

DEVLETLER ÖZEL HUKUKUNDA VELAYET, ÇOCUK KAÇIRMALARI, EVLAT EDİNMEYE İLİŞKİN PROBLEMLER

Günseli ÖZTEKİN GELGEL*

ÖZET

Velayet, uluslararası çocuk kaçırmaları ve evlâd edinmeye ilişkin devletler özel hukukundaki yeni gelişmeler, konuya ilişkin doktrin, Yargıtay içtihatları ve milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde incelenmiştir. Yargıtay'ın, ilgili sözleşmeler çerçevesinde muhafazakar tutumu daha liberal ve milletlerarası hukuka uygun gelişmeye başlamıştır. Bu incelememiz Türk devletler özel hukukunda çocuk hukukunun ne kadar güncel ve tartışılır hale geldiğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Velayet, Çocuk Kaçırma, Evlad Edinme.

PROBLEMS ON CUSTODY, INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION AND ADOPTION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

Recent Perspectives on Custody, International child abduction and Adoption in Private International Law was examined with considering doctrine, case law and international conventions. Conservative manner of conduct of the Court of Appeal on the application of related international conventions is changing by liberal efforts and by international law that suits to the philosophy of the multilateral conventions. This article reflects that, child law is getting much more important and will be discussed in many cases from now on.

Keywords: Custody, Child abduction, Adoption.

**Doç.Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı, Beyazıt-İstanbul.*

1.GİRİŞ

Bu incelememizde yabancılık unsuru içeren hukukî ihtilaflarda, velâyet, çocuk kaçırılmaları ve evlat edinme konularını ele aldık.

Çocuk hukukunun, devletler özel hukuku kanadı diyebileceğimiz bu konularda Türk Yargıtay'ının yaklaşımını inceledik. Yargıtay'ın yabancılık unsuru taşıyan velâyete ilişkin ihtilaflardaki genel tutumu, meselenin niteliği gereği “kamu düzeninden” olduğu yönündedir. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu konulara ilişkin bir çok Sözleşmenin Yargıtay uygulamasına katkıda bulunduğunu gördük. Yargıtay'ın, bu sözleşmeler çerçevesinde muhafazakar tutumun daha liberal ve milletlerarası hukuka uygun geliştiğini gözlemledik. Bu sevindirici bir gelişmedir. Devletler Özel Hukukunda velayet, çocuk kaçırılmaları ve evlat edinme konusunda taraf olduğumuz sözleşmelerin özellikle üzerinde durduk. Türk mahkemelerinin yargılamasında geniş yer alan “Çocuk Kaçırılmalarının Hukukî Veçhelerine İlişkin La Haye Sözleşmesi”ni daha detaylı ele aldık.

2. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDAKİ KANUNA (MÖHUK) GÖRE VELAYETE UYGULANACAK HUKUK

2675 Sayılı Devletler Özel Hukuku ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 19 ve 20 inci maddeleri velâyete uygulanacak hukuku düzenlemiştir. Buna göre; “velâyet nesebi düzenleyen hukuka tabidir” çocuğun nesebinin evlilik dışı, evlilik içi veya evlatlık ilişkisi ile doğmuş olmaları ihtimallerine göre uygulanacak hukuk “evlenmenin genel hükümlerine”, evlilik dışı çocukların nesebi ve nesebin düzeltilmesine tâbî olan hukuka ve evlatlık ilişkisini düzenleyen hukuka göre belirlenecektir.

Boşanmada velâyet ise 20 inci maddenin hükmü gereği “boşanmanın tâbî olduğu hukuka göre belirlenecektir. Bu günkü düzenlememiz sadece boşanmada velâyeti evlilik devam ederken veya evlilik mevcut olmayan velâyetten farklı olarak düzenlemiştir.

2675 sayılı Yasanın 2004 Tarihli Değişiklik Tasarı Metni, velayeti soybağı konusu başlığı altında düzenlemiştir. Medeni Kanunda meydana gelen dil ve sistem değişikliği bu anlamda kanun metnine de yansımıştır. “Nesep” yerine “soybağı” teriminin tercihi bu sebeptedir. Ayrıca evlilik içi evlilik dışı nesep ve nesebin düzeltilmesi başlıkları soybağının belirlenmesinde medenî kanunun kabul ettiği sistematik dahilinde terk edilmiştir.

Tasarıya göre, soybağı düzenleyen hukuk velâyeti de düzenlemektedir. Buna göre; soybağının oluşması ve iptali başlığı altında uygulanacak hukuk düzenlenmiş, devam eden madde de ise soybağının hükümleri düzenlenmiştir. Bu madde de soybağı hükümlerinin soybağı kuran hukuka tâbî olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu madde de anne, baba ve çocuğun aynı ortak millî hukuka sahip olması ihtimalinde soybağı hükümlerinin bu hukuka tabi olacağı ifade edilmiştir. Bu şekilde tesadüfi hukukların önüne geçilmek istenmiştir.

