

## TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN VELAYETİNE VE KORUNMASINA İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

Prof. Dr. Cemal ŞANLI\*

1. Türk Hukukunda çocukların velayetine ve korunmalarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, 20.5.1982 Tarih ve 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) un 34-42. maddelerinde ve Türkiye'nin 2029 Sayılı Kanunla onayladığı "Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme" (RG. 21.2.1983-17966) de düzenlenmiştir.

2675 S.'lı Kanununun 34. maddesine göre, yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların Türkiye'de icra edilebilmeleri için; öncelikle, bir Türk Mahkemesi tarafından tenfiz kararının verilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, Türk vatandaşı olsun veya olmasın, çocukların velayetine ve korunmalarına ilişkin bir yabancı mahkeme kararının Türkiye'de icra edilebilmesi, yetkili Türk mahkemesince tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.

34. maddeye göre ancak, yabancı "mahkeme"lerden; yani yargı organlarından "hukuk" davalarına ilişkin olarak verilen ve verildiği ülke hukukuna göre "kesinleşmiş" bulunan kararlar Türkiye'de tenfiz edilebilir. Bu sebeple, Türkiye'de; 2675 S.'lı Kanuna göre yabancı idari makamlarca çocukların velayetine ve korunmasına ilişkin olarak verilen kararların tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Yine, belirtilen Kanuna göre, Türkiye'de maddi ve şekli anlamda kesinleşmemiş kararların tanınması ve tenfizi mümkün

\* İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

değildir. Ancak, burada önemle belirtelim ki; küçüklerin velayetine, nafakaya ve küçükle ebeveyn arasındaki şahsi münasebete ilişkin kararların -değişen şartlara bağlı olarak kısmen veya tamamen -değiştirilebilmesi, tanıma ve tenfize konu kararların maddi anlamda kesinleşmesi şartının birer istisnasını teşkil ederler. Diğer bir ifade ile velayet kararlarının, verildiği tarihten sonra ortaya çıkan şartlara bağlı olarak mahkemelerce kısmen veya tamamen değiştirilebilmesi, bunların 34. madde anlamında kesinleşmiş sayılmalarına ve tanınıp tenfiz edilmelerine mani değildir.

2. Türk Hukukunda "tanıma" ile "tenfiz" müessesesi, mukayeseli hukuka uygun olarak farklı düzenlenmiştir. Tanıma, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetinin Türk Hukuku bakımından da kabulüdür. Bu, Türk mahkemesinde müstakil bir davaya konu yapılan yabancı kararın kesin hüküm kuvvetinin tanınması veya görülmekte olan bir davada kesin delil olarak tanınması şeklinde olur. Yabancı kararın kesin hüküm kuvveti tanındıktan sonra, Türk mahkemesi için yapılacak başkaca bir işlem yoktur. Bu tanıma, Türkiye'de gerekli idari işlemlerin yapılmasını kendiliğinden sağlar.

Yabancı mahkemelerden verilen boşanma, isim veya nesep tashihi gibi inşai kararlar ile tesbit kararları, nitelikleri itibariyle Türkiye'de tanıma davasına konu teşkil ederler. Buna karşılık, yabancı mahkeme kararı muhtevası ve niteliği itibariyle herhangi bir edayı içermekte ise; bu kararların kesin hüküm kuvvetinin tanınması yanında, ayrıca devletin icra organları marifetiyle icra edilmeleri de gerekir. Böylece, tenfiz kararı ile yabancı kararın kesin hüküm kuvvetinin tanınması yanında, kararın gerekleri de devletin icra organları marifetiyle yerine getirilmektedir.

Yabancı mahkemelerden verilen velayet, nafaka ve alacak kararları gibi eda hükmü içeren ve devletin icra organlarını harekete geçiren (cebri icrayı zorunlu kılan) kararlar, prensip olarak, Türk mahkemelerinde tenfiz davasına konu teşkil ederler. Velayet kararının tenfizi ile yabancı karar muhtevasına uygun olarak küçüğün, velayetin kendisine verildiği tarafa cebri icra organları marifetiyle teslimi sağlanmış olur. Boşanma, nesep ve isim tashihi gibi yabancı inşai kararlar ile tesbit kararlarının tanımaya; alacak, nafaka ve velayet gibi eda hükmü içeren yabancı kararların tanıma ve tenfize konu teşkil edeceği; 2675 S.'lı Kanundaki şartların da buna göre araştırılması gerektiği Yüksek Yargıtay'ın pek çok kararında açıklanmıştır (Örnek olarak bkz : Yargıtay 4HD, E. 1985/5537, K. 1985/7507, T. 30.9.1985, YKD, C. 12, S. 1. 986, Sh. 39-41; Yargıtay 2HD, E. 10555, K. 11467, T. 24.11.1994, RG: 3.2.1995-22191; Yargıtay 2HD, E. 10562, K. 12133, T.7.12.1994, RG: 3.2.1995-22191).

Tanıma ile tenfiz arasındaki nitelik farkına uygun olarak 2675 S.'lı Kanunda tanıma ile tenfiz farklı şartlara tabi kılınmıştır. Yabancı velayet kararlarının Türkiye'de tanınıp tenfiz edilebilmesi için, 2675 S.'lı Kanunun 38. maddesinde sayılan tenfiz şartlarının bulunması gerekmektedir.

