngilizce ve Fransızca metinlerinde “küçük” (*infant*) ifadesinin kullanıldığı 1961 tarihli Sözleşme’de ise, “küçük” (*infant*) ifadesi açıkça tanımlanmamış; bunun yerine 12. maddesinde¹³ bu ifadenin ne anlama geldiğinin tespitinde, yani vasıflandırılmasında uygulanacak hukuku gösteren özel bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmiştir. 1996 tarihli Sözleşme, “çocuklar” (*children*) ifadesini açıkça tanımlayarak, bu konuda bir kanunlar ihtilafı kuralına olan ihtiyacı ortadan kaldırmış ve Sözleşme’nin uygulama alanının daha öngörülebilir bir şekilde tespit edilmesini sağlamıştır.

Sözleşme'nin kişi itibarıyla uygulama alanını düzenleyen 2. maddesi uyarınca; Sözleşme, "çocuklara", doğdukları andan 18 yaşını bitirene kadar uygulanır. Buna göre; Sözleşme'nin uygulama alanı bulabilmesi için, ihtilafın öznesi çocuğun, *doğmuş olması* ve 19 yaşından gün almamış olması gerekmektedir.

Sözleşme’nin 2. maddesinde açıkça, “çocuğun doğum anı” başlangıç noktası olarak esas alınmıştır. Bu itibarla, Sözleşme, çocuğa, ana rahmine düştüğü andan değil, doğduğu andan itibaren uygulanabilecektir. Başka bir ifade ile Sözleşme, henüz doğmamış ana rahmindeki cenine ilişkin olarak uygulanamayacaktır. Henüz doğmamış ana rahmindeki cenine ilişkin olarak bu Sözleşme ile düzenlenmiş konularda, örneğin, ceninin malvarlığına ilişkin bir koruma tedbiri alınmasında adli ve idari makamların yetkisinde ve bu tedbirin diğer devletlerce tanınması ve tenfizinde, akit devletlerin iç hukuk kuralları tatbik edilecektir¹⁴.

¹² *Explanatory Report*, paragraf 15, s. 545.

¹³ 1961 tarihli Sözleşme’nin 12. maddesinde; “küçük” (*infant*), milli hukukunun ve mutad mesken hukukunun maddi hukuk kuralları uyarınca bu statüye sahip kişi olarak tanımlanmıştır. Buna göre, bir kişinin 1961 tarihli Sözleşme kapsamına girebilmesi için, hem milli hukuku hem de mutad mesken hukuku uyarınca “küçük” (*infant*) statüsüne sahip olması aranmıştır. Aynı yönde bkz. TİRYAKIOĞLU, *Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler*, s. 25.

¹⁴ Sözleşme’de “çocuk” tanımına, henüz doğmamış ana rahmindeki ceninin dâhil edilmemiş olması bilinçli bir tercihtir. Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları esnasında, henüz doğmamış ana rahmindeki ceninin de bu tanıma dâhil edilmesinin Latin Delegeler tarafından teklif edildiği ancak bu yöndeki tekliflerin büyük bir çoğunlukla reddedildiği kaydedilmektedir. Sözleşme’nin bu tercihinde; kürtaj konusundaki etik tartışmalar ve embriyonun uluslararası hukuki statüsü konularında bir tutum almış olmaktan kaçınma isteğinin rol oynadığı ifade edilmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 15, s. 545.

2. madde uyarınca, Sözleşme'nin uygulanması bakımından doğum anı ile başlayan çocukluk statüsü, çocuğun 18 yaşını bitirmesi ile sona erecektir. Bu itibarla, Sözleşme hükümleri 19 yaşından gün almış kişilere uygulanmayacaktır. Sözleşme'nin "çocuğu" tanımlarken getirdiği 18 yaş sınırının, çocuğun şahsi statüsüne göre erginlik yaşı ile herhangi bir ilgisi olmadığı ifade edilmektedir. Başka bir deyişle, çocuğun ehliyetine uygulanacak hukuka göre "ergin" olup olmaması, Sözleşme'nin uygulanması bakımından herhangi bir etkiye sahip değildir. Bu nedenle, 19 yaşından gün almamış ancak ehliyetine uygulanacak hukuka göre, yaş sebebiyle veya evlenme sebebiyle "ergin" kabul edilen bir kişi de Sözleşme kapsamında "çocuk" olarak kabul edilerek hakkında Sözleşme hükümleri uygulama alanı bulabilecek ve yetkili makamlar tarafından uygun görülen koruma tedbirleri alınabilecektir¹⁵.

B. Yer İtibariyle Uygulama Alanı

1961 tarihli Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca; 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanabilmesi için, "küçüğün" (*infant*) mutad meskeninin akit bir devlette bulunması gerekmektedir¹⁶.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde ise, 1961 tarihli Sözleşme'den farklı olarak, Sözleşme'nin yer itibariyle uygulama alanına ilişkin genel bir coğrafi sınırlama getirilmemiştir¹⁷. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşme'nin uygulanabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması zorunluluğu yoktur. Çocuğun mutad meskeni, 1996 tarihli Sözleşme'ye akit bir devlette bulunmasa dahi, Sözleşme hükümlerinin bu çocuk hakkında uygulanması mümkün olabilecektir. Örneğin; çocuğun mutad meskeni 1996 tarihli Sözleşme'ye akit olmayan bir devlette bulursa dahi, akit bir devlet bu çocuk hakkında koruma tedbiri almada milletlerarası yetkisini Sözleşme hükümlerini (yerinden edilmiş/mülteci çocuklar hakkında 6. madde; acil koruma tedbirleri için 11. madde veya ülkesel etkiye sahip koruma tedbirleri için 12. madde hükümlerini) uygulayarak tesis

¹⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 16, s. 545. Aynı yönde bkz. TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, s. 386. Çocuğun 18 yaşını bitirmeden evvel, kendi milli hukukuna göre daha erken bir yaşta ergin olduğu haller ile evlenme sebebiyle çocuğun ergin kabul edildiği hallerde sözleşmenin uygulama alanı bulamayacağına ilişkin aksi yönde görüş için bkz. Faruk Kerem GİRAY, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi*, Beta, İstanbul 2010, s. 250-251.

¹⁶ Türkiye'nin taraf olduğu 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin (Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi) 4. maddesinde ve 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelere Emlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi'nin (Lahey Ülkelere Emlat Edinme Sözleşmesi) 2. maddesinde de (RG. 19.04.2004-25438), 1961 tarihli Sözleşme'nin 13. maddesine benzer şekilde, Sözleşmelerin uygulanabilmesi için çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunması şartı aranmaktadır.

¹⁷ 1996 tarihli Sözleşme'de coğrafi sınırlama getiren genel bir hüküm bulunmadığından Sözleşme'nin uygulama alanının 1961 tarihli Sözleşme'ye nazaran daha geniş olduğu yönünde bkz. GİRAY, s. 251.

edebilecektir¹⁸.

1996 tarihli Sözleşme'nin uygulanabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin akit bir ülkede bulunması zorunluluğu getirilmemiş olmakla birlikte; çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması halinde, koruma tedbirlerini alma bakımından akit devlet makamlarınca milletlerarası yetkinin Sözleşme hükümleri uyarınca tesis edilmesi gerektiği (Sözleşme m. 5-10) ve bu nedenle çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu hallerde, bir akit devletin milletlerarası yetkisi, Sözleşme'deki yetki kurallarına göre tesis edilemiyorsa, o çocuk hakkında koruma tedbirlerini alma bakımından o akit devletin milletlerarası yetkiye sahip olmadığı kabul edilmektedir¹⁹.

Buna karşılık; çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmadığı hallerde; koruma tedbirlerini alma bakımından akit devlet makamlarının milletlerarası yetkilerini Sözleşme hükümleri uyarınca tesis etme yükümlülüklerinin bulunmadığı kabul edilmekte ve bu halde bir akit devlet makamının milletlerarası yetkisini, eğer şartları varsa, Sözleşme'de yer alan yetki kurallarına (Sözleşme m. 11 veya m. 12) göre tesis edebileceği gibi; şartları sağlansa dahi, kendi iç hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre de tesis edebileceği ifade edilmektedir²⁰.

Bu itibarla, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması Sözleşme'nin uygulama alanı bulması bakımından bir ön koşul değildir. Ancak çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunması, akit devletlere, koruma tedbirlerinin alınmasında Sözleşme'nin milletlerarası yetki hükümlerini ve dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralları ile tanıma ve tenfiz kurallarını yani Sözleşme'yi uygulama yükümlülüğü getirmektedir.

¹⁸ *Explanatory Report*, paragraf 17, s. 545; *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention*, Hague Conference on Private International Law (*Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*), 2014, s. 25, (Çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/docs/eca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf> (01.12.2017).

¹⁹ Zira Sözleşme'deki milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olmayan bir akit devlet makamının iç hukuk kuralları ile yetki tesis ederek aldığı koruma tedbiri kararlarının diğer akit devletlerce tanınması veya tenfizinin Sözleşme'nin 23. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi uyarınca reddedilebileceği hüküm altına alınmıştır. *Explanatory Report*, paragraf 84, s. 573 ve paragraf 122, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 25. Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aşağıda, s. 15-16.

²⁰ Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunmadığı hallerde, akit devlet makamlarınca milletlerarası yetkinin, mümkün olduğu hallerde, Sözleşme'de yer alan yetki kurallarına göre tesis edilmesinin en önemli sonucu, alınan koruma tedbirinin diğer akit devletlerin tümünde kanun gereğince tanınacak olmasıdır. Akit devlet makamlarının milletlerarası yetkilerini kendi iç hukuk kurallarına göre tesis etmeleri durumunda ise, diğer akit devletlerin alınan koruma tedbiri kararlarını kanun gereği tanıma yükümlülüğü ortadan kalkacağı gibi; tanıma veya tenfiz talepleri Sözleşme m. 23/2(a) uyarınca reddedilebilecektir. *Explanatory Report*, paragraf 39, s. 553 ve paragraf 84, s. 573; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 26. Bu konuda bkz. Aşağıda, s. 15-16.

C. Konu İtibariyle Uygulama Alanı

1996 tarihli Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca, Sözleşme'nin esasen konusu, “velayet sorumluluğu” (*parental responsibility*) ve “çocukların şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler” (*measures for the protection of children*), yani “koruma tedbirleri”dir.

“Velayet sorumluluğu” (*parental responsibility*) kavramı, Sözleşme’de tanımlanmıştır. Böylece, “velayet sorumluluğu” kavramının, farklı devlet hukuklarında ifade edebileceği farklı kavram, anlam ve içeriklerden kaynaklanabilecek ihtilafların bertaraf edilmesi ve Sözleşme’nin yeknesak bir biçimde uygulanmasının temini sağlanmaya çalışılmıştır.

Sözleşme’nin 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; Sözleşme'nin uygulanması kapsamında "velayet sorumluluğu" (*parental responsibility*) kavramı, ebeveynlerin çocuk üzerindeki otoritesini veya çocuğun şahıs veya malvarlığına ilişkin olarak ebeveynlerin, vasilerin veya diğer yasal temsilcilerin hak, yetki ve sorumluluklarını belirleyen benzer otorite ilişkilerini ifade etmektedir (m. 1/2)²¹.

Madde hükmünde, “velayet sorumluluğu”nun tanımı özellikle geniş tutulmuştur. Kavram, çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik sorumluluk ile birlikte, hangi hukuki ilişkiden kaynaklanırsa kaynaklansın genel olarak çocuğun hukuken temsilini kapsamaktadır. Tanım kapsamındaki otorite ilişkisinde atıf yapılan, çocuğun şahıs varlığına yönelik “hak ve sorumluluklar”ın (*rights and responsibilities*); çocuğun yetiştirilmesi ve gelişiminin sağlanmasına yönelik olarak kanunen anne ve babaya ait olan, çocuğun eğitimi, mutad meskeninin tespiti, çocuğun gözetimi gibi konulardaki hak ve sorumluluklar olduğu ifade edilmektedir. Otorite ilişkisinde atıf yapılan “yetkiler” (*powers*) ifadesinden ise; yine normal koşullar altında ebeveynler tarafından üstlenilen, 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 edilmektedir²².

Bununla birlikte Sözleşme, “koruma tedbiri” (*measures for the protection of children*)

²¹ 1961 tarihli Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan "küçüğü bir otoriteye tabi kılan ilişki" (*relationship subjecting the infant to authority*) ifadesi yerine, 1996 tarihli Sözleşme’de "velayet sorumluluğu" (*parental responsibility*) kavramı tercih edilmiştir. “Velayet sorumluluğu” kavramı, 1993 tarihli Lahey Ülkelerarası Evlat Edinme Sözleşmesi’nin 26. maddesinde de yer almasına rağmen, bazı delegelerin kavramın yeterince açık olmadığına ilişkin beyanları üzerine, 1996 tarihli Sözleşme’de bir hükümlerle tanımlanmıştır. Sözleşme’de tanımlandığı şekliyle “velayet sorumluluğu” kavramının esin kaynağının, 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 18. maddesi olduğu ifade edilmektedir (RG. 27.01.1995-22184). Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 14, s. 543; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 27.

²² Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 14, s. 545; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 27.

ifadesini tanımlayan bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bunun yerine, Sözleşme'nin 3. maddesinde, Sözleşme kapsamında alınabilecek koruma tedbirlerine ilişkin bazı örnekler sıralanmış ve Sözleşme'nin 4. maddesinde ise, Sözleşme'nin kapsamına girmeyen konular sayılmıştır. Sözleşme'de, koruma tedbirlerinin hangi konulara ilişkin olabileceğine dair kesin bir tanım yapılmamış olmasının sebebi ise, her bir akit devletin iç hukukunda çocukların şahıs ve malvarlıklarını korumaya yönelik olarak alınabilecek tedbirlerin değişkenlik arz edebilmesi ve Sözleşme'nin bu çeşitliliği ve esnekliği sınırlandırmayı arzu etmemesidir²³. Bu itibarla, Sözleşme'nin “koruma tedbirleri” bakımından konu itibariyle uygulama alanını, 3. ve 4. maddeler belirlemektedir.

Sözleşme kapsamında yetkili akit devlet makamları tarafından çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik olarak alınabilecek “koruma tedbirleri”nin neler olabileceği Sözleşme'nin 3. maddesinde, tahdidi olmaksızın²⁴, örnek kabilinden belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşme kapsamında yetkili akit devlet makamları; (a) velayet sorumluluğunun tesisi, kullanılması, sona ermesi, sınırlandırılması veya bir başkasına tevdiine; (b) çocuğun ikamet edeceği yeri belirleme hakkı da dâhil olmak üzere, çocuğa yönelik bakım ve gözetim hakları ile çocuğun mutad meskeninden başka bir yere sınırlı bir süre için götürülmesi hakkı da dâhil olmak üzere çocukla kişisel ilişki kurma hakkına²⁵; (c) vesayet, kayımlık ve benzeri kurumlara²⁶; (d) çocuğun şahıs veya malvarlığından sorumlu olan, çocuğu temsil eden veya çocuğa yardım eden kişi veya kurumun tayinine ve bunların işlevlerine²⁷; (e) çocuğun

²³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 18, s. 547 ve paragraf 26, s. 549; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 27.

²⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 18, s. 547; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 387; GİRAY, s. 251; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 151 dn. 122.

²⁵ Sözleşme'nin 3. maddesinin (b) bendinde yer alan “çocuğa yönelik bakım ve gözetim hakkı” (*rights of custody*) ifadesi ile “çocukla kişisel ilişki kurma hakkı” (*rights of access*) ifadeleri, farklı devlet hukuklarında farklı anlamlara gelebileceğinden ve hakların kapsamı değişebileceğinden, (b) bendi formüle edilirken, 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin 5. maddesindeki tanımların aynen aktarıldığı ve bu ifadelerin Sözleşmelerin uygulanmasında birbirleri ile bütünlüğünün bozulmaması adına aynı şekilde yorumlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 20, s. 547; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 29. 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi uyarınca “çocukla kişisel ilişki kurma hakkı” kavramı için bkz. İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi (1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi)*, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 76; GİRAY, s. 14-15; Gonca Gülfem BOZDAĞ, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri (Çocuğun İadesi)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 91-92.

²⁶ Sözleşme'nin 3. maddesinin (c) bendinde, “vesayet” (*guardianship*), “kayımlık” (*curatorship*) ve benzeri olarak ifade edilen kurumlar, çocuğun ebeveynlerinin ölmüş olmaları veya çocuğu temsil kabiliyetine haiz olmadıkları durumlarda, çocuğun korunması, temsili veya çocuğa yardım öngören sistemler olarak tanımlanmaktadır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 21, s. 547; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 29.

²⁷ Sözleşme'nin 3. maddesinin (d) bendindeki kişi veya kurumlar, oldukça geniş tanımlanmıştır. Bu kişi veya kurum; bir ebeveyn, bir vasi veya çocuğun velayet sorumluluğunun tevdi edildiği herhangi bir kişi olabileceği gibi; çocuğu mahkemede temsilcisi ile menfaat çatışması içeren bir davada temsil etmek üzere atanan vasi

koruyucu aile yanına veya bakım kurumuna yerleştirilmesine²⁸ veya çocuğun bakımının kefalet (kafala)²⁹ veya benzeri bir kurum tarafından sağlanmasına³⁰; (f) çocuğun, koruması altında bulunduğu kişi tarafından yerine getirilen bakımın bir kamu otoritesi tarafından denetlenmesine³¹; (g) çocuğun malvarlığının yönetimi, muhafazası veya elden çıkarılmasına³² ve benzeri her türlü koruma tedbirine ilişkin kararları alabileceklerdir (m. 3).

Sözleşmenin kapsamına girmeyen konular ise 4. maddede tahdidi olarak sayılmak suretiyle Sözleşmenin konu itibariyle uygulama alanı sınırlandırılmıştır. Bu itibarla, Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca Sözleşme haricinde tutulmamış, çocuğun şahıs veya malvarlığını “korumaya yönelik”³³ her türlü karar veya tedbirin Sözleşme'nin uygulama alanına girdiği kabul edilmekte ve böylece Sözleşme'nin konu itibariyle uygulama alanı bakımından bir

(*guardian ad litem*) veya çocuğun avukatı veya çocuğun yasal temsilcisinin bulunmadığı veya ona ulaşamadığı özel durumlarda, o anda çocuk üzerinde otorite sahibi olan bir kişi (örneğin; çocuk için acil tedavi gereken durumlarda çocuğun bulunduğu yaz kampının sorumlu idarecisi) de olabilecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 22, s. 547; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 29.

²⁸ Çocuğun evlat edinilmek üzere veya cezai bir suç işledikten sonra bir kuruma yerleştirilmesine ilişkin koruma tedbirleri, 4. maddenin (b) ve (i) bentleri uyarınca Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakılmıştır.

²⁹ "Kefalet" (*kafala*), İslam hukukunda yer alan (örneğin; Fas hukuku), evlat edinmeden farklı ve evlat edinmedeki gibi sonucunda çocuk ve yanına yerleştirildiği aile ile arasında hısımlık ilişkisi doğurmayan, çocuğun korunmasına yönelik bir müessesedir. "Kefalet" (*kafala*), evlat edinmenin sonuçlarını doğurmaması sebebiyle, 1993 tarihli Lahey Ülkelerarası Evlat Edinme Sözleşmesi'nin kapsamına girmemektedir. Bununla birlikte, "kefalet" (*kafala*) müessesesi, çocuğun korunmasına yönelik bir tedbir olması itibariyle, 1996 tarihli Sözleşme'nin kapsamına dâhil edilmiştir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 23, s. 547; TİRYAKIOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 388 dn. 13; GİRAY, s. 251 dn. 74. "Kefalet" (*kafala*) müessesesinin, Türk milletlerarası özel hukukunda vasıflandırılması ile ilgili olarak bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 172.

³⁰ Sözleşme uyarınca yetkili akit devlet makamları tarafından, m. 3(e) kapsamında çocuğun koruyucu aile yanına veya bakım kurumuna yerleştirilmesine veya kefalet (*kafala*) veya benzeri bir müessese ile çocuğun bakımının sağlanmasına ilişkin alınacak koruma tedbirleri çerçevesinde, yerleştirme veya bakım başka bir akit devlet ülkesinde gerçekleştirilecekse, koruma tedbirini alacak yetkili akit devlet makamının Sözleşme'nin 33. maddesi uyarınca, öncelikle yerleştirme veya bakımın sağlanacağı akit devletin Merkezi Makamına veya yetkili kurumuna danışması şart koşulmuş ve koruma tedbirinin ancak bu akit devletin Merkezi Makamının veya yetkili kurumunun onayı ile alınabileceği hükme bağlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Explanatory Report*, paragraf 143, s. 593; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 30, 120-121.

³¹ Sözleşme'nin 3. maddesinin (f) bendi ile, çocuğun şahıs varlığının korunmasında devlet otoritesi müdahalesinin, sadece çocuğun bir kuruma veya aile yanına yerleştirilmesinde değil; çocuk hakkında bakım ve gözetim hakkı çocuğun ebeveynlerine veya başka bir kişiye aitken denetleyici makam olarak da söz konusu olabileceği ve devlet otoritesinin denetimine ilişkin alınabilecek böyle bir koruma tedbirinin de Sözleşme kapsamına dâhil olacağı açıklığa kavuşturulmak istenmiştir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 24, s. 547; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 31.

³² Sözleşme'nin 3. maddesinin (g) bendi ile, çocuğun malvarlığına yönelik, satın alma veya yatırım yapma da dâhil, her türlü işleme dair koruma tedbiri kastedilmektedir. Örneğin; belirli bir malvarlığı değeri üzerinde var olan bir ihtilafa ilişkin açılmış bir davada o malvarlığı değerine yönelik olarak çocuğun menfaatlerinin korunması amacıyla vasi (*guardian ad litem*) atanması bu kapsamdadır. *Explanatory Report*, paragraf 25, s. 547; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 31.

³³ Önemle belirtilmelidir ki; 1996 tarihli Sözleşme, “çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunmasına” yönelik bir sözleşme olması itibariyle, Sözleşme'nin kapsamına “çocuğun korunmasına” yönelik olarak alınacak tedbirler girmektedir. Bu anlamda; çocuğun vatandaşlığına, çocuğun adına veya çocuk lehine örneğin haksız fiilden kaynaklanan bir tazminata hükmedilmesine ilişkin meseleler “çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbir” olarak nitelendirilemeyeceğinden Sözleşme'nin uygulama alanı dışındadır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 26, s. 549 dn. 22.

boşluk doğması engellenmektedir³⁴.

Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca; (a) ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması (örneğin; soybağının kurulması) veya buna itiraz edilmesine; (b) evlat edinme kararları, evlat edinmeye hazırlık niteliğindeki tedbirler veya evlat edinmenin iptali veya feshine; (c) çocuğun soyadı ve adına; (d) çocuğun velayet altında olmaktan çıkarılmasına (çocuğun ergin kılınmasına); (e) nafaka yükümlülüklerine; (f) tröst veya mirasa halefiyete; (g) sosyal güvenliğe; (h) eğitim veya sağlık konularındaki genel nitelikli kamusal tedbirlere; (i) çocuklar tarafından işlenen cezai suçlar sonucu alınan tedbirlere ve (j) sığınma hakkına ve göçe ilişkin kararlara 1996 tarihli Sözleşme uygulanmayacaktır.

Türk hukuku açısından değerlendirildiğinde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun³⁵ Aile Hukuku kitabında yer alan, “soybağının hükümleri”, “velayet” ve “çocuk malları”na ilişkin hükümlerle düzenlenen, evlat edinme, çocuğun ad ve soyadı ve nafaka dışındaki, tüm meselelerin 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin konu itibarıyla uygulama alanına girdiği görülmektedir. Örneklendirmek gerekirse; velayetin tesisi, velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi (velayetin tevdi) gibi velayete, çocuğun korunmasına, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin Türk idari ve adli makamlarınca verilebilecek tüm kararlar Sözleşme'nin kapsamına girmektedir.

D. Zaman İtibariyle Uygulama Alanı

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin "zaman bakımından uygulama alanı" 53. maddesinde düzenlenmiştir. 53. madde; ilk fıkrasında, koruma tedbirlerini almada makamların milletlerarası yetkisine; ikinci fıkrasında ise, koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine ilişkin olmak üzere iki adet “zamanlararası kanunlar ihtilafı kuralı”³⁶ olarak da adlandırılabilir “intikal hükmü” içermektedir.

³⁴ *Explanatory Report*, paragraf 26, s. 549.

³⁵ RG. 08.12.2001-24607.

³⁶ Bir ülkede, aynı konuyu düzenleyen farklı kuralların birbiri ardına yürürlüğe girmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek kanunlar ihtilafını gidermek amacıyla başvuru kurallara “zamanlararası kanunlar ihtilafı kuralı” denmektedir. Bkz. Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 29-30; Aysel ÇELİKEL/B. Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 29-30; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 23-24 dn. 56; Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 44-45; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 17-19.

1. Yetki Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması

Buna göre; 1996 tarihli Sözleşme'nin, koruma tedbirlerinin alınmasında makamların yetkisine ilişkin hükümleri, ancak, bir devlette Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra o devlette alınacak koruma tedbirlerine uygulanacaktır (m. 53/1). Sözleşme'nin bir devlet bakımından yürürlüğe girmesinden önce, o devletin yetkili makamları tarafından alınmış bulunan koruma tedbiri kararları ise, Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra söz konusu devlet makamlarının milletlerarası yetkisi artık bulunmasa dahi, hukuki geçerliliğini muhafaza edecektir. Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği sırada, koruma tedbiri talebi, akit devlet makamları huzurunda henüz karara bağlanmamış, halen görüşülmekte ise, örneğin, koruma tedbiri talebine ilişkin yargılama halen devam etmekte iken Sözleşme o akit devlet bakımından yürürlüğe girmiş ise, bu yargılamanın akıbeti akit devletlerden her birinin iç hukukuna tabi olacaktır³⁷.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, Türkiye bakımından 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girdiğinden³⁸, ancak bu tarihten sonra Türk adli ve idari makamlarından talep edilen ve Sözleşme'nin kişi, konu ve yer itibariyle uygulama alanına giren çocuklara yönelik koruma tedbirlerini almada Türk makamlarının yetkili olup olmadığına 1996 tarihli Sözleşme hükümleri tatbik edilerek karar verilecektir³⁹.

Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 01.02.2017 tarihinde, koruma tedbiri talebi, Türk mahkemeleri önünde derdest ise, bu talep bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve bu itibarla yargılamanın akıbeti, Türk hukukunda usul hukuku kuralları hakkındaki genel intikal prensibine göre belirlenecektir. Buna göre; usul hukuku kuralları, yargılama düzenine ve bu itibarla kamu düzenine ilişkin bulunmaları sebebiyle, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren *henüz karara bağlanmamış, tamamlanmamış* işlemlerde resen ve derhal tatbik edileceklerdir⁴⁰. Bu durumda, Sözleşme'nin Türkiye bakımından

³⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 177, s. 603.

³⁸ Sözleşme uyarınca; Türkiye'nin de aralarında bulunduğu, 1996 yılı itibariyle Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı üyesi devletler, “onaylama” (*ratification*) işlemi ile Sözleşme'ye taraf olabilecek (m. 57) ve Sözleşme o devlet bakımından, “onay belgesi”nin, Sözleşme'nin depo makamı olan Hollanda Krallığı Dışişleri Bakanlığı'na depo edildiği tarihten sonra gelen 3 ayın sonunu takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girecektir (m. 61/2(a)). Bu nedenle, 07.10.2016 tarihinde onay belgesini depo eden Türkiye bakımından Sözleşme, 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁹ 01.02.2017 tarihinden önce Türk makamlarına yapılan koruma tedbiri talepleri bakımından Türk makamlarının milletlerarası yetkisi ve uygulanacak hukuk ise, şayet hakkında koruma tedbiri talep edilen çocuğun mutad meskeni 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf bir devlette ise 1961 tarihli Sözleşme'ye göre; değilse, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) (RG. 12.12.2007-26728) düzenlenen Türk milletlerarası yetki ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir.

⁴⁰ NOMER, s. 30 dn. 48 ÇELİKEL/ERDEM, s. 30-31; Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 318; Emre ESEN, *5718 Sayılı*

yürürlüğe girme tarihi olan 01.02.2017 tarihinden önce, Türk mahkemelerine milletlerarası yetki veren bir kanun hükmüne istinaden yetkili bir Türk mahkemesinde açılmış ve Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihte halen Türk mahkemeleri önünde görüşülmekte olan koruma tedbiri talepleri bakımından Türk mahkemelerinin yetkisine, 1996 tarihli Sözleşme'deki yetki kuralları değil, talep tarihindeki Türk milletlerarası yetki kuralları tatbik edilecektir. Dolayısıyla, 1996 tarihli Sözleşme'nin yürürlüğe girişi esnasında derdest olan koruma tedbiri talepleri hakkında yetkili Türk mahkemeleri, Sözleşme'ye göre yetkili olmasalar dahi, yetkili olmaya devam edecek ve yargılama sürecektir.

2. Tanıma ve Tenfiz Hükümlerinin Zaman İtibariyle Uygulanması

Sözleşme'nin koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri ise, koruma tedbirini alan akit devlet ile bu koruma tedbirinin tanınması ve tenfizinin talep edildiği akit devlet arasında Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra alınan koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine uygulanacaktır (m. 53/2). Buna göre; 1996 tarihli Sözleşme'de yer alan tanıma ve tenfiz hükümlerinin uygulanabilmesi için, koruma tedbirinin, hem tedbiri alan hem de tanıma veya tenfiz talep edilen devlette Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra alınmış olması gerekmektedir. Sözleşme'nin her iki devlet bakımından yürürlüğe girmesinden önce alınmış koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi ise, tanıma veya tenfiz talep edilen devletin hukukuna göre gerçekleştirilecektir⁴¹.

Bu durumda, Sözleşme'nin kişi, konu ve yer itibariyle uygulama alanına giren koruma tedbirlerinin Türkiye'de tanınması ve tenfizine 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için; koruma tedbirinin, Sözleşme'nin yürürlükte olduğu bir akit devlet tarafından, 01.02.2017 tarihinde veya bu tarihten sonra alınmış olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 01.02.2017 tarihinden önce yabancı devlet yetkili makamları tarafından alınmış koruma tedbirlerinin Türkiye'de tanınması ve tenfizine, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi hükümlerinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır⁴².

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Zaman İtibariyle Uygulama Alanı, İBD, C. 83, S. 2009/3, s. 1370.

⁴¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 178, s. 603.

⁴² Bu tarihten önce yabancı devlet makamları tarafından alınmış koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi, kararın alındığı yabancı devletin 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf olması halinde bu Sözleşme'ye göre (1961 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 7); değilse, 5718 sayılı MÖHUK hükümlerine göre mümkün olacaktır. Yabancı bir devletin yetkili makamları tarafından alınmış koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanması ile 1996 tarihli Sözleşme'nin uygulanması arasındaki en önemli fark, tanıma ve

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin tanıma ve tenfiz hükümlerinin zaman bakımından uygulama alanını ilgilendiren bir diğer hüküm de, 1996 tarihli Sözleşme ile 1961 tarihli Sözleşme arasındaki ilişkiyi düzenleyen 51. maddesinde yer almaktadır. 1996 tarihli Sözleşme'nin 51. maddesi uyarınca; hem 1961 tarihli Sözleşme'ye hem de 1996 tarihli Sözleşme'ye taraf olan devletler bakımından 1996 tarihli Sözleşme, 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçecektir. Ancak bu durum, 1996 tarihli Sözleşme, 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf bir devlet bakımından yürürlüğe girmeden önce, bu devlette 1961 tarihli Sözleşme uyarınca alınmış koruma tedbirlerinin 1961 tarihli Sözleşme uyarınca tanınmasına halel getirmeyecektir. Buna göre; 1961 tarihli Sözleşme kapsamında yetkili akit devlet makamları tarafından alınan koruma tedbirleri, koruma tedbirinin alındığı tarihte 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf bir devlette, 1961 tarihli Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca tanınacaktır. Koruma tedbirinin alındığı devlet ile tanınmanın talep edileceği her iki devlette de, bu zaman zarfında, 1996 tarihli Sözleşme yürürlüğe girse dahi, söz konusu koruma tedbirinin tanınmasına, 1961 tarihli Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda; örneğin, 1961 tarihli Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca yetkili olan “çocuğun vatandaşı olduğu akit devlet makamları” tarafından alınan koruma tedbirleri o tarihte 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf olan bir devlet tarafından Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca tanınacaktır. Koruma tedbiri alındıktan sonra, 1996 tarihli Sözleşme her iki devlet bakımından da yürürlüğe girse de, tanıma talep edilen devlet, 1996 tarihli Sözleşme'nin 1961'in yerine geçtiğini ve koruma tedbirinin 1996 tarihli Sözleşme uyarınca yetkili olan “çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları” tarafından alınmadığını ileri sürerek koruma tedbirinin tanınmasını reddedemeyecektir⁴³. Aslında böyle bir durumda, 1996 tarihli Sözleşme'nin tanıma ve tenfiz hükümleri; zaman bakımından yürürlüğüne ilişkin 53. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, koruma tedbiri 1996 tarihli Sözleşme her iki devlet bakımından da yürürlüğe girmeden önce alındığından zaten uygulanma imkânına sahip değildir. Kanaatimizce, 1996 tarihli

tenfiz şartlarına (red sebeplerine) ilişkindir. 1961 tarihli Sözleşme'de, koruma tedbirlerinin tanınması, 1961 tarihli Sözleşme uyarınca koruma tedbirini almaya yetkili akit devlet makamları tarafından alınması ve koruma tedbirinin tanınmasının açıkça kamu düzenine aykırı olmaması şartlarına tabi tutulmuş iken; koruma tedbirlerinin tenfizi, tenfiz talep edilen akit devletin hukukuna bırakılmıştır. Bkz. HUYSA, s. 187-190; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 178-180; Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Tanıma ve Tenfiz)*, Beta, İstanbul 2013, s. 358-362; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 177 vd. 1996 tarihli Sözleşme'de ise, 23. maddesinde, tanıma ve tenfiz red sebepleri sayılmıştır.