Bu düzenleme çerçevesinde velâyet de soybağının hükümlerine uygulanan hukuka tabi uygulanacaktır. Bu hukuk ise soybağının kurulması başlığı altında hem soybağının kurulmasını hem de soybağının iptalini de yöneten hukuk olmaktadır. Bu hukuk çocuğun millî hukuku olarak belirlenmiştir. Velâyet ilişkisinde çocuğun yüksek yararının anne ve babadan önce tercih edilmesi Yargıtay'ımızın uygulamalarına ve medeni kanunun yeni düzenlemesine yansıyan yaklaşımdır (Huysal, 2005: 162). Aslında bu yaklaşım Anayasal bir ilke olarak korunmakta, Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası sözleşmede de ifade edilmektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin genel ifadesi ile birçok hukuki düzenleme ve sözleşmeye de yansıyan bu ilke, çocuğun menfaatinin her şeyden önce geldiğidir. Bu menfaati kanunlar ihtilâfi alanında en fazla koruduğuna inanılan bağlama kriteri de çocuğun şahsi hukuku olarak belirlenmiştir.

Velâyete ilişkin bir çok uluslararası düzenleme uygulanacak hukuku çocuğun şahsi hukukuna göre belirlemiştir. La Haye ve Avrupa Komisyonu Kişi Hallerince hazırlanan bu Sözleşmelerde tercih edilen şahsi hukuk, genellikle, çocuğun mutad meskenidir.

MÖHUK Tasarı metninde de çocuğun şahsi hukuku tercih edilmiş ancak bu hukuk millî hukuk olarak belirlenmiştir. Çocuğun millî hukukuna göre soybağı ilişkisi kurulamıyorsa ikinci kriter olarak çocuğun mutad meskeni hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu hukuka göre 'de soybağı ilişkisi kurulamaması ihtimalinde ana ve babanın çocuğun doğum anındaki millî hukuklarını buna göre de kurulamıyorsa ana babanın mutad meskenleri, hukukuna gidilecektir.

Bu kadar çok hukukun tercih edilmesinin başlıca sebebi soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlamaktır. Bu amaçla, son olarak da hiçbirine göre soybağının kurulamaması ihtimalinde, tesadüfi bile olsa çocuğun doğum yeri hukukuna gidileceği belirtilmiştir. Gerçekten bu bağlama kriteri, bizi hukuki ilişki ile hiçbir bağlantısı olmayan tesadüfi bir hukuka götürebilir. Ancak, soybağının kurulması adına bazen bu hukuka dahi gitmede sakınca olmayacağı gerçeği de yadsınamaz.

Soybağının en önemli hükümlerinden olan velâyet yukarıda ifade ettiğimiz hukuklara tâbî olacaktır. Tasarıda, boşanmada soybağına ve dolayısıyla velâyete uygulanacak hukukun mevcut düzenlememizde olduğu gibi boşanmanın tabi olduğu

hukuk olarak belirlendiğini görmekteyiz. Ancak Tasarının yeni getirdiği düzenleme, şimdiki düzenlememizden azda olsa farklıdır.

Bir kere kullandığı ifade gereği farklıdır. MÖHUK'un 13 üncü maddesi, MÖHUK12 inci maddede sayılan evlenmenin hükümlerine uygulanan hukukları tekrar ederek düzenlemiştir. Tasarıda, bu gereksiz tekrardan vazgeçilerek evlenmenin hükümlerine uygulanacak hukukun boşanmaya uygulanacağı ifade edilmiştir. Ancak Tasarıda şu an yürürlükteki düzenlemeden farklı olarak, “müşterek ikamet hukuku” kriteri çıkarılmıştır. Buna göre boşanmaya tarafların müşterek milli hukuku, müşterek milli hukukun olmaması halinde müşterek mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. “Müşterek ikametgâh hukuku” bağlama kriterine terk edilmesi sebebi, ikametgâhın her zaman gerçek durumunu belirlemediği endişesinden kaynaklanmıştır. Bu nedenle, hayat ilişkisinin merkezi niteliğinde olan gerçek ve fiili duruma uygun olan fiili ikametgâh diye de isimlendirilen, mutad mesken kriteri ikinci basamağı oluşturan kural olarak tercih edilmiştir. Milletlerarası özel hukukta, özellikle kişinin hukuku ve aile hukuku ilişkilerinde doktrin ve uygulamada, tüm yeni milletlerarası özel hukuk kanunlarında ve milletlerarası özel hukuk sözleşmelerinde ön'e çıkan “mutad mesken” kavramı, bu nitelikleri ile Tasarıda, ikinci kademe bağlama kuralı olarak getirilmiştir.

Boşanma neticesinde velayete boşanmaya uygulanacak hukuk mevcut düzenlememizde olduğu gibi tarafların ortak milli hukuku, bunun bulunmaması halinde mevcut düzenlemeden farklı olarak tarafların müşterek mutad mesken hukuku bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanacaktır.

İç hukuk düzenlememiz bu şekildedir. Anayasanın hükmü gereği onaylandıktan sonra kanun hükmünde olan milletlerarası sözleşmelerin konuya ilişkin düzenlemeleri de önemlidir.

Zira MÖHUK'un kanun 1 inci maddesi gereği; “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu sözleşme hükümleri saklıdır.

Bu çerçevede kanun hükmünde olan ve bazı hallerde öncelikle uygulanan milletlerarası sözleşmelerin de konuya ilişkin düzenlemelerini tetkik etmekte yarar vardır.

3. KÜÇÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA MAKAMLARIN YETKİSİNE VE UYGULANACAK KANUNA DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ

1983 yılından beri Türk hukukunda yürürlükte olan bu Sözleşme, Yabancılık unsuru velayete ilişkin uyuşmazlıklarda hem uygulanacak hukuku düzenlemekte hem de bu konuda yetkili makamları belirlemektir (Sözleşme metni için Çelikel vd,2005 (cilt I) 281).