3. 2675 S.'lı Kanununun 38. maddesinde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için gerekli şartlar sınırlı olarak sayılmıştır. Bu şartlar, yabancı mahkemelerden verilen yabancı velayet kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizinde de geçerlidir. 38. maddede sayılan tenfiz şartları, tahdididir. Mahkeme, bu şartları genişletemez ve bu şartların ötesine geçerek esasa giremez. Mahkeme, somut davada 38. maddedeki şartların mevcut olup olmadığını re'sen araştırarak ve mevcudiyetini tesbit ettiğinde tanıma ve tenfiz kararı verecektir.

4. Yabancı mahkemelerden verilen velayet kararlarına ilişkin tanıma ve tenfiz davaları asliye hukuk mahkemelerinde görülür. Yer itibariyle yetkili mahkeme ise, davalının Türkiye'deki ikametgahı mahkemesi, bu yoksa sakın olduğu yer mahkemesidir. Davalının Türkiye'de ikametgahı veya sakın olduğu yer yoksa, Ankara, İstanbul ve İzmir mahkemeleri yetkilidir (MÖHUK. m. 35).

Tanıma ve tenfiz davaları, dava dilekçesi ve ekleri karşı tarafa tebliğ edilerek, basit yargılama usulü hükümlerine göre ve hasımlı şekilde görülür (MÖHUK. m. 39). Taraf teşkil etmeksizin, dosya üzerinden tanıma ve tenfiz davalarını karara bağlayan alt mahkeme kararları, Yargıtay tarafından bozulmuştur (Örnek olarak bkz: Yargıtay 2HD, E. 1987/710, K. 1987/2120, T. 16.3.1987, YKD, C. 14, S. 1, 1988, Sh. 23; Yargıtay 2HD, E. 2282, K. 1985/4401, T. 7.5.1985, YKD, C. 11, S. 9, 1985, Sh. 1295; 2HD, E. 1986/5722, K. 1986/5941, T. 16.6.1986, YKD- C. 13, S. 1, 1987, Sh. 32).

5. Yabancı velayet kararları tanıma ve tenfiz talebiyle Türk mahkemeleri önüne ya müstakil bir karar olarak veya boşanma kararı içinde yer alan bir hüküm fıkrası olarak gelmektedir. Yabancı velayet kararlarının, tatbikatta daha çok boşanma kararı içinde yer alan bir hüküm fıkrası olarak mahkemelerimizden tanınması ve tenfizi istendiği görülmektedir. MÖHUK'nun 40. maddesine göre, mahkeme, tanıma ve tenfiz şartlarını yabancı kararda yer alan her bir hüküm fıkrasının niteliğini ayrı ayrı dikkate alarak, tanınması ve tenfizi istenen kararın muhtevasında yer alan hüküm fıkralarından bir kısmını kabul, bir kısmını reddedebilir. Mesela; mahkeme, nafaka ve velayet hüküm fıkralarında içeren yabancı bir boşanma kararının tanınması ve tenfizi davasında; karar muhtevasında yer alan velayet ve nafaka hüküm fıkralarının nitelik itibariyle tenfize konu teşkil ettiğini ve tenfiz şartlarından karşılıklılığın olayda gerçekleşmediğini tesbit ettiğinde velayete ve nafakaya ilişkin hüküm fıkrasının tenfizini reddedebilir; buna karşılık boşanma hüküm fıkrasının tanımaya konu teşkil ettiğini ve tanıma şartlarının da olayda gerçekleşmiş bulunduğunu tesbit ettiğinde boşanma hüküm fıkrasının tanınmasına karar verebilir. Yargıtay da muhtelif kararlarında, dava konusu yabancı karar muhtevasında yer alan nafaka, velayet, mal rejimi ve boşanma vs. gibi hüküm fıkralarının nitelikleri dikkate alınarak tanıma ve tenfiz şartları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Mesela; Yargıtay 2HD'nin 1992 T. li bir kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir :

"... Yabancı mahkemeden verilen boşanma kararının Türkiye'de tanınması istenmiş olup, ilamın tetkikinden tarafların müşterek çocuğunun velayetini de içerdiği görülmektedir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması, onun kesin delil ve kesin hüküm olarak kabulü sonucunu doğurabilmekte ise de; icra olunabilmesi, ancak bir tenfiz kararı verilmesi halinde mümkün olabilecektir.

Bu itibarla tarafların müşterek çocuğunun velayetini de düzenleyen yabancı mahkeme boşanma kararının Türk mahkemesince tanınmış olması, Türk vatandaşı olan eşlerin nüfus kayıtlarına gerekli tescilin yapılmasına yeterli ise de; çocukların velayetine ilişkin hükümlerin icrasına yeterli bulunmamakta, bir tenfiz kararını gerektirmektedir. Bu yön gözetilmeden velayet yönünden de yabancı mahkeme kararının tanınması doğru görülmemiştir..." (Karar için bkz: RG. 3.2.1885-22191).