⁴³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 169, s. 601; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 133. 1996 tarihli Sözleşme'nin koruma tedbirlerinin tanıma ve tenfiz red şartlarını düzenleyen m. 23/2(a) uyarınca; “koruma tedbirinin, Sözleşme'nin 5 ila 14. maddelerinde yer alan yetki kurallarına göre yetkili olmayan bir makam tarafından alınmış olması” bir red sebebidir. 1996 tarihli Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca, koruma tedbirlerini almada genel yetkili makamlar, kural olarak, “çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları”dır. Çocuğun vatandaşı olduğu akit devlet makamları ancak, Sözleşme'nin 8. ve 9. maddelerinde öngörülen usul ve şartlar çerçevesinde, mutad mesken devletinin yetkisini devretmesi halinde yetki kazanabilecektir.

Sözleşme'nin 51. maddesinde yer alan bu kayıt, her iki milletlerarası sözleşmeye de taraf olan devletler bakımından, 1996 tarihli Sözleşme'nin 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçeceğine ilişkin hüküm ile 53. maddenin 2. fıkrasında yer alan intikal hükmü uygulanırken yaşanabilecek olası tereddütleri ortadan kaldırmak için getirilmiştir.

3. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması

Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin olarak ise, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin zaman bakımından uygulama alanını belirleyen 53. maddesinin herhangi bir intikal hükmü getirmediği kabul edilmektedir. Şöyle ki; Sözleşme'nin 53. maddesinin 1. fıkrasında yer alan intikal hükmünün, sadece koruma tedbirlerini almada akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisini düzenleyen Sözleşme hükümlerine ilişkin olduğu; Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını kapsamadığı ifade edilmektedir⁴⁴.

Bununla birlikte, Sözleşme'nin koruma tedbirlerini almada uygulanacak hukuka ilişkin 15. maddesi uyarınca, koruma tedbirlerinin alınmasında uygulanacak hukuk, “yetkili akit devlet makamının kendi hukuku” olduğundan ve bu nedenle koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanabilmesi için o akit devlet makamlarının Sözleşme uyarınca yetkili olması gerektiğinden, m. 53/1'deki yetkiye ilişkin intikal hükmünün, dolaylı olarak, Sözleşme'deki “koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları”nın zaman bakımından uygulama alanını da belirlediği kabul edilmektedir⁴⁵.

Buna göre, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 01.02.2017 tarihinden sonra Sözleşme uyarınca yetkili Türk adli ve idari makamları tarafından çocuklara yönelik koruma tedbirleri alınırken hangi hukukun uygulanacağına 1996 tarihli Sözleşme hükümleri (m. 15) tatbik edilerek karar verilecektir.

Diğer taraftan, Sözleşme m. 53/1'de yer alan intikal hükmünün, Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını kapsamadığı kabul edildiğinden, Sözleşme'nin 16. maddesinde düzenlenen, “adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın kanundan doğan velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları”nın zaman bakımından

⁴⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, 603.

⁴⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, 603.

uygulama alanı konusunda bir boşluk bulunduğu ifade edilmektedir⁴⁶. Bu nedenle, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Sözleşme'nin konu, kişi ve yer bakımından uygulama alanına giren meselelerde artık uygulanmayacak olan akit devletin iç hukukundaki kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı ile Sözleşme'nin 16. maddesindeki kanunlar ihtilafı kuralı arasında vuku bulabilecek bir zamanlararası kanunlar ihtilafı probleminin nasıl giderileceği sorusu gündeme gelmektedir.

Sözleşme'nin bir akit devlette yürürlüğe girmesinden sonra, o devletin yetkili makamları kanundan doğan velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku, Sözleşme'nin 16. maddesindeki kanunlar ihtilafı kuralına göre tespit edecek ve buna göre “çocuğun mutad mesken hukuku” uygulanacaktır. Ancak, Sözleşme'nin o akit devlette yürürlüğe girmesinden önce, o akit devletin iç hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre, kanundan doğan velayet sorumluluğu hakkında başka bir bağlama noktası, örneğin, “çocuğun milli hukuku” öngörülmüş olabilir. Bu durumda, Sözleşme yürürlüğe girene kadar, kanundan doğan velayet sorumluluğu, o akit devletin iç hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralına göre “çocuğun milli hukuku”na tabi iken; Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra, “çocuğun mutad mesken hukuku”na tabi olacaktır. Bu bağlama noktaları farklı devlet hukuklarına işaret ediyor ve “çocuğun milli hukuku”na göre, kanundan doğan velayet sorumluluğunun tek başına anneye ait olduğu; “çocuğun mutad mesken hukuku”na göre ise, tek başına babaya ait olacağı düzenlenmiş ise, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra, velayet sorumluluğuna sahip olacağı öngörülen kişi veya kişilerdeki bu değişikliğin sebep olacağı intikal hukukuna dair muhtemel problemler nasıl çözümlenecektir? Bu muhtemel problemlerden ilk akla geleni; Sözleşme yürürlüğe girmeden önce, kanundan doğan velayet sorumluluğuna tek başına sahip olan annenin bu hakkı kapsamında gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin geçerliliğinin tartışma konusu yapılıp yapılamayacağı meselesidir. İkincisi ise; Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra yeni kanunlar ihtilafı kuralına göre velayet sorumluluğuna tek başına sahip olması öngörülen babanın bu hakkını hangi andan itibaren kazanacağı; eski kanunlar ihtilafı kuralına göre velayet sorumluluğundan kaynaklanan annenin haklarının Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi ile hemen sona erip ermeyeceğidir. İşte Sözleşme'nin bir devlette yürürlüğe girmesi ile birlikte, o akit devletin iç hukukunda yer alan kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının, buna bağlı olarak uygulanacak devlet hukukunun ve neticesinde kanundan doğan velayet sorumluluğunun ait olduğu kişinin değişmesinden kaynaklanan tüm bu intikal

⁴⁶ *İbid.*

meselelerinin, Sözleşme’de bu konuda boşluk bulunduğundan, her bir akit devletin iç hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷.

Nitekim Türk hukukuna baktığımızda; Sözleşme’nin 16. maddesinde düzenlenen, “adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın kanundan doğan velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuk”a ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı, MÖHUK m. 17’de “soybağının hükümleri” başlığı altında düzenlenmiş ve bu konuda Sözleşme’den farklı bağlama noktaları öngörülmüştür⁴⁸. Bu nedenle, Sözleşme’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile, kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının değişmesinden kaynaklanan yukarıda açıkladığımız zamanlararası kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin problemlerin doğması muhtemel gözükmektedir. 1996 tarihli Sözleşme bu problemlerin çözümünü akit devletlerin iç hukuklarına bıraktığından, 5718 sayılı MÖHUK’ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının zaman bakımından uygulama alanına ilişkin Türk hukukunda yer alan düzenlemelere göre meselenin incelenmesi gerekmektedir.

Türk iç hukukuna baktığımızda, 5718 sayılı MÖHUK’ta, kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin olarak, eski ve yeni düzenlemelerden hangisinin esas alınacağını gösteren özel intikal hükümleri mevcut değildir. Bu nedenle, 1996 tarihli Sözleşme’nin 16. maddesi ile MÖHUK’un 17. maddesinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki intikal problemlerinin çözümü için, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’da⁴⁹ düzenlenen “genel intikal hükümleri”nden faydalanılması ve Sözleşme’nin 16. maddesindeki kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının zaman bakımından uygulama alanının bu genel intikal hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz⁵⁰.

Buna göre; *ilk problem* olan, Sözleşme yürürlüğe girmeden önce uygulanacak hukuka göre, kanundan doğan velayet sorumluluğuna sahip olan ebeveynin bu hakkı kapsamında *gerçekleştirdiği ve tamamlanmış olan hukuki işlemlerin geçerliliğinin* tartışma konusu yapılp

⁴⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, 603.

⁴⁸ MÖHUK m. 17 uyarınca; soybağının hükümleri; ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa, o hukuka, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukukuna, onun da bulunmaması halinde, soybağını kuran hukuka tabidir.

⁴⁹ RG. 08.12.2001-24607.

⁵⁰ Nitekim, mülga 2675 sayılı MÖHUK’u yürürlükten kaldıran 5718 sayılı MÖHUK’ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının zaman bakımından uygulama alanının belirlenmesinde de, 5718 sayılı MÖHUK’ta özel intikal hükümleri bulunmadığından, Türk hukukundaki genel nitelikli intikal hükümlerini içeren 4722 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanılması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. NOMER, s. 30; ESEN, s. 1371-1372; TEKİNALP/UYANIK, s. 44; Esra DARDAĞAN-KİBAR, *Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar*, GÜHFD, 2011/1, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, s. 542. Davanın açıldığı tarihi esas alan farklı görüş için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 30-31.

yapılamayacağı meselesinin çözümünde; 4722 sayılı Kanun'un "geçmişe etkili olmama" başlıklı 1. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uygulanacak ve bu hukuki işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, yapıldıkları sırada yürürlükte olan kanunlar ihtilafı kurallarına ve onların yetkili kıldığı hukuka göre belirlenecektir. Bu nedenle, Sözleşme yürürlüğe girmeden önce, MÖHUK m. 17 uyarınca yetkili hukuka göre kanundan doğan velayet sorumluluğuna sahip olan ebeveynin bu hakkı kapsamında çocuğun nam ve hesabına gerçekleştirdiği ve tamamlanmış olan işlemler, Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra da MÖHUK m. 17'ye tabi olacağından, geçerliliğini koruyacak ve dava konusu yapılamayacaktır (4722 sayılı Kanun m. 1/I ve II)⁵¹.

İkinci problem olan; Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra yeni kanunlar ihtilafı kuralının (Sözleşme m. 16) yetkili kıldığı hukuka göre velayet sorumluluğuna tek başına sahip olması öngörülen ebeveynin bu hakkını hangi andan itibaren kazanacağı ve dolayısıyla eski kanunlar ihtilafı kuralının (MÖHUK m. 17) yetkili kıldığı hukuka göre velayet sorumluluğuna sahip ebeveynin haklarının Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi ile hemen sona erip ermeyeceği ise; esasen *Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce doğan ve halen devam eden işlem ve ilişkilere* hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağı meselesidir. Adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın kanundan doğan velayet sorumluluğu ilişkisi, "*içerikleri tarafların istek ve iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş*" bir ilişki olduğundan, bu meselenin çözümünde 4722 sayılı Kanun'un 3. maddesi uygulanacak ve bu ilişki Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsa bile, Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Buna göre; örneğin, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce MÖHUK m. 17 uyarınca yetkili hukuka göre kanundan doğan velayet sorumluluğuna sahip olan annenin hak ve yetkileri, Sözleşme m. 16 uyarınca yetkili hukuka göre velayet sorumluluğunun tek başına babaya ait olacağı öngörülmüşse, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte sona erecek ve bu andan sonra anne, çocuk nam ve hesabına işlem gerçekleştiremeyecek; gerçekleştirdiği işlemler ise dava konusu yapıldığında geçersiz addedilecektir⁵².

Bununla birlikte, Sözleşme m. 16'nın zaman bakımından uygulama alanının bu şekilde belirlenmesi, kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının değiştiğinden ve velayet sorumluluğunun sona erdiğinden haberi olmayan ve olamayacak durumda olan ve velayet sorumluluğuna sahip görünen kişiler ile hukuki işlemler

⁵¹ 2675 sayılı MÖHUK ile 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan soybağına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki intikal problemleri bakımından aynı yönde görüş için bkz. ESEN, s. 1371-1373; DARDAĞAN-KİBAR, s. 542.

⁵² *İbid.*

gerçekleştiren iyiniyetli 3. kişiler bakımından hukuk güvenliğini ve öngörülebilirliği zedeleyen sonuçlara yol açacaktır. Bu sebeple, kanaatimizce, Sözleşme'nin 16. maddesinin yürürlüğe gireceği ve uygulanacağı bu hallerde, 16. madde bir bütün olarak ele alınmalı ve 16. maddenin 3. ve 4. Fıkralarında yer alan “statü değişikliği” (*conflict mobile*) kurallarına göre “çocuğun mutad meskeninin değiştiği haller”de, eski mutad mesken hukukuna göre sahip olunan kanundan doğan velayet sorumluluğunun devam edeceği ve yeni mutad mesken hukuku uyarınca başka bir kişinin bu sorumluluğa sahip olacağı öngörülmüşse bu yeni kişinin eski kişiyle birlikte müştereken velayet sorumluluğuna sahip olacağı kuralı intikal problemlerine de kıyasen uygulanmalıdır⁵³. Böylece, adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın kanundan doğan velayet sorumluluğunda, Sözleşme kapsamında statü değişikliğinde korunan işlem güvenliğinin; kanun değişikliğinde de korunması sağlanmış olacaktır. Eski ve yeni kanunlar ihtilafı kuralına göre, kanundan doğan velayet sorumluluğuna sahip olan kişiler arasında sorun çıkması halinde ise, velayet sorumluluğunun kullanılmasına ilişkin bu sorunlar, Sözleşme uyarınca yetkili akit devlet makamları tarafından alınacak koruma tedbiri kararları ile çözümlenebilecek; örneğin, bir koruma tedbiri kararıyla velayet sorumluluğunun söz konusu ebeveynlerden birine tevdi edilmesi sağlanabilecektir.

III. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki Kuralları ve Türk Hukukuna Etkileri

A. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Düzenlenen Yetki Kuralları

Sözleşme'nin kişi, yer, konu ve zaman bakımından uygulama alanına giren konularda, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri almakta hangi akit devlet makamlarının yetkili olacağına ilişkin hükümler, Sözleşme'nin 5 ila 14. maddelerinde yer almaktadır⁵⁴.

Sözleşme'de yer alan yetki kuralları, Sözleşme'nin uygulanmasında kilit role sahiptir. Zira Sözleşme'de yer alan koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar ve tanıma ve tenfiz hükümlerinin uygulanabilirliği, büyük oranda, akit devletlerin, Sözleşme'deki yetki kurallarına göre yetki tesis etmelerine bağlanmıştır.

⁵³ Benzer yönde öneri için bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, s. 605. Sözleşme'nin 16. maddesinde yer alan “statü değişikliği”ne ilişkin kurallar ve değerlendirmesi için bkz. Aşağıda, s. 42-43.

⁵⁴ 1996 tarihli Sözleşme, sadece, koruma tedbirlerini almada hangi akit devletin makamlarının milletlerarası yetkiye sahip olduğunu düzenlemektedir. Sözleşme uyarınca milletlerarası yetkiye sahip akit devletin hangi adli veya idari makamının yetkili veya görevli olduğu meseleleri ise akit devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 39.

Bu itibarla 1996 tarihli Sözleşme'deki yetki kuralları formüle edilirken, Sözleşme'nin etkin bir biçimde uygulanmasını temin etmek ve bu kapsamda 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanmasında yaşanan zorlukların tekrarlanmasının önüne geçmek adına⁵⁵, koruma tedbirlerini almada milletlerarası yetki, tek bir akit devlette (çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarında) “merkezleştirilme”ye çalışılmış ve mümkün olduğu kadar, bu merkezi yetkiye eşzamanlı yetki tesis edecek kurallardan kaçınılmaya gayret gösterilmiştir⁵⁶.

Bu açıdan incelendiğinde; Sözleşme'nin 5 ila 14. maddelerinde yer alan yetki kurallarını; “esas yetki” ve “sınırlı ve geçici yetki” tesis eden kurallar olarak iki ana başlıkta gruplandırmak mümkündür. Çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik koruma tedbirlerini almaya "esas yetkili akit devlet makamları" Sözleşme'nin 5 ila 10. maddelerinde; “sınırlı ve geçici yetkili akit devlet makamları” ise Sözleşme'nin 11 ila 12. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunların yanında, bir de Türkiye'nin 1996 tarihli Sözleşme'ye koymuş olduğu çekince nedeniyle “çocuğun Türkiye'de bulunan malları bakımından Türk makamlarının yetkisi” söz konusudur. Bu da üçüncü bir başlık olarak incelenecektir.

1. Esas Yetkili Akit Devlet Makamları

Sözleşme uyarınca, mutad meskeni akit bir devlet ülkesinde bulunan bir çocuk hakkında koruma tedbiri alınmasında hangi akit devlet makamlarının milletlerarası yetkiye sahip olduğu, 5 ila 10. maddelerdeki yetki kurallarıyla düzenlenmiştir. Koruma tedbirlerinin alınmasında esas yetkili akit devleti belirleyen bu yetki kuralları, genel yetki kuralının yer aldığı 5. maddesi uyarınca, “*çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde yer alması*” ihtimaline dayanmakta ve ancak bu takdirde Sözleşme'nin 5 ila 10. maddelerindeki yetki kuralları akit devletler bakımından uygulanabilir hale gelmektedir⁵⁷. Bunun sonucunda ise, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunduğu hallerde, bir akit devletin milletlerarası yetkisi, Sözleşme'deki yetki kurallarına göre tesis edilemiyorsa, o çocuk hakkında koruma tedbirlerini alma bakımından o akit devletin milletlerarası yetkiye sahip olmadığı kabul edilmektedir⁵⁸. Sözleşme uyarınca milletlerarası yetkiye sahip olmayan akit

⁵⁵ 1961 tarihli Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TIRYAKIOĞLU, *Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler*, s. 24-25; HUYSAL, s. 70-86; Ayfer UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta, İstanbul 2006, s. 131-139; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 170-176; TEKİNALP/UYANIK, s. 200-203.

⁵⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, s. 605.

⁵⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 39, s. 553.

⁵⁸ *Explanatory Report*, paragraf 84, s. 573; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 25.

devlet makamlarının iç hukuk kurallarına göre milletlerarası yetki tesis ederek bir koruma tedbiri kararı alması halinde ise, diğer akit devlet makamlarının iç hukuk kurallarına göre yetki tesis edilerek alınan koruma tedbiri kararının tanınması ve tenfizi Sözleşme m. 23/2(a) bendi uyarınca reddedilebilecektir.

Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde yer almaması halinde ise, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddelerindeki yetki kuralları uygulanamayacak ve akit devletler Sözleşme kapsamında milletlerarası yetkisini ancak, şartları sağlanmışsa, Sözleşme'nin 11 ila 12. maddelerinde yer alan ve sadece sınırlı ve geçici yetki sağlayan yetki kuralları ile tesis edebileceklerdir. Bununla birlikte, bu ihtimalde, akit devlet makamlarının, Sözleşme dışında, kendi iç hukuklarında yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetkilerini tesis etmeleri de mümkün olabilecektir⁵⁹. Ancak bu durumda, Sözleşme hükümleri uygulanmaksızın akit devletin yetkisi tesis edildiğinden; artık Sözleşme uygulama alanı bulmayacağından, diğer akit devletlerin, iç hukuk kurallarına dayanarak milletlerarası yetkisini tesis eden akit devlet makamlarınca alınan koruma tedbirlerini Sözleşme kapsamında kanun gereğince tanıma yükümlülükleri de ortadan kalkacak ve bu koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi, talep edilen akit devletin iç hukukunda yer alan tanıma ve tenfiz kurallarına tabi olacaktır⁶⁰.

a. Genel Yetki Kuralı: Çocuğun Mutad Meskeninin Bulunduğu Akit Devlet Makamlarının Yetkisi. Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca; çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri almaya, kural olarak, *çocuğun mutad meskeninin bulunduğu*⁶¹ akit devletin adli veya idari makamları yetkilidir (m. 5/1).

Sözleşme uyarınca milletlerarası yetki çocuğun mutad meskenini takip ettiğinden, Sözleşme'nin 7. maddesi çerçevesinde çocuğun haksız şekilde kaçırılması veya alıkonulması halleri dışında, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, *çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu* akit devlet makamlarının yetkili olacağı hükme bağlanmıştır (m. 5/2).

⁵⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 39, s. 553.

⁶⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 84, s. 573; paragraf 122, s. 585.

⁶¹ Sözleşme'de “mutad mesken” kavramı, hukuki değil, fiili bir kavram olması nedeniyle her somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerektiğinden ve diğer birçok milletlerarası sözleşmede hali hazırda benimsenmiş bu kavramın Sözleşme'de tanımlanması halinde bu sözleşmelerin yorumlanmasında da karışıklıklara sebebiyet verilebileceğinden tanımlanmamıştır. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşme kapsamında “mutad mesken”in tespitinde, özellikle 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi içtihatları yol gösterici olacaktır. “Mutad mesken” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 173-175; ATAMAN-FİGANMEŞE, *1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi*, s. 66-74; GİRAY, s. 52-88; BOZDAĞ, *Çocuğun İadesi*, s. 77-83; İlyas ARSLAN, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, İstanbul 2014. Bununla birlikte; hangi hallerin mutad meskenin değişmesine sebebiyet vermeyeceğine ilişkin bir hükmün Sözleşme metnine dâhil edilmesine ilişkin olarak sunulan ve reddedilen bir teklifin Komisyon'daki görüşmelerinde; çocuğun geçici süreyle tatil, okul veya kişisel ilişki kurma hakkının sağlanması amacıyla başka bir devlet ülkesinde bulunmasının çocuğun mutad meskeninin değişmesine neden olmayacağı kabul edilmiştir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 40, s. 553.

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde yetkili akit devlet makamlarının da değişeceği kuralı; mutad mesken değişikliğinin, önceki yetkili mutad mesken devletinin makamlarına bir koruma tedbiri talebi başvurusunun yapılmış olduğu sırada (örneğin; dava derdestken) gerçekleşmesi halinde de uygulanacak ve önceki mutad meskenin bulunduğu akit devlet makamı bu talepleri yetkisinin sona erdiğine hükmederek reddedecektir⁶². Bu itibarla, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde, “yetkinin devamlılığı” (*perpetuatio fori*) prensibi olarak ifade edilen, davayı gören mahkemenin yetkisinin bu yetkiyi tesis eden sebeplerin değişmesinden etkilenmeyeceği prensibi kabul edilmemiştir⁶³. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; her ne kadar Sözleşme'de bu hüküm ile “yetkinin devamlılığı” (*perpetuatio fori*) prensibi reddedilmişse de⁶⁴; Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca çocuğun mutad meskeninin değişmesi tek başına daha önce yetkili bir akit devletin makamları tarafından alınan koruma tedbirlerini geçersiz hale getirmeyeceğinden, “koruma tedbirlerinin devamlılığı” Sözleşme'de kabul edilmiştir.

b. Genel Yetki Kuralının İstisnaları. Sözleşme'de, belirli hallerde, 5. maddedeki genel

⁶² Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 42, s. 555. Bununla birlikte, böyle bir durumda, koruma talebi başvurusunun yapıldığı ve yetkisini tesis eden önceki mutad meskenin bulunduğu akit devlet makamlarının, koruma tedbiri talebini, yetkilerinin sona ermiş olması sebebiyle reddetmek yerine; Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenen şartlar çerçevesinde, yeni mutad meskenin bulunduğu akit devlet makamlarına başvurarak yetki devri talep edebilecekleri ve bu çerçevede söz konusu koruma tedbiri taleplerini almada yetki tesis edebilecekleri ifade edilmektedir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 41.

⁶³ Buna karşılık belirtilmelidir ki; Türk milletlerarası usul hukukunda, davayı gören mahkemenin yetkisinin bu yetkiyi tesis eden sebeplerin değişmesinden etkilenmeyeceği prensibi (*perpetuatio fori*) kabul edilmektedir. Bkz. NOMER, s. 453. Bu minvalde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel yetkili mahkemeyi düzenleyen 6. maddesinde de, davalının “*davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri*” esas alınmış ve mahkemenin yetkisinin bu tarihten sonra yerleşim yerinde meydana gelebilecek değişikliklerden etkilenmemesi sağlanmıştır. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 368. Ayrıca, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi ile benzer konularda milletlerarası yetki kuralları içeren ve Sözleşme m. 52/3 uyarınca, Sözleşme'ye taraf AB üyesi devletler arasında uygulanmasına devam edilecek olan “27 Kasım 2003 tarihli 2201/2003 sayılı Evliliğe ve Velayet Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel IIa Tüzüğü”nün, “velayet sorumluluğu” ile ilgili meselelerde genel yetkili mahkemeyi düzenleyen 8. maddesinde de, “*davanın açıldığı tarihte çocuğun mutad meskeninin bulunduğu AB üyesi devlet*” mahkemelerinin yetkili olacağı hüküm altına alınmış ve böylece çocuğun daha sonra mutad meskeninin değişmesi halinde mahkemenin yetkisinin bundan etkilenmemesi sağlanmıştır. Tüzük metni için bkz. Bkz. 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. Tüzükteki “velayet sorumluluğuna” ilişkin davalarda yetki kurallarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA, *Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)*, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ekim 2016, s. 243-278.

⁶⁴ Çocuğun mutad meskeninin, bir akit devlet ülkesinden, o akit devlette koruma tedbiri talebine ilişkin başvurusunun yapılmış olduğu sırada, Sözleşme'ye akit olmayan bir devlet ülkesine taşınması halinde ise, artık Sözleşme'nin 5. maddesi uygulanmayacağından, önceki akit mutad mesken devletinin iç hukukunda var olan *perpetuatio fori* prensibine dayanarak yetkisini muhafaza etmesi mümkündür. Ancak bu halde, Sözleşme devre dışı kalacağından, diğer akit devletlerin, bu şekilde iç hukuk kurallarına dayanarak yetkisini muhafaza eden önceki akit mutad mesken devleti makamlarınca alınan koruma tedbirlerini Sözleşme kapsamında kanun gereğince tanıma yükümlülükleri sona erecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 42, s. 555; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 41.

yetki kuralına istisnalar getirilerek, belirli akit devlet makamlarının, çocuğun mutad meskeni o akit devlette bulunmasa dahi, Sözleşme kapsamında yetki tesis etmeleri mümkün kılınmıştır. Bu haller; “çocuğun mutad meskeninin bulunmadığı haller” (m. 6), “uluslararası çocuk kaçırmaya halleri” (m. 7) ve “yetki devri” (m. 8-9) halleridir.

i. Çocuğun Mutad Meskeninin Bulunmadığı Hallerde Yetki. Sözleşme’nin 6. maddesi uyarınca; “mülteci çocuklar” ve “ülkelerinde meydana gelen karışıklıklar yüzünden yerlerinden edilmiş çocuklar” ile “mutad meskeni tespit edilemeyen çocuklar” bakımından 5. maddenin 1. fıkrası anlamında koruma tedbirlerini almada esas yetkili makamlar, çocuğun topraklarında bulunduğu akit devlet makamlarıdır (m. 6/1-2).

“Yerlerinden edilmiş çocuklar” (*internationally displaced children*) ifadesi, farklı akit devletlerin iç hukuklarındaki “mülteci” (*refugee*) tanımının farklı olabileceği gözönünde bulundurularak, madde kapsamının geniş tutulması amacıyla özellikle tercih edilmiştir. Bu itibarla; 6. maddenin kapsamına, ülkelerindeki karışıklıklar sebebiyle mutad meskenlerinin bulunduğu ülkeyi terk etmek durumunda kalmış, bu ülke ile fiilen tüm bağlarını koparmış ve buldukları ülkede uluslararası veya geçici koruma statüsünden faydalanabilecek durumda olan tüm çocuklar girmektedir⁶⁵.

“Mutad meskeni tespit edilemeyen çocuklar”⁶⁶ bakımından, çocuğun bulunduğu akit devlet makamlarının yetkisi ise, bir “mecburi yetki” (*forum necessitatis*) halidir⁶⁷. Bu itibarla, çocuğun mutad mesken devletinin tespit edilmesi ile çocuğun bulunduğu akit devlet makamlarının Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında milletlerarası yetkisi sona erecek ve artık çocuğun bulunduğu akit devlet makamları ancak Sözleşme’nin 11 ila 12. maddeleri uyarınca sınırlı ve geçici yetki esasına göre çocuk hakkında koruma tedbirlerini almada yetki tesis edebileceklerdir⁶⁸.

⁶⁵ Buna karşılık, nerede olduğu bilinmeyen kaçmış veya terkedilmiş çocuklar bu kapsama girmemektedir. Kaçmış veya terkedilmiş çocukların bulunduğu yerin tespiti bakımından, Sözleşme’nin 31. maddesinin (c) bendi uyarınca akit devletler arasında işbirliği yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 44, s. 555; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 162.

⁶⁶ Çocuğun mutad meskeninin tespit edilemediği hallere örnek olarak; çocuğun iki veya daha fazla devlet arasında sürekli hareket halinde olması veya çocuğun yalnız veya terkedilmiş olup mutad meskeninin neresi olduğu hususunda herhangi bir delile ulaşılamaması veya çocuğun önceki mutad meskenini kaybetmiş ancak yeni bir mutad mesken edindiğine ilişkin yeterli delilin bulunmadığı haller gösterilmektedir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 42.

⁶⁷ *Forum necessitatis* prensibi ve Türk milletlerarası usul hukukunda uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Milletlerarası Yetki)*, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 143 vd. ÇELİKEL/ERDEM, s. 546-547; NOMER, s. 479-481; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 364-365.

⁶⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 45, s. 557; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 41, 161-162.

Sözleşme kapsamında “çocuğun bulunduğu yer” ise çocuğun fiziksel olarak bir devlette bulunması anlamına gelmektedir. Bu itibarla, “çocuğun bulunduğu” akit devlet makamlarının yetkili kazanması için, çocuğun fiziksel olarak o akit devletin topraklarında bulunması yeterli olup; o akit devlette oturduğuna ilişkin herhangi bir delil aranmayacaktır⁶⁹.

ii. Uluslararası Çocuk Kaçırma Hallerinde Yetki. Çocuğun mutad meskeninin, *haksız şekilde değiştirilmiş veya çocuğun alıkonulmuş olması*⁷⁰ halinde ise; çocuk başka bir devlette mutad mesken edininceye kadar, çocuğun yeri değiştirilmeden veya alıkonulmadan hemen önceki mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları yetkili olmaya devam edecektir (m. 7/1). Bununla birlikte; bu akit devlet makamlarının yetkisinin devam ettiği süreçte, çocuğun götürüldüğü veya alıkonduğu akit devlet makamları, Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca, sadece çocuğun şahıs veya malvarlığının korunması için zorunlu olan acil nitelikteki koruma tedbirlerini alabilecektir⁷¹.

Çocuğun mutad meskeninin haksız şekilde değiştirilmesi veya alıkonulması halinde, çocuğun götürüldüğü veya alıkonduğu devlette yeni bir mutad mesken tesis etmesi ise bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde haksız şekilde yeri değiştirilen çocuğun yeni bir mutad meskene sahip olduğu kabul edilecek ve önceki mutad meskenin makamlarının yetkisi ortadan kalkacaktır. 7. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan bu şartlar, 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak ve iki Sözleşme arasında azami uyum amaçlanarak kaleme alınmıştır. Buna göre; (a) çocuk üzerinde bakım ve gözetim hakkı bulunan kişi, kurum veya benzeri kuruluş haksız yer değiştirme veya alıkonmaya rıza göstermişse veya (b) çocuk üzerinde bakım ve gözetim hakkı bulunan kişi, kurum veya benzeri kuruluşun, çocuğun nerede olduğuna dair bilgiye sahip olduktan veya sahip olması gerektiği tarihten sonra en az 1 yıllık süre boyunca çocuk götürüldüğü veya alıkonduğu Devlette oturuyorsa, bu süre içerisinde herhangi bir iade talebi yapılmamışsa ve çocuk yeni çevresine alışmışsa, çocuğun o devlette

⁶⁹ *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 175.

⁷⁰ Çocuğun mutad meskeninin değiştirilmesi veya alıkonmasının hangi hallerde “haksız” olacağı 7. maddenin 2. fıkrasında tarif edilmiştir. Bu tarif esasen 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin 3. maddesine uygun bir şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre; çocuğun yerinin değiştirilmesinden veya alıkonmasından hemen önce mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna göre bir şahsa, kuruma veya makama, tek başına veya müştereken tevdi edilmiş bir velayet sorumluluğu mevcut ise veya bu velayet sorumluluğu yer değiştirme veya alıkonma anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmeseydi kullanılacak idiyse, çocuğun mutad meskeninin haksız olarak değiştirilmesinin kabulü gerekir. Bu hükmün uygulanmasında velayet sorumluluğu, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanundan, adli veya idari bir makamca alınmış bir karardan veya hukuki bir işlemden kaynaklanmış olabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMAN-FİGANMEŞE, *1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi*, s. 63-64; GİRAY, s. 116-117; BOZDAĞ, *Çocuğun İadesi*, s. 89-90.

⁷¹ Ancak bu süreçte çocuğun götürüldüğü veya alıkonduğu akit devlet makamları, Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca geçici nitelikli koruma tedbirlerini alamayacaktır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 51, s. 559.

yeni bir mutad mesken tesis ettiği kabul edilmektedir⁷².

iii. Yetki Devri. Sözleşme kapsamında koruma tedbirlerinin alınmasında genel yetki kuralına istisna getiren bir diğer durum, “çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek bir akit devlet bulunması” halinde “yetki devri” yöntemiyle yetki tesis edilmesidir. “Yetki devri”ni düzenleyen Sözleşme’nin 8. ve 9. maddelerinde öngörülen mekanizmalar ile çocuk hakkında koruma tedbirlerini alma konusunda genel yetkiye sahip akit devlet makamlarının, belirli bir mesele hakkındaki milletlerarası yetkisinden feragat ederek yetkilerini, aslında yetkili olmayan akit devlet makamlarına devretmeleri mümkün kılınmıştır. “Yetki devri”ne imkân verilmesinin ana sebebi ve ön şartı ise, yetkinin devredileceği akit devlette “*çocuğun üstün yararının daha iyi korunacak*” olmasıdır. Bu itibarla, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarına nazaran, çocuğun menfaatlerini daha iyi koruyabilecek başka bir akit devlet makamının, yetki devrine konu meseleler hakkında, “yetki devri” yöntemiyle yetki kazanmasına ilişkin 8. ve 9. maddelerde yer alan mekanizmanın, *forum non conveniens* doktrininin⁷³ Sözleşme’deki yansımaları olduğu ifade edilmektedir⁷⁴.