Sözleşme gereği; yabancılık unsuru içeren küçüğün velâyeti konusunda karar verecek makam çocuğun mutad meskeni makamları bu konuda uygulanacak hukuk ise küçüğün mutad meskeni hukuku olarak belirlenmiştir. Konuyla ilgili diğer La Haya sözleşmeleri'nden ve Avrupa sözleşmelerinden farklı çocuk terimi yerine "küçük" terimi tercih edilmiştir. Küçüğün belirlenmesinde küçüğün mutad meskeni ve küçüğün milli hukuku birlikte uygulanacaktır..

Küçüğün şahsı ve malları üzerinde tedbir alacak velayet ve vesayet makamları çocuğun mutad meskeni hukuk makamlarıdır ve uygulanacak hukuk mutad mesken hukukudur.

Ancak Sözleşmenin 3., 4. ve 5 inci maddelerinde çocuğun milli makamları ve milli hukuku velâyet, vesâyet ve tedbirler konusunda karar verecektir.

Buna göre; "Küçüğün vatandaşı olduğu milli hukukun mevcut otorite ilişkisi mutad mesken makamlarınca tanınmalıdır. (md. 3)"

"Küçüğün vatandaşı olduğu milli hukukun makamları yetkili mutad mesken makamına haber vermek kaydıyla karar alabilir.(md. 4)"

"Küçüğün, kendi milli hukukunun makamlarının korunması altında iken yer değiştirmesi halinde mutad mesken makamları, milli makamın aldığı tedbirleri tanıyacaktır.(md. 5)"

İşte bu üç istisnai durumda mutad mesken hukuku yerine küçüğün milli hukuku uygulanacaktır.

Ayrıca Türkiye'nin koyduğu çekince ile 15 inci madde gereği; "Küçüğün ana-babası arasındaki evlilik bağının herhangi bir şekilde sona ermesi, iptal edilmesi, son bulması veya ayrılığa ilişkin bir talep hakkında karar verecek makamların, küçüğün şahsı veya malları hakkında koruma tedbirleri alma yetkisini saklı tutabilir. Diğer âkit Devletlerin makamları bu tedbirleri tanımak zorunda değildir."Türkiye'nin koymuş olduğu bu çekince çerçevede velayete milli hukuk uygulanacaktır ve Türk makamları yetkili olacaktır. Uzun yıllar bu Sözleşme'nin uygulanmasında bazı

konularda güçlükler doğurmuştur. Zira idari makamların velâyet ile ilgili aldığı kararlar MÖHUK gereği mahkeme kararı olmadığından tanınıp tenfiz edilemiyordu. Bu sebeple bu Sözleşme işlevini gerçekleştiriyordu.

Ayrıca velâyet kararının yabancı mahkemeden alınması ihtimalinde ve tenfizinin Türk mahkemelerinde reddedilmesi halinde de çocuğun velâyetinin Türk hukuk açısından durumu askıda kalıyordu. Tenfiz hakiminin yeniden velayet tesis etme konusunda yetkisi olmadığından, tenfiz kararı ile reddedilen velâyet kararı neticesinde belirsizlik oluşuyordu.

Bu iki durumu da ortadan kaldıran çareler Türkiye'nin 1999 tarihinde taraf olduğu "Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" ile çözülmüştür (Sözleşme metni için Çelikel vd,2005 (cilt I) 252).

4. ÇOCUKLARIN VELAYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ İLE ÇOCUKLARIN VELAYETİNİN YENİDEN TESİSİNE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Bu Sözleşme hem velayete uygulanacak hukuk düzenleyen 1961 La Haye Sözleşmesi'nin işlerliğini sağlamış hem de geniş ölçüde yukarıda sözünü ettiğimiz problemleri çözmüştür. Sözleşme'ye Almanya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Kıbrıs, Letonya, Litvanya, Lichtenstein, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Sırbistan-Karadağ, Slovakya, Türkiye ve Yunanistan taraftır.

Sözleşme'de velayet konusunda alınacak tedbirleri ve işlemleri yürütmek üzere merkezi makamların görev ve yetkileri ve uygulanacak usule ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Sözleşme, en önemlisi, idari makamlar tarafından alınacak velayet kararlarının tanınması ve tenfizine de imkân tanımaktadır.

Bu çerçevede, yukarıda ifade ettiğimiz La Haye Sözleşmesi'nce belirlenmiş idari makamlar tarafından alınan tedbir ve kararlar bu Sözleşme hükümlerine göre tanınıp tenfiz edilecektir.

Sözleşme'nin 7. maddesine göre "Akit Devletlerden birinde verilmiş velâyete ilişkin bir karar diğer herhangi bir Akit devlette tanınır ve verildiği Devlet de kabili infaz olduğu takdirde tenfiz edilir.

Bu madde'nin izlediği esas amaç tenfiz ve tanınmanın derhal olmasıdır.

Velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin reddi halinde Türk Yargıtay uygulaması, çocuğun velâyetinin ne olacağı sorununu çözmek için tenfiz hâkiminin MK 351 inci madde gereği velâyetin yeniden tesisine karar vereceğini kabul ediyordu. Ancak Yargıtay'ın bu yaklaşımı tanıma ve tenfiz prosedürüne aykırı düşüyordu. Ayrıca tenfiz hakiminin görevine girmeyen bir konuda karar vermesi hukuka aykırıydı. Ancak çocuğun velâyetinin belirsizliğinin uzun yıllar sürmesi velâyeti tesis edilmeyen çocuğun durumunun ne olacağı sorununun doğurmaktaydı. Bu çerçevede MK 351 inci madde gereği meselenin çözümlenmesinin haklı olduğu da ifade edilmekteydi (Huysal, 2005: 185).

Tenfiz hâkiminin yetkilerini genişleten Yargıtay'ın bu tutumu Sözleşme'nin uygulandığı konular için hukuka uygundur. Sözleşme velâyetin yeniden tesisi konusunda tenfiz hâkimine yetki verdiği için Sözleşme'nin uygulandığı bu davalarda sorun çözülmüş olacaktır diyebiliriz.

Ayrıca Sözleşme velâyeti bir an önce tesis edilmesi ilkesine de çok önem vermiştir.

Uzun bir zaman dilimi geçtikten sonra yabancı ülkeden alınmış velâyet kararının Türkiye'de tenfizi istendiğinde. Bu kararın tenfizinin kamu düzeni gerekçesi ile red edilebileceği gündeme gelmiştir. Çünkü velâyette aylar dahi önemli iken yabancı velâyet kararının 1 sene 2 sene geçtikten sonra tanınmasının ve tenfizinin istenmesinin kamu düzeni gerekçesi ile red edileceği ifade edilmiştir (Huysal, 2005: 185 vd.).

Bu sakıncaları gören Sözleşme velâyet kararlarının tenfizini ivedilikli olarak sağlamak amacı ile düzenlemeler getirmiştir.

Bu düzenlemelerden biri : 8 inci madde düzenlemesidir.

Bu madde “velâyete ilişkin davadan önce çocuğun kaçırılması fiili gerçekleşmişse veya bu dava sırasında çocuğun kaçırılma fiili gerçekleşmişse, herhangi bir makama çocuğun iadesi için bu fiilin gerçekleştiği andan itibaren 6 ay içinde başvurulması halinde, tanıma ve tenfize gerek olmadan çocuğun iadesi için derhal karar verileceğini” düzenler.

Ancak bu durumun gerçekleşmesi için aynı madde haksız götürme konusunda karar veren makamın çocuğun anası, babası, ve kendisinin aynı milli hukuka sahip olmasını ve çocuğun mutad meskeninde bu milli hukuk ülkesinde olmasını aramaktadır.

Bu durum velâyete ilişkin kararın görüşülmeden veya verilmeden önce iadeye ilişkin kararın verilmesine ilişkindir. Bu karar bir velâyet kararı değildir bir iade kararıdır.

Bu sebeple bunun bu Sözleşmedeki tanıma ve tenfiz koşulları gözetilmeden derhal icra edilmesi ilkesi maddede öngörülmüştür.

Ancak bu iade kararlarının etki doğurabilmesi için tenfiz ülkesi tenfiz koşulu, aramışsa bu çerçevede o ülkenin genel kuralları çerçevesinde tenfiz gerçekleştirilebilir.

Bu iki madde haricinde velâyet kararlarının tenfizinin reddedileceği haller Sözleşme'nin 9. ve 10 uncu maddelerinde etraflıca sayılmıştır.

Bu koşullar temelde Türk MÖHUK sistemine benzemekle birlikte oldukça karışık ve sözleşme dili ile orantılı olarak oldukça detaylıdır. Bu durum Sözleşmenin fazla ülke tarafından kabul edilmemesine ve uygulanmamasına neden olmuştur.

Ancak, Türk hukuku açısından bu Sözleşme'ye taraf olmamız yukarıda söylediğimiz ve belirttiğimiz bir çok pürüzlü ve endişe yaratan durumu önlediğinden dolayı oldukça olumlu olmuştur.

5. TÜRK YARGITAYI'NIN YABANCI VELAYET DAVALARINDAKİ YAKLAŞIMI

Konuyu öncelikle Türkiye'de açılmış velâyet davalarına ilişkin olarak ele alacak olursak. Türk mahkemelerinin yabancılık unsuru olan velâyete ilişkin davalarda uygulanacak hukuku belirlemede öğretiyeye bazen ters düşecek yaklaşım ve tutum içinde olduğunu görürüz.

Bugün mevcut 19 ve 20 inci maddeler çerçevesinde velâyet hakkının kaynağının belirlenmesi problemleri ile ilgili olarak evlilik dışı nesep de ana ile çocuk arasındaki ihtilafların halinde ananın milli hukuku uygulaması Türk hukukunda çok basit olarak çözülmüştür. Medenî Kanununun 282/I inci maddesine göre, çocuğu doğuran anasıdır.

Ancak genetik ana biyolojik ana ayırımının bilimle ortaya çıkması ve çocuğun genetik ve biyolojik anasının farklı olması halinde ne olacağına ilişkin bir düzenleme iç hukukumuz mevcut değildir. Bu konuya ilişkin henüz bir mahkeme kararı da yoktur. Buna mukabil, Yargıtay'ın baba ile çocuk arasındaki nesep ilişkisine ilişkin bir çok kararı vardır. Bu kararlarında daha ziyade Çocuk Hakları Sözleşmesine uygun yaklaşım içinde olduğu gözlenmektedir.