6. 2675 S'lı MÖHUK'nun 38. maddesine göre, yabancı mahkemelerden verilen ve verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş bulunan velayet kararlarının Türk mahkemeleri tarafından tanınıp tenfiz edilebilmesi için şu şartlar gereklidir :

(1) Dava konusu kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında ahdi, fiili veya hukuki bir karşılıklılık bulunmalıdır (m. 38/a).

1995 yılı itibariyle Türkiye ile İtalya, Romanya, Tunus, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Polonya, Cezayir, Avusturya, Irak, Azerbaycan ve Çin Halk Cumhuriyeti arasında hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş kararların karşılıklı tanınması ve tenfizini öngören anlaşmalar mevcuttur (Anlaşmaların Resmi Gazete referansları için bkz: Çelikel, A- Şanlı, C. Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 6. Bası, 1995, Sh. 21-22). Ancak, Anlaşmaların bir kısmı, malvarlığına ilişkin kararların tenfizi ile sınırlıdır. Bu Anlaşmaların velayet kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanmaları mümkün değildir. Mesela : Türkiye ile İtalya (Anlaşma, m. 19), Romanya (Anlaşma, m. 10) arasındaki Anlaşmalar böyledir.

Türkiye ile velayet kararının verildiği ülke arasında anlaşma bulunduğu, tanıma ve tenfiz şartları anlaşma hükümlerine göre tesbit edilecektir. Ancak, anlaşma hükümleri ya da anlaşmalarda yer alan tanıma/tenfiz şartları, MÖHUK'undaki şartlara nisbetle daha ağır ise, belirtilen Kanun hükümlerine istinaden tanıma /tenfiz istenebilir. Diğer bir ifade, Türkiye ile velayet kararının verildiği ülke arasındaki anlaşma, 2675 S.'lı Kanunun uygulanmasına mani değildir.

Türkiye ile yabancı velayet kararının verildiği ülke arasında bir anlaşma yoksa, iki ülke arasında kanuni veya fiili bir karşılıklılığın bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Kararın verildiği ülke hukukunda, dava konusu karar türünden Türk mahkemesi kararlarının tanınması ve tenfizine engel yasal bir durum yoksa, iki ülke arasında 38/a. madde anlamında kanuni bir karşılıklılığın gerçekleştiği kabul edilmelidir. Burada, kararın ve-

rildiği ülke hukukundaki tenfiz şartları ile Türk Hukukundaki şartların -tenfiz edilebilirlik bakımından- denkliği üzerinde durulmalıdır. Nitekim Türkiye ile Almanya arasında kanuni karşılıklılığın mevcudiyetini kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1990 Tarihli kararında da "Alman Hukuk Yargılamaları Kanunu (ZPO)'nun tenfizi kabul eden 722 ve 723. maddeleri ile MÖHUK'nun 34. maddesi, iki ülkenin hukuk düzenindeki paralelliğin varlığını göstermektedir. Gerek MÖHUK'nun 38 ve gerekse ZPO'nun 328/5. maddesinde kabul edilen temel ilke karşısında artık karşılıklılığın (kanuni karşılığın) gerçekleştiği kabul edilmelidir" denerek, kanuni karşılıklılığın iki ülke hukuk sistemindeki tenfiz şartlarındaki paralelliğe veya denklığe göre tesbit edileceği vurgulanmıştır (Karar için bkz: YKD, C. 16, S. 9, 1990, Sh. 1282-1286). Buna göre, kararın verildiği ülke hukukunda dava konusu türden yabancı kararların tenfizi, Türk Hukukundakine nisbetle daha ağır şartlara tabi kılınmamış ise, kanuni bir karşılıklılığın gerçekleştiği kabul edilecektir. Ahdi veya kanuni bir karşılıklılığın bulunmamasına rağmen, tenfize konu yabancı velayet kararının verildiği ülkede Türk Mahkemelerinden verilme velayet kararları fiilen tenfiz ediliyor ise, 38/a. madde anlamında fiili karşılıklılık gerçekleşmiştir. Buna karşılık, ahdi veya kanuni karşılıklığa rağmen, kararın verildiği ülkede fiilen Türk Mahkemelerinden verilme velayet kararları tenfiz edilmiyor ise, karşılıklılık kabul edilemez.

Velayet kararlarının, yabancı bir boşanma kararı ile birlikte ve onun içinde tenfizinin istenmesi halinde; boşanma ve velayet hüküm fıkralarının tanıma ve tenfiz şartları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Daha evvel de belirttiğimiz gibi, yabancı boşanma kararları, inşai nitelikte kararlar olmakla, tanımaya konu teşkil ederler ve 2675 S.'lı Kanunun 42. maddesindeki hüküm sebebiyle tanınmaları karşılıklılık şartına tabi değildir. Bu sebeple, 2675 S.'lı Kanunun 38. maddesindeki (b), (c) ve (e) bentlerindeki tanıma şartlarının varlığı halinde kararın boşanma kısmı tanınır; buna karşılık 38. maddedeki tenfiz şartları, -bu arada karşılıklılık şartı- gerçekleşmemiş ise velayet hüküm fıkrasının tenfizi reddedilir.

(2) Dava konusu karar Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuya ilişkin olmamalıdır (m. 38/b).