Önemle belirtilmelidir ki; Sözleşme kapsamında yetki devri ancak akit devletler arasında gerçekleştirilebilmektedir. Akit olmayan devlet makamlarına yetki devri Sözleşme hükümleri kapsamında mümkün değildir⁷⁵.

Sözleşme uyarınca yetki devri talebi iki yönlü olarak yapılabilecektir. Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde, 5. veya 6. madde uyarınca genel yetkiye sahip akit bir devlet makamı, belirli bir koruma tedbiri bakımından, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağını müşahede ettiği başka bir akit devlet makamına yetki devri önerebileceği gibi; Sözleşme’nin 9. maddesi çerçevesinde, Sözleşme kapsamında milletlerarası yetkiye sahip olmayan akit bir devlet makamı da, çocuğun üstün yararını kendisinin daha iyi koruyacağını müşahede ederek, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yetkili akit devlet makamından (m.5)⁷⁶ yetkinin

⁷² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Explanatory Report*, paragraf 48-49, s. 557; GİRAY, s. 253-254.

⁷³ Anglo Amerikan hukukunda uygulanan *forum non conveniens* doktrinine göre; mahkeme, dava ile daha yakın irtibata sahip ve bu sebeple davayı görmeye daha uygun başka bir ülke mahkemesinin bulunduğunu tespit ettiğinde milletlerarası yetkisinden feragat ederek yetkisizlik kararı verebilmektedir. Bkz. EKŞİ, *Milletlerarası Yetki*, s. 60 vd.; NOMER, s. 495-496; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 360-361.

⁷⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 52, 559. Bu nedenle 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 etmiştir. Bkz. TİRYAKİOĞLU, *1996 tarihli Lahey Sözleşmesi*, s. 393.

⁷⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 53, 559; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 57.

⁷⁶ Sözleşme’nin 8. maddesinde, Sözleşme’nin 5. ve 6. maddeleri uyarınca milletlerarası yetkiye sahip akit devlet makamlarının diğer bir akit devlet makamından yetkisini devretmek için talepte bulunabileceği belirtilmekte iken; Sözleşme’nin 9. maddesinde, diğer bir akit devlet makamının, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamından yetki devri talebinde bulunabileceği belirtilmiş olup, 6. madde uyarınca çocuğun bulunduğu akit devlet makamından bahsedilmemiştir. Sözleşme’nin Açıklama Raporu’nda *Lagarde*, 9. maddedeki bu

kendisine devredilmesi talebinde bulunabilecektir.

Sözleşme m. 8 veya 9 uyarınca, çocuğun üstün yararının daha iyi korunacağı düşüncesiyle yetki devri talebinde bulunmaya karar veren akit devlet, bunu iki şekilde gerçekleştirebilecektir. İlk yöntem; yetki devri talebinde bulunacak akit devlet makamının, doğrudan veya Merkezi Makamlar aracılığıyla, diğer akit devlet makamından bu yetkiyi kabul etmesi için talepte bulunmasıdır⁷⁷. İkinci yöntem ise; yetki devri talebinde bulunacak akit devlet makamının tarafları çağırarak, onları diğer akit devlet makamlarına bu talepte bulunmaya davet etmesidir.

Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri çerçevesinde, yetki devrinin gerçekleşebilmesi için üç şartın arandığı görülmektedir:

Bunlardan *birincisi*; *yetki devri ile yetki kazanacak akit devlet ile çocuk arasında bir irtibatın bulunmasıdır*. Çocuğun üstün yararının daha iyi korunması gerekçesiyle, yetki devriyle yetki kazanabilecek akit devlet makamlarının hangileri olabileceği Sözleşme'de tahdidi olarak sayılmıştır (m. 8/2, m. 9/1). Buna göre; (i) çocuğun vatandaşı olduğu⁷⁸, (ii) çocuğun malvarlığının bulunduğu⁷⁹, (iii) çocuğun ebeveynlerinin boşanma veya ayrılık veya evliliğin iptali için başvurduğu makamların bulunduğu⁸⁰ ve (iv) çocuğun esaslı bir şekilde irtibatının bulunduğu akit devlet makamları diğer şartların varlığı halinde yetki kazanabilecektir. Yetki devriyle yetki kazanabilecek akit devlet makamları arasında, “çocuğun esaslı bir şekilde irtibatının bulunduğu akit devlet makamları”nın sayılmış olması hükmün uygulama alanını genişletmiştir. Bu itibarla, çocuğun üstün yararını daha iyi

eksikliğin maddi bir hatadan kaynaklandığı, 9. maddenin 8. madde ile paralel bir şekilde uygulanması gerektiği ve bu nedenle 9. madde çerçevesinde yetki devri talebinin 6. madde uyarınca yetkili olan çocuğun bulunduğu akit devlet makamlarına da yönlenebileceği görüşünde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 58, s. 563. Ancak Lahey Konferansı Milletlerarası Özel Hukuk Daimi Bürosu tarafından hazırlanan El Kitabı'nda, Sözleşme metninin açık olduğu ve bu nedenle 9. madde kapsamında yetki devri talebinin sadece çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlete yönlenebileceğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 57 dn. 156.

⁷⁷ Sözleşme'nin 31. maddesinin (a) bendi uyarınca, Sözleşme'nin 8 ve 9. maddeleri uyarınca yetki devri taleplerinin diğer akit devletlere iletilmesinde gerekli olan iletişimi ve görüşmeleri sağlama sorumluluğu Merkezi Makamlara yüklenmiştir.

⁷⁸ Çocuğun birden fazla vatandaşlığının bulunması halinde, sahip olduğu vatandaşlıklardan herhangi birinin bulunduğu akit devlet makamlarına yetkinin devredilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 55, s. 561.

⁷⁹ Örneğin; çocuğun mutad meskeninden başka bir akit devlette bulunan taşınmazının satılması için yetki verilmesine ilişkin bir koruma tedbirinin alınması bakımından, taşınmazın bulunduğu akit devlet makamlarının yetkili olmasının çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağı değerlendirilirse, bu akit devlet makamlarının yetki devri ile yetki tesis etmesi mümkün olabilecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 55, s. 561.

⁸⁰ Sözleşme'nin 10. maddesi ile "boşanma mahkemesi"nin yetkisi, yetki devri gerekmezsiniz, belirli şartlara bağlı olarak ayrıca düzenlenmiştir. Ancak, 10. maddede öngörülen şartların sağlanmadığı durumlarda, 8 veya 9. maddeler uyarınca, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek olması halinde, boşanma mahkemesinin yetki devri ile yetkisinin tesis edilmesi sağlanabilecektir.

koruyabilecek ve çocuğun esaslı irtibatının bulunduğu her akit devlet makamı 8 veya 9. maddeler uyarınca yetki devriyle yetki tesis edebilecektir⁸¹.

İkinci şart; yetki devri sonucunda söz konusu koruma tedbiri kararı bakımından *çocuğun üstün yararının daha iyi korunacak olmasıdır*. Yetki devri ile çocuğun üstün yararının daha iyi korunacağı, hem yetki devri talebinde bulunan akit devletçe hem de talepte bulunulan akit devletçe müşahede edilmiş ve kabul edilmiş olması gerekmektedir⁸². “Çocuğun üstün yararı” ise, akit devlet makamlarınca, her somut olayda, her bir somut koruma tedbirinin alınmasında, söz konusu koruma tedbirine olan ihtiyacın ortaya çıktığı anda ve bu ihtiyaca cevap verilmesi bakımından değerlendirilecektir⁸³.

Üçüncü şart ise; *yetki devri konusunda her iki akit devletin makamlarının da anlaşmış olmasıdır*. Yetki devri talebinin Sözleşme uyarınca yetkili akit devlet makamlarından gelmesi halinde (m. 8), akit devletlerin anlaştığı, yetkiyi devralması talep edilen diğer akit devlet makamının yetki devrini kabul etmesi ve kendi yetkisini tesis etmesiyle anlaşılabilir. Ancak yetki devri talebinin yetkili olmayan bir akit devlet makamından gelmesi halinde (m. 9), akit devletlerin yetki devri hususunda anlaşmalarının kabulü için, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarının yetkisini devrettiğini kabul ettiğini açıkça bildirmesi ve bu bildirim talepte bulunan diğer akit devlete ulaşmış olması gerekmektedir. Bu kapsamda, yetkisini devretmesi talep edilen akit devlet makamının susması kabul anlamına gelmeyecek; aksine red anlamına gelecektir (m. 9/3)⁸⁴. 8 ve 9. maddelerde, koruma tedbiri talebinin taraflarının da yetki devrine rıza göstermiş veya kabul etmiş olmalarına

⁸¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 55, s. 561.

⁸² Çocuğun üstün yararının değerlendirilmesinde, yetki devrini talep eden ve talepte bulunulan akit devlet makamlarının karşılıklı görüş alışverişinde bulunabilecekleri Sözleşme’de açıkça belirtilmiştir (m. 8/3; m. 9/2). Bu görüş alışverişinin sağlanması, Sözleşme’nin 31. maddesinin (a) bendi uyarınca, Sözleşme’nin 8 ve 9. maddeleri uyarınca yetki devri taleplerinin diğer akit devletlere iletilmesinde gerekli olan iletişimi ve görüşmeleri sağlama sorumluluğu kapsamında Merkezi Makamlara yüklenmiştir.

⁸³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 56, s. 561. Örneğin; çocuğun mutad meskeninin ebeveynleri ile birlikte vatandaşı olduğu akit devletten başka bir akit devlette bulunması, çocuğun ebeveynlerinin bir trafik kazasında ölmesi ve çocuğun vatandaşı olduğu devlette bulunan akrabalarının yanında yaşamaya devam edecek olması halinde, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları, çocuğun korunmasına ilişkin tedbirlerin alınmasında çocuğun vatandaşı olduğu akit devlet makamlarının çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağını müşahede edebilir ve bu devlet makamlarından yetki devri talebinde bulunabilir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 53, s. 559.

⁸⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 60, s. 563; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 59. Bu süreçte, Sözleşme’de yetki devri talep edilen devletin, yetki devrini kabul veya reddettiğini bildirmesi için herhangi bir üst süre sınırlaması getirilmemiştir. 1996 tarihli Sözleşme’de, buna benzer bir hüküm getirilmemiş olması, uygulamada beklemlere ve hatta paralel işlemlere yol açabilecek olması sebebiyle eleştirilmektedir. Bununla birlikte, çocukların korunmasına ilişkin her türlü meselede zaman çok önemli olduğundan, talepte bulunulan akit devlet makamlarının süratle karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 59-60. Brüksel IIa Tüzüğü’nün 15. maddesinin 5. fıkrasında ise, talep edilen makamın kabul bildirimini altı hafta içerisinde yapması şartı aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖRTOĞLU-KOCA, s. 269-271.

ilişkin herhangi bir şart ise öngörülmemiştir⁸⁵. Bununla birlikte, tarafların bu konuda en azından bilgilendirilmeleri gerektiği ifade edilmektedir. Yetki devri konusunda tarafların dinlenip dinlenmeyeceği, eğer dinleneceklerse bunun ne şekilde gerçekleştirileceği meseleleri her bir akit devletin iç hukukundaki usul kurallarına bırakılmıştır⁸⁶.

Yetki devri konusunda her iki akit devletin makamlarının da anlaşmış olması halinde, yetkisini devreden akit devlet makamları artık yetki devrine konu olan mesele hakkında herhangi bir karar veremeyecek ve yetkiyi devralan diğer akit devlet makamlarının koruma tedbiri kararının kesinleşmesini beklemek durumunda kalacaktır. Ancak belirtilmelidir ki; Sözleşme kapsamında yetki devri, sadece yetki devrine konu olan belirli bir koruma tedbiri bakımından gerçekleşmekte⁸⁷ ve o koruma tedbiri bakımından diğer devletin çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağı, o koruma tedbirine duyulan ihtiyacın ortaya çıktığı an itibarıyla değerlendirilmektedir. Bu nedenle; yetki devri, çocuk hakkında başka bir koruma tedbirinin alınmasında yetkisini devreden akit devletin yetkisini bertaraf etmeyeceği gibi; yetkisini devreden akit devlet makamının ileriki bir zamanda, devre konu koruma tedbiri bakımından çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacak durumda olmayacağı anlamına gelmeyecektir⁸⁸.

iv. Boşanma Mahkemesinin Yetkisi. Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca; çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devletten başka bir akit devlette bulunan ve “*çocuğun ebeveynlerinin boşanmasına veya ayrılığına veya evliliklerinin iptaline karar vermeye yetkili olan akit devlet mahkemeleri*” (boşanma mahkemesi), 5 ila 9. maddelerde belirtilen yetkili makamların yanında, belli bazı şartlara bağlı olarak, çocuğun şahıs veya malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetkili olabilecektir. Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca “boşanma mahkemesi”nin koruma tedbirlerini alma bakımından bu yetkisi, Sözleşme'nin 5 ila 9. maddeleri arasındaki akit devlet makamlarının yetkilerini ortadan kaldırmamakta; onlara alternatif, eşzamanlı yetkili bir mahkeme tesis etmektedir. Bu nedenle, “boşanma mahkemesi”nin bu yetkisinin, Sözleşme'nin genel yetki kuralını düzenleyen 5. maddesinin gerçek anlamda istisnasını oluşturduğu ifade edilmektedir⁸⁹.

⁸⁵ Brüksel IIa Tüzüğü'nün 15. maddesinin 2. fıkrasında ise, taraflardan en az birinin yetki devrini kabul etmiş olması aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖRTOĞLU-KOCA, s. 269-271.

⁸⁶ Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 59.

⁸⁷ Ayrıca yetki devri, bir koruma tedbiri talebinin tümüne ilişkin olabileceği gibi, sadece bir kısmındaki bir meseleye ilişkin de olabilir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 58.

⁸⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 56, s. 561; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 58.

⁸⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 37, s. 553. “Çocuğun ebeveynlerinin boşanmasına veya ayrılığına veya evliliklerinin iptaline karar vermeye yetkili olan akit devlet mahkemeleri” (boşanma mahkemesi), Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri uyarınca, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek olması şartıyla yetki devri suretiyle de yetki tesis edebilecek makamlar arasında sayılmıştır. Ancak bu mahkemenin, Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri

Boşanma mahkemesinin Sözleşme uyarınca, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik koruma tedbirlerini alma bakımından eşzamanlı yetki kazanabilmesi için aranan şartlar⁹⁰; (i) çocuğun mutad meskeninin farklı bir akit devlette bulunması, (ii) boşanmaya ilişkin yargılamanın başladığı tarihte ebeveynlerden birinin bu akit devlette mutad mesken sahibi olması, (iii) bu tarihte ebeveynlerden birinin çocuğa ilişkin velayet sorumluluğuna sahip olması, (iv) boşanma mahkemesinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya ilişkin yetkisinin mahkemenin hukukunca tanınması; (v) boşanma mahkemesinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya ilişkin yetkisinin ebeveynlerin yanı sıra çocuğa ilişkin velayet sorumluluğunun paylaşıldığı üçüncü bir kişi varsa onun tarafından da kabul edilmesi ve (vi) bu mahkemenin yetkisinin çocuğun üstün yararına olmasıdır.

Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca boşanma mahkemesinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya yönelik eşzamanlı yetkisi geçici nitelikte olup; boşanmaya, ayrılığa veya evliliğin iptaline ilişkin kararın kesinleşmesiyle veya yargılamanın başkaca bir sebeple sona ermesiyle (örneğin; davadan feragat)⁹¹ çocuk hakkındaki koruma tedbirlerini alma yetkisi de ortadan kalkacaktır (m. 10/2). Bu nedenle, boşanma mahkemesi, yargılamanın sona ermesinden sonra, örneğin; bu yetkisi kapsamında aldığı koruma tedbirlerine ilişkin bir değişiklik talebi ile ilgili yeniden yetki tesis edemeyecektir. Bu andan sonra Sözleşme kapsamında koruma tedbiri almaya sadece Sözleşme'nin 5 ila 9. maddeleri uyarınca yetkili akit devlet makamları yetkili olacaktır⁹².

Buna karşılık, geçici nitelikte olan sadece 10. madde uyarınca boşanma mahkemesinin koruma tedbirlerini alma yetkisi olup; yetkili iken verdiği koruma tedbiri kararları geçici değildir. Bu mahkeme yetkili iken Sözleşme kapsamında aldığı koruma tedbirleri, yetkili bir akit devlet makamı tarafından değiştirilmedikçe, yenilenmedikçe veya ortadan kaldırılmadıkça yürürlüğünü muhafaza edecektir (m. 14).

Sözleşme'nin 10. maddesi ile boşanma mahkemesi için öngörülen bu eşzamanlı yetki düzenlemesi, aynı anda birden fazla akit devlet makamının koruma tedbirlerini almaya yetkili

uyarınca yetkilendirilmesinde bir yetki devri bulunmakta ve 5 ila 6. maddelerdeki genel yetkili akit devlet makamlarının yetki devrine konu mesele bakımından yetkisi ortadan kalkmaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesine göre boşanma mahkemesinin yetkili kılınmasında ise, genel yetkili veya yetki devriyle yetkilendirilmiş akit devlet makamlarının yetkisi devam etmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 63, s. 565.

⁹⁰ Boşanma mahkemesinin yetki kazanabilmesi için 10. maddede öngörülen şartlar sağlanamıyor ise, 8 veya 9. maddeler uyarınca, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek olması halinde, boşanma mahkemesinin yetki devri ile yetkisinin tesis edilmesi sağlanabilecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 65, s. 565.

⁹¹ Yargılamanın ne zaman sona ereceği meselesi ise boşanma mahkemesinin usul hukuku kurallarına göre belirlenecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 66, s. 565; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 48.

⁹² Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 66, s. 565.

olmasına imkân verdiği; bu farklı akit devlet makamları arasında “milletlerarası derdestlik” (*lis pendens*) sorunu ortaya çıkabilecektir⁹³. Sözleşme kapsamında ortaya çıkabilecek bu ve benzeri “milletlerarası derdestlik” problemlerinin çözümü Sözleşme’nin 13. maddesinde düzenlenmiştir.

c. Derdestlik. Sözleşme kapsamında bir koruma tedbiri talebinin eşzamanlı yetkiye sahip birden fazla akit devlet makamının önüne gelmesi ve “milletlerarası derdestlik” (*lis pendens*) durumlarının ortaya çıkması mümkündür. “Milletlerarası derdestliğin” Sözleşme kapsamında ortaya çıkabileceği en somut hal, Sözleşme’nin 10. maddesi uyarınca koruma tedbirlerini almada “boşanma mahkemesi”nin eşzamanlı yetkisinin tesis edildiği haldir. Nitekim yukarıda da açıkladığımız üzere, Sözleşme’nin 10. maddesi uyarınca boşanma mahkemesinin koruma tedbirlerini alma bakımından bu yetkisi, Sözleşme’nin 5 ila 9. maddelerinde öngörülen genel yetkili veya yetki devriyle yetkilendirilmiş akit devlet makamlarının yetkilerini ortadan kaldırmamakta; onlara alternatif, eşzamanlı yetkili bir mahkeme tesis etmektedir.

Sözleşme’nin 10. maddesi dışında, Sözleşme’de koruma tedbirlerini almada esas yetkili akit devlet makamları arasında eşzamanlı yetki öngörülmemiş olsa da, milletlerarası derdestliğin çok daha az sıklıkla, 5 ila 9. maddelerle yetkilendirilmiş akit devlet makamları arasında da ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir⁹⁴. Buna örnek olarak; çocuğun mutad meskeninin 7. madde kapsamında haksız şekilde değiştirilmiş olduğu hallerde, önceki mutad mesken makamları ile yeni mutad mesken makamları arasında ortaya çıkabilecek derdestlik durumları gösterilmektedir⁹⁵.

Sözleşme kapsamında milletlerarası derdestliğin söz konusu olabileceği bu gibi durumlarda, koruma tedbirlerine ilişkin taleplerin eşzamanlı yetkili farklı akit devlet makamlarının önüne gelmesi neticesinde birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasını önlemek adına Sözleşme’nin 13. maddesinde milletlerarası derdestlikle ilgili bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; Sözleşme’nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca koruma tedbirlerini almaya yetkili akit devlet makamları, bir koruma tedbiri talebine ilişkin işlemlere başladığı sırada; “benzer bir koruma tedbiri”⁹⁶, 5 ila 10. maddelere göre talebin yapıldığı anda yetkili olan

⁹³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 63, s. 565.

⁹⁴ Sözleşme’nin 11 ve 12. maddeleri kapsamında akit devlet makamlarının sınırlı ve geçici yetkiye sahip olduğu haller ise 13. maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira 11 ve 12. maddelere göre tesis edilen yetki, sınırlı ve geçici bir yetki olduğundan derdestlik sorununa yol açmayacaktır.

⁹⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 78, s. 571.

⁹⁶ “Benzer koruma tedbiri” (*corresponding measures*) ifadesi Sözleşme’de tanımlanmamıştır. Ancak bu ifadeden, birbiriyle esastan aynı veya benzer olan koruma tedbiri taleplerinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin; boşanma mahkemesinden çocuk üzerinde bakım ve gözetim hakkına (velayete) ilişkin bir koruma tedbiri kararı talep edildikten sonra, eşzamanlı yetkiye sahip çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit

başka bir akit devlet makamından da talep edilmişse ve bu talep orada halen görüşülmekte ise, o koruma tedbiri hakkında karar alma yetkilerini kullanmaktan vazgeçeceklerdir (m. 13).

Bu düzenleme ile Sözleşme’de milletlerarası derdestlik, yetkili akit devlet makamları arasında “benzer koruma tedbiri” talepleri bakımından “öncelik prensibi”ne göre kabul edilmiş ve “ilk başvuru” makamı lehine “sonraki başvuru” makamlarının re’sen yetkisizlik kararı verecekleri hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan; Sözleşme’nin 13. maddesinin 2. fıkrasında, derdestliğin neden olabileceği sorunların engellenmesi adına başka bir çözüm yolu daha getirilmiştir. Buna göre; koruma tedbirlerine ilişkin talebin “ilk başvuru” makamı bu konudaki yetkisini reddeder veya yetkisinden vazgeçer veya feragat ederse, sonraki başvuru makamının benzer koruma tedbiri talepleri hakkında karar alma yetkisinden vazgeçmesi gerekmeyecektir (m. 13/2). Başka bir ifade ile 13. maddenin 1. fıkrası, ilk başvuru makamının yetkisini reddetmesi halinde uygulanmayacaktır. Hükümde yer almamakla birlikte, ilk başvuru makamının Sözleşme kapsamındaki yetkisinden, sonraki başvuru makamının çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağı gerekçesiyle vazgeçebileceği ifade edilmektedir. Böylelikle Sözleşme’nin, milletlerarası derdestlik sorununa, çocuğun menfaatlerini daha iyi koruyabilecek sonraki başvuru makamının yetkisini kullanmasına imkân veren daha esnek ve çocuğun menfaati odaklı bir çözüm getirdiği belirtilmektedir⁹⁷.

Bu durum ise, Sözleşme’nin 8 ve 9. maddelerinde düzenlenen yetki devrini anımsatmaktadır. Ancak, her ne kadar gerekçe aynı olsa da; m. 13/2 ile düzenlenen yetkiden vazgeçme ile yetki devri arasında çok önemli farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle, m. 13/2 uyarınca yetkisinden vazgeçen ilk başvuru makamı Sözleşme’nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca Sözleşme kapsamında yetkili akit devlet makamıdır. İkinci olarak da, m. 13/3 uyarınca ilk başvuru makamının bu yetkisinden vazgeçmesi, tek taraflı bir hukuki işlemle gerçekleşmekte; yetki devrindeki gibi akit devlet makamlarının anlaşmış olmaları gerekmemektedir. Ancak yine de; uygulamada yaşanabilecek bir yetki boşluğundan kaçınmak için, m. 13/2 uyarınca yetkisinden vazgeçecek ilk başvuru makamı ile ikinci başvuru makamı arasında iletişimin sağlanmasının yararlı olacağı ifade edilmektedir⁹⁸.

devlet makamları, benzer bir talebi yetkisizlikten reddedecekken; çocuğun mallarına ilişkin bir koruma tedbiri talebi bakımından yetki tesis edebilecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 79, s. 571; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 50.

⁹⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 80, s. 571.

⁹⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 79, s. 571; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 51.

Sözleşme'nin 13. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının uygulanması bakımından en önemli sorun; sonraki başvuru makamının, benzer bir koruma tedbirinin, kendisinden önce başka bir akit devlet makamından talep edilip edilmediğini ve talep edilmişse halen görüşülmekte olup olmadığını nasıl tespit edeceği noktasındadır. Koruma tedbiri talebinin taraflarının sonraki başvuru makamına bu konularda bilgi ve belge sunmaları mümkündür. Ancak taraflardan derdestliğin varlığı ile ilgili gelen bilgi ve belgelerin yeterli açıklıkta olmaması veya bu konuda hiçbir bilginin gelmemiş olması halinde, sonraki başvuru makamının, Sözleşme kapsamında yetkiye sahip diğer akit devlet makamlarından doğrudan veya Merkezi Makamlar aracılığı ile derdestlik konusunda re'sen bir soruşturma yapmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir⁹⁹. Zira m. 13/1'in, "sonraki başvuru" makamlarına derdestlik halinde re'sen yetkisizlik kararı verme zorunluluğu getirmesi, derdestliğin bir dava şartı gibi re'sen incelenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

Ayrıca belirtmelidir ki; 13. madde hükmü, benzer koruma tedbiri talebi "ilk başvuru" makamı önünde görüşüldüğü sürece uygulanacaktır. İlk başvuru makamı, diğer yetkili akit devlet makamına başvuru yapılmadan önce, talep edilen koruma tedbiri hakkında bir karar vermiş ise; artık ortada bir milletlerarası derdestlik durumu olmayacaktır. Akit bir devlet makamı tarafından verilen koruma tedbiri kararlarının başka bir akit devletteki etkisi ise, koruma tedbiri kararlarının yürürlüğüne ilişkin 14. madde ve tanınması ve tenfizine ilişkin madde 23 vd.'da düzenlenmiştir¹⁰⁰.

d. Koruma Tedbirlerinin Yürürlüğü. Sözleşme'nin 14. maddesi, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca esas yetkili akit devlet makamları tarafından alınan koruma tedbirlerinin, bu makamlar değişen koşullar sebebiyle yetkilerini kaybetse de, yürürlüğünün muhafazası için özel bir hüküm öngörmektedir. Buna göre; Sözleşme uyarınca koruma tedbirlerini alan akit devlet makamının yetkisi, değişen koşullar sebebiyle (örneğin, çocuğun mutad meskeninin değişmesi gibi) ortadan kalksa da, bu makam yetkili iken aldığı koruma tedbirleri, yetkili bir akit devlet makamı tarafından değiştirilmedikçe, yenilenmedikçe veya ortadan kaldırılmadıkça tabi oldukları şartlar çerçevesinde yürürlüğünü muhafaza edecektir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, her ne kadar Sözleşme'de "yetkinin devamlılığı"

⁹⁹ Nitekim Brüksel IIa Tüzüğü'nün derdestliğe ilişkin 19. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasında, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Purrucker v. Perez* kararında (9 Kasım 2010 tarihli ve C-296/10 sayılı karar) aynı yaklaşımı önerdiği ifade edilmektedir. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 52 dn. 151. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Purrucker v. Perez* kararı için bkz. (Çevrimiçi) <http://curia.europa.eu>, (01.12.2018).

¹⁰⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 79, s. 571; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 50.

(*perpetuatio fori*) prensibi reddedilmişse de (m. 5/2); Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca, çocuğun mutad meskeninin değişmesi, tek başına, daha önce yetkili olan bir akit devletin makamları tarafından alınan koruma tedbirlerini geçersiz hale getirmeyeceğinden, “koruma tedbirlerinin devamlılığı” Sözleşme’de kabul edilmiştir.

Bu hüküm, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca yetki tesis etmiş tüm akit devlet makamlarınca alınan koruma tedbirleri için getirilmiş bir hükümdür¹⁰¹. Böylelikle, Sözleşme kapsamında çocukların korunmasında devamlılık ve hukuki güvenlik sağlanmış ve değişen koşullar sebebiyle doğabilecek boşluklar engellenmeye çalışılmıştır¹⁰².

2. Sınırlı ve Geçici Yetkili Akit Devlet Makamları

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi’nde, daha önce de belirtildiği üzere, koruma tedbirlerini almada milletlerarası yetki, Sözleşme’nin 5 ila 10. maddeleri arasında yer alan yetki kurallarıyla tek bir akit devlette “merkezleştirilme”ye çalışılmış ve mümkün olduğu kadar, bu merkezi yetkiye eşzamanlı yetki tesis eden kurallardan kaçınılmaya gayret gösterilmiştir¹⁰³. Ancak Sözleşme, çocuğun korunmasının ve menfaatlerinin zorunlu kıldığı bazı durumlarda “yetkinin merkezleştirilmesi” ilkesinden ayrılmış ve esas yetkili akit devlet makamlarının yanında eşzamanlı yetki tesis edilmesine sınırlı olmak üzere imkân vermiştir.

Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca; “*çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamları*”ndan her biri, öngörülen şartlar çerçevesinde, “*acil durumların zorunlu kıldığı geçici koruma tedbirleri*”ni (m. 11) ve/veya “*ülkesel etkiye sahip geçici koruma tedbirleri*”ni (m. 12) alma bakımından, Sözleşme’nin 5 ila 10. maddelerinde belirtilen esas yetkili akit devlet makamları yanında eşzamanlı olarak yetki tesis edebilecektir.

Sözleşme’nin 11. ve 12. maddeleri uyarınca öngörülen bu yetki kuralları, her ne kadar eşzamanlı bir yetki tesis etse de, belirli şartlara tabidir ve bu yetki kuralları uyarınca yetki tesis eden akit devlet makamları tarafından alınan koruma tedbirlerinin yürürlüğü geçicidir. Bu yönlerden, 10. maddede düzenlenen “boşanma mahkemesi”nin eşzamanlı yetkisinden ayrılmaktadır.

Bununla birlikte, Sözleşme’nin 11 ve 12. maddeleri, akit devlet makamlarına, çocuğun

¹⁰¹ Sözleşme’nin 11 ve 12. maddeleri kapsamında akit devlet makamlarının sınırlı ve geçici yetkiye sahip olduğu haller ise 14. maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira 11 ve 12. maddelere göre tesis edilen sınırlı ve geçici yetki kapsamında alınan koruma tedbirlerinin yürürlüğü 11. ve 12. maddelerde ayrıca düzenlenmiştir.

¹⁰² Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 81, s. 571; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 85.

¹⁰³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, s. 605.

mutad meskeni akit bir devlette olmasa dahi koruma tedbirlerini almada yetki tesis edebilme imkânı sunmaktadır. Bu itibarla, bu maddelerin uygulama alanı, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddelerinde öngörülen esas yetki kurallarından daha geniştir¹⁰⁴.

a. Acil Durumlarda Geçici Koruma Tedbirlerinde Yetki. Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca; "çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamları"ndan her biri, öngörülen şartlar çerçevesinde, "*acil durumların zorunlu kıldığı koruma tedbirleri*"ni almaya yetkilidir.

Çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının 11. madde uyarınca eşzamanlı yetki kazanabilmesi için, çocuğun şahsının veya malının korunmasını gerektiren "acil bir durum"un varlığı aranmaktadır. "Aciliyet"ten ne anlaşılması gerektiği Sözleşme'de tanımlanmamıştır. Bu kapsamda, koruma tedbirinin Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca esas yetkili akit devlet makamlarından talep edilmesi zorunluluğunun çocuğun şahsı veya malları bakımından telafisi imkânsız zararlara yol açabileceğinin veya çocuğun menfaatlerini tehlikeye düşürebileceğinin öngörüldüğü durumlarda "acil bir durum"un varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Böylelikle, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca yetkili makamlara gitme zorunluluğunun sebep olabileceği gecikmeler nedeniyle çocuğun korunmasının veya menfaatlerinin tehlikeye düşmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu itibarla, esas yetkili devlet makamlarına başvuru için geçecek sürede, koruma tedbirinin alınmaması halinde, çocuk telafisi imkânsız bir zarara uğrayacaksa veya çocuğun korunması veya menfaatleri tehlikeye düşecekse, çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamları durumun zorunlu kıldığı koruma tedbirlerini alabilecektir. Ancak belirtmelidir ki, Sözleşme'de benimsenen "yetkinin merkezileştirilmesi" ilkesinden ayrılmayı ve 11. madde kapsamında eşzamanlı yetki tesisine imkân verilmesini meşrulaştıran şey, durumun "aciliyeti"dir. Bu nedenle, "aciliyet" kavramının mümkün olduğu kadar dar yorumlanması gerektiği önemle ifade edilmektedir¹⁰⁵.

Acil duruma örnek olarak; mutad meskeninden başka bir ülkede bulunan ve burada acilen ameliyata alınması gereken çocuğun temsil edilmesinin gerektiği veya çocuğun mutad meskeninden başka bir ülkede bulunan çocuğa ait hızlı tüketim mallarının bozulmadan hemen satılmasının gerektiği durumlar gösterilebilir. Çocuğun mallarının bulunduğu akit devlet

¹⁰⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 67, s. 565. Koruma tedbirlerinin alınmasında esas yetkili akit devlet makamlarını belirleyen Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri arasındaki yetki kuralları, genel yetki kuralı olan "çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde yer alması" ihtimaline dayanmakta ve ancak bu takdirde akit devletler bakımından uygulanabilir hale gelmektedir.