Meselâ bir kararında tanıma veya babalık davası sonucu babaya soybağı ile bağlanan çocuğun velâyetinin babaya da verileceği, verilmezse babanın çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip olacağı ifade edilmiştir. Türk Medeni Kanununun

323 üncü maddesinde düzenlenen, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve birçok Sözleşmede mevcut olan “kişisel ilişki kurma hakkı” Yargıtay’ın uygulamasına da geçmiştir (Aytaç, 2004:58).

Çocuk Hakları Sözleşmesi ve bir çok Sözleşme’de mevcut olan kişisel ilişki kurma hakkının kurulma şartı Yargıtay uygulaması çerçevesinde çocuğun yararı ilkesi ile bağlantılıdır (2. HD 9.6.2003 E:2003/5521, K:2003/8457 ayrıca 2.HD 13.12.2001, E:2001/16164,K:2001/17696)(Adalet Bakanlığı UHĐİGM Sözleşmeye ilişkin Karar Örnekleri).

Yargıtay’a göre; kişisel ilişki kurma çocuk için bir hak olduğu kadar ana ve baba içinde önemli bir haktır. Bu sebeple velâyet hakkına sahip olmamakla birlikte çocuk ile arasında uygun bir soybağı bulunan ana veya baba da çocuk ile arasında uygun kişisel ilişkinin kurulmasını talep edebilecektir. (MK. m. 323)

Konuya ilişkin olarak verilmiş olan en önemli karar İzlanda davası kararıdır.

Bu kararın uzunluğu çocukların soybağı statüsünün ancak 5 yıl sonra belirlenmesi oldukça düşündürücüdür. Ayrıca MÖHUK maddelerinin bu kararda tetkiki de doğru yapılmamıştır. Mevcut bir evliliğin varlığı ve yokluğu noktasında ihtilaf 12 inci maddenin esasları göz önüne alınmadan çözülmüştür (Karar metni için Huysal, 2005:122). Evlilik yoktur denildikten sonra çocukların soybağına uygulanacak hukuk MÖHUK 17 inci madde belirlenen haklar dikkate alınmadan yapılmıştır. Ancak kararın sonunda kişisel ilişkinin ana ile kurulabileceği hükmüne MK 323 hükümleri ile izin verilmiştir. Oysa öncelikle İzlanda hukukunun bu konuya ilişkin tetkiki yapılması gerekirken bu yapılmamıştır.

Bu karar devletler özel hukukunda velâyet ve aile hukukuna ilişkin konuların irdelenmesi açısından önemli bir karar olacak iken devletler özel hukuku metodunun göz ardı edildiği bir karar olarak doktrine geçmiştir.

Yargıtay’ın buna benzer teknik açıdan yanlış kararları mevcuttur. Yabancılık unsuru taşıyan olayda, uygulanacak hukuk tespit edilmeden vermiş olduğu velâyet kararları oldukça fazladır. YGHK’na kadar giden boşanmada velâyete ilişkin bir kararında hiç devletler özel hukuku metodu uygulanmadan İsviçre’li kadına çocukların velâyetinin verilmesi red edilmiştir. Daha sonra HGK bu kararı bozup çocukların anaya verilmesine yine devletler özel hukuku kurallarını uygulamadan vermiştir (YHGK 17.3.1993 E 2-763,(İKİD, S.33, 1993, 9563)).

Uygulanacak yabancı hukukun engellenmesi açısından Türk Yargıtay’ı kamu düzeni istisnai kuralına sıkça başvurmuştur. Burada Yargıtay kararlarına gerekçe teşkil eden çocuğun yararı ilkesi Anayasal bir ilke olarak Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’lerin benimsendiği genel bir hukuk ilkesi olarak uygulanmıştır. Anayasanın sosyal devlet ilkesi devletin amaç ve görevleri arasında yer alan kişilerin ve toplumun refahı huzur

ve mutluluğu sağlama ödeviyle birleşerek, çocuğun yararının korunması prensibinin temelini oluşturur.

Çocuğun yararı ilkesi anayasal boyutta 41 inci madde açık olarak ifade edilir.

Gerçi madde ailenin korunması çerçevesinde ana ve babanın haklarını düzenlemektedir. Ancak bununla beraber; ana-babanın haklarıyla çocuğun hakları çatışrsa, çocuğun yararı dikkate alınacaktır.

Bu ilkeye göre, çocuğun güvenliği amacıyla alınacak tüm tedbirlerde ölçü çocuğun güvenliği ve yararı olmalıdır.

Türk doktrininde de uygulanacak yabancı hukukun kamu düzenine aykırılığının saptanmasında çocuğun yararı ilkesinin gözetildiği gözlenmektedir (Çelikel, 2004;140,143,222.; Huysal, 2005: 162 özellikle dipnot 471.; Nomer ve Şanlı, 2005:261).

Ana ve babanın çocuğun terbiyesi hakkında şiddet uygulamasına izin veren hukuk kamu düzenine aykırı bulunacaktır (Çelikel 2004:140 vd.; Nomer ve Şanlı ,2005: 261 vd.).

Ergin bir çocuğun din seçme özgürlüğünü ortadan kaldıran bir hukuk da Anayasa'ya aykırıdır (Nomer ve Şanlı, 2005:261 vd.).