MÖHUK'nun 28. maddesi ile Türk vatandaşlarının kişi halleri ile ilgili davalarda Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisi kaldırılmıştır. Yabancı ülkelerde ikamet eden Türkler, yaşadıkları ülke mahkemelerinde kişi halleri ile ilgili davalar açabilirler veya onlara karşı kişi halleri ile ilgili davalar açabilirler veya onlara karşı kişi halleri ile ilgili olarak yabancı mahkemelerde davalar açılabilir. Tanıma ve tenfiz engeli olarak Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisinden bahsedebilmek için, davanın sadece Türk mahkemelerinde görülmesini zorunlu kılan ve aynı zamanda daima bir Türk mahkemesini de yetkili kılan bir kuralın bulunması gerekir. Türk Hukukunda, gerek Türk vatandaşı ve gerekse yabancı küçüklerin velayetine ilişkin davaların münhasıran Türk mahkemelerin-

de görülmesini öngören bir yetki kuralı mevcut değildir. Bu itibarla, yabancı mahkemelerin velayet kararları Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmez ve bu şart bakımından tenfize engel olunamaz. Nitekim Türk Mahkemeleri de verdiği pek çok kararda, yabancı mahkemelerden verilen velayet kararlarını tanıyıp, tenfiz etmişlerdir (Bu kararlara aşağıda değinilecektir).

(3) Dava konusu karar, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamalıdır (m. 38/c).

Bu hükme göre, tenfizi istenen yabancı velayet kararının Türk Aile Hukukunun ve Anayasasının temel ilkelerine, Türk örf-adet ve temel ahlaki değerlerine uygun olması gerekir. Kamu düzenine aykırılığın tayin ve tesbitinde, hakimin geniş takdir yetkisi vardır. Kamu düzenine aykırılık, yabancı velayet kararının uygulanması ile ortaya çıkacak sonuç dikkate alınarak tesbit edilebilir. Yabancı mahkemenin velayeti düzenlerken Türk Hukukundakine nisbetle farklı kıstaslardan veya farklı hükümlerden hareket etmiş olması ya da velayete uygulanan kuralların farklı olması, bizatihi kamu düzenine aykırılık teşkil etmez. Velayetin tanziminde, çocuğun merkez alınması gerekir. Çocuğun menfaatleri ikinci plana atılarak doğrudan dini, milli, kültürel, etnik ve sosyal mülahazalardan hareket edilmesi ve velayetin münhasıran bu mülahazalardan hareketle düzenlenmesi, kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir. Kamu düzenine aykırılığı hakim, her somut olayda, olayın özelliklerine göre değerlendirmelidir. Bu cümleden olarak çocuğun menfaatini dikkate almadan, velayet hakkını yaşa, etnik kökene, ülke farkına veya cinsiyete göre ana ya da babadan birine otomatik olarak veren kararlar; anne ve babalık duyusunun tatminine imkan vermeyen kararlar; gerekçesiz kararlar; velayetin kendisine verilmediği tarafla çocuk arasında hiçbir şekilde şahsi münasebet tesis etmeyen kararlar; velayetin kendisine verilmediği tarafla çocuk arasındaki şahsi münasebetlerin fiilen icrasını imkansız kılan veya zorlaştıran kararlar; münhasıran etnik köken, dil, din, renk esas alınarak düzenlenen kararlar... kamu düzenine aykırı sayılabilir. Nitekim Yargıtay 2HD'nin 1991 Tarihli bir kararında, çocuğun menfaatlerini dikkate almadan doğrudan eşlerin yaptıkları anlaşmaya göre velayeti düzenleyen yabancı mahkeme kararının tenfizi kamu düzenimize aykırı sayılmış ve tenfizi reddedilmiştir (Karar için bkz : Y2HD, E. 2108, K. 355, T. 28.2.1991; İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Yıl : 31, S. 369, 1991, Sh. 8216). Yine, Yargıtay tarafından onanan Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1991 Tarihli bir kararında, velayet anneye verilmekle beraber, kendisine velayetin verilmediği baba aleyhine hiçbir gerekçe gösterilmeden iştirak nafakasına hükmedilmemiş olması, kamu düzenine aykırı sayılmış ve bu sebeple Almanya'nın Ahlen Şehri Sulh Hukuk Mahkemesinden verilme velayet kararının tenfizi reddedilmiştir (Karar için bkz: İNAL, N; Uygulamada Medeni Hakların Kullanılması-Kısıtlanması Davaları, Ankara-1994, Sh. 769). Aynı şekilde, temyiz yoluna gidilmemek suretiyle kesinleşmiş bulunan Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin, velayeti de içeren boşanma kararının tanınması ve tenfizi davası ile ilgili 1991 Tarihli kararında, gerekçesiz velayet (ve boşanma) kararının tenfizi reddedilmiştir (Karar için bkz: İNAL, age. Sh. 770).

Yargıtay'ın Türk Mahkemelerinde görülmekte olan yabancı unsurlu velayet davaları ile ilgili olarak verdiği muhtelif kararlarda; velayetin düzenlenmesinde uyulması gereken bazı temel ilkeler tesbit edilmiştir. Bu ilkelerin, yabancı velayet kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında da kamu düzenini ifade eden prensipler olarak Türk Mahkemelerince dikkate alınacağı ve bu ilkelere aykırı düşen yabancı kararların tenfizi talebinin reddedileceği söylenebilir.