¹⁰⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 68, s. 567; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 69.

makamlarının acil durumlardaki bu yetkisi, sadece çocuğun o devlet ülkesinde bulunan mallarının muhafazasına yönelik değil; genel olarak çocuğun menfaatlerinin korunmasına yönelik her türlü tedbirin alınmasına imkân vermektedir. Bu kapsamda, örneğin, çocuğun mallarının bulunduğu akit devlet makamları, çocuğun bulunduğu ülkedeki aciliyet gerektiren ihtiyaçlarının karşılanması için, kendi ülkelerinde bulunan malların satılmasına karar vermek üzere yetki tesis edebileceklerdir¹⁰⁶. Ayrıca, çocuğun mutad meskeninin haksız şekilde değiştirildiği veya alıkonduğu durumlarda, 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlete iadesinin güvenli bir şekilde sağlanması için gerekli koruma tedbirlerinin alınması da, her ne kadar çocuğun iadesi her olayda acil bir durumun varlığına işaret etmese de, 11. madde kapsamına dâhil edilmektedir¹⁰⁷.

Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında yetkili akit devlet makamları, esas yetkili akit devlet makamları (m. 5-10) gibi, 3. ve 4. maddeler uyarınca Sözleşme'nin konu itibarıyla uygulama alanına giren tüm koruma tedbirlerini, acil durumun zorunlu kılması şartıyla alabileceklerdir. Acil durumun varlığı halinde, hangi koruma tedbirlerinin alınmasının “zorunlu” olduğu ise, söz konusu acil durumun şartlarına göre değerlendirilecektir¹⁰⁸.

b. Ülkesel Etkiye Sahip Geçici Koruma Tedbirlerinde Yetki. Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca; çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarından her biri, 7. madde saklı kalmak kaydıyla, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleriyle yetkilendirilmiş bir akit devlet makamı tarafından hâlihazırda alınmış bir koruma tedbiri kararı ile çelişmemesi şartıyla, sadece o ülkede etki doğurmak üzere “geçici koruma tedbirleri”ni almaya yetkilidir.

Böylelikle Sözleşme'nin 12. maddesiyle, çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarına, 11. maddede öngörülen acil durumlardan bağımsız olarak, geçici koruma tedbirleri alma konusunda da eşzamanlı yetki tanınmıştır. Ancak 12. madde ile tanınan bu yetki, çeşitli yönlerden sınırlandırılmıştır. Buna göre; (1) Çocuk, bulunduğu akit devlete, Sözleşme'nin 7. maddesinde tarif edildiği şekilde, haksız olarak götürülmüş veya orada alıkonmuşsa, bu akit devlet makamlarının, (çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit

¹⁰⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 68-69, 567.

¹⁰⁷ Bu bağlamda, 1996 tarihli Sözleşme'nin 11. maddesi ile; 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında çocuğun iade işlemlerinde alınması gerekli koruma tedbirleri bakımından, çocuğun bulunduğu akit devlet makamlarına yetki tesis etme ve alınan koruma tedbirlerinin 1996 tarihli Sözleşme kapsamında çocuğun iade edildiği akit devlette tanınması ve tenfizi imkânının sağlandığı ifade edilmektedir. Bkz. *Conclusions and Recommendations of the 2011 Special Commission (Part I), Annex 1*, paragraf 41, (Çevrimiçi) www.hcch.net (01.12.2017); *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 70.

¹⁰⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 70, s. 567; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 70.

devlet makamlarının yetkisi devam ettiği müddetçe), 12. madde uyarınca geçici koruma tedbiri alma yetkisi bulunmamaktadır (m. 7/3)¹⁰⁹. (2) 12. kapsamında alınacak geçici koruma tedbirleri, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleriyle yetkilendirilmiş bir akit devlet makamı tarafından hâlihazırda alınmış bir koruma tedbiri kararı ile çelişmemelidir¹¹⁰. (3) Çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının aldığı geçici koruma tedbirleri sadece o akit devlet ülkesinde etki doğurabilecektir.

Sözleşme'nin 12. maddesi ile öngörülen bu istisnai ve eşzamanlı yetki kuralının, geçici bir süreyle mutad meskeninin bulunduğu devletten başka bir devlette bulunan (örneğin; tatil veya kısa süreli eğitim programı gibi amaçlarla) çocuğun, o devlette bulunduğu süre içerisinde ortaya çıkabilecek ve fakat “aciliyet” gerektirmeyen korunma ihtiyacını sağlamak amacıyla getirildiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda örneğin; çocuğun kısa süreliğine yanında kaldığı ailenin bir süre sonra bundan vazgeçmesi halinde, çocuğun yerel idari makamlarca başka bir aile yanına yerleştirilmesine ilişkin bir koruma tedbiri kararı 12. madde kapsamında alınabilecektir¹¹¹.

c. Sınırlı ve Geçici Yetki Tesis Eden Kuralların Ortak Hükümleri. Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri kapsamında alınan koruma tedbirlerinin yürürlüğü, 5 ila 10. maddeler kapsamında tesis edilen yetkiye dayanılarak alınan koruma tedbirlerinden farklı olarak geçici niteliktedir. Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca, akit bir devlette mutad meskeni bulunan bir çocuk hakkında, çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarınca alınan acil durumların zorunlu kıldığı veya ülkesel etkili koruma tedbirleri, 5 ila 10. maddeler uyarınca yetkili bir akit devlet makamının, durumun gerektirdiği koruma tedbirlerini alması¹¹² üzerine yürürlüğünü yitirecektir (m. 11/2, 12/2).

Bununla birlikte, her ne kadar, 11 ve 12. maddeler uyarınca, çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının aldıkları koruma tedbirlerinin yürürlüğü geçici de olsa;

¹⁰⁹ Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca; çocuğun haksız şekilde götürüldüğü veya alıkonduğu akit devlet makamları, (çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarının yetkisi devam ettiği müddetçe), ancak, 11. madde uyarınca acil durumların zorunlu kıldığı koruma tedbirlerini alabilecektir (m. 7/3).

¹¹⁰ Bu sınırlama 12. madde uyarınca tesis edilen yetkiyi 11. maddeden ayıran en önemli farklılıktır. Zira 11. madde uyarınca acil durumlarda tesis edilen yetki kapsamında akit devlet makamları, esas yetkili bir akit devlet makamı tarafından daha önce alınmış bir koruma tedbiri ile çelişecek ve hatta onu etkisiz kılacak bir koruma tedbiri alabilmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 75, s. 569; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 79 dn. 224.

¹¹¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 74, s. 569; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 80.

¹¹² Sözleşme'nin 12. maddesi kapsamında ülkesel etkiye sahip geçici nitelikli koruma tedbirleri bakımından, 5 ila 10. maddeler uyarınca yetkili akit devlet makamlarının, böyle bir tedbir alınmasına yer olmadığına karar vermesi de bu tedbirlerin yürürlüğünün sona ermesine sebebiyet verecektir (m. 12/2). Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 76, s. 569.

bu maddelerin uygulama alanı 5 ila 10. maddelerden daha geniştir. Zira 11 ve 12. maddeler, çocuğun mutad meskeni akit olmayan bir devlet ülkesinde bulunsa dahi, çocuğun veya kendisinin bulunduğu akit devlet makamlarına geçici koruma tedbirlerini alma bakımından yetki tesis etme imkânı vermektedir. Bu nedenle her iki madde hükmünde de, Sözleşme'ye akit olmayan bir devlet tarafından alınan koruma tedbirlerine ilişkin diğer yetki hükümlerinde bulunmayan düzenlemeler yapılmıştır¹¹³. Buna göre; Sözleşme'ye akit olmayan bir devlette mutad meskeni bulunan bir çocuk hakkında, çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarınca 11 ve 12. maddeler kapsamında alınan geçici koruma tedbirleri, akit olmayan devlet makamlarının durumun gerektirdiği koruma tedbirlerini alması ve bu koruma tedbirlerinin akit bir devlet tarafından tanınması üzerine, o tanıma kararını veren akit devlet bakımından yürürlüğünü yitirecektir (m. 11/3, 12/3)¹¹⁴.

Çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının, "acil" veya "ülkesel etkiye sahip" koruma tedbirlerini alma konusundaki yetkileri; 5 ila 10. maddelerle yetkilendirilen makamların yanında eşzamanlı bir yetki olsa da, Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan "derdestlik" ile ilgili düzenlemeye dâhil edilmemiştir. Bunun sebebi; bu makamların yetkilerinin sadece belirli durumlara özgülenmiş olması ve 11 ve 12. maddelere göre tesis edilen yetki sonucunda alınan koruma tedbirlerinin yürürlüğünün akit bir devlette durumun gerektirdiği koruma tedbirinin alınmasıyla sona ermesidir. Bu nedenle, örneğin, acil bir durumun varlığı halinde, 11. madde uyarınca yetki tesis eden akit bir devlet makamı, benzer bir koruma tedbiri talebi daha önce 5 ila 10. maddeler uyarınca yetkili bir akit devlet makamına sunulmuş ve halen görüşülmekte olsa dahi, önüne gelen talep hakkında karar verebilecektir¹¹⁵. Paralel şekilde; koruma tedbiri talebine ilişkin işlemler 11. madde uyarınca yetki tesis eden bir akit devlet makamında devam etmekte iken, benzer bir koruma tedbiri talebi 5 ila 10. maddeler uyarınca esas yetkili bir akit devlet makamı önüne geldiğinde, esas yetkili akit devlet makamı yetkisinden vazgeçmek (re'sen yetkisizlik kararı vermek) zorunda

¹¹³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 67, s. 565.

¹¹⁴ Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca alınan "acil koruma tedbirleri"nin yürürlüğünün sona ermesi için, akit olmayan devlet makamının aynı durumla ilgili aldığı koruma tedbirinin mutlaka acil koruma tedbirini alan akit devlet tarafından tanınması aranmamakta; bu acil koruma tedbirlerinin yürürlüğü tanıma kararı alan her bir akit devlet bakımından ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 73, s. 569 dn. 43. 12. Madde kapsamında alınan "ülkesel etkiye sahip koruma tedbirleri"nin yürürlüğü ise, akit olmayan devlet makamının aynı durumla ilgili aldığı koruma tedbirinin, ülkesel etkiye sahip koruma tedbirini alan akit devlette tanınmasıyla sona ermektedir. Zira 11. madde kapsamında alınan acil koruma tedbirlerinden farklı olarak, 12. madde kapsamında alınan koruma tedbirleri, sadece tedbiri alan akit devlet ülkesinde etki doğurmaktadır. Bu itibarla, akit olmayan devletten alınan koruma tedbirinin başka bir akit devlet ülkesinde tanınmasının, ülkesel etkiye sahip koruma tedbirlerinin yürürlüğüne herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 77, s. 569.

¹¹⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 78, s. 571.

kalmayacaktır¹¹⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki; 11. ve 12. madde hükümleri uyarınca yetki tesis edilerek akit devlet makamları tarafından alınan geçici koruma tedbirlerinin, esas yetkili akit devlet makamları tarafından alınan koruma tedbirleri gibi, Sözleşme hükümleri uyarınca diğer akit devletlerce tanınması ve tenfizi mümkündür¹¹⁷.

3. Çocuğun Türkiye'de Bulunan Malları Bakımından Türk Makamlarının Yetkisi

Türkiye'nin, Sözleşme'nin 60. maddesinden kaynaklanan yetkiye dayanarak, Sözleşme'nin 55. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında koyduğu çekince ile; "çocuğun Türkiye'de bulunan mallarına yönelik koruma tedbirlerini alma bakımından Türk makamlarının yetkisi" saklı tutulmuştur¹¹⁸.

Böylelikle, çocuğun mutad meskeni başka bir akit devlet ülkesinde olsa dahi, çocuğun Türkiye'de bulunan malları bakımından, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca esas yetkili akit devlet makamlarının yanında, Türk makamları da, her durumda, Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya yetkili olacaktır.

Belirtilmelidir ki; bu çekince, Sözleşme hükümleri uyarınca yetkili diğer akit devlet makamlarının, çocuğun Türkiye'de bulunan malvarlığı değerlerinin korunmasına yönelik koruma tedbirlerini almasını engellememektedir. Bu itibarla; çocuğun Türkiye'de bulunan mallarına ilişkin koruma tedbirleri bakımından Türk makamlarının sahip olacağı bu eşzamanlı yetki, esas yetkili (örneğin; çocuğun mutad meskeninin bulunduğu) akit devlet makamları tarafından da bu mallara ilişkin koruma tedbiri alınması halinde, birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecektir. Bunu önlemek adına; Türkiye, Sözleşme'nin 55. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında koyduğu çekince ile; "Türk makamlarının, çocuğun Türkiye'de bulunan mallarına yönelik olarak aldığı koruma tedbirleri ile çelişen diğer akit devlet makamları tarafından alınmış koruma tedbiri veya velayet sorumluluğuna ilişkin kararları tanımama hakkını" da saklı tutmuştur.

¹¹⁶ Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 71, 80.

¹¹⁷ Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 72, 81.

¹¹⁸ Sözleşme'nin 55. maddesi hakkında bkz. *Explanatory Report*, paragraf 181, s. 605; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 170.

B. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Düzenlenen Yetki Kurallarının Türk Hukukuna Etkileri

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle, Sözleşme'de yer alan yetki kurallarının Türk milletlerarası usul hukukuna etkilerini, dört alt başlık altında toplamak mümkündür.

Bunlardan birincisi; Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki kurallarının Türk hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarının uygulanmasına etkisidir. Bu kapsamda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde, Sözleşme'deki yetki kuralları ile Türk hukukunda yer alan milletlerarası yetki kuralları arasındaki ilişki hakkında genel bir değerlendirme yapılacaktır. İkinci olarak; Sözleşme kapsamında boşanma mahkemesinin koruma tedbirlerini alma bakımından yetkisine ilişkin hükmün Türk mahkemelerinin yetkisine etkisi özel olarak değerlendirilecektir. Üçüncü başlıkta, Sözleşme ile kabul edilen yetki devri mekanizmasının *forum non conveniens* doktrini çerçevesinde Türk milletlerarası usul hukukuna etkisi değerlendirilecektir. Dördüncü ve son olarak ise, Sözleşme'de düzenlenen milletlerarası derdestlik kuralının, Türk milletlerarası usul hukukunda kabul edilen milletlerarası derdestlik uygulamasına etkisi ele alınacaktır.

1. Sözleşme'de Yer Alan Yetki Kuralları ile Türk Milletlerarası Yetki Kuralları Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin konu itibarıyla uygulama alanını belirleyen 3. ve 4. maddelerine ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasına ilişkin yetki kurallarının konu itibarıyla uygulama alanı çok geniştir. Çocuğun ad ve soyadı, evlat edinme ve nafaka dışındaki¹¹⁹; velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuğun şahsının ve çocuk mallarının korunması gibi soybağının hükümlerine dair tüm meselelerle ilgili adli veya idari kararların alınmasında milletlerarası yetkinin tesisinde Sözleşme'deki yetki kuralları uygulama alanı bulmaktadır.

Diğer taraftan, Türk hukukunda, bu meseleler bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen birçok yetki kuralı bulunmaktadır. Yabancılık unsuru içeren velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğun korunması ve çocuk mallarının

¹¹⁹ Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca, Sözleşme'nin konu itibarıyla uygulama alanı dışında kalan diğer meseleler için bkz. Yukarıda, s. 7-8

korunmasına ilişkin davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 40 atfıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen yer itibariyle yetki kurallarıyla tesis edilmektedir¹²⁰. Bunların yanı sıra, MÖHUK m. 41 hükmüyle, “kişi hallerine ilişkin” olarak kabul edilen bu ihtilaflar bakımından, taraflardan birinin Türk vatandaşı olması halinde, tarafların her zaman başvurabileceği daimi yetkili bir Türk mahkemesi hazır bulundurulmaktadır¹²¹.

Bu itibarla, Sözleşme'nin konu itibariyle uygulama alanına giren yabancılık unsuru içeren davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde Türk iç hukukunda yer alan milletlerarası yetki kuralları ile Sözleşme'deki yetki kuralları arasındaki ilişkinin belirlenmesi oldukça büyük önem arz etmektedir. Bu kapsamda Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle akla gelen en önemli soru, Türk iç hukukundaki milletlerarası yetki kurallarının Sözleşme'de yer alan yetki kuralları yanında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde uygulanabilip uygulanamayacağıdır. Başka bir ifade ile, Sözleşme'de yer alan yetki kuralları uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilemediği hallerde, acaba Türk iç hukukundaki milletlerarası yetki kuralları

¹²⁰ Yabancılık unsuru içeren velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğun korunması ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 40 atfıyla, HMK m. 6 ve m. 9'da, çekişmesiz yargı işlerinde ise HMK m. 384'te düzenlenmiştir. Buna göre; HMK m. 6 uyarınca, “davalının davanın açıldığı tarihteki Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesi” ve HMK m. 9 uyarınca, “Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi” yetkili kılınmıştır. Çekişmesiz yargı işleri bakımından ise HMK m. 384 uyarınca, “talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin Türkiye'de oturduğu yer mahkemesi” yetkilidir. HMK'da düzenlenen bu genel yetki kuralları yanında TMK'da da ek yetki kuralları bulunmaktadır. Buna göre, boşanmada velayet, çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin alınmasına ilişkin davalarda TMK m. 168 uyarınca, “eşlerden birinin Türkiye'deki yerleşim yeri veya davadan önce son defa 6 aydan beri Türkiye'de birlikte oturdukları yer mahkemesi” de yetkilidir. Boşanma dışında çocukla kişisel ilişki kurmada ve buna ilişkin çocuğa yönelik her türlü koruma tedbirlerinin alınmasında TMK m. 326 uyarınca, “çocuğun Türkiye'de oturduğu yer mahkemesi” de yetkili kılınmıştır. Ayrıca çocuğun korunmasına yönelik vesayet işlemlerinde TMK m. 411 uyarınca, “küçüğün Türkiye'deki yerleşim yerindeki vesayet daireleri” de yetkili olacaktır. Bkz. B. Bahadır ERDEM, *22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB 2002/2, s. 168 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 572-578; HUYSAL, s. 86-99; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 157-159.

¹²¹ “Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda” Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK m. 41 kapsamında “kişi halleri”, kişinin şahsi statüsünü ortaya koyan durumlara işaret etmekte ve şahsın hal ve ehliyetini tayin eden ve gösteren şahsın hukuku ile aile hukukuna ait meseleler kişi halleri olarak ifade edilmektedir. Bu itibarla, konumuzla bağlantılı olarak, velayet, çocuğun korunması ve çocukla kişisel ilişki kurmaya ilişkin davalar MÖHUK m. 41 kapsamında görülmektedir. Bkz. NOMER, s. 472-473; ÇELİKEL/ERDEM, s. 597; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 383-384; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 64-66; HUYSAL, s. 96 vd.; Mine TAN-DEHMEN, *Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı*, MHB, 2013/1, s. 175; Rifat ERTEN, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)*, Yetkin Yayınları, 2017, s. 95-118. Ayrıca Yargıtay, çocuk mallarının korunmasına ilişkin davaları da MÖHUK m. 41 kapsamında kişi hallerine ilişkin davalar olarak kabul etmektedir. Karar için bkz. Y. 20HD., E. 2015/14472, K. 2015/12779, T. 17.12.2015 (www.kanunum.com).

ile Türk mahkemeleri yetki tesis edebilecek midir?

Sözleşme’de, akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisini iç hukuklarında yer alan yetki kurallarına göre tesis etmelerini yasaklayan açık bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle, bu sorunun cevabını, Sözleşme’nin yetki sistemini kurarken güttüğü amaçta ve Sözleşme’de yer alan diğer hükümlerde aramak gerekir.

Sözleşme’deki yetki kuralları formüle edilirken güdülen amaç ve hedef, çocukların korunmasına yönelik koruma tedbirlerini almada milletlerarası yetkinin “çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları”nda merkezileştirilmesi ve eşzamanlı yetkinin engellenmesidir. Bu amaç doğrultusunda, Sözleşme’nin 5 ila 10. maddelerinde düzenlenen esas yetkili akit devlet makamlarının bu yetkisi, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde yer alması ihtimaline dayandırılmıştır. Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunması halinde, Sözleşme, sadece o akit devletin yetkili olmasını sağlayan ve diğer akit devletlerin eşzamanlı yetki tesis etmesini, 10. maddedeki “boşanma mahkemesine” ilişkin tek istisna dışında¹²², engelleyen bir yetki sistemi öngörmüştür. Yetkinin tek bir akit devlette merkezileştirilmesi amacının biraz daha somutlaştırılması adına, Sözleşme’de, “koruma tedbirinin Sözleşme’deki yetki kurallarına göre yetkisiz bir akit devlet makamınca alınmış olması” bir tanıma-tenfiz red sebebi olarak düzenlenmiştir (m. 23/2(a)). Buna göre; Sözleşme’deki yetki kurallarına göre yetki tesis edilerek alınan koruma tedbirleri tüm akit devletlerde “kanun gereği” tanınacak; Sözleşme’deki yetki kuralları dışında iç hukuk kurallarına göre yetki tesis edilerek alınan koruma tedbirlerine ilişkin tanıma ve tenfiz talepleri ise, m. 23/2(a) uyarınca reddedilebilecektir.

Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmaması halinde ise, Sözleşme’nin 5. maddesi ve ona bağlı olarak yetki tesisine imkân veren 6 ila 10. maddeleri uygulanamayacaktır. Bu durumda akit devletler, Sözleşme kapsamında, ancak, çocuğun kendisi ve malları o akit devlette bulunuyorsa, 11. ve 12. madde hükümleri uyarınca, geçici nitelikli koruma tedbirlerinin alınması bakımından yetki tesis edebilecektir¹²³. Bu sınırlı ve geçici yetki ise, akit devletlerin iç hukuklarında yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre

¹²² Yetkinin merkezileştirilmesinin tek istisnası olan Sözleşme’nin 10. maddesi ile “boşanma mahkemesi”ne sağlanan eşzamanlı yetki, bu anlayış doğrultusunda çok sıkı şartlara bağlanarak mümkün olduğunca sınırlandırılmıştır.

¹²³ Sözleşme’nin yer itibarıyla uygulama alanına ilişkin açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, Sözleşme’nin uygulanabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması zorunluluğu yoktur. Bu nedenle Sözleşme’nin kişi, konu ve zaman bakımından uygulama alanına giren yabancılik unsuru içeren ihtilaflarda, çocuğun mutad meskeni akit bir devlet ülkesinde bulunmasa dahi, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin Sözleşme’de yer alan yetki hükümlerine göre (m. 6, m. 11 ve m. 12) tesis edilmesi mümkündür.

yetki tesis etmelerini engelleyecek nitelikte değildir. Dolayısıyla, Sözleşme’de öngörülen yetki sistemine göre, çocuğun mutad meskeni akit bir devlette bulunmuyorsa, her bir akit devletin koruma tedbirlerini almada milletlerarası yetkisi kendi iç hukuk kurallarına tabi olarak belirlenecektir¹²⁴.

Bu sistem çerçevesinde, Sözleşme’deki yetki kuralları ile Türk iç hukukunda yer alan milletlerarası yetki kuralları arasındaki ilişki belirlenirken, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunup bulunmadığına göre ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir.

Kanaatimizce, *çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu hallerde*, MÖHUK m. 1/2 uyarınca Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı tutulmuş olması itibariyle, Sözleşme’nin yetki sistemini kurarken güttüğü amaç ve tanıma-tenfiz red sebeplerinin düzenlendiği m. 23/2(a) bendi birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşme kapsamında çocuklara yönelik koruma tedbirlerinin alınmasında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin Sözleşme’de yer alan yetki kurallarına göre tesis edileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, Sözleşme’de yer alan yetki kurallarına göre, Türk mahkemelerinin yetkisi tesis edilemiyorsa, Türk iç hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis edilmemesi ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunmadığına hükmedilmesi gerekir. Sözleşme’de, akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisini iç hukuklarında yer alan yetki kurallarına göre tesis etmelerini yasaklayan açık bir hüküm yer almamaktadır. Buna karşılık, Sözleşme’nin yetki sistemini kurarken güttüğü amaç ile tanıma ve tenfiz hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, gerek MÖHUK m. 40 gerekse MÖHUK m. 41 bakımından bu sonuca varmak kaçınılmazdır. Nitekim Sözleşme, “çocuğun vatandaşı olduğu akit devlet makamlarının” yetkisini sadece 8. ve 9. maddeler uyarınca yetki devrinin gerçekleştirilmesi halinde mümkün kılmıştır. Bu nedenle, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunduğu durumlarda, Sözleşme dışında MÖHUK m. 41 uyarınca yetki tesis etmek Sözleşme ile bağdaşmayacaktır. Bu durumda, Sözleşme uyarınca yetki tesis edemeyen Türk mahkemeleri, şartları sağlaması halinde, örneğin, çocuk Türk vatandaşı ise, Sözleşme’nin 9. maddesi çerçevesinde yetki devri mekanizmasını işleterek, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarından yetki devri talep ederek yetki tesis edebileceklerdir.

Bununla birlikte, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi’nde, “yetkisizliğin” ileri sürülmesi, şekli, şartları ve sonuçlarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin, yine “velayet sorumluluğu”na ilişkin konularda yetki ve tanıma ve tenfize ilişkin

¹²⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 84, s. 573.

hükümler getiren Brüksel IIa Tüzüğü'nün 17. maddesinde; Tüzük uyarınca yetkisi bulunmayan AB üyesi devlet mahkemelerinin, AB üyesi bir başka devlet mahkemesinin yetkili olması halinde, re'sen yetkisizlik kararı verecekleri açıkça hükme bağlanmıştır¹²⁵. Ancak 1996 tarihli Sözleşme'de bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşme'de bu konuda herhangi bir hükmün bulunmaması nedeniyle, Sözleşme kapsamında “yetkisizliğin” ileri sürülmesi, şekli, şartları ve sonuçları, usul hukukuna ait meseleler olmaları itibarıyla, *lex foriye* yani Türk hukukuna tabi olacaktır. HMK m. 116(a) uyarınca, “*kesin yetkinin bulunmadığı hallerde yetki itirazı*” bir ilk itiraz olarak düzenlendiğinden, Sözleşme kapsamında yetkisizliğin bir itiraz olarak cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiğini ve mahkemece re'sen nazara alınamayacağını kabul etmek gerekmektedir. Bunun neticesinde de, Sözleşme kapsamında davanın açıldığı yetkisiz bir Türk mahkemesi, yetkisizliğin ilk itiraz olarak ileri sürülmemesi halinde, MÖHUK m. 40 atfıyla HMK m. 19/4 uyarınca yetkili hale gelecektir. Şüphesiz, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu hallerde, HMK m. 19/4 uyarınca yetki tesis eden Türk mahkemelerinden alınan Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerine ilişkin tanıma ve tenfiz talepleri, diğer akit devletler tarafından Sözleşme m. 23/2(a) uyarınca reddedilebilecektir. Ancak tanıma ve tenfiz red sebeplerini düzenleyen 23. madde hükmü uyarınca tanıma ve tenfiz red sebepleri takdiridir. Bir başka ifade ile, Sözleşme, bu sebeplerin varlığı halinde akit devletlere tanımayı reddetme imkanı tanımakta, ancak red zorunluluğu getirmemektedir. Bu nedenle Sözleşme'de, yetki kurallarına göre yetkisiz bir akit devlet makamının re'sen yetkisizlik kararı vermesi gerektiğini öngören Brüksel IIa Tüzüğü'nün 17. maddesine benzer bir hükmün düzenlenmemiş olması, Türk mahkemelerinin Sözleşme'nin uygulama alanına giren durumlarda Türk iç hukukundaki milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis etmesini engelleme bakımından önemli bir eksikliklerdir.

Bu kapsamda, her ne kadar kanaatimiz, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunduğu hallerde Türk mahkemelerince milletlerarası yetkinin Sözleşme'ye göre tesis edilmesi ve tesis edilemediği durumda artık yerel milletlerarası yetki kurallarına başvurulamaması gerektiği yönünde olsa da; 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde, akit devlet makamlarının milletlerarası yetkilerini yerel yetki kurallarına göre tesis etmelerini engelleyici doğrudan veya dolaylı herhangi bir hükmün düzenlenmemiş olmasının, Sözleşme'nin amaçladığı “yetkinin merkezileştirilmesi” hedefinin uygulamaya yansiyabilmesi bakımından önemli bir eksiklik olduğunu belirtmek gerekmektedir. Türk mahkemelerinin Türk iç

¹²⁵ Bkz. ÇÖRTOĞLU-KOCA, s. 272.

hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis etmelerini engelleyici nitelikteki tek hüküm olarak gösterebileceğimiz tanıma ve tenfiz şartlarına ilişkin m. 23/2(a) hükmü önemli bir düzenleme olsa da; belirttiğimiz üzere, tanıma ve tenfiz red sebeplerini düzenleyen 23. madde hükmündeki tanıma ve tenfiz red sebeplerinin takdiri olması, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu hallerde, Sözleşme hükümlerini dayanak göstererek, Türk mahkemelerinin MÖHUK'ta düzenlenen yetki kurallarına göre milletlerarası yetki tesis etmelerini engellemeyi iyiden iyiye güçleştirecektir. Bu itibarla, akit devletlerin iç hukuklarında yer alan yetki kurallarıyla yetki tesis etmelerini engelleme noktasında Sözleşme'de açık bir hüküm bulunmaması ve bu sonuca ancak Sözleşme'nin amacından ve Sözleşme hükümlerinden dolaylı olarak varılabilmesi karşısında; Türk mahkemelerinin Sözleşme kapsamında yetkili olmadıkları hallerde MÖHUK'ta yer alan milletlerarası yetki kurallarıyla yetki tesis etmelerinin ne kadar engellenebileceği belirsiz hale gelmektedir.

Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmadığı hallerde ise, Sözleşme kapsamında çocuklara yönelik koruma tedbirlerinin alınmasında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin, Sözleşme'de yer alan yetki kurallarına göre tesis edilmesi mecburiyetinden bahsetmek artık mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda, Sözleşme akit devletlere sadece 11. ve 12. maddeleri uyarınca geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından yetki tesis etme imkânı getirmektedir. Bu sınırlı ve geçici yetki ise, akit devletlerin iç hukuklarında yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis etmelerini engelleyecek nitelikte değildir. Bu nedenle, Sözleşme'de öngörülen yetki sistemine göre, çocuğun mutad meskeni akit bir devlette bulunmuyorsa, her bir akit devletin koruma tedbirlerini almada milletlerarası yetkisi kendi iç hukuk kurallarına tabi olarak belirlenecektir. Bu itibarla, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmadığı hallerde, Türk mahkemeleri, Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca yetki tesis edebileceği gibi, MÖHUK m. 40 ve MÖHUK m. 41 uyarınca da milletlerarası yetki tesis edebilecektir. Ancak, bu durumda, Sözleşme hükümleri uygulanmaksızın milletlerarası yetki tesis edildiğinden, diğer akit devletlerin, MÖHUK hükümlerine göre milletlerarası yetkisini tesis eden bir Türk mahkemesinden alınan koruma tedbirini Sözleşme kapsamında “kanun gereği tanıma” yükümlülükleri sona erecektir¹²⁶. Bu koruma tedbiri, artık tanıma ve tenfiz talep edilen devletin iç hukuk kurallarında yer alan usule göre tanınacaktır. Bu bağlamda, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmadığı hallerde, Türk mahkemelerinin Sözleşme

¹²⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 84, s. 573; paragraf 122, s. 585.

kapsamındaki koruma tedbirlerini mümkünse Sözleşme'nin 11. ve 12. maddeleri uyarınca yetki tesis ederek almasının en önemli faydası, alınan koruma tedbirinin diğer akit devletlerin tümünde 23. madde uyarınca kanun gereği tanınacak olmasıdır¹²⁷.

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğuna veya çocuğun korunmasına ilişkin bir talep Türk mahkemeleri önüne geldiğinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis ederken izlemesi gereken usulün kısaca özetlenmesi yararlı olacaktır. Buna göre; Türk mahkemesi *öncelikle*, çocuğun mutad meskeninin 1996 tarihli Sözleşme'ye akit bir devlette bulunup bulunmadığını belirlemelidir.

- i. *Çocuğun mutad meskeni akit bir devlette ise; ikinci aşamada* Türk mahkemesi, Sözleşme'nin 5, 6, 7 veya 10. maddeleri uyarınca milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını tespit etmelidir. Bu hükümlere göre Türk mahkemesi yetkili değilse; bu durumda Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devletten yetki devri talep edip edemeyeceğini incelemelidir. Buna göre, Türk mahkemesi, 9. maddede sayıldığı şekilde çocuk ile sıkı ilişkili bir devlet ise ve çocuğun üstün menfaatlerinin korunması bakımından kendisini daha uygun bir forum olarak değerlendiriyorsa, Merkezi Makamlar veya uyuşmazlığın tarafları aracılığı ile çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarından yetki devri talebinde bulunmalıdır.
- ii. Türk mahkemesinin; Sözleşme'nin 5, 6, 7, veya 10. maddelerine göre milletlerarası yetkiye sahip olması veya 9. madde uyarınca yetki devri talebinin olumlu sonuçlanması halinde, *üçüncü aşamaya* geçilmeli ve Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca bir “milletlerarası derdestlik” durumunun var olup olmadığı incelenmelidir. Bu kapsamda Türk mahkemesi, kendisinden talep edilen koruma tedbiri talebine benzer bir talebin hâlihazırda Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca esas yetkili bir başka akit devlet makamı önünde görüşülmekte olup olmadığını re'sen araştırmalıdır. Sözleşme ile akit devletlerce ihdas edilmiş Merkezi Makamlar aracılığı ile veya doğrudan akit devlet makamları ile iletişime geçilerek yapılacak bu araştırma sonucunda, derdestliğin tespit edilmesi halinde, Türk mahkemesi, dava şartı yokluğundan davayı usulden reddetmelidir. Herhangi bir milletlerarası derdestlik durumunun var olmadığı tespit edildiğinde ise, artık Türk mahkemesi Sözleşme uyarınca yetkili olduğuna karar vererek esastan incelemeye geçebilecektir.

¹²⁷ Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 26.