Ancak anne ve babanın haklarının çatışmasında hangisinin üstün tutulacağını tespit etmek bu kadar kolay değildir. Türk içtihat'ının velâyet ve velâyete ilişkin konulara yaklaşımı, velâyeti kamu düzeni ile iç içe değerlendirmek yönündedir. Bu kararlarda Yargıtay'ın izlemiş olduğu yöntem devletler özel hukuku metoduna aykırıdır.Yargıtay velâyetin “kişisel statüye bağlı olarak kamu düzeni cümlesinden olduğunu” birçok kararında ifade etmiştir (Huysal, 2005: 161 dipnot (dn) 470).

Yargıtay'ın yabancı velayet kararlarına ilişkin yaklaşımını özetleyecek olursak,

“Kamu düzeni” kriterinin burada da çok sık kullanıldığını söyleyebiliriz. Ancak Yargıtay'ın velayeti kamu düzeninden bir konu olarak görerek, kamu düzenini emredici kurallar gibi uygulaması hatalıdır. Buna mukabil kamu düzeni süzgecini çocuğun yararı ilkesine bağlı tutarak her somut olaydan istisnai uygulaması yerindedir. Bilhassa Türk medenî hukukundan farklı yabancı hukuk düzenlemesinin kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmesi yaklaşımı hatalıdır. Buna ilişkin bulması ve Yargıtay'ın Alman Hukukunun ortak velâyete ilişkin düzenlemesini Türk kamu düzenine aykırı bulması ve Alman mahkeme kararını tenfiz etmemesi eleştirilebilir (2.HD, E:2818,K:3889, T:20.3.2003, Karar metni için bkz. www.kazanci.com.tr).

Hukuk sistemlerinin farklılığı kamu düzeni mekanizmasını kural olarak harekete geçirmez. Bu konuda mahkemelerin somut olaya göre yabancı mahkeme kararının sonuçlarının kamu düzenine aykırılığını tetkik edip karar vermesi daha uygun olur.

Yargıtay'ın gerek Türkiye'de görülen yabancı unsurlu velayet davalarında gerekse yabancı velayet kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi için açılmış davalarda takındığı tavır bu şekilde özetlenebilir.

Ancak Yargıtay'ın bir çok kararında da kamu düzeni kuralını yerinde ve MÖHUK 5.inci maddenin ve 38 (c) maddesinin anlam ve içeriğine de uygun kullandığı kararları da mevcuttur (Çocuğu dinlemeden alınmış olan velâyet kararlarını Yargıtay çocuğun yararı ilkesine aykırı hareket edildiği için kamu düzeninden bulup tenfiz etmemektedir. Bkz.2.HD, E:2108,K:3555, T:28.2.1991 (İKİD sayı 369-1991,8216)).

Mesela, mahkeme dışında eşlerin anlaşarak kararlaştırdıkları velayet ve nafaka konularına ilişkin olarak varılmış olan İsviçre kararını kamu düzenine aykırı bularak tenfiz etmemiştir. Gerekece olarak da tarafların boşanma konusunda anlaşabileceğini ancak çocukların velayeti konusunda anlaşamayacaklarını ifade etmiştir. Böylesi bir anlaşmanın "çocuğun yüksek yararı" gözetilmeden yapılan bir velayet tesisine sebep olduğunu belirterek kararı MÖHUK 'un 38 (c) maddesi gereği kamu düzenine aykırı bulup reddetmiştir (2.HD, E:8463,K:9727, T:29.9.1997 (YKD, S:2, 1998,195-196)).

6. VELAYET İLİŞKİSİ DIŞINDA ÇOCUKLARIN İADESİ MESELESİ VE ÇOCUK KAÇIRMA DAVALARI

Velayetin anne ve babada olması bir anlaşma bir kanun maddesi veya mahkeme kararı ile oluşmaktadır. Velayet hakkına sahip olan ebeveynin, çocuğun kişiliği ve malları üzerinde yetkiye sahip olması yanı sıra onun terbiyesi, bakımı ve eğitimi ile ilgili olarak karar alma ve bunları uygulama yetkisi de mevcuttur. Çocuğun bakımı çocuğun şahsının bakımı oturduğu yerin belirlenmesi maddi ve manevi ihtiyaçlarının karşılanması alanları ile de ilgili oldukça geniş hak ve ödevleri kapsamaktadır. Ancak velâyet hakkına sahip olmayan ebeveyninde onun üzerinde hakları korunmuştur. Bu da o anne ve babanın çocuk ile "kişisel ilişki" kurması hakkıdır. Velayet hakkının kapsamı kadar geniş olmamakla birlikte kişisel ilişki hakkı da tıpkı velayet hakkı gibi kanundan, anlaşmadan veya bir mahkeme kararından doğabilir. Bu hakkın sınırlanması, genişletilmesi veya tamamen kaldırılması "çocuğun yararı" ilkesi ile bağlantılı olabilir. İşte gerçek velayet hakkı

sahibi anne veya babanın yanından alınarak kişisel ilişki kurma hak ve yetkisine sahip anne veya babaya çocuğun gitmesi veya alıkonulması hallerinde hukuken belirlenmiş hak ve görevlerin aşıldığı hatta ihmal edildiği durumlar meydana gelebilir. İşte bu durum aileler tarafından çocuğun kaçırılması iddiasına kadar uzanabilir. Hatta bu iddia fiilî ve hukukî bir gerçek olarak da kendisini gösterebilir.