Mesela Yargıtay HGK'nun 1958 T. li bir kararında velayetin, çocukla kendisine velayet verilmeyen eş arasındaki şahsi münasebetlerin icrasına elverecek şekilde düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yargıtay, belirtilen kararlar Türkiye'de yaşayan ve Türk gelenek-göreneklerine göre yetişen çocuğun velayetini, Suriye-Halep'teki babaya veren alt mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay'a göre :

"... Baba Halep'te oturmaktadır. Bu durumda çocukların yabancı bir memlekette oturmaya mecbur olan babanın velayeti altına verilmesi, Türk geleneklerine göre yetiştirilmesi ve muhitin çocuk üzerindeki tesirleri bakımından tecviz edilemez..." (Karar için bkz : İNAL, Uygulamada Nafaka ve Boşanma Davaları, İstanbul-1971, Sh. 505). Yargıtay 2HD'de 1951 tarihli bir kararında;

".... Anne ve çocuklar Paris'te bulunduğu halde, Ankara'da bulunan babanın çocukları ile haftanın cumartesi günleri görüşmeleri suretiyle, infaz kabiliyeti mümkün olmayacak şekilde karar verilmesinde isabet olmadığı..." sonucuna ulaşmıştır (Karar için bkz: İNAL, age. Sh. 509). Aynı şekilde, Yargıtay 2HD'nin 1972 T.li başka bir kararı ile de;

"... Kendisine velayet hakkı tanınan annenin Almanya'da oturmasına rağmen, babayla her hafta kişisel ilişki kurulmasına dair karar doğru değildir..." denerek bozulmuştur (Karar için bkz: İstanbul Barosu Dergisi, S. 3-4, 1972, Sh. 269). Yargıtay 2HD'nin 1985 Tarihli başka bir kararında da: yurt dışındaki baba ile çocuk arasındaki şahsi münasebet tesis edilirken sürenin aralıksız ve bir aydan az olmaması gerektiği ifade edilmiştir (Karar için bkz: ŞENER, E: Boşanma, Ankara-1994, Sh. 575). Yargıtay HGK'nun 1973 Tarihli kararı ile de; anne şefkat ve bakımına muhtaç çocuğun, annenin Yugoslavya'dan göçmen olarak geldiği ve çocuğa Türkçe öğretmediği, Türk örf-adetlerine göre yetiştirmediği gerekçeleri ile velayetini babaya veren alt mahkeme kararı bozulmuştur (Karar için bkz: ŞENER, age. Sh. 571). Yine, Yargıtay 2HD'nin 1987 Tarihli başka bir kararı ile; sırf annenin müslüman olmayan bir erkekle evlenmiş olduğu gerekçesiyle çocuğun velayetini babaya veren mahkeme kararı bozulmuştur. Daireye göre :

"... Velayetin düzenlenmesinde veya değiştirilmesinde asıl olan küçüğün yararlarını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Ana yanında kalmasının çocukların bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı; halen mevcut veya ileride meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat olunmadığı halde, yalnız davalı ananın müslüman olmayan yabancı uyruklu bir erkekle ev-

lenmesine dayanılarak... ana bakım ve şefkatine muhtaç yaştaki... çocuğun velayetinin anadan alınarak babaya verilmesi isabetsizdir" (Karar için bkz: ŞENER, age., Sh. 596).

(4) Dava konusu karar, davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olmalıdır (m. 38/d).

Ancak, bu şartın dikkate alınabilmesi için, tenfiz davasındaki davalının tenfize bu noktadan itiraz etmiş olması gerekir.

(5) Dava konusu karar, bir Türk vatandaşı hakkında ise; yabancı mahkemece Türk Kanunlar İhtilafı kurallarının yetkili kıldığı maddi hukuk uygulanarak verilmiş olmalıdır (m. 38/e). Bu hukuk Türk maddi hukuku olabileceği gibi, yabancı hukuk da olabilir.

Bu şart da mahkemece davalının itirazı üzerine dikkate alınabilir. Aksi halde mahkeme, tenfizi istenen yabancı velayet kararının Türk Kanunlar İhtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre verilip verilmediğini inceleyemez. Nitekim Yargıtay 2HD'nin 1987 Tarihli bir kararı ile Avusturya Mahkemelerinden verilmiş iki adet velayet kararının tanınması ve tenfizi, davalının 38. maddenin (e) bendine göre herhangi bir itirazının bulunmaması sebebiyle kabul edilmiştir (Karar için bkz: Y2HD. E. 4539/5571. T. 25.6.1987, ŞENER, age., Sh. 374). Bu hükmün Kanuna konuluş gayesi, yabancı ülkelerde hakkında dava açılan davalı Türk vatandaşlarını korumaktır. Bu hükümlerle, davalı Türk vatandaşları bakımından yabancı mahkemelerden, yabancı hukuk uygulanarak verilmiş kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizine karşı koyma imkanı yaratılmıştır. Ancak, dikkat edilmelidir ki; 38. maddenin (e) bendine istinaden tanıma ve tenfize itiraz edebilmek için, kararın Türk maddi hukuku uygulanarak verilmemiş olması değil; Türk Kanunlar İhtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun uygulanmamış olması gerekir. Bu itibarla, tanınması ve tenfizi istenen velayet kararı bakımından uygulanacak hukuk, Türk Kanunlar İhtilafı kurallarına göre yabancı bir hukuk olabilir ve yabancı mahkeme de bu yabancı hukuka göre karar vermiş olabilir. Bu sebeple, belirtilen hükmün, Türkleri koruma amacına ne ölçüde hizmet ettiği şüphelidir.

