

VELAYETE¹ İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ İLE VELAYETİN İADESİNE DAİR 20 MAYIS 1980 TARİHLİ AVRUPA SÖZLEŞMESİ²

Yrd. Doç. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR*

§ 1. GENEL OLARAK

I. Sözleşmenin Amacı ve Yapısı

Çocukların korunması ve menfaati için verilen velayet kararlarının başka devletlerde sonuç doğurması önemlidir. Bu nedenle velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizini kolaylaştıracak bir sistem oluşturmak üzere bu Sözleşme hazırlanmıştır. Sözleşme sadece velayet kararlarının değil, çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair karar ve anlaşmaların da âkit devletlerde tanınması ve tenfizini öngörmektedir. Sözleşmenin bir diğer amacı ve düzenleme konusu ise, haksız olarak başka bir devlete götürülen çocuğun, velisine (veya vasisine) iadesini sağlamaktır.

İş bu Sözleşme, 5 Ekim 1961 tarihli "Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi"³ndeki eksiklikleri

- * Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
- 1 Sözleşmede geçen "custody of children". Türkçeye velayet olarak çevrilmiştir. Ayrıca bkz. Tiryakioğlu, B: Çocukların Korunmasına İlişkin Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuk, Ankara 1991, s.39.; Leward, E: Avrupa Çocuk Vesayeti Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Dergisi, (1980), S. 1, s. 23.
- 2 Sözleşmenin İngilizce ve Fransızca metni için bkz. European Treaty Series, No. 105, s. 212 vd. Bu Sözleşme 1 Eylül 1983'te yürürlüğe girmiştir. Bkz. Boucaud, P: The Council of Europe and child welfare, Human rights files No. 10, Strasbourg 1989; s. 23 ve dpn. 69. Sözleşmeye taraf olan devletler ise, şunlardır: Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda İspanya, İsveç, Kıbrıs Rum Kesimi, Lüksemburg, Norveç, Polonya, Portekiz, Yunanistan (Bkz. T.C Adalet Bakanlığına gönderilen Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğinin 15 Kasım 1995 tarihli yazısına).
- 3 Sözleşme metni için bkz. RG. 21.2.1983-17966.

tamamlama amacını da taşımaktadır⁴. Zira, 1961 La Haye Sözleşmesi, âkit devletlerden verilen kararların tenfizini içermediği gibi, hukuka aykırı olarak velayet hakkından mahrum bırakılan kişinin durumunu da düzenlememektedir.

Diğer yandan, yine La Haye Devletler Hususi Hukuku Konferansı tarafından 25 Ekim 1980'de hazırlanan "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Sözleşme"⁵ Avrupa Sözleşmesini tamamlayıcı hükümler içermektedir⁶. La Haye Sözleşmesi sadece çocuğun haksız götürülmesi (veya alıkonulması) halinde iadesini sağlayacak bir sistemi oluşturmayı amaçlamaktadır⁷. Bu Sözleşmeye göre, âkit devletlerden birinde mutad meskeni olan çocuk üzerinde velisinin (veya vasisinin) yetkileri, yargı kararı olmasa dahi, korunmaktadır⁸. Avrupa Sözleşmesinde ise, velayet konusunda verilmiş bir kararın veya hukuki etkisi olan anlaşmanın, çocuğun yer değiştirmesi halinde, tanınması ve tenfizi sağlanmaktadır. Ayrıca hukuka aykırı olarak çocuğun yer değiştirmesini düzenleyen La Haye Sözleşmesinin aksine Avrupa Sözleşmesi bakımından yer değiştirme hukuka aykırı veya hukuka uygun olabilir⁹.

Söz konusu Sözleşme giriş ve altı bölümden meydana gelmektedir: Birinci Bölüm (m. 1-6), Sözleşme ile ilgili temel kavramları ve merkezi makamları; İkinci Bölüm (m.7-12), tanıma ve tenfiz şartlarını; Üçüncü Bölüm (m. 13-16), tanıma ve tenfiz usulünü; Dördüncü Bölüm (m. 17-18), çekinceleri; Beşinci Bölüm (m. 19-20), diğer uluslararası sözleşmelerle ilişkileri; Altıncı Bölüm (m. 21-39), Sözleşmenin kabulü ve yürürlüğü ile ilgili hususları düzenlemektedir.