Milletlerarası ihtilaflarda daha da çetrefilli olan bu durumun, ancak, bu alanda yapılan bir sözleşme ile daha rasyonel çözüme kavuşturulacağı düşünülmüştür.

25 Ekim1980'de Lahey'de hazırlanan ve imzalanan bu Sözleşme'ye Türkiye 3.11.1999'da katılmıştır. Sözleşme 15.02.2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Türkiye'nin 2000 yılından beri uyguladığı bu sözleşme "Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme"dir (Sözleşme metni için Çelikel vd,2005 (cilt I) 235).

6.1. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair 1980 Tarihli

La Haye Sözleşmesi

Sözleşmeye 2005 Nisan ayı itibariyle 79 ülke taraftır. Tüm Lahey üyesi olan devletler yanında Lahey üyesi olmayanlar içinde eğer katılımcı ülke taraf ise Sözleşme yürürlüktedir. Sözleşme'nin 38.inci maddesi Lahey üyesi olmayan ülkeler açısından Sözleşme'nin nasıl uygulanacağını göstermektedir. Türkiye Lahey üyesi bir ülke olduğundan 38.inci madde uygulanmadan, Sözleşme, uygulanmaktadır.

Bu Sözleşme nitelik itibariyle velayet kararlarının tenfizini düzenleyen Avrupa Sözleşme'sinden farklıdır. Zira bu Sözleşme bir tanıma ve tenfiz Sözleşmesi değildir. Bu sebeple bu Sözleşme'nin uygulanabilmesi için bir velâyet kararına veya bu kararın tanınması ve tenfiz edilmesi için açılacak bir davaya ihtiyaç yoktur.

Sözleşme'nin uygulanabilmesi için gerekli koşullar şu şekilde özetlenebilir:

Öncelikle taraf Devlete gayri kanuni yolla götürülen veya alıkonan bir çocuk olmalıdır ve taraf Devletteki koruma ve ziyaret haklarına diğer taraf devlette riayet edilmemelidir.

Sözleşmenin amacı çocuğun haksız kaçırılması veya alıkonulmasının önlenmesi ve çocuğun ebeveyni ile kişisel ilişkilerinin düzenlenmesidir.

Bu iki durumun tespitinde bir velayet kararının alınmış olması gibi zorunluluk söz konusu değildir.

Burada ele alınması gereken ilk koşul çocuğun gayri kanunî yolla götürülmesi veya alıkonulmasının nasıl saptanacağı meselesidir. Öncelikle bunun belirlenmesinde yarar vardır.

6.1.1 Kanuna Aykırı Olarak Götürülme Veya Alıkonulma

Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutad meskeninin bulunduğu, Devlet kanunu tarafından bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali, kanuna aykırılık doğurmaktadır. (madde 3 (a)) Ayrıca bu hakkın yer değiştirme veya geri dönmeme anında fiilen kullanılmakta olması veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak olması gerekmektedir (Fiilen kullanılma konusunda getirilen kıstaslar için bkz. Aytaç,2004: 40 dn 9).

O halde kanuna aykırılığın saptanmasında göz önüne alınacak unsurlar 1) “Koruma hakkı” 2) “Çocuğun mutad meskeni” 3) “Bu mutad meskenindeki koruma hakkının fiilen kullanılıyor olması”dır.

6.1.1.1 Koruma Hakkı

Velayet hakkı diye de adlandırılan bu hak hiç şüphesiz teknik anlamda velayet hakkını ihtiva etmez. Bu hak velayet hakkından daha sınırlı sadece çocuğun ikametini belirleme hakkıdır. Bu hakkın tespitinde kriter ise çocuğun mutad meskeni hukukuna göre yapılacaktır. Çocuğun mutad meskeni hukukunun bu koruma hakkına vereceği anlam veya yine çocuğun mutad meskeni hukukunda bu koruma hakkını belirleyen mahkeme kararı doğrudan delil teşkil edecektir. (madde 14) Bu şekilde çocuğun mutad meskeni makamlarının kanundan doğan veya akitten doğan veya mahkeme kararından doğan velâyete ilişkin kararları hiç şüphesiz çocuğun iadesi sırasında doğrudan delil olarak dikkate alınacaktır. Bu sebeple çocuğun mutad meskeninin tespiti kaçırılma fiilinin gerçekleştiğinin kanıtı için önemlidir. Daha da önemlisi sözleşmenin uygulanabilmesi için tespit edilmesi gereken bir koşuldur.

6.1.1.2 Çocuğun Mutad Meskeni

Mutad meskene ilişkin sözleşmede herhangi açıklayıcı hüküm yoktur. Ancak uluslar arası sözleşmelerde ve bir çok hukukun kişisel statüye ilişkin bağlanma kurallarında

sıkça kullandığı mutad mesken, gerçek hayat ilişkilerinin sürdüğü kişinin fiilen oturduğu ve oturmak isteği ve iradesinde olduğu yer olarak tanımlanabilir. Mutad meskende, süreklilik, fiili durum (hayat ilişkisi) ve yerleşme niyeti vardır. Birçok yabancı mahkeme kararı bu unsurları baz alarak çocuğun mutad meskenini belirlemiştir (Amerika Birleşik Devletleri, bu konuda çocuğun mutad meskenini belirlerken fiili gerçek durum yanında yerleşme niyetini de aramaktadır bkz Herring, Vol 20 (1994-1995) : 153 vd.).