Türk Kanunlar İhtilafı kuralları (MÖHUK) na göre, boşanmada velayet ve velayete ilişkin sorunlar, boşanmanın tabi olduğu hukuka tabidir (MÖHUK. m. 20). Boşanmada uygulanacak hukuk ise eşlerin müşterek milli hukuku; eşler farklı devlet vatandaşı ise müşterek ikametgah hukuku, müşterek ikametgah da yoksa müşterek mutat mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk Hukukudur (MÖHUK, m. 13). Boşanma haricinde görülen velayet davaları nesebi düzenleyen hukuka tabidir (MÖHUK, m. 19). Çocuk evlilik içi ise, nesebi düzenleyen; dolayısıyla velayeti düzenleyen hukuk, doğum anındaki evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuktur (MÖHUK, m. 15). Bu ise, yukarıda açıklanan boşanmaya uygulanan hukuktur (MÖHUK, m. 12/II). Çocuk evlilik dışı ise nesebi düzenleyen ve dolayısıyla velayeti düzenleyen hukuk, -dava anne ile çocuk arasındaki velayetin düzenlenmesine ilişkinse- ananın milli hukuku; -dava baba ile



çocuk arasındaki velayet ilişkisinin düzenlenmesine ilişkinse-babanın milli hukukudur (MÖHUK, m. 15). Yabancı mahkemelerden Türk vatandaşı çocuklarla ilgili olarak verilen velayet kararlarının tanınıp, tenfiz edilebilmeleri için, yabancı mahkemelerin yukarıda açıklanan Türk Kanunlar İhtilafı kurallarının gösterdiği maddi hukuku uygulayarak karar vermiş olması gerekir. Aksi halde, -davalının itirazı üzerine- tanıma ve tenfiz talebi reddolunur. Gerçekten de; Türk mahkemelerine tanıma ve tenfiz talebi ile sunulan yabancı velayet kararlarının önemli bir kısmı, Türk Kanunlar İhtilafı kurallarının yetkili kıldığı maddi hukuk uygulanmadığı gerekçesiyle -davalının bu noktanan itirazı üzerine- reddedilmektedir (Örnek kararlar olarak bkz: Y2HD, E. 4539/5571, T. 25.6.1987, İNAL, Uygulamada Medeni Hakların Kullanılması-Kısıtlanması Davaları, Ankara-1994, Sh. 754; Y2HD, E. 2561/3270, T. 14.4.1987, ŞENER, age., Sh. 34).

38. maddenin (e) bendi anlamında Türk Kanunlar İhtilafı kurallarının yetkili kıldığı maddi hukukun uygulanması, bu hukukun gerçekten olaya tatbik edilmiş olmasını ve doğru uygulanmasını da kapsar. Sadece Türk Kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı maddi hukuka atıf yapılmış olması veya bu kuralların atıfta bulunduğu maddi hukukun yanlış ya da eksik uygulanması, madde anlamında Türk Kanunlar İhtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun uygulanmış olması anlamına gelmez. Nitekim Yargıtay 2HD, yabancı bir mahkeme tarafından verilen velayet kararının tenfizi ile ilgili 1987 Tarihli bir kararında :

"... Tenfize karar verebilmek için yabancı mahkeme kararında Türk Hukukuna ya da ilgili maddeye atıfta bulunulması yeterli olmayıp, Türk Hukukunun gerçekten uygulandığının ispatlanması zorunludur..." diyerek bu hususu belirtmiştir (Karar için bkz: ŞENER, age., Sh. 376). Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1994 Tarihli yeni bir kararında, 38 (e). madde anlamında yabancı hukukun yanlış yorumlanmasına ilişkin itirazın Türk mahkemelerinde ileri sürülebilmesi, davalının bu hususu yabancı yüksek mahkemeler nezdinde temyizen ileri sürmüş olması şartına bağlanmıştır (Karar için bkz: YHGK. E. 1994/2-262, K. 1994/358, T. 18.5.1994, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 95/1, Yıl : 8, Sh. 157-160). Kanaatimizce bu karar isabetli değildir.

7. Yukarıda belirtilen şartların tümünün mevcudiyeti halinde, Türk Mahkemeleri yabancı velayet kararlarının tenfizi kararı vermek durumundadır. Bu anlamda mahkemelerimizin verdiği pek çok tenfiz kararı mevcuttur (Bu anlamda kararlar için topluca bkz: İNAL, Uygulamada Medeni Hakların Kullanılması-Kısıtlanması Davaları, Ankara-1994, Sh. 753-770).