II. Sözleşmenin Temel Kavramları

A) ÇOCUK (m. 1/a)

Sözleşmede, vatandaşlığına bakılmaksızın, mutad meskeni hukukuna veya milli hukukuna yahut muhatap devletin¹⁰ hukukuna¹¹ göre meskenini belirleme hakkına sahip olmayan on altı yaşından küçükler, "çocuk" olarak kabul edilmektedir.

4 Jones, R.L.: Council of Europe Convention On Recognition And Enorcement Of Decision Relating To The Costody Of Children, ICLQ, Vol. 30 (1981), S. 2, s. 468; Anton, A.E.: The Hague Convention on International Child Abduction, ICLQ, Vol. 30 (1981), S. 2, s. 538.

5 Sözleşme metni için bkz. NILR- Vol. 27 (1980), s. 397.

6 Jones s. 468; Anton, s. 538.

7 Anton, s. 538; Cheshire/North: Private International Law, B. 11, Londra 1987, s. 728.

8 Cheshire/North. s. 728; Dicey/Morris; Conflict of Laws, B. 11, Londra 1987, C. II, s. 809.

9 Cheshire/North, s. 731; Dicey/Morris, C. II, s. 809.

10 Sözleşmeye göre muhatap devlet (state addressed), çocuğun bulunduğu tahmin edilen ve bu nedenle velayet kararının tanınması ve tenfizi talep edilen devlettir.

11 Birden fazla hukuk sistemine sahip devletler bakımından, sözleşmede mutad mesken hukukuna yapılan atıfların ne şekilde anlaşılacağı da yine sözleşmede düzenlenmiştir. Bu tür devletlerde dahil yer bakımından kanunlar ihtilâfına ilişkin kurallar varsa, sözleşmenin uygulanmasında da bu kurallar nazara alınır. Ancak bu hukuk düzeni konuyu düzenlememişse, ilginin en yakından ilişkili olduğu hukuk, mutad mesken veya milli hukukun tesbitinde esas alınır (m. 26/1-a).

B) MAKAM (m. 1/b)

Sözleşmenin uygulanması bakımından makam ile, velayet kararlarını vermeye yetkili adlî ve idarî makamlar kastedilmektedir¹².

C) VELAYETE İLİŞKİN KARAR (m. 1/c)

Çocuğun oturma yerini belirlemeyi de içeren, çocuğun bakımına veya onunla şahsi ilişki kurma hakkına ilişkin kararlar, velayet kararlarıdır.

D) HAKSIZ GÖTÜRME (m. 1/d)

Sözleşmeye göre, bir âkit devlet makamı tarafından verilmiş ve kabili icra olan velayet kararına aykırı olarak, çocuğun bulunduğu ülkeden diğerine götürülmesi, haksız götürmedir. Diğer yandan, Sözleşmede çocukla şahsi ilişki kurma hakkının kullanıldığı veya herhangi bir ülkedeki (velayet hakkının kullanıldığı ülkeden başka) geçici bulunma süresinin sonunda çocuğun iade edilmemesi de haksız götürme olarak kabul edilmektedir (m. 1/d (i)).

Sözleşme, ayrıca yer değiştirme anında bir velayet kararının bulunmaması halini de düzenlemiştir. Çocuğun yeri değiştiktens onra, ilginin talebi üzerine herhangi bir âkit devletin yetkili makamı tarafından (kabili icra olmak şartıyla) velayetle birlikte, yer değiştirmenin hukuka aykırı olduğu tesbit edilebilir. Bu takdirde, Sözleşme bakımından, çocuk yine haksız götürülmüş olacaktır (m. 1/d-ii ve m. 12).

E) MERKEZİ MAKAMLAR

Sözleşmeye taraf olan devletler, Sözleşmede öngörülen görevleri yerine getirecek bir merkezi makam¹³ belirlemelidirler (m. 2). Âkit devletlerin merkezi makamları, Sözleşmenin uygulanmasını kolaylaştırmak üzere birbirleriyle işbirliği yapacaklardır (m. 3).