- iii. Türk mahkemesinin Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca yetki tesis edememesi (9. madde uyarınca yaptığı yetki devri talebinin olumsuz sonuçlanması da dâhil) veya yetki tesis ettikten sonra, 13. madde uyarınca milletlerarası derdestliğin var olduğunun tespit edilmesi halinde; Türk mahkemesi, Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca, geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından yetki tesis edip edemeyeceğini incelemelidir. Eğer bu hükümlere göre de yetki tesis edemiyor ise; Sözleşme uyarınca yetkisiz olduğuna karar vermeli; derdestliğin olduğu durumlarda ise davayı usulden reddetmelidir.
- iv. *Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmaması* halinde ise; Türk mahkemesi, Sözleşme'nin 11 veya 12. maddeleri uyarınca, geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından, şartları varsa yetki tesis edebileceği gibi; MÖHUK'ta yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre de yetki tesis edebilecektir.

2. Sözleşme Kapsamında Boşanma Mahkemesinin Koruma Tedbirlerini Alma Bakımından Yetkisinin Türk Mahkemelerinin Yetkisine Etkisi

Sözleşme'de düzenlenen milletlerarası yetki kurallarının Türk hukukuna etkisi kapsamında, Sözleşme'nin kapsamına giren velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin yabancılik unsuru içeren talepler bakımından “boşanma mahkemesi”nin yetkisine ayrı bir parantez açmak gerekmektedir.

Sözleşme'nin 10. maddesine göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet dışındaki bir akit devletteki yetkili “boşanma mahkemesi”nin, Sözleşme kapsamına giren çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin alınmasında milletlerarası yetki tesis edebilmesi için pek çok şart aranmıştır. Bu şartları hatırlatmak gerekirse; (i) çocuğun mutad meskeni farklı bir akit devlette bulunmalı, (ii) boşanmaya ilişkin yargılamanın başladığı tarihte ebeveynlerden biri bu akit devlette mutad mesken sahibi olmalı, (iii) bu tarihte ebeveynlerden biri çocuğa ilişkin velayet sorumluluğuna sahip olmalı, (iv) boşanma mahkemesinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya ilişkin yetkisi mahkemenin hukukunca tanınmış olmalı; (v) boşanma mahkemesinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya ilişkin yetkisi ebeveynlerin yanı sıra çocuğa ilişkin velayet sorumluluğunun paylaşıldığı üçüncü bir kişi varsa onun tarafından da kabul edilmeli ve (vi) bu mahkemenin yetkisi

çocuğun üstün yararına olmalıdır.

Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk hukuku uyarınca boşanma ve ayrılık davaları bakımından milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemelerinin, Sözleşme kapsamındaki çocuğun korunmasına yönelik koruma tedbirlerine (örneğin; velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğun temsili) ilişkin kararları alma bakımından milletlerarası yetkiye sahip olabilmeleri için Sözleşme'nin 10. maddesindeki tüm bu şartların sağlanmış olması gerekecektir.

Bu şartlar incelendiğinde, Türk iç hukukuna göre boşanma ve ayrılık davalarında milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemeleri, TMK m. 169 ve TMK m. 182-183 uyarınca, Sözleşme kapsamına giren çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin alınmasında yetkili kılındığından, boşanma ve ayrılık davalarında milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemelerinin kural olarak Sözleşme m. 10 uyarınca yetki tesis edebilecekleri görülmektedir. Ancak belirtildiği üzere, Sözleşme'nin 10. maddesindeki diğer tüm şartların da sağlanmış olması gerekmektedir. Bu itibarla; örneğin; çocuğun anne veya babasından birinin, boşanma davasını gören Türk mahkemesinin çocuğun velayeti hakkında hüküm kurması bakımından milletlerarası yetkiye sahip olmadığını ileri sürmesi halinde, boşanma davasına bakan Türk mahkemesi Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan şartlar sağlanmadığından velayet konusunda yetkisizlik kararı vermek durumunda kalacaktır. Bu durumda çocuğun velayeti hakkında sadece Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet mahkemeleri karar verebilecektir.

Sözleşme'nin 10. maddesinde getirilen bu hüküm ile her ne kadar yabancılık unsuru içeren boşanma ve ayrılık davalarında milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemelerinin velayet, çocukla kişisel ilişki kurma gibi çocuğa yönelik koruma tedbirlerini almadaki yetkisi sınırlandırılmış olsa da; bu hüküm, ebeveynlerden her birinin kendi mutad mesken ülkesinde çocuğun velayeti hakkında kendi lehine hüküm alması neticesinde birbiriyle çelişen velayet kararlarının ortaya çıkmasının engellenmesi bakımından önemli ve olumlu bir hüküm olarak değerlendirilmelidir.

3. Sözleşme'de Yer Alan Yetki Devri Kurallarının Türk Hukukuna Etkisi

Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle, Sözleşme'de yer alan yetki kurallarının Türk hukukuna etkisi başlığı altında değerlendirilmesi gereken diğer bir usuli mesele de, Sözleşme'de yetki devri imkânının getirilmesiyle *forum non conveniens*

doktrininin uygulanmasının kabul edilmiş olmasıdır.

Forum non conveniens doktrini; mahkemenin, dava ile daha yakın irtibata sahip ve bu sebeple davayı görmeye daha uygun başka bir ülke mahkemesinin bulunduğunu tespit ettiğinde milletlerarası yetkisinden feragat ederek yetkisizlik kararı verebilmesini öngörmektedir.

Bu kapsamda, Sözleşme'nin 8 ila 9. maddelerinde yer alan, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarına nazaran çocuğun menfaatlerini daha iyi koruyabilecek başka bir akit devlet makamının “yetki devri” ile yetki kazanması imkânı, *forum non conveniens* doktrininin bir tür uygulamasıdır.

Sözleşme'de *forum non conveniens* doktrininin bir diğer uygulamasına, Sözleşme'nin milletlerarası derdestliğe ilişkin 13. maddesinin 2. fıkrasında da rastlamak mümkündür. Hükümde; ilk başvuru makamının, koruma tedbirleri bakımından Sözleşme kapsamındaki yetkisinden, sonraki başvuru makamının çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağı gerekçesiyle vazgeçebileceği açıkça düzenlenmiştir.

Bu hükümler değerlendirildiğinde, 1996 tarihli Sözleşme'de “çocuğun üstün yararının daha iyi korunması” gerekçesi ile sınırlı olarak *forum non conveniens* doktrininin uygulanmasının kabul edildiği görülmektedir.

Türk milletlerarası usul hukukunda ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, esasen iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına bağlanmıştır. Yer itibarıyla yetkinin tesisinde esas alınan irtibat noktaları, milletlerarası yetkinin tesisi bakımından da gerekli ve yeterli sayıldığından ve suni irtibat noktaları ile yetki tesis edilmediğinden, *forum non conveniens* doktrininin Türk iç hukukunda uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹²⁸.

Buna karşılık, Sözleşme'nin Türkiye'de yürürlüğe girmesiyle, Türk hukukunda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren, velayete, çocukla kişisel ilişki kurmaya, çocuğun korunmasına ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin davalarda, *forum non conveniens* doktrininin uygulama alanı bulacağını kabul etmek gerekmektedir. Böylelikle, 1996 tarihli Sözleşme ile *forum non conveniens* uygulaması sınırlı da olsa Türk hukukundaki yerini almış bulunmaktadır.

¹²⁸ Bkz. EKŞİ, *Milletlerarası Yetki*, s. 73 vd.; NOMER, s. 496; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 360-361.

4. Sözleşme’de Yer Alan Milletlerarası Derdestlik Kuralının Türk Hukukuna Etkisi

Sözleşme’nin 13. maddesi uyarınca, “öncelik prensibi”ne göre, “ilk başvuru” makamı lehine milletlerarası derdestlik kabul edilmiştir. Bu itibarla; Sözleşme’nin uygulama alanına giren, velayete, çocukla kişisel ilişki kurmaya, çocuğun şahsının ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin davalar, Sözleşme’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin dikkate alınacağı konular arasına girmiştir¹²⁹.

Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin kabul edildiği hallerde, bunun HMK m. 114/1(i) uyarınca bir dava şartı mı yoksa bir ilk itiraz olarak mı dikkate alınacağı tartışması mevcuttur¹³⁰. Ancak kanaatimizce, 1996 tarihli Sözleşme kapsamındaki çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik koruma tedbirlerine ilişkin davalarda bu tartışmaya gerek olmayacaktır. Zira bu halde, milletlerarası derdestlik Sözleşme hükümleri ile kabul edildiğinden, bu davalar bakımından milletlerarası derdestliğin dava şartı mı yoksa ilk itiraz olarak mı dikkate alınacağına da Sözleşme hükümlerine göre belirlenmesi gerekecektir. Sözleşme’nin 13. maddesinde, “sonraki başvuru” makamlarına re’sen yetkisizlik kararı verme zorunluluğu getirilmiştir. Bu nedenle; Sözleşme hükümleri uyarınca milletlerarası derdestliğin, “sonraki başvuru” makamı olan Türk mahkemelerince bir dava şartı olarak değerlendirilmesi ve bu itibarla taraflarca ileri sürülmesi dahi yargılamanın her aşamasında re’sen nazara alınması ve derdestliğin tespiti halinde dava şartı yokluğundan davanın usulden reddedilmesi gerekmektedir.

Sözleşme kapsamına giren bir uyuşmazlıkta, milletlerarası derdestliğe ilişkin bilgi ve belgelerin, taraflarca yetkili Türk mahkemesine sunulması ve derdestliğin bu şekilde tespiti mümkündür. Ancak taraflarca getirilen bilgi ve belgelerin yeterli açıklıkta olmadığı veya taraflardan bu konuda hiçbir bilginin gelmediği hallerde; yetkili Türk mahkemelerinin, Sözleşme kapsamında yetkiye sahip diğer akit devlet makamlarından, doğrudan veya Merkezi Makamlar aracılığı ile derdestlik konusunda re’sen bir soruşturma yapmaları gerekecektir.

¹²⁹ Genel olarak milletlerarası derdestlik ve Türk hukukunda milletlerarası derdestlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, *Milletlerarası Yetki*, s. 192 vd.; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Ankara 2002, s. 1 vd.; Vahit DOĞAN, *Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması*, MHB, 2002/2, s. 121 vd.; NOMER, s. 457-459; ÇELİKEL/ERDEM, s. 635-640; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 418-423.

¹³⁰ Dava şartı olarak kabul eden görüş için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 423. İlk itiraz olarak kabul eden görüş için bkz. NOMER, s. 457-458; ÇELİKEL/ERDEM, s. 639-640; TAN-DEHMEN, s. 181-182.

IV. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi’nde Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlere ve Velayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukukuna Etkileri

A. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi’nde Düzenlenen Kanunlar İhtilafı Kuralları

Sözleşme'nin uygulama alanına giren konularda, çocuğun korunmasına yönelik koruma tedbirlerine ve velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin hükümler, Sözleşme'nin 15 ila 22. maddelerinde yer almaktadır.

1996 tarihli Sözleşme'deki kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenirken, yerine geçtiği 1961 tarihli Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları büyük oranda muhafaza edilmiştir¹³¹. Diğer taraftan, 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanmasında yaşanan sıkıntılar göz önünde bulundurularak, kanunlar ihtilafı kurallarında çok daha açık ifadeler kullanılmış ve daha ayrıntılı hükümler getirilmiştir.

1996 tarihli Sözleşme, koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk ile adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku net bir şekilde birbirinden ayırmış ve farklı kanunlar ihtilafı kurallarına tabi kılmıştır.

Bu kapsamda Sözleşme'de sırasıyla; (a) koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka (m. 15), (b) adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğunun tesisi, sona ermesi, kullanılması veya kaldırılmasına uygulanacak hukuka (m. 16-18) ve (c) üçüncü kişilerin korunmasına (işlem güvenliği) (m. 19) ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir.

Sözleşme'de ayrıca, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında dikkate alınacak genel prensiplere ilişkin, “kanunlar ihtilafı kurallarının milletlerarası niteliği” (m. 20), “atıf” (*renvoi*) (m. 21/1) ve “kamu düzeni müdahalesi”ni (m. 22) düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir.

1. Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlere Uygulanacak Hukuk

a. Genel Kural. Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca, yetkili akit devletin adli veya idari makamlarının, çocuğun korunmasına yönelik tedbirlere ilişkin kararları alırken

¹³¹ 1961 tarihli Sözleşme'de düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, *Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler*, s. 24-25; HUYSAL, s. 104-109; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 139-140; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 177-178; Günseli ÖZTEKİN-GELGEL, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler –Ders Notları– (Çocuk Hukuku)*, Beta, İstanbul 2012, s. 48-52; TEKİNALP/UYANIK, s. 203-205.

uygulayacakları hukuk, kural olarak, "yetkili akit devlet makamının maddi hukuk kuralları"dır (m. 15/1)¹³².

Sözleşme’de, koruma tedbirlerine uygulanacak hukukta, “çocuğun mutad mesken hukuku” yerine, “yetkili akit devlet makamının hukuku”nun yani *lex forin*in tercih edilme sebebi, esasen, çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin hızlı ve etkin bir biçimde alınmasını sağlamaktır. Zira Sözleşme’de koruma tedbirlerini almaya yetkili akit devlet makamını belirleyen yetki kuralları ile zaten çocuğun korunmasında en sıkı ilişkili akit devlet makamının yetkili olması edilmektedir. Ayrıca, koruma tedbiri esasen, koruma tedbirine hükmeden akit devlette icra edilecektir. Bu itibarla, yetkili akit devlet makamlarının koruma tedbirlerini alırken, en iyi bildikleri ve en hızlı biçimde tatbik edebilecekleri hukuku uygulamalarının, çocuğun menfaatlerinin etkin bir şekilde korunmasını sağlayacağı ifade edilmektedir¹³³.

b. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Uygulanması. Genel bağlama kuralının yanında, Sözleşme’nin 15. maddesinin 2. fıkrasında, yetkili bir akit devlet makamı tarafından alınacak koruma tedbirinin, yabancı bir ülkede (üçüncü bir devlette) icrasının gerektiği haller göz önünde bulundurularak, koruma tedbirinin etkin bir şekilde icrasının temini için, koruma tedbiri alınırken, koruma tedbiri ile sıkı ilişkili üçüncü devletin hukukunun uygulanabilmesi veya dikkate alınabilmesi imkânı getirilmiştir.

Buna göre; yetkili akit devlet makamları, *çocuğun şahıs veya malvarlığının korunmasının gerektirdiği ölçüde*, istisnai olarak, "olay ile sıkı ilişkili bir başka devletin (üçüncü devletin) hukuku"nu uygulayabilecek veya dikkate alabileceklerdir (m. 15/2).

Yetkili akit devlet makamının hukuku uygulanırken, üçüncü bir devlet hukukunun uygulanabilme veya dikkate alınabilme gerekçesi ise, bu hukukun "en sıkı ilişkili hukuk" olması değil, "çocuğun üstün menfaatlerinin korunması"nın bu hukukun uygulanması veya dikkate alınması ile temin edilebilecek olmasıdır. Bu nedenle, yetkili akit devlet makamlarının, koruma tedbirini alırken, çocuğun korunması ile sıkı ilişkili üçüncü bir devlet hukukunu uygulayabilmesi veya dikkate alınabilmesinin ön şartı, “çocuğun üstün menfaatleri”nin etkin bir şekilde korunabilmesinin bu hukukun uygulanmasını gerektirmesidir. Bu nedenle, koruma tedbiri alınırken, sadece, olayla sıkı ilişkili üçüncü devletin hukukunda yer alan çocuğa yönelik koruma tedbirinin alınması veya icrası için uyulması zorunlu, emredici nitelikteki hükümlerin uygulanması veya dikkate alınması

¹³² Sözleşme’nin 21. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Sözleşme’de uygulanacak hukukun belirlenmesinde, kural olarak, “atıf” (*renvoi*) kabul edilmediğinden, koruma tedbirlerini almada uygulanacak hukuk, yetkili akit devlet makamının iç maddi hukuk kurallarıdır. Bkz. Aşağıda, s. 45.

¹³³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 86, s. 573; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 401.

gerektiği ifade edilmektedir¹³⁴. Bu itibarla, Sözleşme m. 15/2’de düzenlenen bu kuralın, çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesine veya dikkate alınabilmesine ilişkin bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür.

Örneğin; çocuğun mutad meskeninden başka bir devlette bulunan mallarının satışı veya mülkiyetinin devri konusunda koruma tedbiri almaya yetkili çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamı, çocuğun mallarının bulunduğu devletin hukukunda bu işlem için özel bir izin veya yetki belgesi arandığı hallerde, kendi hukukunda böyle bir şart öngörülmemiş olsa da, koruma tedbirinin malların bulunduğu devlette icra edileceğini dikkate alarak, malların bulunduğu devletin hukukunda yer alan bu özel hükmü uygulayabilecektir. Ayrıca yetkili akit devlet makamları, çocuk hakkında bir koruma tedbiri kararı alırken, çocuk kısa bir süre içerisinde vatandaşı olduğu ülkeye geri dönecekse, çocuğun vatandaşı olduğu devlet hukukunda tanınıp tenfiz edilmeyecek bir karar almamak adına bu yabancı hukuku dikkate alabilecektir¹³⁵.

c. Çocuğun Mutad Meskeninin Değişmesi Halinde Alınmış Koruma Tedbirinin Uygulanma Şartlarına Uygulanacak Hukuk. Koruma tedbirlerine uygulanacak hukuku düzenleyen 15. maddenin 3. fıkrasında ise, statü değişikliğinden kaynaklanan sorunlara çözüm getirmek amacıyla bir “statü değişikliği” (*conflict mobile*) kuralı¹³⁶ düzenlenmiştir.

Buna göre; çocuğun mutad meskeninin bir başka akit devlete taşınması halinde; bir önceki mutad mesken makamları tarafından alınmış koruma tedbirlerinin “uygulanma şartları”, mutad meskenin değiştiği andan itibaren, yeni mutad meskenin bulunduğu akit devletin hukukuna tabi olacaktır (m. 15/3).

Bu kuralın getiriliş nedeni, çocuğun mutad meskeninin bir başka akit devlete taşınması halinde, koruma tedbirlerini almaya genel yetkili akit devlet makamının ve dolayısıyla uygulanacak hukukun değişmesi (m. 5/2); bununla birlikte, bir önceki mutad mesken makamlarının kendi iç hukukuna göre aldığı koruma tedbiri kararlarının yürürlüğünün, yeni mutad mesken makamları tarafından değiştirilmedikçe, yenilenmedikçe veya ortadan

¹³⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 89, s. 575; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 91.

¹³⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 89, s. 575; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 91.

¹³⁶ Milletlerarası özel hukukta, yetkili hukukun tayininde kullanılan bağlama noktalarında meydana gelen değişiklikler neticesinde ortaya çıkan sorunlar, “statü değişikliğinden kaynaklanan meseleler” (*conflict mobile*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. NOMER, s. 31-33; ÇELİKEL/ERDEM, s. 165-166; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 44-46; TEKİNALP/UYANIK, s. 45; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 229-235.

kaldırılmadıkça devam etmesidir (m. 14). Bunun neticesinde, yeni mutad mesken makamları, başka bir hukuka (eski mutad mesken hukukuna) göre alınmış koruma tedbirini uygulamak durumunda kalabilecektir. Bu hüküm ile yeni mutad mesken makamlarına, önceki mutad mesken makamı tarafından o devletin hukukuna göre alınmış bir koruma tedbirini, kendi iç maddi hukukundaki şartlara göre uyarlayarak uygulama imkânı getirilmiştir. Bu kapsamda, örneğin; önceki mutad mesken makamları tarafından çocuğa bir vasi atanmış ve bu devletin hukuku uyarınca vasinin belirli bazı eylem ve işlemleri gerçekleştirebilmek için hâkimden izin alması yükümlülüğü öngörülmüşse, 15. maddenin 3. fıkrası uyarınca, çocuğun mutad meskenin değiştiği andan itibaren, bu vasinin, yeni mutad mesken makamlarının maddi hukukunun imkân vermesi halinde, söz konusu eylem ve işlemleri hâkim izni olmadan gerçekleştirebileceği ifade edilmektedir¹³⁷.

Önemle belirtilmelidir ki; 15. maddenin 3. fıkrası, ancak, çocuğun mutad meskeninin akit bir devletten, bir başka akit devlet ülkesine taşınması halinde uygulanabilecektir. Bu nedenle, çocuğun mutad meskeninin, akit bir devletten akit olmayan bir devlete taşınması halinde; önceki mutad meskenin bulunduğu akit devlet makamları tarafından alınmış koruma tedbirinin uygulanma şartlarına ilişkin bir ihtilaf başka bir akit devlet makamı önüne gelirse, artık Sözleşme m. 15/3 uygulama alanı bulmayacağından, bu ihtilaf, uyuşmazlığa bakan akit devletin iç hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili hukuka göre çözülecektir. Aynı sonuç, çocuğun mutad meskeninin akit olmayan bir devletten akit bir devlet ülkesine taşınmış olması halinde de geçerli olacaktır¹³⁸.

2. Adli veya İdari Bir Makamın Müdahalesi Olmaksızın Velayet Sorumluluğunun Tesis, Sona Ermesi, Kullanılması ve Kaldırılmasına Uygulanacak Hukuk

a. Kurahın Uygulama Alanı. Sözleşme, yetkili bir akit devletin adli veya idari makamlarınca alınacak koruma tedbirlerine uygulanacak hukukun yanı sıra; 16 ila 18.

¹³⁷ Bununla birlikte, 15. maddenin 3. fıkrası hükmü, önceki mutad mesken makamı tarafından alınmış koruma tedbirini kararı ile ilgili hangi hususların bu koruma tedbirinin “uygulanmasına” hangi hususların ise koruma tedbirinin “varlığına (geçerliliğine)” ilişkin olduğunun tespitinin çoğu zaman tereddütlere yol açabilecek olması ve yeni mutad mesken hukukunun tedbirin uygulanma şartlarına ilişkin olarak çok esnek hükümlere sahip olmasının koruma tedbirini etkisizleştirme veya zayıflatma riski yaratması sebebiyle eleştirilmektedir. Örneğin; önceki mutad mesken hukukuna göre alınmış ve çocuk 18 yaşına gelene kadar uygulanmasına karar verilmiş bir koruma tedbirinin, yeni mutad mesken hukukunda 16 yaşında sona ereceğinin öngörülmüş olması halinde; koruma tedbirinin “geçerlilik süresi”nin, tedbirin “uygulanma şartı”na mı yoksa “varlığına (geçerliliğine)”mi ilişkin olduğu tartışmalıdır. Bu noktada; eğer iki hukuk arasında uyarılama yapılamıyorsa, yeni mutad mesken makamları tarafından yeni koruma tedbirlerine karar verilerek sorunun çözülmesi önerilmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 91, s. 575; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 92-93.

¹³⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 92, s. 575.

maddelerinde, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, velayet sorumluluğunun “kanun gereği” ve “anlaşma yahut tek taraflı bir işlem” ile tesisine, sona ermesine, kullanılmasına ve kaldırılmasına uygulanacak hukuku ayrıca düzenlemiştir (m. 16-18).

Sözleşme 16. madde hükmünde, “kanun gereği” ve “hukuki bir işlem ile” tesis edilen velayet sorumluluğunu, bir koruma tedbiri kararıyla tesis edilen velayet sorumluluğundan ayırmak ve 16 ila 18. maddelerdeki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanını belirginleştirmek amacıyla, özellikle, “adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın” tabirini kullanmıştır. Bu itibarla, Sözleşme’nin 16 ila 18. maddeleri ile 15. maddesindeki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanını belirleyen eşik, velayet sorumluluğuna ilişkin işlemlerde adli veya idari bir makamın müdahalesidir. Velayet sorumluluğuna yönelik böyle bir müdahalenin varlığı halinde artık 16 ila 18. maddeler uygulanmayacak; 15. madde uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda müdahaleden anlaşılması gerekenin “aktif bir müdahale” olduğu; yani adli veya idari bir makamın, velayet sorumluluğunun tesisine, sona ermesine, sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına etki eden bir karar almış olması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin; müşterek velayetin kanun gereği tesisi için idari bir makama örneğin vergi dairesine bir tescilin veya bildirim yapılması, velayetin tesisi ile ilgili bir karar alınmış olması anlamına gelmediğinden, Sözleşme kapsamında bir müdahale, bir koruma tedbiri olarak değerlendirilmemekte ve bu şekilde kurulan velayet sorumluluğuna 16 ila 18. maddelerin uygulanacağı belirtilmektedir¹³⁹. Sonuç olarak, müdahaleden, velayet sorumluluğunun esasına ilişkin bir inceleme yapılarak adli veya idari bir makam tarafından alınan bir karar anlaşılmaktadır. Örneğin; çocuğun anne ve babasının velayet ilişkisi olarak aralarında yaptıkları bir anlaşmanın idari veya adli bir makam tarafından incelenerek onaylanması gerekiyorsa, bu noktada o adli veya idari makamın müdahalesi artık bir koruma tedbiri kararı olarak vasıflandırılacak ve Sözleşme’deki koruma tedbirlerini almada yetkiye ve uygulanacak hukuka ilişkin kurallar uygulanacaktır¹⁴⁰.

Adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, kanundan veya hukuki bir işlemde kaynaklanan velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin Sözleşme’nin 16 ila 18. maddelerinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları; velayet sorumluluğunun tesisine etki eden “ön mesele”ye uygulanacak hukuku¹⁴¹ düzenlememektedir. Bu nedenle, örneğin; m.

¹³⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 98, s. 577; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 95.

¹⁴⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 103, s. 577; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 95.

¹⁴¹ Türk milletlerarası özel hukukta, “ön mesele”nin çözümüne uygulanacak hukuk için bkz. NOMER, s. 138-143; ÇELİKEL/ERDEM, s. 130-138; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 89-94; TEKİNALP/UYANIK,

16/1 uyarınca çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku, kanun gereği velayet sorumluluğunun tesisi için öncelikle çocuğun tanınmasını şart koşuyor ise, çocuğun geçerli bir şekilde tanınıp tanınmadığına ilişkin “ön mesele”nin *lex causaenın* mı yoksa *lex forinin* mi kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözüleceği her akit devletin kendi iç hukukuna bırakılmıştır¹⁴².

b. Velayet Sorumluluğunun Kanun Gereği veya Hukuki Bir İşlem İle Tesisine ve Sona Ermesine Uygulanacak Hukuk. Sözleşme’nin 16. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca; velayet sorumluluğunun adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, "kanun gereği" tesisi ve sona ermesine “*çocuğun mutad mesken hukuku*”; “anlaşma yahut tek taraflı bir işlem ile¹⁴³” tesisi ve sona ermesine ise “*anlaşma veya tek taraflı işlemin yapıldığı andaki çocuğun mutad mesken hukuku*” uygulanacaktır (m. 16/1-2).

Sözleşme’nin 16. maddesinde “çocuğun mutad mesken hukuku” tercih edilerek, velayet sorumluluğunun kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilmesi ve sona ermesine uygulanacak hukuk ile o velayet ilişkisinin hukuki çerçevesine dâhil edilecek “koruma tedbirleri”ne uygulanacak hukukun çoğu zaman aynı hukuk olması temin edilmeye çalışılmıştır¹⁴⁴.

Buna karşılık, bu tercih, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, kanundan veya hukuki bir işlemde doğan velayet sorumluluğunun akıbeti ile ilgili statü değişikliği (*conflict mobile*) kuralları ihdas edilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Buna göre; çocuğun mutad mesken hukuku uyarınca mevcut olan kanundan veya hukuki bir işlemde kaynaklanan velayet sorumluluğu, mutad meskenin değişmesinden sonra da varlığını sürdürecektir (m. 16/3). Çocuğun eski mutad mesken hukukuna göre kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğunun, mutad meskeninin değişmesi halinde de varlığını muhafaza etmesine ilişkin bu düzenleme, velayet sorumluluğu ile çocuğa sağlanan korumanın sürekliliğinin ve etkinliğinin sekteye uğramasının engellenmesi adına getirilmiş bir

s. 40-41; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 182-186.

¹⁴² Bu noktada *Lagarde*, kanun gereği ve hukuki bir işlemde doğan velayet sorumluluğunun tesisine ilişkin bir ön meseleye uygulanacak hukukun tespitinde, *lex forinin* kanunlar ihtilafı kurallarının değil, *lex causaenın* yani 16. madde uyarınca çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını önermektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 102, s. 579.

¹⁴³ Velayet sorumluluğunun “anlaşma” ile tesisi veya sona ermesine ilişkin olarak, çocuğun ebeveynlerinin kendi aralarında mutabık kaldıkları, çocuğun bakım ve gözetimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bir anlaşma; “tek taraflı işlem” ile tesisi veya sona ermesine ise, çocuğun hayattaki son ebeveyninin bir vasiyetname ile çocuğa bir vasi ataması işlemi örnek gösterilebilir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 103, s. 579; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 94; TİRYAKİOĞLU, *1996 tarihli Lahey Sözleşmesi*, s. 404.

¹⁴⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 96, s. 577; TİRYAKİOĞLU, *1996 tarihli Lahey Sözleşmesi*, s. 403.

düzenlemedir¹⁴⁵.

Bunun yanında, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, eski mutad mesken hukukuna göre velayet sorumluluğunun tevdi edilmediği bir kişiye velayet sorumluluğunun kanun gereği tevdiinin, yeni mutad mesken hukukuna tabi olacağı düzenlenmiştir. (m. 16/4). Bu durumda, örneğin, evli olmayan ana-babadan doğmuş çocuğa ilişkin kanun gereği velayet sorumluluğunun eski mutad mesken hukukuna göre tek başına anneye ait olduğu; yeni mutad mesken hukukuna göre ise müştereken anne ve babaya ait olduğu veya tek başına babaya ait olduğu düzenlenmişse; m. 16/3 gereği eski mutad mesken hukuku uyarınca tesis edilen kanun gereği velayet sorumluluğu devam edeceğinden ve m. 16/4 gereği daha önce kanun gereği velayet sorumluluğuna sahip olmayan baba yeni mutad mesken hukuku uyarınca velayet sorumluluğu kazanacağından, sonuçta, kanun gereği velayet sorumluluğuna anne ve baba müştereken sahip olacaktır¹⁴⁶. Böylelikle Sözleşme; m. 16/3 ve m. 16/4 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, akit devletlere “müşterek velayet” uygulamasını dolaylı bir şekilde dayatmış olmaktadır.

Sözleşme'nin kanun gereği velayet sorumluluğunun tesisinde, çocuğun mutad meskeninin değişmesi ihtimaline ilişkin olarak getirdiği m. 16/3 ve m. 16/4'te yer alan bu düzenlemeler, müşterek velayete sebebiyet veren ve bu itibarla aslında maddi hukuka ilişkin bir hüküm içermesi nedeniyle eleştirilmiştir. Bunun yerine, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde ortaya çıkabilecek müşterek velayet durumunu, yeni mutad mesken devletinin iç hukukuna tabi kılacak bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmesi önerilmiştir. Ancak bu öneri, akit devletlerin çoğunluğunun, iç hukuklarında böylesine özel bir soruna ilişkin herhangi bir düzenlemeye sahip olmamaları sebebiyle reddedilmiştir. Ayrıca eğer bu hükmün uygulanması sonucu ortaya çıkan müşterek velayet durumu tarafların anlaşamamaları sebebiyle işlemez hale gelirse, Sözleşme m. 5/2 uyarınca yetkili çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarından, Sözleşme'nin 18. maddesi uyarınca, ihtilafın çözümüne ilişkin bir koruma tedbiri talep edilebileceği hatırlatılmıştır¹⁴⁷.

c. Kanun Gereği veya Hukuki Bir İşlem İle Tesis Edilen Velayet Sorumluluğunun Kullanılmasına Uygulanacak Hukuk. Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, kanun gereği veya hukuki bir işlemle tesis edilen velayet

¹⁴⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 105, s. 581; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 96; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 404-406.

¹⁴⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 107, s. 581; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 95.

¹⁴⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 108, s. 581; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 95.

sorumluluğunun “kullanılması şartları”na uygulanacak hukuk, “çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku”dur. Çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, velayet sorumluluğunun kullanılması “yeni mutad mesken hukuku”na tabi olacaktır.

Böylelikle, velayet sorumluluğunun tesisi ve sona ermesine uygulanacak hukuka ilişkin 16. maddeden farklı olarak, kanun gereği veya hukuki bir işlemle tesis edilen velayet sorumluluğunun “kullanılması şartları”na her durumda, “*çocuğun son mutad mesken hukuku*” uygulanacaktır. Bu düzenleme, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde koruma tedbirlerinin “uygulanma şartları”nın, mutad meskenin değiştiği andan itibaren, yeni mutad mesken hukukuna tabi olacağını düzenleyen m. 15/3 ile paralellik arz etmektedir¹⁴⁸.

Bu durumda, Sözleşme m. 16/3 gereği, eski mutad mesken hukukuna göre kanundan veya hukuki bir işlemde kaynaklanan velayet sorumluluğuna sahip kişi, bu velayet sorumluluğunu mutad meskenin değişmesi halinde de muhafaza edecek; ancak, 17. madde uyarınca, muhafaza ettiği bu velayet sorumluluğunun "kullanılmasına ilişkin şartlar", mutad meskenin değişmesi anından itibaren, yeni mutad mesken hukukuna tabi olacaktır. Örneğin; velayet sorumluluğuna sahip kişinin eski mutad mesken hukukuna göre tek başına gerçekleştirebileceği işlemler, yeni mutad mesken hukukunda yetkili bir makamdan izin alınmasına bağlanmışsa, artık bu kişi velayet sorumluluğunu kullanırken bu izinleri almak durumunda kalacaktır¹⁴⁹.

d. Kanun Gereği veya Hukuki Bir İşlem İle Tesis Edilen Velayet Sorumluluğunun Koruma Tedbirleri ile Kaldırılması ve Kullanma Şartlarının Değiştirilmesi. Sözleşme'nin 18. maddesi uyarınca, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın tesis edilen velayet sorumluluğu, Sözleşme kapsamında alınacak koruma tedbiri kararları ile kaldırılabilir veya kullanma şartları değiştirilebilir. Bu itibarla, kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğunun sona ermesine ve kullanılma şartlarına uygulanacak hukuka ilişkin 16 ve 17. maddelerle getirilmiş hükümlerin, velayet sorumluluğunun yetkili adli veya idari makamlarca alınacak bir koruma tedbiri kararı ile kaldırılması veya değiştirilmesine engel olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır. Ayrıca, 18. madde, çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde; m. 16/3 ve m. 16/4 uyarınca, hem eski hem de yeni mutad mesken hukukundaki kanundan veya hukuki bir işlemde kaynaklanan velayet sorumluluğuna ilişkin kuralların kümülatif olarak uygulanması neticesinde ortaya

¹⁴⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 109, s. 581; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 97.