8. Eşlerin boşanmalarına ilişkin yabancı kararın tanınmasına rağmen, yukarıda sayılan şartların bulunmaması sebebiyle velayet kararının veya boşanma kararı içindeki velayete ilişkin hüküm fıkrasının tenfizi talebi reddedildiğinde ya da tanınan boşanma kararında velayetin düzenlenmemiş olması halinde, acaba, çocukların velayeti Türk Hukuku bakımından ne olacaktır? Diğer bir ifade ile tanıma kararı vermekle Türk Hukuku

bakımından da eşlerin boşanmalarını sağlayan hakim, çocukların velayeti konusunda ne tür bir işlem yapacak veya yapmak zorunda olacaktır? 2675 S.'lı Kanunda ve Türk MK'unda bu konuyu düzenleyen açık bir hüküm mevcut değildir. Kanaatimizce, tanıma kararı ile eşlerin boşanmalarını Türk Hukuku bakımından sağlamış bulunan mahkeme, çocukların velayetini düzenlemek mecburiyetindedir. Tanıma/tenfiz hakiminin bu konuda re'sen karar verebilmesi için, velayetin düzenlenmesine ilişkin bir talebin yapılmasına gerek yoktur. Gerçekten de; velayet müessesesinin niteliği gereği, ana-babadan birinin velayetin düzenlenmesi konusunda hakime başvurması, teknik anlamda bir dava olmayıp, bir çeşit ihbar ve hakimi uyarmadır. MK'nun velayete ilişkin hükümlerinin tamamında, hakimin re'sen hareket etme ilkesi kabul edilmiştir (Bkz. M.K. m. 272, 274). Tanıma/tenfiz hakimi, yabancı boşanma kararını tanımak; buna karşılık velayete ilişkin hüküm fıkrasını -tenfiz şartları bulunmadığı için- reddetmekle veya bu konunun tanınan boşanma kararında düzenlenmediğini görmekle çocuğun velayetinin Türk Hukuku bakımından açıkta kaldığına muttali olmaktadır. Yargıtay'ın pek çok kararında da, hakimin herhangi bir dava sebebiyle çocuğun velayetinin boşlukta kaldığını öğrenmesi halinde, re'sen velayet konusunu düzenleyebileceği ifade edilmiştir. Mesela; Yargıtay 2HD'nin E. 9587/9916 ve 30.12.1975 T. li bir kararında, nafaka davası sebebiyle velayet meselesine muttali olan hakimin bu konuyu re'sen düzenlemesi gerektiği vurgulanmıştır. Kararın ilgili kısmı şöyledir :

".. Gerek kanun koyucunun bu hükümleri (velayete ilişkin hükümleri) düzenlemekteki amacı, gerekse küçüklerin korunması ilkesine kamu açısından verilen özen ve değer gözetildiği takdirde, şartları varsa hakim bu konuda her çeşit tedbiri re'sen de alabilir. Bunun tabii sonucu olarak ana-babanın mahkemeye başvurması bir dava olmayıp, hakimi tedbir alma yönünde uyarma niteliğindedir. Onun için hakim, gerçekleşen duruma göre karar vermekle yükümlü veya görevli olup, tarafların arzu ve istekleri ile bağlı değildir. Bu bakımdan bir dava içinde bu yolda bir istek ileri sürülür ya da hakim gerekli görürse, velayeti gözden geçirip çocuk yararını da üstün tutarak bir düzenleme yapabilir. Bu itibarla nafaka davası içinde hakimin velayet konusunu doğrudan doğruya istek ve hatta bir ihbar üzerine araştırmasını engelleyici bir kanun hükmü yoktur..." (Karar için bkz: ŞENER, age., Sh. 586-587; Y2HD'nin aynı yönde bir başka kararı için bkz: ŞENER, age., Sh. 588-589).

9. Yukarıda, Türkiye'nin 1961 Tarihli "Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme"ye taraf olduğunu belirtmiştik. Sözleşme küçüklerin korunması konusunda karar verecek yetkili makamlara, bu makamlar tarafından verilen kararların taraf devletlerde tanınması ve tenfizine ve uygulanacak hukuka dair hükümler taşımaktadır.

Sözleşmenin 1. maddesine göre, küçüğün mutlak meskeninin bulunduğu devletin mahkemeleri ve idari makamları, 3, 4 ve 5/3. madde hükümleri saklı kalmak üzere, küçüğün şahsını ve malların korumaya yönelik tedbirleri almaya yetkilidir.

Sözleşmenin 7. maddesine göre, yetkili makamlar tarafından alınan kararlar, akit devletlerde tanınır. Yetkili makamlar tarafından verilen kararların icrası gerektiğinde de; bunlar talebin yapıldığı akit devletin iç hukuku hükümlerine veya uluslararası anlaşma hükümlerine göre tenfiz edilir.