§ 2. TANIMA VE TENFİZ ŞARTLARI

I. Tanıma ve Tenfiz Şartları

Asıl amacı herhangi bir âkit devlette verilen velayet kararlarının diğer âkit devletlerde tanınıp tenfiz edilmesi olmasına rağmen, Sözleşmede oldukça geniş ve ayrıntılı ta-

¹² Velayet konusunda Danimarka, Norveç'de idarî makamlar, İngiltere'de adlî makamlar karar vermektedir. Bkz. Jones, s. 470.

¹³ Federal devletler ile birden fazla hukuk sistemine sahip devletler, yetki sınırlarını belirledikleri birden fazla merkezi makam tayin edebilirler (m. 2/2).

nıma ve tenfizi red sebepleri yer almaktadır¹⁴. Sözleşmenin 8 ve 9. maddelerinde haksız götürme halinde hangi sebeplerle çocuğun iadesinin veya tanıma ve tenfiz talebinin reddedileceği; 10. maddede ise, haksız götürme dışında kalan hallerde tanıma ve tenfiz talebinin reddedilmesi düzenlenmiştir. Söz konusu hükümleri birlikte ele alarak, Sözleşmeye göre tanıma ve tenfizin şartlarını şu şekilde belirlemek mümkündür :

A) KARARIN VERİLDİĞİ ÜLKEDE KABİLİ İCRA OLMASI

Âkit devletlerin yetkili makamlarından verilen icra kabiliyetini haiz velayet kararları, diğer âkit devletlerde tanınıp tenfiz edilebilir (m. 7).

B) ÇOCUĞUN İADESİ İÇİN, "BELİRLİ HALLERDE" MUHATAP DEVLETİN HUKUK SİSTEMİNİN TANIMA VE TENİZ KARARINI ZORUNLU KILMASI

Sözleşmeye göre "belirli hallerde", muhatap devletin yetkili makamları tanıma ve tenfiz kararı olmaksızın, doğrudan "çocuğun iadesi" için harekete geçeceklerdir :

(1) Çocuğun yerinin haksız olarak değiştirilmiş olması (m. 8)

(2) Çocuk, ana ve babasının aynı vatandaşlıkta olmaları ve çocuğun mutad meskeninin bu devlette bulunması.

Bu durum, velayet kararının verildiği devlette dava açıldığı tarihte veya haksız götürme anında mevcut olmalıdır (m. 8/1-a).

(3) Haksız götürme tarihinden itibaren altı ay içinde herhangi bir âkit devlet merkezi makamına başvurulmuş olmalıdır (m. 8/1-b).

Belirtilen hallerin varlığına rağmen, muhatap devletin hukuk sistemi, çocuğun iadesi için adlî bir kararı (tanıma ve tenfiz kararı gibi) zorunlu kılabilir. Bu takdirde, çocuğun iadesi doğrudan değil, bu adlî kararı takiben sağlanacaktır. Ancak velayet kararı, muhatap devletin yetkili makamlarınca, "belirli hallerde", sözleşmedeki red sebepleri uygulanmaksızın tanınıp tenfiz edilecektir (m. 8/2).

Öte yandan, velayet hakkına sahip olan kişi ile başka bir kişi arasında çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair yetkili makamlarca onaylanmış bir "anlaşma" yapılabilir. Bu anlaşmaya dayanılarak çocuk, ülke dışına çıkarılmış ve süresi içinde velayet hakkı sahibine teslim edilmemiş olabilir. Bu durumda, onaylanmış anlaşmaya göre çocuğun iadesi, m. 8/1-b ve m. 8/2 hükümleri uyarınca sağlanabilir (m. 8/3).