¹⁴⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 109, s. 581; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 97.

çıkan müşterek velayet durumunun, çocuğun etkin olarak korunmasını engelleyici nitelikte değerlendirildiği hallerde, yetkili akit devlet makamlarınca devreye sokulabilecektir¹⁵⁰.

Önemle belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin 18. maddesi anlamında adli veya idari makamlarca kanun gereği veya hukuki bir işlemle tesis edilen velayet sorumluluğunun kaldırılması veya değiştirilmesi hakkında alınacak bir koruma tedbiri, çocuğun korunmasına yönelik bir koruma tedbiri olarak Sözleşme kapsamına girecektir. Bu nedenle, bu yönde bir koruma tedbirinin alınması, Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki ve kanunlar ihtilafı kurallarına tabi olacaktır.

3. Üçüncü Kişilerin Korunması (İşlem Güvenliği)

Sözleşme'de, çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde, önceki mutad mesken hukukuna göre alınan koruma tedbiri kararları (m. 15/3) ile önceki mutad mesken hukukuna göre kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğunun (m. 16/3) yürürlüğünü devam ettirmesine ilişkin kuralların benimsenmesi; yeni mutad mesken devletinde faaliyet gösteren iyi niyetli üçüncü kişilerin, çocuğun hukuken gerçek yasal temsilcisinin kim olduğu veya hangi yetkilere sahip olduğu konusunda yanlışya düşebilmeleri riskini de beraberinde getirmektedir¹⁵¹.

Bu nedenle Sözleşme'nin 19. maddesinde; işlem güvenliğini tesis etmek adına, “hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre” çocuğun yasal temsilcisi olma yetkisine sahip kişiler ile hukuki işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin iyi niyetini korumaya yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; iyi niyetli üçüncü kişiler ile gerçekleştirilen işlemlerin geçerliliğine, hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre çocuğun yasal temsilcisi olarak hareket etmeye yetkili kişinin, gerçekte, 15 ila 18. maddeler uyarınca uygulanacak hukuka göre yetkili olmadığı gerekçesiyle itiraz edilemeyeceği ve üçüncü kişinin bu gerekçeyle sorumlu tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme'nin 19. maddesi uyarınca, “hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre” çocuğun yasal temsilcisi olma yetkisine sahip kişiler ile hukuki işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin korunabilmesi için aranan şartlar; (i) üçüncü kişinin, velayet sorumluluğunun Sözleşme'nin 15 ila 18. maddelerinde gösterilen hukuka tabi olduğunu bilmemesi veya

¹⁵⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 110, s. 583; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 97; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 406.

¹⁵¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 111, s. 583; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 99; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 407.

bilebilecek durumda olmaması (iyiniyetli olması) ve (ii) söz konusu işlemin, aynı devlet ülkesinde bulunan kişiler arasında gerçekleştirilmiş olmasıdır (m. 19/2)¹⁵².

Sözleşme'nin 19. maddesi ile getirilen işlem güvenliği prensibi, Türk milletlerarası özel hukukunda işlem güvenliği prensibine ilişkin MÖHUK m. 9/2'den farklı olarak, üçüncü kişi ile görüşteki yasal temsilcinin gerçekleştirdikleri, aile ve miras hukuku ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler de dâhil olmak üzere, her türlü hukuki işlemde uygulanacaktır¹⁵³.

4. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Dikkate Alınacak Genel Prensipler

a. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Milletlerarası Niteliği. Sözleşme'nin 20. maddesi uyarınca, 15 ila 19. maddeleri arasında yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği devletin hukuku, bu devlet Sözleşme'ye taraf olmayan bir devlet dahi olsa uygulanacaktır. Kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin neredeyse tüm Lahey Sözleşmelerinde benimsenen, “kanunlar ihtilafı kurallarının milletlerarası niteliği”, 1996 tarihli Sözleşme'de de kabul edilmiştir.

Bu kuralın tek istisnası, çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde, önceki mutad meskenin bulunduğu akit devlet tarafından alınan koruma tedbirlerinin uygulanma şartlarının yeni mutad meskenin bulunduğu akit devletin hukukuna tabi olacağını öngören 15. maddenin 3. fıkrasıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, bu hüküm, ancak, çocuğun mutad meskeninin akit bir devletten, bir başka akit devlet ülkesine taşınmış olduğu hallerde uygulanabilecektir.

b. Atıf (Renvoi). Sözleşme'nin 21. maddesinde, Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun tespitinde "atıf" (*renvoi*) prensibi, kural olarak, reddedilmiştir. Buna göre; Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak devlet hukukunun sadece iç maddi hukuk kurallarının uygulanacağı; kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır¹⁵⁴.

¹⁵² Üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması, hukuki işlemin gerçekleştirildiği devletin hukukuna güvenden kaynaklandığından; eğer hukuki işlem, başka bir devlet ülkesinde bulunan ve çocuğun yasal temsilcisi olduğunu iddia eden bir kişi ile gerçekleştiriliyor ise üçüncü kişinin iyi niyeti korunmayacaktır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 113, s. 583; TİRYAKIOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 408.

¹⁵³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 114, s. 583.

¹⁵⁴ Lahey Sözleşmelerinde atfın ne şekilde uygulanacağı konusunda detaylı bilgi için bkz. İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *La Haye Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış (Atıf)*, MHB, 2002/2, Ergin Nomer'e Armağan, s. 40 vd.

Bununla birlikte, 21. maddenin 2. fıkrası uyarınca; atıf, şartlı olarak, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğunun kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesisi ve sona ermesine uygulanacak hukukun, Sözleşme’ye akit olmayan bir devletin hukuku olması halinde kabul edilmiştir. Buna göre; 16. maddedeki kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili akit olmayan devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları; bir başka akit olmayan devletin hukukuna atıf yapması ve bu atıf yapılan akit olmayan devletin kendi hukukunun uygulanmasını öngörmesi halinde dikkate alınacak ve atıf yapılan (ikinci) akit olmayan devletin maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Ancak atıf yapılan (ikinci) akit olmayan devletin kanunlar ihtilafı kuralları kendi hukukunun uygulanmasını öngörmüyor ise, atıf reddedilecek ve 16. Madde uyarınca yetkili akit olmayan devletin iç maddi hukuku uygulanacaktır.

16. madde uyarınca yetkili akit olmayan devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının, akit bir devletin hukukunu yetkili kılması halinde ise, atıf kabul edilmeyecek ve akit olmayan devlet hukukunun iç maddi hukuk kuralları uygulanacaktır¹⁵⁵.

c. Kamu Düzeni Müdahalesi. Sözleşme'nin 22. maddesinde ise, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan hukukun uygulanmasında “kamu düzeni müdahalesi” düzenlenmiştir. Buna göre; Sözleşme’de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan hukukun uygulanması ancak, çocuğun üstün menfaatleri dikkate alındığında, kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği takdirde reddedilebilecektir. Dolayısıyla Sözleşme, sadece çocuğun üstün menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda kamu düzeni müdahalesini kabul etmiştir¹⁵⁶.

B. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi’nde Düzenlenen Kanunlar İhtilafı Kurallarının Türk Hukukuna Etkisi

1996 tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk mahkemelerinin yetkili olduğu, çocuğun ad ve soyadı, nafaka ve evlat edinme dışında, Sözleşme’nin konu itibarıyla uygulama alanına giren, yabancılık unsuru içeren velayet sorumluluğu, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuğun korunması ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin ihtilaflara uygulanacak hukuk Sözleşme’de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir.

Sözleşme, konu itibarıyla uygulama alanına giren velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve

¹⁵⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 116, s. 583.

¹⁵⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 117, s. 583; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 100.

malvarlığının korunmasına ilişkin meselelerde koruma tedbiri kararlarının alınmasında uygulanacak hukuku düzenlediği gibi; adli veya idari makamlardan alınmış herhangi bir koruma tedbiri kararına dayanmayan kanun gereği veya hukuki bir işlemle tesis edilmiş velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku da düzenlemektedir.

Türk hukukuna baktığımızda, Sözleşme’de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının konu itibarıyla uygulama alanına giren meselelere uygulanacak hukuk, 5718 sayılı MÖHUK’un 11., 14. ve 17. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerde, Sözleşme kapsamındaki velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuk, bağımsız bir konu olarak ele alınmamış; bu meseleleri doğuran hukuki işlem ve ilişkilere uygulanacak hukuka tabi tutulmuştur¹⁵⁷. Boşanma ve ayrılık davalarında velayete ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik geçici tedbir taleplerine uygulanacak hukuk “boşanma ve ayrılık” başlıklı MÖHUK m. 14’ün 3. ve 4. fıkralarında; boşanma ve ayrılık davaları dışında görülen velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuk “soybağının hükümleri” başlıklı MÖHUK m. 17’de; çocuğun vesayet altına alınması ve çocuk mallarına kayyım atanmasına uygulanacak hukuk ise “vesayet, kısıtlılık ve kayyım” başlıklı MÖHUK m. 11’de düzenlenmiştir. Bu kanunlar ihtilafı kurallarının her birinde ise farklı bağlama noktaları öngörülmektedir¹⁵⁸.

Türk hukukunda, velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığına ilişkin meselelere uygulanacak hukukun, bağımsız bir konu olarak ele alınmayıp, kaynaklandığı işlem veya ilişkiye bağlanarak parçalı bir yapıda belirlenmesi ve bağlama noktaları tesis edilirken çocuğun esas alınmayıp, anne ve babanın hukukuna bağlanması doktrinde haklı eleştirilere sebep olmaktadır¹⁵⁹.

Sözleşme’de düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarında ise, görüldüğü üzere, Sözleşme’nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin tüm meseleler birlikte ele alınmıştır. Sözleşme’de uygulanacak hukukta, sadece velayet sorumluluğunun adli veya idari bir makamın kararına dayanıp dayanmamasına göre bir ayırım

¹⁵⁷ HUYSAL, s. 168-169.

¹⁵⁸ MÖHUK m. 14/3 uyarınca, “boşanma ve ayrılıkta velayet”, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk olan anne ve babanın müşterek milli hukukuna; MÖHUK m. 14/4 uyarınca, boşanma ve ayrılıkta velayet sorumluluğuna ve çocuğun ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin “geçici tedbirler” Türk hukukuna; MÖHUK m. 17 uyarınca, “soybağının hükümleri”, anne-baba-çocuğun müşterek milli hukuku, yoksa müşterek mutad mesken hukuku, o da bulunmuyorsa soybağını kuran hukuk olan çocuğun doğum anındaki milli hukukuna; MÖHUK m. 11 uyarınca, “vesayet ve kayyım” ise, ilgilinin milli hukukuna tabi kılınmıştır.

¹⁵⁹ Türk milletlerarası özel hukukunda velayete uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı düzenlemeleri hakkında kapsamlı değerlendirme ve eleştiri için bkz. HUYSAL, s. 168-173. Ayrıca bkz. UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 142-144; ÖZTEKİN-GELGEL, *Çocuk Hukuku*, s. 16-18; DARDAĞAN-KİBAR, s. 546-548.

yapılmış; meselenin kaynaklandığı hukuki ilişki veya işleme göre bir ayırım yapılmamıştır. Bunun yanında; Sözleşme’de gerek koruma tedbirlerine uygulanacak hukukta (m. 15) gerekse adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğuna uygulanacak hukukta (m. 16), çocuğun şahsi statüsünü esas alan bağlama noktaları tercih edilmiştir. Koruma tedbirlerine uygulanacak hukuku düzenleyen 15. madde, her ne kadar, “koruma tedbiri kararını alan yetkili akit devlet makamının hukuku”nun yani *lex forin*in uygulanmasını öngörse de, Sözleşme’de milletlerarası yetki esas olarak çocuğun mutad meskenine (m. 5) bağlı olarak tesis edildiğinden¹⁶⁰, dolaylı olarak çocuğun şahsi statüsüne bağlanılmıştır.

Bu bağlamda, Sözleşme’de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarında; uygulanacak hukukun, Sözleşme’nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin tüm meseleler için, kaynaklandığı hukuki işlem veya ilişkiden bağımsız bir şekilde ele alınarak belirlenmiş olması ve bağlama noktası olarak çocuğun şahsi statüsünün esas alınmış olması, Türk mahkemelerince Sözleşme’nin uygulanacağı ihtilaflarda, Türk hukukundaki mahzurları giderecek olması bakımından olumlu bir etki yaratacaktır. Ayrıca, Sözleşme’de koruma tedbirleri alınırken uygulanacak hukukun, koruma tedbirini almaya yetkili makamın kendi hukuku yani *lex fori* olarak belirlenmiş olması, Türk mahkemelerinin, Sözleşme uyarınca yetkili olduğu yargılamalarda, Türk hukukunu uygulayarak daha hızlı ve etkin bir biçimde karar vermesini sağlayacaktır.

Bununla birlikte, belirtmelidir ki, Sözleşme ile velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuka ilişkin getirilen bu kanunlar ihtilafı sisteminin faydaları, ancak, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini Sözleşme uyarınca tesis etmeleri ile görülebilecektir. Türk mahkemelerinin Sözleşme uyarınca yetkili olmadıkları durumlarda, Türk hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis etmeleri halinde, Sözleşme uygulama alanı bulamayacağından, MÖHUK’ta düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları devreye girecek ve Sözleşme’nin Türk hukukuna getirdiği bu katkıdan faydalanılamayacaktır. Bu nedenle, Sözleşme’de düzenlenen

¹⁶⁰ Sözleşme’nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca, çocuğun mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının sınırlı ve geçici yetki tesis ettiği durumlarda, çocuğun şahsi statüsü değil, çocuğun mallarının bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Ayrıca Sözleşme m. 10 uyarınca, “boşanma mahkemesi”nin ve Sözleşme m. 8 ve 9 uyarınca, yetki devri ile çocuğun mallarının bulunduğu veya “boşanma mahkemesi”nin yetki tesis ettiği durumlarda da yine, koruma tedbirlerine uygulanacak hukukta çocuğun şahsi statüsünden uzaklaşmaktadır. Ancak bu hükümler uyarınca çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer dışındaki makamlarca yetki tesisi sıkı şartlara bağlandığından ve yetki tesisinde yine çocuğun üstün menfaati göz önünde bulundurulduğundan, bu hükümler nedeniyle, Sözleşme’nin koruma tedbirlerine uygulanacak hukukta çocuk esaslı yaklaşımından uzaklaştığı söylenemez.

kanunlar ihtilafı kurallarının Türk hukukuna etkisi, Sözleşme ile getirilen milletlerarası yetki kurallarının doğru ve amacına uygun bir şekilde uygulanmasına bağlı olacaktır.

Sözleşme’de düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarının ve bu kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında dikkate alınacak genel prensiplere ilişkin düzenlemelerin Türk milletlerarası özel hukukunda velayet sorumluluğuna ve çocuğa yönelik koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka etkisini tam olarak belirleyebilmek için bazı meselelerin özel olarak ele alınması gerekmektedir.

Bunlardan *ilki*; Sözleşme’nin 15. maddesinde düzenlenen çocuğa yönelik koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının, Türk hukukunda “boşanmada velayet”e uygulanacak hukuka etkisidir. Belirtildiği üzere, Türk hukukunda, yabancılık unsuru içeren boşanma ve ayrılık davalarında velayet talepleri, MÖHUK m. 14/3 uyarınca, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır. Sözleşme’de ise durum farklıdır. Boşanmada velayette, çocuğa yönelik velayet sorumluluğu adli bir makamın müdahalesi neticesinde tesis edildiğinden, Sözleşme’nin 15. maddesi gereği çocuğa yönelik koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının kapsamına girmektedir. 15. madde uyarınca, Sözleşme kapsamındaki çocuğa yönelik koruma tedbiri talepleri, bir boşanma davası sırasında ileri sürülse de, boşanmaya uygulanacak hukuktan bağımsız olarak değerlendirilecek ve her durumda koruma tedbiri taleplerine yetkili akit devlet makamının iç hukuku uygulanacaktır. Bu itibarla, Sözleşme’de yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre koruma tedbirlerini alma bakımından yetkili bir akit devlet mahkemesi, boşanmaya uygulanacak hukuku iç hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre, koruma tedbirlerine uygulanacak hukuku ise Sözleşmenin 15. maddesinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralına göre belirleyecektir. Buna göre; boşanma ve ayrılık davasına bakmaya yetkili bir Türk mahkemesi, örneğin, Sözleşme’nin 10. maddesi uyarınca koruma tedbirlerini alma bakımından da yetki tesis etmişse, boşanma ve ayrılık taleplerine MÖHUK m. 14 uyarınca “eşlerin müşterek milli hukuku; ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku; bulunmadığı takdirde Türk hukuku”nu uygulayacak; boşanma ve ayrılık talepleri ile birlikte ileri sürülen velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin taleplere ise Sözleşme m. 15 uyarınca Türk hukukunu uygulayacaktır. Bu itibarla, Sözleşme’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme’nin uygulandığı durumlarda, yabancılık unsuru içeren boşanma davalarında, boşanmada velayet, boşanma statüsüne değil, koruma tedbirini almaya yetkili akit devlet makamının hukukuna yani Türk hukukuna tabi olacaktır.

İkinci olarak ele alınması gereken konu; Sözleşme'nin 15. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ve dikkate alınmasına imkân veren düzenlemenin, “*üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının*” Türk hukukundaki uygulama alanına etkisidir. Türk milletlerarası özel hukukunda, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK m. 31 uyarınca, sadece, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tabi olduğu hukuk tatbik edilirken uygulama alanı bulabilmektedir¹⁶¹. Bu itibarla, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile birlikte, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, Türk hukukunda, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında değil; velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğun korunması gibi Sözleşme kapsamına giren çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelerde de, “*çocuğun üstün menfaatinin korunmasının gerektirmesi*” şartıyla uygulama alanı bulabilecektir.

Üçüncü olarak üzerinde durulması gereken mesele; Sözleşme'de, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen 16. maddenin 3. ve 4. fıkralarının birlikte uygulanması neticesinde ortaya çıkacak müşterek velayet durumlarının, Türk hukukundaki “*müşterek velayet*” uygulamasına etkisidir. Yukarıda açıklandığı üzere, Sözleşme'nin kanun gereği velayet sorumluluğunun tesisinde, çocuğun mutad meskeninin değişmesi ihtimaline ilişkin olarak getirdiği m. 16/3 ve m. 16/4'te yer alan düzenlemeler, zorunlu bir müşterek velayet durumu tesis etmekte ve akit devletlere müşterek velayet uygulamasını bir nevi dayatmış olmaktadır. Türk hukukunda ise, 2017 tarihine kadarki Yargıtay uygulamasında müşterek velayet, Türk kamu düzenine aykırı görülerek, uygulanacak yabancı hukukun müşterek velayete ilişkin hükümleri uygulanmamakta ve müşterek velayete ilişkin yabancı mahkeme kararları tanımıp tenfiz edilmemekte idi¹⁶². 2016 yılında, 5. maddesi ile velayette

¹⁶¹ “Doğrudan uygulanan kurallar” hakkında detaylı bilgi için bkz. Hatice ÖZDEMİR-KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 1 vd. MÖHUK m. 31 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet KÖSOĞLU, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması*, MHB, 2008/1-2, s. 147 vd.; Aslı BAYATA-CANYAŞ, *5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 141 vd.; Hatice ÖZDEMİR-KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, MHB, 2010/1-2, s. 57 vd.; Mustafa ERKAN, *MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/2, s. 81 vd.

¹⁶² 2017 tarihine kadarki Yargıtay uygulamasında müşterek velayet ve kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 531; ÇELİKEL/ERDEM, s. 250-253; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 85-86, s. 531 dn. 380; ÖZTEKİN-GELGEL, *Çocuk Hukuku*, s. 26-27; Aslı BAYATA-CANYAŞ, *Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Ortak Velayet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi*, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Ed.

eşler arasında eşitliği öngören AİHS Ek 7 No’lu Protokol¹⁶³’ün Türkiye’de yürürlüğe girmesi ve akabinde 20.02.2017 tarihli Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararında¹⁶⁴ müşterek velayet uygulamasının kamu düzenine aykırı olmadığına hükmedilmesi ile müşterek velayetin Türk kamu düzenine aykırı olduğuna ilişkin içtihatlar sona ermiş ve müşterek velayet uygulaması Türk hukukunda açıkça kabul edilmiştir. Bu itibarla, Sözleşme’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile Sözleşme hükümleri gereği ortaya çıkacak müşterek velayet durumları herhangi bir şekilde Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmayacaktır. Bununla birlikte, Türk iç hukukunda müşterek velayet müessesesinin ne şekilde uygulanacağına ilişkin detaylı düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle uygulamada sorunlar çıkabilecektir. Sözleşme’nin uygulama alanı bulduğu durumlarda ise, anne-baba arasında tesis edilmiş müşterek velayet müessesesi tarafların anlaşamamaları gibi sebeplerle bir şekilde işlemez hale gelirse, Sözleşme uyarınca yetkili akit devlet makamlarından, Sözleşme’nin 18. maddesi uyarınca, ihtilafın çözümüne ilişkin bir koruma tedbiri her zaman talep edilebilecektir.

Dördüncü olarak incelenmesi gereken konu; Sözleşme’nin 19. maddesinde düzenlenen “işlem güvenliği prensibi”ne ilişkin kuralın Türk hukukuna etkisidir. Türk milletlerarası özel hukukunda, MÖHUK m. 9/2 uyarınca, işlem güvenliği prensibine ilişkin kural, aile hukuku, miras hukuku ve yabancı ülkede bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemlerde uygulanmamaktadır¹⁶⁵. Sözleşme’nin 19. maddesinde düzenlenen işlem güvenliği prensibine ilişkin kural ise, üçüncü kişi ile çocuğun görünüşteki yasal temsilcisinin gerçekleştirdikleri, aile ve miras hukuku ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler de dâhil olmak üzere, her türlü hukuki işlemde uygulama alanı bulabilmektedir. Böylece, Sözleşmenin Türkiye bakımında yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk hukukunda, Sözleşme’nin uygulama alanına giren ihtilaflar bakımından, MÖHUK m. 9/2’de yer alan işlem güvenliği prensibinin, aile ve miras hukuku ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemlere uygulanmayacağına ilişkin kurala bir istisna getirilmiş olmaktadır.

Beşinci olarak belirtilmesi gereken husus; Sözleşme’nin 21. maddesi uyarınca, Sözleşme’de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları ile uygulanacak hukukun tespitinde “*atfin (renvoi) reddedilmesine*” ilişkin düzenlemenin Türk hukukuna etkisidir. Türk milletlerarası

Bilgin Tiryakioğlu/ Mesut Aygün/ Ali Önal/ Kübra Altıparmak/ Cansu Kaya, Yetkin Yayınları, 2016, s. 593 vd.
¹⁶³ 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol (RG. 08.04.2016-29678).

¹⁶⁴ Y. 2HD., 20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737. Karar için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 253.

¹⁶⁵ Türk milletlerarası özel hukukunda “işlem güvenliği prensibi” için bkz. NOMER, s. 224-226; ÇELİKEL/ERDEM, s. 209-211; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 110-111; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 65 vd.; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 253-256.

özel hukukunda “atfı” düzenleyen MÖHUK m. 2/3 uyarınca, kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması yani atıf dikkate alınmaktadır¹⁶⁶. Sözleşme’nin konusunu oluşturan, velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meseleler Türk hukukunda aile ve kişinin hukukuna ilişkin olarak nitelendirildiğinden, bu meselelere ilişkin ihtilaflarda MÖHUK’ta yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun tespitinde atıf dikkate alınmaktadır. Sözleşme’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk hukukunda MÖHUK m. 2/3’te yer alan atıf düzenlemesine bir istisna getirilmiş olmaktadır. Sözleşme’nin uygulama alanına giren aile ve kişinin hukukuna ilişkin ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitinde, 21. Maddede belirtilen istisnai hal dışında, atıf dikkate alınmayacaktır.

Son olarak üzerinde durulması gereken konu ise; Sözleşme’nin 22. maddesi uyarınca, Sözleşme’de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan hukukun uygulanmasında “*kamu düzeni müdahalesi*”nin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemenin Türk hukukuna etkisidir. Buna göre Sözleşme, yetkili yabancı hukukun uygulanmasında sadece *çocuğun üstün menfaatlerinin* gerektirdiği durumlarda kamu düzeni müdahalesini kabul etmiştir¹⁶⁷. Bu nedenle, Sözleşme’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme’nin uygulama alanı bulduğu ihtilaflarda, Sözleşme’deki kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkili yabancı hukukun uygulanmasında, yetkili Türk makamları, ancak çocuğun üstün menfaati ile sınırlı olarak kamu düzeni müdahalesini devreye sokabileceklerdir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, Sözleşme’de düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları ile kuralların uygulanmasına ilişkin genel prensiplere ilişkin düzenlemelerin, MÖHUK’ta Sözleşme kapsamındaki konulara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarından bu denli farklılıklar içeren hükümlere sahip olması, Türk milletlerarası özel hukukunda velayet sorumluluğuna ve çocuklara yönelik koruma tedbirlerine uygulanacak hukukta “ikili” bir sistemin doğmasına sebep olacaktır. Örneğin; Sözleşme’nin uygulama alanı bulacağı ihtilaflarda, boşanmada velayet veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda başka bir hukuk; Sözleşme’nin uygulanmadığı durumlarda başka bir hukuk uygulanacaktır. Yine Sözleşme’nin uygulandığı velayetin kaldırılmasına ilişkin bir davada, üçüncü devletin doğrudan uygulanan

¹⁶⁶ “Atıf” (*renvoi*) teorisi hakkında bkz. Süheyla BALKAR-BOZKURT, *Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Cilt II, s. 795 vd.; NOMER, s. 145-160; ÇELİKEL/ERDEM, s. 105-129; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 50-57; TEKİNALP/UYANIK, 37-38; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 186-196.

¹⁶⁷ Kamu düzeni kuralları çerçevesinde bir üst norm olarak çocuğun yararı ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HUYSAL, s. 153-158; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 146-147; ÖZTEKİN-GELGEL *Çocuk Hukuku*, s. 28-36; DARDAĞAN-KİBAR, s. 558-559.

kuralları dikkate alınabilecek; Sözleşme'nin uygulanmadığı davalarda ise MÖHUK m. 31 gereği dikkate alınamayacaktır. Sözleşme'nin uygulandığı çocuk adına çocuğun malları hakkında yapılmış bir tasarruf işleminin işlemi yapan kişinin çocuğu temsil yetkisinin bulunmaması sebebiyle iptali davalarında, işlem güvenliği prensibi uygulanacak; Sözleşme'nin uygulanmadığı durumlarda ise MÖHUK m. 9/2 uyarınca işlem güvenliği 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, velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına 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.

V. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlerin Tanınması ve Tenfizi ve Türk Hukukuna Etkisi

A. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlerin Tanınması ve Tenfizi Hükümleri

Sözleşme kapsamında akit devlet makamları tarafından alınan çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik koruma tedbirlerinin diğer akit devletlerde "tanınması ve tenfizi"ne ilişkin hükümler, Sözleşme'nin 23 ila 28. maddelerinde yer almaktadır.

1996 tarihli Sözleşme'de, 1961 tarihli Sözleşme'de farklı olarak koruma tedbiri kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin çok daha ayrıntılı hükümler getirilmiştir¹⁶⁸. 1996 tarihli Sözleşme'de, koruma tedbiri kararlarının tanınması, tenfizi ve icrası usulleri ayrı ayrı ele alınmış ve tanıma ve tenfiz red sebepleri açıkça sayılmıştır. Bu anlamda, 1996 tarihli Sözleşme'nin tanıma ve tenfiz hükümlerinin 1961 tarihli Sözleşme'deki önemli bir boşluğu doldurduğu ifade edilmektedir¹⁶⁹.

¹⁶⁸ 1961 tarihli Sözleşme'de düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, *Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler*, s. 24-25; HUYSAL, s. 187-190; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 148; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 178-180; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 353-362; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 177-196.

¹⁶⁹ TİRYAKİOĞLU, *1996 tarihli Lahey Sözleşmesi*, s. 409.

Bu kapsamda aşağıda sırasıyla, koruma tedbiri kararlarının; (i) tanınması (m. 23-25), (ii) tenfizi (m. 26) ve (iii) tenfiz edilen koruma tedbirlerinin icrası (m. 28) incelenecektir.

1. Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlerin Tanınması

a. Kanun Gereğince Tanıma Usulü. Sözleşme'nin 23. maddesi uyarınca, bir akit devlet makamı tarafından alınan koruma tedbiri kararı, diğer tüm akit devletlerde, "kanun gereğince" tanınacaktır¹⁷⁰.

"Kanun gereğince tanıma" (*recognition by operation of law*) usulünde; akit bir devlet makamınca alınan koruma tedbirinin tanınması ve hüküm ve sonuçlarını doğurması için, tanımanın talep edildiği akit devlette herhangi bir tanıma veya tenfiz prosedürüne (örneğin, tanıma davası açmak) başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Akit devletlerce alınmış koruma tedbiri kararları diğer akit devletlerde tüm hüküm ve sonuçlarını kendiliğinden kanun gereği doğuracaktır. Örneğin; akit bir devlet makamı tarafından alınan bir koruma tedbiri kararı ile çocuğun yasal temsilcisi olarak atanan bir kişinin, diğer bir akit devlette çocuk adına hukuki işlemler gerçekleştirebilmesi için bu koruma tedbirinin tanınmasını talep etmesine gerek olmayacaktır¹⁷¹. Aksine, koruma tedbirinin tanınmamasını isteyen kişinin tanımanın engellenmesi için birtakım prosedürlere başvurması gerekmektedir. Buna göre; koruma tedbirinin tanınmamasını isteyen bir kişinin, Sözleşme m. 23/2'de yer alan tanımanın reddi sebeplerini bir yargılama sırasında ileri sürmesi veya tanımanın reddi sebeplerinin varlığına ilişkin bir "tanımama talebi"nde bulunması gerekecektir (Söz. m. 23-24)¹⁷².

Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki; akit bir devletçe alınmış bir koruma tedbiri kararının tüm hüküm ve sonuçlarını diğer bir akit devlette doğurması bakımından Sözleşme'nin 23. maddesi uyarınca kendiliğinden "kanun gereği" tanımanın yeterli olabilmesi için, o koruma tedbirinin gereklerinin diğer akit devlette gönüllü olarak yerine getirilmesi veya koruma tedbirine karşı herhangi bir itirazın bulunmaması gerekir¹⁷³.

Sözleşme uyarınca "kanun gereği" tanımanın gerçekleşebilmesi için, koruma tedbirinin varlığının ispatlanması gerekmektedir. Koruma tedbiri; normal şartlarda, koruma tedbirini

¹⁷⁰ Bununla birlikte, tanıma talebi, 23. maddenin 2. fıkrasında yer alan red sebepleri uyarınca reddedilebilir.

¹⁷¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 132, s. 589; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 103.

¹⁷² Tanımanın reddi sebeplerinin ileri sürülmesi konusunda bkz. Aşağıda, s. 54.

¹⁷³ *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 103. Akit bir devletin makamları tarafından alınmış bir koruma tedbiri kararının gerekleri diğer bir akit devlette yerine getirilmiyorsa ve koruma tedbirinin gereklerinin yerine getirilmesi için diğer akit devletin icra makamlarının harekete geçmesi gerekiyorsa, bu durumda tenfiz prosedürüne başvurulması gerekecektir.

alan menşe akit devlet makamından sadır olmuş ve alınan koruma tedbiri kararını içeren yazılı bir resmi belge ile sağlanır ve ispat edilir. Ancak, acil durumlarda, koruma tedbirinin telefonla alınmış ve dosyaya el yazısı ile not edilmiş olması da mümkündür. Bürokratik engellere takılmaksızın çocuğun korunmasının etkin bir şekilde sağlanması adına Sözleşme, koruma tedbirinin başka bir akit devlette tanınmasını ve bu kapsamda ispatını, tedbiri alan akit devlet makamının imzasını ve karar tarihini içeren yazılı bir resmi belgenin varlığına tabi tutmamıştır. Bu nedenle, koruma tedbirini alan akit devlet makamından sadır olmuş resmi bir belge olmaksızın, örneğin bir telefaks metni ile koruma tedbirinin ispatlanarak tanınmasının sağlanabileceği ifade edilmektedir¹⁷⁴.

b. Tanımının Reddi Sebepleri ve İleri Sürülmesi. i. Tanımının Reddi Sebepleri. Sözleşme uyarınca akit devletlerden alınan koruma tedbirlerinin diğer tüm akit devletlerde kanun gereği tanınması yükümlüğü, birtakım red sebepleri ile sınırlandırılmıştır. Tanımının reddi sebepleri, Sözleşme'nin 23. maddesinin 2. fıkrasında tahdidi şekilde düzenlenmiştir. Ancak bu red sebepleri takdiridir. Sözleşme, bu sebeplerin varlığı halinde akit devletlere tanımayı reddetme imkânı tanımakta, ancak red yükümlüğü getirmemektedir. Bu itibarla, red sebeplerinden birinin var olması halinde dahi, koruma tedbiri bir başka akit devlette tanınabilecektir. Özellikle çocuğun üstün menfaatinin gerektirdiği durumlarda, red sebeplerinden birinin varlığına rağmen akit devletlerin koruma tedbirini tanıma yoluna gidebilecekleri ifade edilmektedir¹⁷⁵.