Sözleşme küçüğün mutat mesken makamlarının yetkisine ve mutat mesken hukukunun uygulanması ilkesine 3, 4 ve 5. maddelerde istisnalar getirmiştir. 3. maddeye göre, küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre kanundan doğan otorite ilişkileri, bütün akit devletlerde tanınacaktır. Bunun anlamı, mutat mesken makamlarının, küçüğün vatandaşı bulunduğu ülke hukuku çerçevesinde ortaya çıkan hukuki münasebetlere aykırı karar alamayacağıdır. Diğer bir ifade ile, mutat mesken makamları, küçüğün milli hukukundan kaynaklanan otorite ilişkilerini dikkate alarak, ancak koruyucu tedbirler alabilecektir. Yine, Sözleşmenin 4. maddesinde, mutat mesken makamlarına haber vermek kaydıyla, küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarının koruyucu tedbirler alabileceği açıklanmıştır. Buna göre, Türk idari makam veya mahkemeleri Türk Hukuku çerçevesinde, 403 S.'lı Türk Vatandaşlığı Kanunu hükümlerine istinaden ana-baba, ya da bunlardan birine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmış bulunan küçüklerin şahıslarının veya mallarının korunması zımında velayetine, velayetin nez'i veya değiştirilmesine, velayet altına konulmalarına, mallarının idaresi için kayyım atanmasına -mutat mesken makamlarına bilgi vererek- karar verebilirler. Bu halde, küçüğün mutat meskeni makamlarından verilen önceki kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizi söz konusu olmaz. çünkü, 4. maddenin son fıkrasında, küçüğün vatandaşlığında bulunduğu devlet makam veya mahkemelerince alınan kararların, mutat mesken makam veya mahkemelerince önceden alınan kararların yerine geçeceği ifade edilmiştir.

Yargıtay 2HD'nin E. 9664/10031 ve 1.12.1989 Tarihli bir kararı ile 1961 Tarihli Anlaşmayı dikkate alarak mutat meskeni Almanya'da bulunan Türk vatandaşı (aynı zamanda alman vatandaşı olan) evlilik dışı ilişkiden doğan küçüğün velayetinin alınmasına ilişkin olarak baba tarafından açılan davayı yetki yönünden reddeden Fatih 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin E. 1988/190, K. 1989/420 ve 5.6.1989 Tarihli kararını bozmuştur (Kararlar yayınlanmamıştır). Velayeti sözkonusu olan küçük, Türk baba ile Alman anne arasındaki evlilik dışı ilişkiden doğmuştu. Baba Türkiye'de küçüğü Türk Hukukuna göre tanıdı ve Türk vatandaşı olarak Türk Nüfusuna kaydettirdi. Anne, Alman mahkemesi kararı ile küçüğün velayetini almıştı.

Yargıtay 2HD E. 11159/81307 ve 19.1.1990 Tarihli başka bir kararında ise, yukarıdaki kararın aksine, 1971 Tarihli Anlaşma çerçevesinde Alman Mahkemelerinden Alman anne lehine verilen velayet kararını dikkate almamış, Türk vatandaşı baba lehine velayet kararı vermiştir. Davanın kahramanı küçük KAAN, Türk baba ile Polonya asıllı ve haymatloz (Sonradan Alman vatandaşı) olan anne arasındaki evlilik dışı ilişkiden doğmuştu. Almanya'daki annesi yanında yaşamakta idi. Baba, Türk Konsoloslukunda

sahte evrak tanzim ederek (Anne adına muvafakat beyannamesi düzenleyerek) küçüğü pasaportuna işletti ve Türkiye'ye kaçırdı. Alman Mahkemeleri, Türk baba ile ilgili tutuklama kararı verdi. Baba, Türk mahkemelerinde velayetin tevdi davası açmadan evvel, İstanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesinden tedbiren velayetin kendisine verilmesini istedi. Mahkeme bu talebi kabul etti ve dava sonuna kadar küçüğü babanın velayetine verdi. Esas dava da sonuna kadar küçüğü babanın velayetine verdi. Esas dava da bu Mahkemede görüldü. Mahkeme, velayete ilişkin kararların verildiği tarihteki mevcut şartlara göre velayetin yeniden düzenlenmesinin mümkün olduğundan bahisle -mutat mesken mahkemesinin kararını dikkate almaksızın- baba lehine velayet kararı verdi (Kararlar yayınlanmamıştır). Ayrıca, babaya karşı Türkiye'de açılmış evrakta sahtekarlık davası, suç mahallinin yabancı ülke olması sebebiyle; yani davada Türk Mahkemelerinin yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle beraatle sonuçlandı.

Gerçekten de; 1961 Tarihli Anlaşmaya göre mutat mesken makamlarının yetkisini ve bu yetki çerçevesinde verdikleri kararlarla küçüğün vatandaşlığında bulunduğu devlet makam veya mahkemelerinin yetkisini ve verdikleri kararları telif etmek oldukça zor gözükmektedir. Milli, dini ve ailevi hislerin önemli ölçüde belirleyici olduğu uluslararası çocuk hukuku alanında, bu tür karmaşık ve belirsiz Sözleşmelerin başarılı olması düşünülemez. Kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından mutat mesken makamları ile milli makamların yetki ve sorumluluk sınırının belli olduğu, bu makamlar tarafından verilen kararların tanınma ve tenfiz şartlarını doğrudan düzenleyen yeni bir anlaşmanın yapılması zarureti vardır.