14 Cheshire/North, s. 730.

C) SÖZLEŞMEDE BELİRTİLEN RED SEBEPLERİNDEN BİRİSİNİN BULUNMAMASI

1. Haksız götürme halinde öngörülen red sebepleri

Sözleşmenin 9. maddesinde, "belirli hallerin" dışında kalan¹⁵ haksız götürmelerde, hangi hallerde tanıma ve tenfiz talebinin reddedileceği düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 9. maddesinde sayılan red sebeplerinin uygulanabilmesi için ilgili- nin, haksız götürme tarihinden itibaren altı ay içinde herhangi bir âkit devletin merkezi makamına başvurması (m. 9/1) veya doğrudan muhatap devletin yetkili makamına başvurarak velayet kararının tanınması ve tenfizini talep etmesi (m. 9/2) gerekmektedir.

a) Velayet kararının, davalının gıyabında, savunma haklarına uyulmaksızın verilmiş olması

Velayet kararı, davalı veya vekilinin gıyabında verilmişse, dava dilekçesi ve belgelerin davalıya savunmasını yapmasına yetecek bir sürede tebliğ edilmiş olması gerekir. Bununla beraber, davalı, kasten adresini gizlemiş veya değiştirmişse, tebligatın yapılamaması tanıma ve tenfize engel teşkil etmez (m. 9/1-a).

b) Velayet kararını veren makamın yetkisiz olması

Sözleşmeye göre, davalı veya vekilinin gıyabında karar veren makamın yetkisi aşağıdaki sebeplerden kaynaklanmıyorsa, tanıma ve tenfiz talebi reddedilir (m. 9/1-b):

aa- Davalının mutad meskeninin bulunduğu yer.

bb- Ana babanın son mutad meskeninin bulunduğu yer. Ancak bu halde, ana veya babanın mutad meskenlerinin halen burada olması gerekir.

cc- Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer.

c) Kesin hüküm engeli

Çocuğun başka bir ülkeye götürülmesinden önce, muhatap devlette verilmiş ve kabili icra bir başka velayet kararına aykırı hükümler taşıyan kararın tanınması ve tenfizi reddedilir (m. 9/1-c)⁽¹⁶⁾. Kesin hüküm engelini tek istisnası, yeri değiştirilmeden önce kararın verildiği ülkede çocuğun bir yıl süreyle mutaden oturmuş olmasıdır. Bu takdirde, muhatap devlette verilen karara aykırı hükümler taşıyan ikinci velayet kararının tanınması ve tenfizi reddedilemez.

15 Çocuk ana ve babasının farklı vatandaşlıklarda olmaları veya çocuğun mutad meskeninin vatandaşı olduğu devletten başka bir devlette bulunması gibi.

16 Çoğu zaman kişi herhangi bir ülke mahkemesinden velayet ile ilgili kendi lehine karar almakta daha sonra çocuğu bu ülkeye getirmektedir. İşte anılan hükümle bu yolun (forum shopping) önüne geçilmek amaçlanmaktadır. Bkz. Van Bueren, G.: The best interest of the child-international co-operation on child abduction, London 1993, s. 27.

2. Haksız götürme dışındaki haller için öngörülen red sebepleri

Sözleşmenin 10. maddesinde, 8 ve 9. maddelerin düzenlediği haksız götürme hallerinin dışında kalan olaylarda, tanıma ve tenfizin hangi sebeplerle reddedilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, çocuğun bir başka devlete götürülmesi bu tarihte haksız götürme teşkil etmiyor veya ilgili 8 ve 9. maddelerde belirtilen altı aylık süreyi kaçırmışsa, 10. maddede düzenlenen red sebepleri uygulanabilir.

a) Sözleşmenin 9. maddesindeki red sebeplerinden birisinin (savunma haklarına uymama, kararın yetkili makam tarafından verilmemesi ve kesin hüküm engeli) mevcudiyeti, haksız götürme dışındaki hallerde de tanıma ve tenfizin reddine neden olur (m. 10/1).

b) Kararın, muhatap devletin aile ve çocuk ile ilgili temel hukuk ilkelerine açıkça aykırı olması (m. 10/1-a).

c) Değişen şartlar nedeniyle kararın sonuçlarının çocuğun menfaatlerine açıkça aykırı olması (m. 10/1-b).