Sözleşme uyarınca tanımının reddedilebileceği haller şunlardır:

(i) *Koruma tedbirinin, Sözleşme'nin 5 ila 14. maddelerinde yer alan yetki kurallarına göre yetki tesis etmemiş bir akit devlet makamı tarafından alınmış olması.* Buna göre, akit devletlerin, Sözleşme'deki yetki kuralları ile uyuşmayan iç hukukundaki milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis eden bir akit devlet makamınca alınan koruma tedbirlerini tanıma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu itibarla, Sözleşme'deki yetki kurallarına göre yetki tesis edilerek alınan koruma tedbirleri bakımından, diğer red sebepleri de yoksa, tüm akit devletlerin kanun gereği tanıma yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁷⁶. Tanıma devleti makamları,

¹⁷⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 120, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 103; TİRYAKİOĞLU, *1996 tarihli Lahey Sözleşmesi*, s. 409.

¹⁷⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 121, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 104.

¹⁷⁶ Koruma tedbirinin, Sözleşme uyarınca yetkili olmayan bir akit devlet makamı tarafından alınmış olması bir tanımının (tenfiz) reddi sebebi olmakla birlikte; Sözleşme, Sözleşme'nin uygulama alanı bulmadığı hallerde, kendi iç hukuk kurallarına göre makamlarının yetkisini tesis etmiş akit devlet makamları tarafından alınan koruma tedbirlerinin tanınması veya tenfizini engellememektedir. Zira böyle bir durumda alınan koruma tedbirlerinin tanınması Sözleşme'nin uygulama alanına girmeyeceği için, buna ilişkin açık bir hüküm

koruma tedbirini alan akit devlet makamlarının yetkili olup olmadığını incelerken, tedbiri alan makamın yetkisini dayandırdığı maddi vakıalar ile bağlı olacaktır (m. 25). Örneğin; koruma tedbirini alan makam çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet makamı olarak bu kararı almışsa, tanıma devleti, kararı alan makamın çocuğun mutad meskenini belirlerken dayandığı maddi vakıaları inceleyemeyecektir¹⁷⁷.

(ii) *Koruma tedbirinin, acil durumlar haricinde, tanıma devletinin temel usul hukuku prensipleri ihlal edilerek, çocuğun görüşüne başvurulmasına imkân tanınmaksızın alınmış olması.* Burada Sözleşme'nin amacı akit devletlerin iç hukuklarında, “çocuğun görüşünün alınması”na ilişkin olarak yer alan usuli düzenlemeleri değiştirmek değil; koruma tedbirinin tanınması neticesinde, çocuğu ilgilendiren ihtilaflarda “çocuğun görüşünün alınması ilkesi”ne yönelik temel hukuk prensiplerinin ihlal edilmemesini temin etmektir¹⁷⁸. Bununla birlikte, acil durumlarda Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca yetki tesis edilerek alınan koruma tedbirlerinin tanınmasında, usul hukuku kurallarının daha gevşek yorumlanması gerektiği kabul edildiğinden, bu bir red sebebi olarak ileri sürülemeyecektir¹⁷⁹.

(iii) *Koruma tedbirinin, acil durumlar haricinde, tedbirin velayet sorumluluğunu ihlal ettiğini iddia eden kişiye savunma hakkı verilmeksizin alınmış olması.* Örneğin; Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereği velayet sorumluluğuna sahip olan çocuğun annesinin bu velayet sorumluluğunun, Sözleşme'nin 18. maddesi uyarınca akit bir devlet makamı tarafından, anne dinlenmeksizin alınmış bir koruma tedbiri ile kaldırılmış olması halinde, anne, bu red sebebine dayanarak koruma tedbirinin bir başka akit devlet ülkesinde tanınmasının reddedilmesini talep edebilecektir¹⁸⁰.

getirilmesine gerek olmadığına karar verilmiştir. Örneğin, çocuğun mutad meskeninin akit olmayan bir devlette bulunması halinde, bir akit devlet makamı yetkisini kendi iç hukukuna göre belirlemişse artık Sözleşme devre dışı kalmıştır. Bu durumda bu akit devlet makamı tarafından alınmış kararın başka bir akit devlette tanınması veya tenfizi, Sözleşme uygulanmayacağı için, talep edilen devletin iç hukukuna göre gerçekleştirilecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 122, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 104.

¹⁷⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 131, s. 589; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 106.

¹⁷⁸ Yeterli idrak gücüne sahip olduğu (görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğu) kabul edilen çocukların, kendilerini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkının tanınması, Türkiye'nin de taraf olduğu, gerek Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesinde (RG. 27.01.1995-22184) gerekse de Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinde (RG. 02.05.2002-24743) kabul edilmiş bir ilkedir. Bu itibarla, bu milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde “çocuğun görüşünün alınması ilkesi”ne ve dolayısıyla Türk hukukunun temel prensiplerine aykırı olarak, 1996 tarihli Sözleşme'ye akit devletlerin makamlarınca alınan koruma tedbirlerinin tanınması Türk makamlarınca reddedilebilecektir. Türk hukukunda “çocuğun görüşünün alınması” ve kamu düzeni ilişkisi hakkında bkz. HUYSAL, s. 156-157.

¹⁷⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 123, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 105.

¹⁸⁰ *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 105 dn. 306.

(iv) *Çocuğun üstün menfaati dikkate alınmak kaydıyla, koruma tedbirinin tanıma devletinin kamu düzenine açıkça aykırı olması.* Buna göre; akit bir devletçe alınmış koruma tedbirinin tanınmasının kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilebilmesi için, koruma tedbirinin tanıma devletinin kamu düzenine “açıkça” aykırı olması ve kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde çocuğun üstün menfaatinin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹⁸¹. Ayrıca kamu düzenine aykırılık sebebiyle koruma tedbirinin tanınmasının reddine imkân veren bu hükmün mümkün olduğunca dar yorumlanarak uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸².

(v) *Koruma tedbirinin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit olmayan bir devlette daha sonra alınan ve tanıma devletinin iç hukukunda aradığı tanıma koşullarını taşıyan bir koruma tedbiriyle bağdaşmaması.* Bu gerekçeye dayanılarak tanımanın bir akit devlette reddedilebilmesi için, çocuğun mutad meskeninin akit olmayan bir devlette bulunması, bu akit olmayan devlet tarafından alınan koruma tedbirinin, akit devlet tarafından alınan koruma tedbirinden daha sonra alınmış olması ve akit olmayan devlet tarafından daha sonra alınmış koruma tedbirinin tanıma devletinin iç hukukuna göre tanıma koşullarını taşıması gerekmektedir¹⁸³.

(vi) *Koruma tedbiri alınırken Sözleşme'nin 33. maddesinde öngörülen usule uyulmamış olması.* Sözleşme'nin 33. maddesi, m. 3(e) kapsamında çocuğun başka bir akit devlet ülkesine yerleştirilmesine yönelik koruma tedbirlerinin alınmasında akit devletlerin izlemesi gereken prosedüre ilişkindir. Bu prosedüre uyulmaksızın böyle bir koruma tedbirinin alınmış olması halinde, koruma tedbirinin tanınması reddedilebilecektir¹⁸⁴.

Sözleşme'nin 27. maddesi uyarınca, red sebeplerinin var olup olmadığını inceleyen akit

¹⁸¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 125, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 105. Ayrıca çocuğun velayetinin tevdiinde çocuğun menfaatlerinin dikkate alınmamış olmasının yabancı mahkeme kararların tanınması ve tenfizinde kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Cemal ŞANLI, *Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, MHB, 1996/1-2, s. 76-77; Cemile DEMİR-GÖKYAYLA, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin, Ankara 2001, s. 183-186; HUYSAL, s. 198-200; Rümeyza PARTALCI, *Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2014, s. 45-80.

¹⁸² Nitekim kamu düzenine aykırılık konusunda m. 23/2(d) hükmü ile aynı şekilde düzenlenmiş olan Brüksel IIa Tüzüğü'nün m. 23(a) hükmünün uygulanması ile ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *P v. Q* kararında (19 Kasım 2015 tarihli ve C-455/15 sayılı kararı, paragraf 36), kamu düzenine aykırılığın mümkün olduğunca dar bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği ve çocuğun üstün menfaatleri dikkate alındığında üye bir devlette verilmiş bir kararın tanınmasının tanıma devletinin temel hukuk ilkelerini ihlal etmek suretiyle hukuk düzeni ile kabul edilemez derecede bağdaşmazlık yaratması halinde kamu düzenine aykırılığın söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Karar için bkz. (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu>, (01.12.2018).

¹⁸³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 126, s. 585-586; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 106.

¹⁸⁴ Sözleşme m. 3(e) kapsamındaki koruma tedbirleri alınırken akit devlet makamlarınca izlenmesi gereken prosedür hakkında bkz. Yukarıda, s. 8 dn. 30.

devlet makamlarının, bu red sebepleri kapsamında yapılması gerekli olan inceleme dışında, koruma tedbirlerinin alınmasına ilişkin kararın esasına ilişkin bir inceleme yapamayacakları hüküm altına alınmıştır. Böylelikle Sözleşme’de “esasa girme yasağı” kabul edilmiştir¹⁸⁵.

ii. Red Sebeplerinin İleri Sürülmesi. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Sözleşme uyarınca koruma tedbiri kararları tüm akit devlerde kendiliğinden “kanun gereğince” tanınacağından ve bu itibarla başka bir akit devlette koruma tedbirinden kaynaklanan hak ve yetkilere istinat etmek isteyen kişinin herhangi bir tanıma veya tenfiz prosedürüne başvurması gerekmediğinden; koruma tedbirinin “tanınmamasını isteyen kişi”nin tanımanın engellenmesi için tanımanın reddi sebeplerini ileri sürmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Sözleşme uyarınca tanımanın reddi sebeplerini ileri sürmesi gereken kişi koruma tedbirinin “tanınmamasını isteyen kişi”dir.

Sözleşme uyarınca koruma tedbirinin tanınmamasını isteyen tarafın, red sebeplerinin varlığını, koruma tedbirinden doğan hak ve yetkilerin kendisine karşı ileri sürüldüğü bir yargılama sırasında ileri sürebileceği kuşkusuzdur.

Bunun yanı sıra, Sözleşme’nin 24. maddesinde, hukuki menfaati bulunan herkesin, akit devletlerin yetkili makamlarına başvurarak, alınan koruma tedbirinin “tanınmamasına” karar verilmesini talep edebileceği ve red sebeplerini bu bağımsız talep ile ileri sürebileceği açıkça hükme bağlanmıştır¹⁸⁶. Sözleşme uyarınca “tanınmama talebi”, o akit devlette koruma tedbirinden doğan hak ve yetkilerin kullanılmaya başlanmasından sonra yapılabileceği gibi; henüz daha koruma tedbirine o akit devlette hiç istinat edilmemişken de “önleme amaçlı” bir tanınmama talebi yapılabilecektir. Örneğin; çocuğun velayetinin kendisine bırakılmasını isteyen bir baba, tanımanın reddi sebeplerini ileri sürerek, çocuğun velayetinin anneye bırakılmasına ilişkin (A) akit devleti makamlarınca alınmış bir koruma tedbiri kararının “tanınmamasını”, annenin velayet sorumluluğu kapsamında çocuğun malları üzerinde bir tasarruf işlemi gerçekleştirmesini engellemek adına, çocuğun mallarının bulunduğu (B)

¹⁸⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 133, s. 589; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 106.

¹⁸⁶ 24. maddede düzenlenen, tanıma ve tanınmama talepleri, sadece Sözleşme kapsamında alınan “koruma tedbirleri” bakımından mümkün kılınmıştır. Bu yollarla tanıma veya tanınmamanın gerçekleştirilebilmesi için, adli veya idari makamlar tarafından alınmış bir kararın bulunması gerekmektedir. Bu itibarla, 16. madde uyarınca, çocuğun mutad meskeni hukukuna göre adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereği tesis edilmiş velayet sorumluluğunun bir başka akit devlette tanınmasına veya tanınmamasına ilişkin olarak 24. madde kapsamında bir talepte bulunulamayacaktır. Diğer taraftan, 16. madde uyarınca çocuğun mutad mesken hukukuna göre kanun gereği velayet sorumluluğunun, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde akıbeti zaten m. 16/3-4 ile düzenlendiğinden, m. 24’ün uygulanması çelişki yaratacaktır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 129, s. 587; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 109.

devletinin yetkili makamlarından talep edebilecektir¹⁸⁷.

24. maddede imkân tanınan bu “tanımama talebi”nde, akit devletlerin yetkili makamlarınca, tanımamanın reddi sebeplerinin inceleneceği ve red sebeplerinden birinin varlığının tespit edilmesi durumunda bir tanımama kararı verileceği işin mahiyetinden anlaşılmaktadır. Koruma tedbirinin “tanınmaması talebi” için akit devletlerde yürütülecek prosedürün ise, akit devletlerin iç hukuklarındaki usul kurallarına tabi olacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla, Sözleşme kapsamında bir “tanımama talebi”nde başvurulacak makamın neresi olacağı ve red sebeplerinin incelenmesi ile tanımama kararının verilmesinde izlenecek usul her bir akit devletin iç hukukuna göre belirlenecektir.

Tanımama talebi için izlenecek prosedür konusunda, Sözleşme’nin Açıklama Raporu’nda *Lagarde*, bir “tanımama veya tanımamanın reddi davası”ndan bahsetmektedir¹⁸⁸. Ancak Sözleşme hükmünde, tanımamanın reddi sebeplerinin varlığının mutlaka bir dava yolu ile ileri sürülmesi gerektiğine ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Diğer taraftan, Sözleşme’nin 24. maddesinin etkin bir biçimde uygulanabilmesinin sağlanması için, akit devletlerin, tanımamanın reddi sebeplerinin ileri sürülmesi ve tanımama kararının alınması bakımından hangi makamlarının yetkili olduğunu ve nasıl bir usul izleneceğini açıkça belirlemeleri gerektiği ve bu konuda Sözleşme’ye bir hüküm konması gerektiğinin tartışıldığı ifade edilmektedir¹⁸⁹. Nitekim, 1996 tarihli Sözleşme ile aynı konuları düzenleyen Brüksel Ila Tüzüğü’nün yabancı mahkeme kararlarının “tanınması”na ilişkin 21. maddesinde, Sözleşme’deki gibi, hukuki menfaati bulunan herkese, üye devlet mahkemelerinden verilmiş bir kararın “tanınmasını ve tanınmamasını” talep etme imkânı getirilmiştir. Bununla birlikte, Sözleşme’den farklı olarak, Brüksel Ila 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 Ila Tüzüğü m. 21/3).

c. Talep Üzerine Tanıma Usulü. Sözleşme’de koruma tedbirlerinin diğer akit devletlerce “kanun gereğince” tanınması esas olmakla birlikte; Sözleşme, koruma tedbirinin tanınmasını isteyen kişinin talebi ile tanıma yolunu kapatmamıştır. Sözleşme’nin 24. maddesinde, hukuki menfaati bulunan herkesin, akit devletlerin yetkili makamlarından alınan koruma tedbirlerinin

¹⁸⁷ Örnekler için bkz. *Explanatory Report*, paragraf 129, s. 587.

¹⁸⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 129-130, s. 587.

¹⁸⁹ Bu kapsamda, akit devletlerin Sözleşme ile ihdas ettikleri Merkezi Makamların veya yetkili kılacakları kamu makamlarının, tanımama taleplerini almak ve ilgili makama iletmek konusunda akit devletlerce yetkilendirilebilecekleri de ifade edilmektedir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 109, 209.

“tanınmasına” karar verilmesini talep ederek tanımayı sağlayabileceği düzenlenmiştir.

Sözleşme uyarınca koruma tedbirleri diğer tüm akit devletlerde herhangi bir talep veya başvuru gerekmeksizin kanun gereğince tanınacağından, koruma tedbirinin talep üzerine tanınması usulüne ihtiyaç kalmayacağı düşünülebilir. Ancak bir koruma tedbiri kararının, diğer bir akit devlette Sözleşme uyarınca kanun gereğince tanınıp tanınmayacağı ile ilgili tereddütlerin yaşandığı durumlarda kararın ileride tanınacağından önceden emin olmak için talep ile tanıma yöntemine ihtiyaç olacaktır¹⁹⁰.

Talep ile tanıma usulü, özellikle çocuğun mutad meskeninin bir başka akit devlet ülkesine taşınacağı durumlarda, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveynin, çocuk diğer akit devlete taşınmadan bu hakkına hanel gelmeyeceğini temin edebilmesi adına önemli bir araç olarak görülmektedir. Zira çocuğun taşınacağı akit devletteki yetkili makamlara başvurarak, çocuk ile kişisel ilişki kurmaya yönelik koruma tedbirinin “tanınması kararı”ni alan ebeveyn; çocuk taşındıktan sonra koruma tedbirinin gerekleri yerine getirilmediği takdirde o akit devlette tenfiz edilerek icra edileceği güvencesini de almış olacaktır. Koruma tedbirinin “tanınması talebi”nin olumsuz sonuçlanması halinde ise, çocuğun o akit devlet ülkesine taşınmasına muvafakat etmeyebilecektir¹⁹¹.

Bunun yanı sıra, 24. maddede öngörülen “tanıma talebi” ile tanımanın sağlanması, uluslararası çocuk kaçırma vakalarını önlemek adına da önemli bir araçtır. Örneğin; çocuğun velayetinin babanın yazılı muvafakati olmaksızın çocuğun mutad meskeninin değiştirilmemesi şartıyla anneye bırakılmasına ilişkin (A) devletince alınan bir koruma tedbiri kararını baba, çocuğun mutad meskeninin (B) devletine taşınmasına muvafakat etmeden önce (B) devletindeki yetkili makamlara başvurarak alacağı bir “tanıma kararı” ile tanıtmak suretiyle, çocuğun yazılı izni olmaksızın (B) devletinden (C) devletine götürülmesini önceden engellemiş olacaktır¹⁹².

24. madde uyarınca “tanıma talebi”nde, akit devletlerin yetkili makamlarınca, tanımanın reddi sebepleri incelenecek ve red sebeplerinin bulunmadığının tespit edilmesi durumunda bir tanıma kararı verilecektir. Koruma tedbirinin “tanınmaması talebi”nde olduğu gibi; “tanınması talebi” için akit devletlerde yürütülecek prosedür akit devletlerin iç hukuklarındaki usul kurallarına tabi olacaktır. Bu itibarla, Sözleşme kapsamında bir “tanıma talebi”nde başvurulacak makamın neresi olacağı ve red sebeplerinin incelenmesi ile “tanıma kararı”nın

¹⁹⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 129, s. 587; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 108.

¹⁹¹ *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, Example 10 (I), s. 109.

¹⁹² Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 129, s. 587.

verilmesinde izlenecek usul her bir akit devletin iç hukukuna göre belirlenecektir¹⁹³.

Böylelikle, Sözleşme'nin 24. madde hükmü ile, koruma tedbirinin “tanınması” veya “tanınmaması”nda hukuki menfaati bulunan kişiler, koruma tedbirinin diğer bir akit devlette gündeme gelmesini beklemek durumunda kalmadan, tanınma veya tanınmama konusundaki menfaatlerini koruma imkânına sahip olmaktadır.

2. Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlerin Tenfizi ve İcrası

Yukarıda “kanun gereği” tanıma usulüne ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere Sözleşme'nin 23. maddesi uyarınca kendiliğinden “kanun gereği” tanımanın koruma tedbiri kararının tüm hüküm ve sonuçlarını diğer bir akit devlette doğurması bakımından yeterli olabilmesi için, o koruma tedbirinin gereklerinin diğer akit devlette gönüllü olarak yerine getirilmesi veya koruma tedbirine karşı herhangi bir itirazın bulunmaması gerekir. Akit bir devletin makamları tarafından alınmış bir koruma tedbiri kararının gerekleri diğer bir akit devlette yerine getirilmiyorsa ve koruma tedbirinin gereklerinin yerine getirilmesi için diğer akit devletin icra makamlarının harekete geçmesi gerekiyorsa, bu durumda tenfiz prosedürüne başvurulması gerekecektir¹⁹⁴. Örneğin; çocuğun teslimine veya çocuğun bir malının satışına ilişkin zorlayıcı koruma tedbiri kararları diğer tüm akit devletlerde kendiliğinden tanınacaktır. Ancak bu kararların gerekleri yerine getirilmiyorsa, icra makamlarının harekete geçmesini gerektiren kararlar olmaları hasebiyle, kararın diğer bir akit devlette icrası için o akit devlette tenfiz prosedürüne başvurulması gerekmektedir¹⁹⁵.

Sözleşme'nin 26. maddesi ile getirilen "tenfiz usulü"ne göre; akit devlet makamları tarafından alınan ve o devlette icra edilebilir olan koruma tedbiri kararlarının, bir başka akit devlet ülkesinde icra edilebilmesi için, hukuki menfaati bulunan tarafın talebi üzerine, icranın talep edildiği akit devletin hukukunda öngörülen usule uygun olarak tenfiz edilmesi gerekmektedir. Tenfiz, icranın talep edildiği akit devletin iç hukukunda öngörülen usule göre, bir "tenfiz kararı" yahut "icraya yönelik tescil"le gerçekleştirilebilecektir. Ancak akit devletlerin hukukunda öngörülen tenfiz usulü hangisi olursa olsun, "basit ve hızlı" bir prosedür uygulanacaktır (m. 23/2). Koruma kararının tenfizi, ancak 23. maddenin 2. fıkrasında yer alan, tanımanın reddi sebeplerinden birinin varlığı halinde reddedilebilecektir

¹⁹³ Tanınmama talebinin usulüne ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız, Sözleşme'nin 24. maddesi kapsamındaki “tanınma talebi” bakımından da geçerli olacaktır.

¹⁹⁴ *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 110.

¹⁹⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 132, s. 589.

(m. 26/3). 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 verilebilecektir¹⁹⁶. Ayrıca, "esasa girme yasağı"na ilişkin 27. madde hükmü, koruma tedbirlerinin tenfizi usulü bakımından da geçerlidir¹⁹⁷.

Tenfizine karar verilen koruma tedbirleri, Sözleşme'nin 28. maddesi uyarınca, icranın talep edildiği akit devlet makamları tarafından alınmış kararlar gibi icra edilecektir. Koruma tedbirlerinin icrası, çocuğun üstün menfaatleri dikkate alınarak, icranın talep edildiği devletin hukukuna göre ve bu hukukun müsaade ettiği ölçüde gerçekleştirilecektir. Tenfiz edilen koruma tedbirlerinin icranın talep edildiği devletin hukukunun "müsaade ettiği ölçüde gerçekleştirileceği" ifadesi ile kast edilen; akit devletlerin iç hukuklarında kararların icrasına ilişkin hükümlere riayet edileceğidir. Örneğin; belirli bir derecede olgunluğa erişmiş bir çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarınca kendisine vasi olarak atanan kişiyle yaşamayı şiddetle reddetmesi halinde söz konusu koruma tedbiri kararının icra edileceği akit devletin iç hukukuna göre bu kararın icrası mümkün değilse, tenfiz devleti bu kararın icrasını gerçekleştirilmeme hakkına sahip olacaktır¹⁹⁸. Benzer şekilde; çocuğun velayet sorumluluğunun sosyal hizmetler kurumunun denetimi şartıyla ebeveynlerine bırakıldığı bir koruma tedbiri kararı, çocuğun ailesiyle yeni taşındığı akit devlette ancak o akit devletin iç hukukuna göre sosyal hizmetler makamlarına böyle bir yetki verilebilir ise icra edilebilecektir. Aksi takdirde, eski mutad mesken makamlarının aldığı koruma tedbiri kararının yeni mutad mesken makamlarınca alınacak yeni bir koruma tedbiri kararı ile değiştirilmesi gerekecektir¹⁹⁹.

B. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kurallarının Türk Hukukuna Etkisi

1996 tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle birlikte, Sözleşme'nin konu itibarıyla uygulama alanına giren çocuğa yönelik koruma tedbirlerine ilişkin olarak diğer akit devlet makamlarınca verilen kararların Türk hukukunda

¹⁹⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 121, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 104.

¹⁹⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 133, s. 589; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 110.

¹⁹⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 134, s. 589; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 110.

¹⁹⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 135, s. 589.

“tanınması”, “tenfizi” ve “icrası” Sözleşme’de düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümlerine göre gerçekleştirilecektir. Bununla birlikte; Sözleşme’nin uygulama alanı bulmadığı hallerde, akit devlet makamları tarafından alınmış koruma tedbiri kararlarının başka bir akit devlette tanınması veya tenfizi, Sözleşme uygulanmayacağı için, tanıma veya tenfizin talep edildiği devletin iç hukukuna göre gerçekleştirilecektir. Bu nedenle; örneğin, çocuğun mutad meskeninin akit olmayan bir devlette bulunması halinde bir akit devlet makamı yetkisini kendi iç hukukuna göre tesis ederek bir koruma tedbiri kararı almışsa, bu kararın Türk hukukunda tanınması veya tenfizi, Sözleşme uygulanmayacağı için, MÖHUK’ta yer alan tanıma ve tenfiz kurallarına göre gerçekleştirilecektir²⁰⁰.

Bunun yanı sıra, önemle belirtmek gerekir ki; Sözleşme’nin uygulama alanı bulduğu durumlarda; Sözleşme’deki yetki kurallarına göre yetki tesis edilerek akit devlet makamlarınca verilen koruma tedbiri kararları Sözleşme uyarınca diğer tüm akit devletlerde “kanun gereği” kendiliğinden tanınacakken; Sözleşme’deki yetki kuralları dışında iç hukuk kurallarına göre yetki tesis edilerek alınan koruma tedbirleri kararları bakımından, diğer akit devletlerin “kanun gereği” tanıma yükümlülüğü bulunmayacağı gibi, m. 23/2(a) uyarınca tanıma ve tenfiz talepleri reddedilebilecektir.

Sözleşme’nin uygulandığı durumlarda, Sözleşme’de düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümlerinin Türk hukukuna etkisi kapsamında *ilk olarak* incelenmesi gereken en önemli konu şüphesiz, Sözleşme’de öngörülen ve Türk hukuk doktrininde “*doğrudan tanıma*” olarak ifade edilen “kanun gereği” tanıma usulüdür²⁰¹. Türk hukukunda MÖHUK m. 50 ve 58 uyarınca, yabancı mahkeme ilamlarının kesin delil veya kesin hüküm etkisinin kabulü, Türk mahkemelerince yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığına tespitine yani bir tanıma veya tenfiz kararı verilmesine bağlanmıştır. Tanıma kararı, bağımsız bir tanıma davası neticesinde verilebileceği gibi, görülmekte olan bir davada da yabancı bir mahkeme kararının tanınmasına hükmedilebilir. Tenfiz kararının ise, bir tenfiz davası ile sağlanabileceği kabul edilmiştir²⁰².

²⁰⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 122, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 104.

²⁰¹ "Doğrudan tanıma" usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 127 vd.

²⁰² Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi usulü hakkında bkz. NÖMER, s. 514 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 685, 757-759; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 563 vd.; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 37 vd.; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 126-133; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 73 vd. Tanımanın aslında dava niteliği taşımayan kendine özgü sonuçları olan bir tespit işlemi olduğu, bu itibarla Türk hukukunda bir dava olarak nitelendirilmemesi gerektiği ve temel özelliklerini taşıdığı görülen çekişmesiz yargı faaliyeti kapsamında bir değerlendirme yapılarak, tanıma kararının kendine özgü farklılıklarını dikkate alan yeni bir düzenleme yapılması gerektiği yönünde görüş ve Türk hukukunda tanımanın hukuki niteliğine ve tanıma usulüne ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz. Fügen SARGIN/Rifat ERTEN, *MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanımanın Hukuki Niteliği, Usulü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği”*, UTDER, 2014/2, s. 39-136.

Bununla birlikte, Türk hukukunda, MÖHUK m. 1/2 uyarınca milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulduğundan, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ile öngörülen “doğrudan tanıma” ve “doğrudan tenfiz” usulleri de kabul edilmektedir. Nitekim hâlihazırda Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili ve çok taraflı anlaşmalarda “doğrudan tanıma” veya “doğrudan tenfize” ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu itibarla, Türk hukukunda, milletlerarası sözleşmelerde kabul edilen ve sözleşmenin uygulama alanına giren hallerde, yabancı kararların, Türkiye’de tanıma veya tenfiz kararı verilmeksizin kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkündür²⁰³.

Bu kapsamda, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme'nin konu itibariyle uygulama alanına giren çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik yabancı kararlar da Türk hukukunda milletlerarası sözleşme aracılığı ile doğrudan tanıma usulünün uygulanacağı alanlardan birisi olmuştur. Buna göre; Sözleşme'nin uygulama alanı bulduğu hallerde, akit devletlerin adli veya idari makamları tarafından verilen; velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuğun mallarının idaresi, çocuğun vesayet altına alınması gibi çocuğun şahıs ve malvarlığının korunması hakkındaki tüm kararlar herhangi bir tanıma veya tenfiz başvurusuna gerek olmaksızın Türk hukukunda kendiliğinden kanun gereği tanınacak ve tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Bunun yanı sıra ayrıca Sözleşme’de akit devlet makamlarınca verilen koruma tedbiri kararlarının “doğrudan tanınması”nda, hükmün niteliğine göre yani bir eda kararı veya inşai veya tespit kararı olup olmamasına göre Türk hukukundaki gibi bir ayırım yapılmadığından; Türk hukukunda eda kararı niteliğinde görülerek hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından tenfize tabi tutulması gerektiği genel olarak kabul edilen²⁰⁴ örneğin; velayetin tevdi, çocukla kişisel ilişki kurulması gibi kararlar da Sözleşme uyarınca herhangi bir tenfiz prosedürüne gerek olmaksızın Türk hukukunda kesin hüküm etkisini doğuracaktır.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, 1996 tarihli Sözleşme “doğrudan tanıma” usulünü

²⁰³ "Doğrudan tanıma" veya "doğrudan tenfiz" usullerinin kabul edildiği Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı anlaşmalar için bkz. EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 2-3, 353-476; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 137 vd.; İbrahim Doğan TAKAVUT, *Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Kapsamında Çocuklara İlişkin Verilen Adli ve İdari Kararların Doğrudan Tanınması*, Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, Ed. Günseli Öztekin-Gelgel, Faruk Kerem Giray, Beta, İstanbul 2017, s. 205-220.

²⁰⁴ Bkz. NOMER, 515-516. Türk hukukunda tenfize tabi olması gereken bir yabancı karar hakkında tanıma talep edilmesinin ancak hukuki bir menfaatin bulunduğu hallerde mümkün olduğu yönünde bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 682-683; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 484-485; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 4-5. Ayrıca icrai bir işleme gerek bulunmayan durumlarda tenfiz kararının alınmasının zorunlu olmadığı yönünde bkz. Rifat ERTEN, *Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?*, MHB, 2005-2006/1-2, Prof. Dr. Aslan Gündüz'e Armağan, s. 195-212.

benimsemiş olmakla birlikte; Sözleşme’de “doğrudan tenfiz” usulü kabul edilmemiştir. Sözleşme uyarınca, akit bir devlet makamı tarafından alınan koruma tedbirinin gereklerinin yerine getirilmesi için diğer akit devletteki icra organlarının harekete geçirilmesi gerekiyor ise bu durumda kararın icra edileceği akit devlet makamlarına başvurularak tenfiz kararı alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ancak tekrar etmek gerekir ki; Sözleşme icra edilebilir nitelikteki koruma tedbiri kararlarını tenfize tabi tutmamış; sadece kararın gerekleri doğrudan tanımaya rağmen yerine getirilmiyorsa o akit devletin icra organlarının harekete geçirilebilmesi için tenfiz prosedürünü zorunlu kılmıştır. Tenfiz usulünü ise Sözleşme, tenfizin talep edildiği akit devletlerin iç hukuk kurallarına bırakmıştır. Bu itibarla; Sözleşme kapsamında akit bir devlet makamı tarafından alınan koruma tedbiri kararlarının Türkiye’de icra organları vasıtasıyla icra edilebilmesi için, Türk hukukunda MÖHUK m. 50 vd.’da öngörülen tenfiz usulüne göre Türk mahkemelerinde bir tenfiz davası açılması ve tenfiz kararı alınması gerekecektir. Ancak Sözleşme’nin uygulama alanına giren akit devletlerden alınan koruma tedbiri kararlarının tenfizi için açılacak bu tenfiz davalarında, Sözleşme’de yer alan tenfiz (tanıma) şartları çerçevesinde bir inceleme yapılacaktır.

Sözleşme’de düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümlerinin Türk hukukuna etkisi kapsamında *ikinci olarak* ele alınması gereken konu; “doğrudan tanıma” usulü yanında, “talep” ile “tanıma veya tanımama kararı” alınmasına ilişkin Sözleşme’nin 24. maddesinde yer alan düzenlemenin Türk hukukuna etkisidir. Sözleşme’nin 24. maddesinde, hukuki menfaati bulunan herkesin, akit devlet makamlarından alınan bir koruma tedbiri kararının “tanınması” veya “tanınmaması”nı diğer akit devletlerin yetkili makamlarından talep edebileceği ve bir “tanıma” veya “tanımama” kararı alınabileceği düzenlenmiş; ancak talep ile tanıma veya tanımama kararı alınması usulü akit devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere; 1996 tarihli Sözleşme’den sonra hazırlanan ve AB üyesi devletler arasında yürürlüğe giren, doğrudan tanıma usulünü kabul eden Brüksel Ila Tüzüğü’nün 21. maddesinde, talep ile tanıma ve tanımama kararları bakımından tenfiz usulü benimsenmiş ve mahkemeler aracılığı ile bu kararların verileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Sözleşme’de ise bu konunun doğrudan akit devletlerin iç hukukuna bırakılmış olması Sözleşme’nin 24. maddesinin akit devletlerde etkin bir şekilde uygulanması bakımından önemli bir eksiklik. Sözleşme’ye taraf olan AB üyesi devletler bakımından Brüksel Ila Tüzüğü’nde öngörülen bu düzenlemeden yararlanma imkânı mevcut olduğundan bu devletler bakımından bu eksiklik çok önem arz etmese de²⁰⁵, Türkiye gibi AB üyesi olmayan ve iç hukukunda yabancı kararlar

²⁰⁵ Ayrıca Sözleşme m. 52/3 uyarınca, Sözleşme’ye taraf AB üyesi devletler arasında Brüksel Ila Tüzüğü’nün

bakımından özellikle “tanımama talepleri”ne ilişkin bir düzenleme bulunmayan taraf devletler bakımından oldukça önem arz etmektedir.