Bu sebebe dayanılarak tanıma ve tenfiz talebi reddedilmeden önce muhatap devlet yetkili makamı çocuğun görüşünü almalıdır¹⁷. Ancak bu çocuğun yaşı, anlayışı itibarıyla sonuç vermeyecekse, vazgeçilir (m. 15/1b). Ayrıca muhatap devlet yetkili makamı gerekli araştırmanın yapılmasını isteyebilir (m. 15/1-b). Yapılan araştırma sonuçları merkezi makam aracılığıyla ilgili devletlere gönderilir (m. 15/3).

d) Çocuğun muhatap devletle daha sıkı ilişki içinde olması (m. 10/1-d).

Sözleşmeye göre bu durum iki şekilde gerçekleşebilir :

(1) Çocuğun muhatap devlet vatandaşı olması veya mutad meskeninin bu devlette bulunması, kararın verildiği devlet ile bu tür bağlantısının olmaması.

(2) Çocuğun hem muhatap devletin hem kararı veren devletin vatandaşı olmasına rağmen mutad meskeninin muhatap devlette bulunması.

e) Kesin hüküm engeli

Sözleşmenin m. 10/1-d hükmünde m. 9/1-c hükmüne benzer bir diğer kesin hüküm nedeniyle red sebebi yer almaktadır : Kararın tanınması veya tenfizi talebinin yapılmasından önce, muhatap devlette veya üçüncü bir devlette açılmış ve halen kabili icra bir başka kararla bağdaşmaz olması. Bu halde, kesin hükmün bulunması tek başına yeterli değildir, ayrıca tanıma ve tenfiz talebinin reddinin "çocuğun menfaatine" olması gerekir.

17 Madde hakkında bkz. Jones, s. 474; Van Bueren, s. 27.

II. Erteleme

Tanım ve tenfiz işlemleri aşağıdaki hallerde ertelenebilir (m. 10/2):

- (1) Velayet kararı hakkında olağan kanun yollarına başvurulmuş olması.
- (2) Muhatap devlette, kararın verildiği davadan önce açılmış ve halen devam eden bir velayet davasının bulunması.
- (3) Velayetle ilgili bir başka kararın, muhatap devlette tanınması ve tenfizi işlemlerine başlanması.

III. Çocukla Şahsi İlişki Kurma Konusunda Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi

Âkit devletlerden çocukla şahsi ilişki kurma konusunda verilen kararlar aynen velayet kararları gibi tanınıp tenfiz edilebilir (m. 11)¹⁸.

Bununla beraber, her zaman çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair bir karar bulunmayabilir veya velayet kararının tanınması ve tenfizi reddedilmiş olabilir. Belirtilen hallerde muhatap devletin merkezi makamı, şahsi ilişki kurma hakkını ileri sürenin talebi üzerine, bu konuda bir karar verilmesi için kendi yetkili makamlarına başvurabilir (m. 11/3).

§ 3. USUL

Sözleşme âkit devletlere kararların tanınması ve tenfizi konusunda basit ve süratli bir usul uygulama ve taleplerin basit bir başvuruyla yapılmasını sağlama yükümlülüğü getirmektedir (m. 14).

Herhangi bir âkit devlet makamı tarafından verilen velayet kararının bir başka âkit devlette tanınması ve tenfizini isteyen kişi, bir âkit devletin (gönderen devletin) merkezi makamına talepnameyle başvurmalıdır (m. 4/1). Talepnameye 13. maddede belirtilen belgelerin eklenmesi gerekmektedir¹⁹:

- (1) Muhatap devlet merkezi makamına temsil yetkisi veren bir belge,
- (2) Kararın bir örneği,
- (3) Karar davalı veya temsilcisinin gıyabında verilmişse, dava dilekçesi ve diğer belgelerin usulüne uygun tebliğ edildiğini gösterir belge,
- (4) Kararın verildiği ülke hukukuna göre kabili icra olduğunu gösterir belge,

18 Ancak bu halde, muhatap devlet tarafların taahhütlerini de dikkate alarak, çocukla şahsi ilişki kurma hakkının kullanılması ve uygulanması şartlarını tesbit eder (m. 11/2). Bkz. Van Bueren, s. 28.

19 Sözleşmenin 6. maddesine göre merkezi makamlar arasında yazışmalar muhatap devletin resmi dilli ile yapılmalıdır. Ancak muhatap devletin merkezi makamı İngilizce, Fransızca dillerinden birindeki çeviriyi de kabul edecektir (m. 6/1, b).

(5) Biliniyorsa, çocuğun muhatap devletteki adresi,

(6) Çocuğun velayetinin ne surette iade edileceğine dair öneriler.

Talepnameyi alan merkezi makam eğer sözleşmedeki şartlar gerçekleşmemişse, talebi reddeder (m. 4/4). Eğer talepname ve belgeler, sözleşmede öngörülen şartları taşıyorsa, gönderen devletin merkezi makamı, gecikmeksizin çocuğun haksız olarak götürüldüğü ve halen bulunduğu devletin (muhatap devlet) merkezi makamına bu belgeleri göndermelidir (m. 4/3). Muhatap devletin merkezi makamı, sadece kararın tanınması ve tenfizini temin etmekle değil, gerektiğinde dava açmak da dahil olmak üzere, uygun göreceği bütün tedbirleri almakla görevlidir. Çocuğun bulunduğu yeri bulmak, çocuk ve talepte bulunanın menfaatlerini korumak, çocuğun iadesini sağlamak, tanıma ve tenfiz talebi reddelilirse, yeni bir velayet davası açmak, bu merkezi makamın görevleri arasındadır (m. 5/1, a-e; m. 5/4).

Muhatap devletin yetkili makamları tanıma ve tenfiz işlemleri sırasında kararı esastan inceleyemezler (m. 9/3).

§ 4. ÇEKİNCELER

I. Sözleşmenin büyük ölçüde uzlaşma metni olduğu sözleşmede kullanılan ifadelerden anlaşılmaktadır. O kadar ki, âkit devletlere 8 ve 9. maddelerde belirtilen hallerde dahi, 10. maddedeki red sebeplerini kullanma imkanı verilmiştir (m. 17/1). Dolayısıyla, kararların tanınması ve tenfizinin reddi sebepleri genişlemiş olmaktadır. Ancak bu takdirde red sebeplerini genişleten devlet makamlarının verdiği kararların tanınması ve tenfizi diğer âkit devletler tarafından aynı sebeplerle reddedilebilecektir.

II. Âkit devletler 12. maddeye de²⁰ çekince koyabilirler (m. 18). Sözleşme hükümleri, çekince koyan devlet makamlarınca 12. madde kapsamında verilen kararlar hakkında uygulanmayacaktır.

§ 5. SÖZLEŞME VE TÜRK HUKUKU

Yurt dışında yaşayan ya da yabancı ile evlenen Türk vatandaşlarının fazlalığı ve bu ailelerin parçalanması halinde çocukların velayetine (veya şahsi ilişki kurulmasına) dair kararlarla bu konudaki kararların tanınmasının ve tenfizinin doğurduğu sorunlar sık sık basına da yansımaktadır. Türkiye henüz Sözleşmeye taraf olmamakla beraber, Sözleşme konusunun Türk hukukunu, Türk vatandaşlarını ve makamlarını yakından ilgilendirdiği ortadadır.

20 Bkz. yuk. §1, II, D.

I. Tanıma ve tenfiz şartları bakımından : Sözleşmenin 8 ila 10. maddelerinde düzenlenen tanıma ve tenfiz şartlarının bir bölümü MÖHUK'un 38. maddesinde sayılan şartlarla paralellik arz etmektedir :

1. Sözleşme, MÖHUK'un 38. maddenin (a) bendinde belirtilen karşılıklık, (b) bendinde belirtilen Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olma şartlarına aykırılık teşkil etmemektedir.

2. Sözleşmenin 9. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre, karar muhatap devlette verilmiş ve kabili icra bir başka karara aykırı hükümler taşımamalıdır. Türk hukukunda yabancı ilâmın Türk mahkemelerinden verilen kararlarla bağdaşmayan hükümlerinin Türkiye'de tanınmasına ve tenfizine karar verilemez. Aksi halde Türk kamu düzeninin açıkça ihlali söz konusudur (MÖHUK m. 38/c)²¹.