Sözleşme’nin 24. maddesinde öngörülen, “talep ile tanıma usulü” hakkında MÖHUK m. 58 uyarınca Türk hukukunda kabul edilen tanıma usulü uygulanacaktır²⁰⁶. Buna göre; koruma tedbirinin tanınmasında hukuki menfaati bulunan herkes, tanıma kararını, Türk mahkemelerinde bağımsız bir tanıma davası açarak veya devam eden bir yargılama sırasında talep ederek alabilecektir. Sözleşme’nin uygulama alanına giren akit devletlerden alınan koruma tedbiri kararlarının tanınmasına ilişkin bu yargılamalarda, Sözleşme’de yer alan tanıma şartları çerçevesinde bir inceleme yapılacaktır.

“Talep ile tanımama usulü” bakımından ise, Türk hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde *Sakmar’a* göre, MÖHUK’ta açık olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, yabancı ilamlar bakımından MÖHUK’taki tanıma şartlarının var olmadığının tespitine ilişkin menfi tespit davası niteliğinde “tanımama (tanımanın reddi) davası” yoluna gidilmesi mümkün olmalıdır. Zira *Sakmar’a* göre, yabancı bir ilamla şahsi halinde değişiklik yapılan bir kişinin, bu ilamın Türkiye’de tanınıp tanınmayacağını tespit ettirmekte açık bir hukuki menfaati olacağı kuşkusuzdur²⁰⁷. Ayrıca doktrinde, bu konuda yasal bir düzenleme bulunmamasının tanımama (tanımanın reddi) davası açmaya engel teşkil etmediği ve davacının hukuki menfaatinin bulunduğunu ispat etmesi halinde Türk hukukunda da tanımama (tanımanın reddi) davası açılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Özellikle 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi gibi, tanımanın reddi sebepleri getirilerek doğrudan tanıma usulünün kabul edildiği milletlerarası sözleşmelerin Türk hukukunda uygulanmasında, tanımama (tanımanın reddi) davası açılması bakımından ilgililerin hukuki menfaatinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Aksi takdirde, kararın tanınmamasında hukuki menfaati bulunan kişilerin doğrudan tanımanın reddi sebeplerini ileri sürmek ve yabancı kararın Türkiye’de kendiliğinden hüküm doğurmasını engelleyebilmesi ancak bu koruma tedbiri kararının Türk mahkemelerinde bir dava konusu yapılması halinde mümkün olabilecektir²⁰⁸.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin Türkiye’de yürürlüğe girmesi ile birlikte 24. maddesi

uygulama alanına giren konularda Tüzük hükümleri uygulanacaktır.

²⁰⁶ Türk hukukunda MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanımda izlenecek usule ilişkin uygulama alanı bulabilecek tenfiz kurallarının tespiti ve yorumu için bkz. SARGIN/ERTEN, s. 70-112.

²⁰⁷ Atâ SAKMAR, *Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 180 vd.; Atâ SAKMAR, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, İstanbul 1976, s. 247.

²⁰⁸ ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 103-104.

uyarınca artık Türk hukukunda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren yabancı akit devlet makamlarından alınmış koruma tedbiri kararları bakımından “tanımama talepleri” açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu talepler için Türkiye’de başvurulacak makam ve izlenecek usul bakımından ise; kanaatimizce, Türk hukukunda tanıma kararlarının verilmesinde izlenen usulün kabulü Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler çerçevesinde en uygun çözüm olacaktır²⁰⁹. Buna göre; Sözleşme uyarınca “tanımama kararları”nın, Türk mahkemelerince ve tanıma taleplerine ilişkin yargılamalarda izlenen usule göre verilmesi gerekecektir. Zira tanımama talebini alan yetkili makam, Sözleşme’de yer alan tanımamanın reddi sebeplerinin varlığını inceleyecektir. Kamu düzenine aykırılık, savunma haklarına riayet edilip edilmediği, koruma tedbiri kararını veren akit devlet makamlarının Sözleşme kapsamında yetkili olup olmadığı gibi red sebeplerinin idari makamlarca incelenmesi ve takdir edilmesi yerinde olmayacaktır²¹⁰. Tanımama talepleri bakımından yetkili ve görevli Türk mahkemeleri de yine tanıma talepleri bakımından Türk hukukunda kabul edilen kurallara göre belirlenecektir²¹¹. Sözleşme kapsamında Türk mahkemelerinde görüleceğini kabul ettiğimiz “tanımama (tanımamanın reddi) davaları”nda, tanıma davalarındaki gibi, tanımamanın reddi sebeplerinin varlığına ilişkin bir inceleme yapılacağından izlenecek usul tanıma davalarında izlenen usulle aynı olacaktır. Tanımama talebi üzerine yapılacak yargılama sonucunda verilecek “tanımama kararı” kesin hüküm teşkil edeceğinden, söz konusu yabancı koruma tedbiri kararının tanınması veya tenfizinin talep edilmesi imkânı ortadan kalkacaktır. Tanımama talebinin reddi halinde ise, talebe konu koruma tedbiri kararı Türk hukukunda doğrudan kesin hüküm etkisini doğurmaya devam edecek ve aynı sebebe istinaden yeni bir tanımama talebinde bulunmaya engel teşkil edecektir²¹².

Sözleşme'nin tanıma ve tenfiz hükümlerinin Türk hukukuna etkisi kapsamında *üçüncü olarak* üzerinde durulması gereken husus; Sözleşme uyarınca koruma tedbiri kararlarını akit devletlerin adli makamlarının yanı sıra idari makamlarının da alabileceği öngörüldüğünden, yabancı idari makamlarca verilen koruma tedbiri kararları da tanınıp tenfiz edilebilecektir. Türk hukukunda ise, yabancı kararların tanınması ve tenfizini düzenleyen MÖHUK m. 50 ve 58 hükümleri uyarınca, kural olarak, sadece yabancı mahkemelerden alınan ilamların tanınması ve tenfizi mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte; Türkiye'nin taraf olduğu bazı

²⁰⁹ Aynı yönde bkz. ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 130-137.

²¹⁰ Sözleşme'nin 24. maddesi uyarınca tanıma ve tanımama taleplerini Merkezi Makamın alıp kararı vermeye yetkili akit devlet makamına iletebileceği yönünde bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 109, 209.

²¹¹ Tanıma davalarında görev ve yetkiye ilişkin olarak bkz. SARGIN/ERTEN, s. 88-98; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 699-707.

²¹² Bkz. ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 136.

milletlerarası sözleşmelerde hâlihazırda yabancı idari makamlar tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizi kabul edilmekte ve bu milletlerarası sözleşmeler kapsamında verilen yabancı idari makam kararları Türk mahkemelerince tanınıp tenfiz edilebilmektedir²¹³. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile, Türk hukukunda sadece yabancı mahkemeler tarafından alınan ilamların tanınıp tenfiz edilebileceği kuralına bir istisna daha getirilmiş olmakta ve Sözleşme kapsamında akit devletlerin idari makamları tarafından verilen, velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuk mallarının korunması gibi çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meseleler ile ilgili koruma tedbiri kararlarının Türk hukukunda tanınması ve tenfizi kabul edilmiş olmaktadır.

Dördüncü olarak, Sözleşme uyarınca geçici nitelikteki koruma tedbiri kararlarının da tanınması ve tenfizinin mümkün kılınmış olmasını Türk hukuku bakımından değerlendirmek gerekmektedir. Türk hukukunda MÖHUK m. 50 uyarınca kural olarak, yabancı ilamların tanınması ve tenfizi kabul edildiğinde, mahkeme tarafından verilmiş olsa dahi, ilam niteliğini taşımayan “tedbir niteliğindeki geçici kararlar”ın tanınması ve tenfizi mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte, yabancı idari makamlar tarafından verilen kararların

²¹³ Nitekim Türk hukukunda, 1961 tarihli Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi, 1980 tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırımların Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi kapsamında velayet sorumluluğuna ilişkin idari makamlarca alınan kararların Türk mahkemelerince tanınması ve tenfizi kabul edilmiştir. Bu Sözleşmelerde kabul edilen tanıma ve tenfiz usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Günseli ÖZTEKİN-GELGEL, *Yabancı Unsurlu Velayet Kararları, Çocuk Kaçırma, Evlat Edinme, Tanıma ve Tenfiz*, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, Ed. Şükran Şıpka, Ebru Şensöz, Ayşe Nilay Şenol, Arif Barış Özbilen, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 89-122; Yücel SAYMAN, *Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor*, MHB, 1996/1-2, s. 129-138; Feriha Bilge TANRIBİLİR, *Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi*, MHB, 1996/1-2, s. 83-92; HUYSAL, s. 187-235; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 148-154; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 353-362, 384-393; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 167-307; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 172-237. Ayrıca Türk hukukunda, 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi uyarınca idari makamlardan verilen evlat edinme kararları, 1967 tarihli Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Kişi Halleri Komisyonu Sözleşmesi (RG. 14.09.1975-15356) uyarınca idari makamlardan verilen evlilik bağına sona erdiren kararlar ve 1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Sözleşmesi (RG. 11.01.1973-14418), 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Sözleşmesi (RG. 16.02.1983-17961) ve 2007 tarihli Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin Lahey Sözleşmesi (RG. 22.05.2016-29719) uyarınca yabancı idari makamlardan verilen nafaka kararlarının da Türk mahkemelerince tanınması ve tenfizi mümkündür. Bu sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 374-384, 393-398; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 67-71; 88-103, 144-146; Gonca Gülfem BOZDAĞ, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Yetkin, Ankara 2015, s. 178-193; Mesut AYGÜN, *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Yetkin 2017. Buna karşılık, Türk mahkemelerinde, Türk hukukunda nafaka alacağının sadece mahkeme kararı ile alınabileceği gerekçesiyle, yabancı idari makamlar tarafından verilen nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerinin 1973 tarihli Lahey Nafaka Sözleşmesi'nin 5. maddesindeki kamu düzenine aykırılıktan reddedildiği ve bu uygulamanın diğer akit devletlerden tepki aldığı yönünde bkz. Mustafa ÖZOĞUL, *2007 tarihli Lahey Nafaka Sözleşmesi*, Uluslararası Hukuk Bülteni, 2016/8, s. 38.

tanınması ve tenfizinde olduğu gibi, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde “geçici nitelikteki kararlar”ın tanınması ve tenfizi mümkün kılınmışsa, Türk mahkemelerince söz konusu milletlerarası sözleşme kapsamında tanıma ve tenfiz kararları verilmektedir²¹⁴. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile, Türk hukukunda ilam niteliğini taşımayan tedbir niteliğindeki geçici kararların tanınması ve tenfizinin mümkün olmadığı kuralına bir istisna daha getirilmiş olmakta ve Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca yetki tesis eden akit devlet makamlarınca verilen çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin geçici tedbir niteliğindeki koruma tedbiri kararlarının Türk hukukunda tanınması ve tenfizi kabul edilmiş olmaktadır.

1996 tarihli Sözleşme'nin tanıma ve tenfiz hükümlerinin Türk hukukuna etkisi kapsamında *son* olarak; 1996 tarihli Sözleşme ile Türkiye'nin 1999'dan beri taraf olduğu 1980 tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan tanıma ve tenfiz hükümleri arasında kısa bir değerlendirme yapılması yararlı olacaktır. 1996 tarihli Sözleşme'nin 52. maddesinin 1. fıkrasında, 1996 tarihli Sözleşme'nin, akit devletlerin, Sözleşme ile aynı veya benzer konularda taraf oldukları diğer milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasına hanel getirmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne akit olan devletler tarafından verilen velayet kararlarının Türk mahkemelerinde tanınması ve tenfizinde 1980 tarihli Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına devam edilebilecektir. Ancak bu iki Sözleşme karşılaştırıldığında; 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin gerek konu gerekse kişi bakımından uygulama alanının, 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne nazaran daha geniş olduğu görülmektedir. Zira 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi; konu itibarıyla sadece velayet, kişisel ilişki kurma, haksız olarak yeri değiştirilmiş veya alıkonmuş çocukların iadesi ile velayetin yeniden tesisine ilişkin meseleleri kapsamına almakta ve sadece 16 yaşından küçük çocuklar hakkında uygulama alanı bulabilmektedir²¹⁵. Ayrıca, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde öngörülen tanıma ve tenfiz hükümleri, 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan tanıma ve tenfiz düzenlemelerine nazaran, tatbik edilmesi çok daha kolay ve anlaşılır bir sistem öngörmektedir. Zira 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi, çocuğun durumuna, yani

²¹⁴ 1956 ve 1973 tarihli nafaka kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen Lahey sözleşmelerinde geçici tedbir niteliğindeki nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine imkân tanınmakta ve bu itibarla söz konusu sözleşmeler kapsamında alınan geçici tedbir niteliğindeki nafaka kararları tanıma ve tenfiz edilmektedir. Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 688-689; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 552; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 375, 379-380; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 91, 98.

²¹⁵ Bkz. ÖZTEKİN-GELGEL, *Çocuk Hukuku*, s. 77; SAYMAN, s. 129-130; TANRIBİLİR, s. 83-85; HUYSAL, s. 190-192; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 148-149; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 362-363; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 180-181; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 223-224.

haksız bir şekilde yerinin değiştirilmiş olup olmadığına ve çocuğun yerinin değiştirilmesinden itibaren Sözleşme ile ihdas edilen Merkezi Makamlara 6 ay içinde başvurunun yapıp yapılmadığına göre, üç ayrı tanıma-tenfiz yöntemi öngörmekte ve bu üç yöntem de farklı tanıma ve tenfiz şartlarına tabi tutulmaktadır²¹⁶. Nitekim, 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi ile öngörülen tanıma ve tenfiz düzenlemelerinin bu şekilde karmaşık bir yapıya sahip olması doktrinde eleştirilmekte ve bu durumun Sözleşme'nin milletlerarası alanda yaygınlığını azalttığı ve kendisinden beklenen sonucu vermede yetersiz kaldığı değerlendirilmektedir²¹⁷. Bu itibarla, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin çocuğun durumunu veya konumunu dikkate almaksızın, akit devletlerce Sözleşme kapsamında verilmiş her türden koruma tedbiri kararının tanınması ve tenfizi için tek bir yöntem belirlemiş olması, 1996 tarihli Sözleşme'nin Türk hukuk tatbikatında daha rahat ve kolay uygulanacağı ve bu anlamda Sözleşme'nin Türk hukukuna olumlu bir katkı sağlayacağını söylemek mümkündür.

Sonuç

Türkiye bakımından 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe giren ve aynı alanda Türkiye'nin daha önce taraf olduğu 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçen 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi'ni yukarıdaki açıklamalarımız ışığında değerlendirdiğimizde, ilk göze çarpan husus, Sözleşme'nin uygulama alanının ve kapsamına aldığı milletlerarası özel hukuk meselelerinin genişliğidir. Sözleşme, yabancılık unsuru içeren velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tüm meselelerde akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisine, uygulanacak hukuka ve diğer akit devletlerden verilen kararların tanınması ve tenfizine ilişkin ayrıntılı hükümler getirmiştir. Bu itibarla, Sözleşme, milletlerarası özel hukukta velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahsının ve mallarının korunmasına ilişkin tüm meseleleri tek bir çatı altında toplayan ve 5718 sayılı MÖHUK'ta aynı konulara ilişkin olarak düzenlenmiş hükümlere neredeyse hiç ihtiyaç bırakmayacak bağımsız ve kompakt bir hukuki rejim öngörmektedir.

1996 tarihli Sözleşme'nin, velayet sorumluluğu ve çocuğun korunması meselelerinin

²¹⁶ 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde öngörülen tanıma ve tenfiz hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTEKİN-GELGEL, *Çocuk Hukuku*, s. 79-83; SAYMAN, s. 130-137; TANRIBİLİR, s. 85-90; HUYSAL, s. 187-235; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 148-154; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 364-366; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 185-192; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 225-233; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 555-556; PARTALCI, s. 96-107.

²¹⁷ GİRAY, s. 247; GELGEL, *Çocuk Hukuku*, s. 83; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 555.

milletlerarası özel hukuk boyutuna ilişkin olarak getirdiği bu kompakt hukuki rejimin en önemli unsuru ise “milletlerarası yetki” hükümleridir. Zira Sözleşme’nin uygulanacak hukuka ve tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerinin uygulanabilirliği, büyük oranda, akit devletlerin Sözleşme’de yer alan milletlerarası yetki hükümlerine göre yetki tesis etmelerine bağlanmıştır. Sözleşme’nin 15. maddesi uyarınca koruma tedbirlerine uygulanacak hukukun yetkili akit devlet makamının kendi iç hukuku olarak öngörülmüş olması ve Sözleşme’nin 23. maddesinin (a) bendinde, Sözleşmede düzenlenen yetki kurallarına göre yetkisini tesis etmemiş akit devlet makamları tarafından verilen koruma tedbiri kararlarının tanınması ve tenfizinin reddedilebileceğine ilişkin hüküm Sözleşme’nin uygulanmasında milletlerarası yetki kurallarının kilit rolünü vurgulamaktadır. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşme’nin Türk hukukunda etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanabilmesi için, Sözleşme’nin kurduğu milletlerarası yetki sistemine riayet edilmesi önem taşımaktadır.

Sözleşme’nin milletlerarası yetki sistemi ise, *çocuğun mutad meskeninin akit bir ülkede bulunması* üzerine kurgulanmış ve milletlerarası yetki çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlette merkezileştirilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması Sözleşme’nin uygulama alanı bulması bakımından bir ön koşul değildir. Ancak çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunması, akit devletlere, koruma tedbirlerinin alınmasında Sözleşme’nin milletlerarası yetki hükümlerini ve dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralları ile tanıma ve tenfiz kurallarını yani Sözleşme’yi uygulama yükümlülüğü getirmektedir. Bu nedenle, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu durumlarda, Türk mahkemelerinin MÖHUK’ta yer alan milletlerarası yetki kurallarına başvurmaksızın, sadece Sözleşme’de yer alan yetki kurallarına göre milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını belirlemesi ve bu yetki kurallarına göre yetki tesis etmesinin mümkün olmadığı durumlarda MÖHUK hükümlerine göre yetki tesis etmemesi Sözleşme’nin Türk hukukunda etkin bir şekilde uygulanmasının temini için temel adımdır. Her ne kadar Sözleşme’nin, Brüksel IIa Tüzüğü’nün 17. maddesindeki hükme benzer, akit devlet makamlarının, Sözleşme’deki yetki kuralları uyarınca başka bir akit devletin yetkili olduğu hallerde re’sen yetkisizlik kararı vermesini öngören, akit devletlerin iç hukuk kurallarına göre yetki tesis etmesini doğrudan veya dolaylı olarak engelleyen bir hüküm ihtiva etmemiş olması çalışmamızda eleştirilmiş olsa da, kanaatimizce, Türk mahkemelerinin Sözleşme’nin uygulama alanı bulduğu hallerde MÖHUK hükümlerine göre yetki tesis etmemesi, milletlerarası sözleşmeye taraf olma yükümlülüğünün bir parçası olarak görülmelidir. Bu anlamda, Sözleşme’de yer alan yetki kurallarının, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet

ülkesinde bulunduğu durumlarda, Türk hukukundaki milletlerarası yetki kurallarını dışladığı kabul edilmelidir.

Bu ön kabul doğrultusunda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğuna veya çocuğun korunmasına ilişkin bir talep Türk mahkemeleri önüne geldiğinde Türk mahkemeleri *öncelikle*, çocuğun mutad meskeninin 1996 tarihli Sözleşme'ye akit bir devlette bulunup bulunmadığını belirlemelidir.

Çocuğun mutad meskeni akit bir devlette bulunduğu durumlarda; Türk mahkemeleri, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca milletlerarası yetki tesis edebiliyor ve Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca bir milletlerarası derdestlik durumu mevcut değilse, artık Türk mahkemeleri Sözleşme uyarınca yetkili olduğuna karar vererek esastan incelemeye geçebilecektir. Türk mahkemeleri, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca milletlerarası yetkiye sahip değilse veya yetkili olması karşısında Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca bir milletlerarası derdestlik durumu mevcut ise, Türk mahkemesi, Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca, geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından yetki tesis edip edemeyeceğini incelemeli ve eğer bu hükümlere göre de yetki tesis edemiyor ise, Sözleşme uyarınca yetkisiz olduğuna karar vermeli; derdestliğin olduğu durumlarda ise davayı usulden reddetmelidir.

Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmaması halinde ise; Türk mahkemeleri, Sözleşme'nin 11 veya 12. maddeleri uyarınca, geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından, şartları varsa yetki tesis edebileceği gibi; MÖHUK'ta yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre de yetki tesis edebilecektir.

Sözleşme'de düzenlenen yetki hükümlerinin Türk hukukuna etkisi kapsamında çalışmamızda, Türk hukukunda yer alan milletlerarası yetki hükümleri ile aralarındaki ilişki yanında; yetkili Türk boşanma mahkemesinin koruma tedbirlerini almada yetkisine, milletlerarası derdestliğe ve yetki devrine ilişkin hükümlerinin Türk hukukuna etkisi de incelenmiştir. Bu kapsamda; Türk milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili boşanma mahkemesinin, Sözleşme'nin uygulama alanına giren durumlarda, velayet sorumluluğuna ve çocuğun korunmasına ilişkin tedbirleri alabilmesi için, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan şartların sağlanması gerekeceği; velayet sorumluluğu ve çocuğun korunmasına ilişkin davaların Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin re'sen dikkate alınacağı hallerden biri olacağı ve Sözleşme'nin yetki devri hükümleri vasıtasıyla artık Türk hukukunda *forum non conveniens* doktrininin uygulama alanı bulacağı değerlendirilmiştir.

Sözleşme’de düzenlenen velayet sorumluluğuna ve çocuğun korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuku düzenleyen kanunlar ihtilafı kurallarına bakıldığında da yine Sözleşme’nin, yetki kurallarındaki gibi, uygulanacak hukukun tespitinde de çocuk merkezli düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Sözleşme’de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarında; uygulanacak hukuk, MÖHUK’ta benimsenen parçalı sistemin aksine, Sözleşme’nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin tüm meseleler için, kaynaklandığı hukuki işlem veya ilişkiden bağımsız bir şekilde ele alınarak belirlenmiş ve bağlama noktası olarak çocuğun şahsi statüsü esas alınmıştır. Sözleşme’de, her ne kadar, 15. madde uyarınca koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk, yetkili akit devlet makamının kendi hukuku yani *lex fori* olarak belirlenmiş olsa da, yukarıda açıkladığımız üzere, Sözleşme’de düzenlenen genel yetki kuralı ile, milletlerarası yetki çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlette merkezileştirildiği ve bunun dışında da akit devletlerin milletlerarası yetkisi çocuk ile sıkı ilişkili irtibat noktaları ile tesis edildiği için, koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk dolaylı olarak çocuğun şahsi statüsüne tabi kılınmıştır. Bu anlamda Sözleşme, MÖHUK’ta velayet sorumluluğuna ve çocuğun korunmasına uygulanacak hukuka ilişkin parçalı yapının sebep olduğu uygulama zorluklarını bertaraf etmesi bakımından Türk hukuk uygulamasında olumlu bir etki yaratacaktır. Ayrıca, Sözleşme’de koruma tedbirleri alınırken uygulanacak hukukun, *lex fori* olarak belirlenmiş olması, akit devletlerin ve dolayısıyla Türk mahkemelerinin, Sözleşme uyarınca yetkili olduğu yargulamalarda, Türk hukukunu uygulayarak daha hızlı ve etkin bir biçimde karar verebilmesini sağlayacaktır.

Bununla birlikte; Sözleşme’de düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları ile Sözleşme’nin atıf, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması ve işlem güvenliğine ilişkin düzenlemelerinin, MÖHUK’ta Sözleşme kapsamındaki konulara ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları ile birbirinden oldukça büyük farklılıklar içeren hükümlere sahip olmaları, Türk milletlerarası özel hukukunda velayet sorumluluğuna ve çocukların korunmasına uygulanacak hukukta “ikili” bir sistemin doğmasına sebebiyet verecektir. Türk mahkemelerince, Sözleşme’nin uygulama alanı bulunduğu durumlarda, MÖHUK’ta öngörülenden tamamen başka bir kanunlar ihtilafı rejimi uygulanacaktır. Çalışmamızda da örnek verdiğimiz üzere; Sözleşme’nin uygulama alanı bulacağı ihtilafalarda, boşanmada velayet veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda başka bir hukuk; Sözleşme’nin uygulanmadığı durumlarda başka bir hukuk uygulanacaktır. Yine Sözleşme’nin uygulandığı velayetin kaldırılmasına ilişkin bir davada, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınabilecek; Sözleşme’nin uygulanmadığı davalarda ise MÖHUK m. 31

gereği dikkate alınamayacaktır. Sözleşme'nin uygulandığı çocuk adına çocuğun malları hakkında yapılmış bir tasarruf işleminin işlemi yapan kişinin çocuğu temsil yetkisinin bulunmaması sebebiyle iptali davalarında, işlem güvenliği prensibi uygulanacak; Sözleşme'nin uygulanmadığı durumlarda ise MÖHUK m. 9/2 uyarınca işlem güvenliği uygulanmayacaktır. 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 denli farklı düzenlemelere sahip olması, uygulamada zorluklara ve karışıklıklara sebebiyet verebilecektir. Bu itibarla, kanaatimizce, velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukukta, çocuğun şahsi statüsünü esas almayan “parçalı” bir sistem öngörmesi sebebiyle zaten eleştirilen MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarında çocuğun şahsi statüsünü esas alan tek bir kanunlar ihtilafı kuralının benimsenmesine ilişkin değişiklik bir an önce yapılmalıdır.

Sözleşme'de düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümlerine bakıldığında ise; Sözleşme ile öngörülen tanıma usulünün Türkiye'nin taraf olduğu diğer bazı milletlerarası anlaşmalarca da kabul edilmiş olan ve dolayısıyla Türk hukukunun aşına olduğu “doğrudan tanıma” usulü olması ve tenfiz usulünün ise Türk iç hukukuna bırakılmış olması itibariyle, Sözleşme'nin tanıma ve tenfiz hükümlerinin Türk hukukuna çok yabancı ve uygulamada zorluklar yaratacak düzenlemeler ihtiva etmediği söylenebilir. Ayrıca adli makamlarca verilen kararların ve ilam niteliğinde olmayan geçici tedbir niteliğindeki kararların tanınması ve tenfizi de, Türkiye'nin halihazırda taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde de öngörüldüğünden, Sözleşme'de yer alan bu düzenlemelerin de Türk hukukunda uygulanmasında zorluklarla karşılaşmayacağı söylenebilecektir. Sözleşme'de tanıma ve tenfiz şartlarının açık bir şekilde sayılmış olması da yine uygulama bakımından önemli bir kolaylıktır.

Bununla birlikte, 1996 tarihli Sözleşme'nin, Türkiye'nin taraf olduğu “doğrudan tanıma” usulünü benimseyen diğer milletlerarası sözleşmelerde öngörülme ve Türk iç hukukuna da yabancı olan “tanımama talepleri”ne ilişkin düzenlemesi uygulamada tereddütlere yol açabilecektir. Doğrudan tanıma usulü yanında tanımayı red sebeplerinin de kabul edildiği Sözleşme'de, akit bir devlet tarafından verilmiş bir koruma tedbiri kararının tanınmamasını isteyen tarafın buna yönelik bir “tanımama talebi”nde bulunmasında hukuki yararı bulunacağı açıktır. Bu itibarla, Sözleşme'de tanımının reddi sebeplerini ileri sürmekle yükümlü olan kararın tanınmamasını isteyen taraf bakımından böyle bir imkânın tanınmış olması doğrudan tanıma sisteminin yarattığı ihtiyaca cevap verilmiş olması anlamında olumludur. Ancak

Sözleşme'nin 24. maddesi ile imkân tanınan “tanımama talepleri”ne ilişkin usulün akit devletlerin iç hukukuna bırakılmış olması, çalışmamızda da belirttiğimiz üzere, iç hukukunda buna yönelik herhangi bir düzenleme bulunmayan Türkiye gibi akit devletler bakımından önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Diğer taraftan, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile, “tanımama talepleri” artık Türk hukukunda da açıkça kabul edilmiş olduğundan; Türk iç hukukunda mevcut bulunan düzenlemeler çerçevesinde “tanımama talepleri”nin niteliğine uygun bir çözüme yönelmek gerekmektedir. Bu nedenle, çalışmamızda, “tanımama talepleri” için Türk hukukunda “tanıma kararları”nın verilmesinde izlenen usulün benimsenmesi ve “tanımama talepleri”nin, Sözleşme’de yer alan tanımın reddi sebeplerinin var olup olmadığının tespit edileceği bir “tanımama (tanımının reddi) davası” açılarak veya devam eden bir yargılama içerisinde ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi mevcut düzenlemeler çerçevesinde en uygun çözüm olarak değerlendirilmiştir.

Sonuç itibarıyla, 1996 tarihli Sözleşme'nin, Sözleşme hakkında getirdiğimiz eleştiriler saklı kalmak üzere, yerine geçtiği 1961 tarihli Sözleşme'ye nazaran, uygulama alanının çok daha geniş olması ve daha açık ve uygulanması kolay hükümler taşıması itibarıyla, Türk hukuk tatbikatından geniş bir uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI, Ziya, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002.
- AKINCI, Ziya/DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- ARSLAN, İlyas, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul 2014.
- ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi (1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi), Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999.
- ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, La Haye Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış (Atıf), MHB, 2002/2, Ergin Nomer'e Armağan.
- AYGÜN, Mesut, Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- BALKAR-BOZKURT, Süheyla, Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Cilt II.
- BAYATA-CANYAŞ, Aslı, 5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009.
- BAYATA-CANYAŞ, Aslı, Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Ortak Velayet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Ed. Bilgin Tiryakioğlu/ Mesut Aygün/ Ali Önal/ Kübra Altıparmak/ Cansu Kaya, Yetkin Yayınları, 2016.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka (Nafaka), Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri (Çocuğun İadesi), Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Conclusions and Recommendations of the 2011 Special Commission (Part I), Annex 1,
www.hcch.net.

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, Beta, İstanbul
2017.

ÇÖRTOĞLU-KOCA, Sema, Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda
Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel
II-A Tüzüğü (AT 2201/2003), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ed. Işıl
Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ekim 2016.

DARDAĞAN-KİBAR, Esra, Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin
Sorunlar, GÜHFD, 2011/1, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan.

DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde
Kamu Düzeni, Seçkin, Ankara 2001.

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.

DOĞAN, Vahit, Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması, MHB, 2002/2.

EKŞİ, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Milletlerarası Yetki), 2. Bası,
İstanbul 2000.

EKŞİ, Nuray, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Tanıma ve Tenfiz),
Beta, İstanbul 2013.

ERDEM, B. Bahadır, 22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Düzenlenen
Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası
Yetkisi, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB 2002/2.

ERKAN, Mustafa, MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan
Kurallara Bakış, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/2.

ERTEN, Rifat, Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?, MHB, 2005-2006/1-2,
Prof. Dr. Aslan Gündüz'e Armağan.

ERTEN, Rifat, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası
Yetkisi (MÖHUK m. 41), Yetkin Yayınları, 2017.

ESEN, Emre, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un
Zaman İtibariyle Uygulama Alanı, İBD, C. 83, S. 2009/3.

GİRAY, Faruk Kerem, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, Beta, İstanbul 2010.

HUYSAL, Burak, Devletler Özel Hukukunda Velayet, Legal, 2005.

KÖSOĞLU, Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, MHB, 2008/1-2.

LAGARDE, Paul, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention by Paul Lagarde (Explanatory Report), HCCH Publications, 1998.

NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta, İstanbul 2017.

ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.

ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, MHB, 2010/1-2.

ÖZOĞUL, Mustafa, 2007 tarihli Lahey Nafaka Sözleşmesi, Uluslararası Hukuk Bülteni, 2016/8.

ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli, Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler –Ders Notları- (Çocuk Hukuku), Beta, İstanbul 2012.

ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli, Yabancı Unsurlu Velayet Kararları, Çocuk Kaçırma, Evlat Edinme, Tanıma ve Tenfiz, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, Ed. Şükran Şıpka, Ebru Şensöz, Ayşe Nilay Şenol, Arif Barış Özbilen, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.

PARTALCI, Rümeysa, Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2014.

Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention, Hague Conference on Private International Law, 2014.

SAKMAR, Atâ, Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, İstanbul 1976.

SAKMAR, Atâ, Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk

Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

SARGIN, Fügen / ERTEN, Rifat, MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukuki Niteliği, Usulü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği”, UTTER, 2014/2.

SAYMAN, Yücel, Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor, MHB, 1996/1-2.

ŞANLI, Cemal, Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, MHB, 1996/1-2.

ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul 2016.

ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

ŞENSÖZ-MALKOÇ, Ebru, Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, Onikilevha, İstanbul 2017.

TAKAVUT, İbrahim Doğan, Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Kapsamında Çocuklara İlişkin Verilen Adli ve İdari Kararların Doğrudan Tanınması, Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, Ed. Günseli Öztekin-Gelgel, Faruk Kerem Giray, Beta, İstanbul 2017.

TAN-DEHMEN, Mine, Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı, MHB, 2013/1.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge, Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi, MHB, 1996/1-2.

TEKİNALP, Gülören/ UYANIK, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku (Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler), TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 7, Ankara 1991.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, Ankara 1991.

TİRYAKIOĞLU, Bilgin, Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999.

ULUOCAK, Nihal, Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Nihai Metin, 19 Ekim 1996), MHB, 1996/1-2.

UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta, İstanbul 2006.

ÜNAL, Şeref, Velayetin Nez'i, YKD, Cilt 17, Ocak-Nisan 1991, Sayı 1-2.