Kamu düzeniyle ilgili bir başka husus, Sözleşmenin 10/1-a maddesi hükmünde yer almaktadır : Kararın etkilerinin muhatap devletin çocuk ve aileyle ilgili temel hukuk ilkelerine açıkça aykırı olması. Nelerin çocuk ve aile ilgili temel hukuk ilkelerine aykırı olduğunu muhatap devletin yetkili makamı takdir edecektir²².

3. Sözleşmenin 9. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, gıyapta verilen kararda davalının savunma haklarına riayet edilmiş olmalıdır. Bu husus, aynı zamanda MÖHUK'un 38/(d) maddesi hükmüne (itiraz edildiğinde) göre de tenfize engel teşkil etmektedir²³.

4. MÖHUK m. 38/(e)'de düzenlenen şart, Sözleşmede yer almamaktadır.

II. "Belirli hallerde" doğrudan çocuğun iadesi talebinin yerine getirilmesi mümkün müdür? Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen "belirli hallerde" çocuğun iadesi talebi aşağıdaki gibi bir olayda söz konusu olabilir : Boşanma davası sonunda Alman mahkemesi, Münih'te ikamet eden Türk asıllı Alman vatandaşı baba ile Alman vatandaşı annenin kendileri gibi Alman vatandaşı olan çocuklarının velayetini anneye vermiştir. Babanın çocuğunu, kaçırarak iadesi talep edilmektedir. Ancak diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukukunda da yabancı mahkeme kararlarının doğrudan sonuç doğurması mümkün değildir²⁴. Bu nedenle, Türkiye'de merkezi makam olarak görevlendirilen makamın önce tenfiz davası açması, sonra da çocuğun iadesi için gereken işlemleri yapması gerekecektir. Belirtilen halde, tenfiz davasının görüldüğü Türk mahke-

21 Nomer, s. 441; Çelikel, s. 363.

22 Bkz. Nomer s. 440. Sadece ana babanın anlaşmasını dikkate alarak, çocuğun velayeti konusunda verilen yabancı karar, Türk hukukunda velayetin tevdiinde çocuğun menfaatini esas alan ilke (MK m. 148) gözönüne alındığında, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olarak kabul edilmiştir. Bkz. Yarg. 2. HD.'nin 28.2.1991 gün ve 2108-3555 sayılı kararı (İKİD, Y. 31 (1991), S. 369, s. 8216).

23 Anılan hüküm için bkz. Nomer, s. 442; Çelikel, s. 364.

24 Bkz. Nomer, s. 431; Çelikel, s. 347.

mesi, Sözleşmedeki red sebeplerinin yabancı velayet kararında bulunup bulunmadığını araştırmadan ilamın tenfizine karar vermek zorundadır (m. 8/2).

III. Çekince : Türkiye'nin Sözleşmeye katılırken, 17 ve 18. maddelerde düzenlenen bazı hükümlere çekince koyma hakkını kullanmasına gerek bulunmadığını düşünmekteyiz. Bir kere Türkiye'nin Sözleşmeye koyacağı çekinceler, muhatap devletlerde Türk mahkeme kararları için de uygulanacaktır. Diğer yandan, Sözleşme zaten âkit devletlere yabancı kararların tanınması ve tenfizi konusunda geniş takdir yetkisi vermektedir.

§ 6. SONUÇ

Çocuğa kimin bakacağı gözeteceği, velayetinin (veya vesayetinin) kime ait olacağı büyük önem taşımaktadır. Bu husus, velayet konusunda karar verecek makamar tarafından çocuğun menfaatleri dikkate alınarak belirlenmektedir. Söz konusu Sözleşme de, çocukların korunması açısından bu kararların bütün âkit devletlerde sonuç doğurmasını amaçlamaktadır. Sözleşmede çocuğun menfaatlerinin gözetilmesi her aşamada ön planda tutulmuştur.

Türk makamlarına intikal eden yabancı unsurlu çocukların velayeti ve iadesi ile ilgili olayların fazlalığı, Türk mahkemelerinin bu konuda verdiği kararların milletlerarası geçerliliğinin sağlanması hususları gözönüne alındığında Türkiye'nin bu Sözleşmeye taraf olması yerinde olacaktır.