Burada hiç şüphesiz 15 yaşındaki bir çocukla 3 yaşındaki bir çocuğun mutad meskenini belirlerken farklı yaklaşım ve tutum içinde olunacaktır. Çocuğun, anne ve babasından müstakil mutad meskeninin belirlenmesinde çocuğun yaşı sosyal konumu ve sosyal aktivitelere katılması farklılık yaratacaktır. 15 yaşında okula giden bir çocuğun mutad meskeni okulunun bulunduğu yer olarak belirlenebilir. Buna mukabil, sosyal hiçbir aktiviteye katılmayan 3 yaşındaki bir çocuğun mutad meskeninin tespitinde anne ve babasından ayrı bir belirlemeye gidilmesi olası değildir. Burada ailenin oturma yerinin çocuğunda mutad meskeni olduğunu söyleyebiliriz. İşte bu çerçevede bu yer hukukunun çocuğun üzerinde aile fertlerinin alabileceği koruma yetki ve sınırlarına göre, bir ihlalin söz konusu olup olmadığı tespit edilecektir.

6.1.1.3 Çocuğun Mutad Meskenine Göre Belirlenen Koruma Tedbirlerinin Fiilen İhlal Edilmesi

Sözleşme'nin uygulanması ve haksız alıkonulma ve götürülme koşulunun gerçekleşebilmesi için önemli koşullardan biri de bu haksızlık vukuu bulmadan önce velayet hakkının (koruma tedbirleri) fiilen kullanılıyor veya kullanılacaktır olması lazımdır. Çocuğun kaçırıldığı, tarihte doğmuş ve fiilen kullanılmakta olan velayet haklarının ihlaline Sözleşme uygulanacaktır. Bu hakkı kullanan tarafın buna yönelik olarak yapmakta olduğu belirli eylemlerin esas alınması gerektiği La Haye Uluslararası Hukuk Konferansının 1993 tarihli toplantısında ifade edilmiştir. Buna göre velayet hakkını hiç kullanmamış olan kimsenin sözleşme hükümlerinden yararlanması önlenmek istenmiştir (Aytaç,2004: 37 vd Ayrıca Rivers,1989: 589-640).

Ancak bunun sınırını belirlerken mahkeme kararlarının bazen velâyetin fiilen kullanılıyor olmasında çok dar yoruma gittiği gözlenmektedir. Çocuğunu yatılı okulda okutan ve fakat hafta sonları dahi göremeyen babanın velayet hakkını fiilen kullandığı ifade edilmiştir (Ataman (Figanmeşe),1999:88). Buna mukabil, ebeveynlerden birinin diğeri ile çocuğun birlikte yaşamasına izin vermesi bu konuda irade göstermesini fiili olarak velayet hakkını kullanmaktan feragat ettiğine delil

sayan ve velâyet hakkının fiilen kullanılmasını oldukça geniş yorumlayan mahkeme kararları da mevcuttur (Aytaç, 2004: 40 dn 9).

Velâyet hakkının eğer kaçırılma gerçekleşmeseydi fiilen kullanılacak olması da Sözleşmeye göre kaçırılma fiilinin gerçekleştiğine neden teşkil etmektedir.

6.1.2. Sözleşme'nin Kişisel Uygulama Alanı

Kanuna aykırı kaçırılma veya alıkonulma fiilinin gerçekleştiğinin iddiası ve tespiti bu Sözleşme'nin uygulanmasına ve iade prosedürünün başlamasına bir adım teşkil edecektir. Ayrıca bundan başka Sözleşme'nin uygulanabilmesi için kaçırılan veya alıkonan çocuğun 16 yaşından küçük olması da gerekmektedir. Yaşa ilişkin zaman limitinin hesaplanmasında çocuğun haksız götürülme veya alıkonulma zamanından mı yoksa başvurunun yapıldığı zamandan mı itibaren hesaplanacağı konusunda Sözleşme'de bir açıklama yapılmamıştır. Bu noktada devletlerinde uygulamalarının farklı olduğu gözlenmektedir (Bu konuda Amerikan mahkeme uygulaması yaşın hesaplanmasında kaçırılma anını esas almaktadır bkz. Herring, Vol 20 (1994-1995):161; Rivers ,1989 : 620).

6.1.3. Merkezi Makam

Sözleşmenin bir adli yardım sözleşmesi olduğunu söylemekte yarar vardır. Sözleşmenin amacı ivedilikle haksız olarak alıkonan veya kaçırılan çocuğun iadesini sağlamaktır. Bu sebeple bu işin kolay ve kısa yolla hal edilmesini sağlamak amacı ile devletlerin bünyesinde bir merkezi makamın tesisine yer verilmiştir.

Sözleşmenin 6 ve 7.inci maddelerinde düzenlenen bu merkezi makamın görevi önemlidir. Merkezi makam sizin adınıza vekiliniz gibi hareket ederek çocuğun iadesi için yapılması gereken tüm önlemleri alacaktır. Bu çerçevede çocuğun bulunduğu yeri tespit etmek – çocuğun menfaatini korumak amacıyla gerekli tedbirleri almak – çocuğun dava yoluna gidilmeden rıza veya anlaşma yolu ile iadesini sağlamak bunun için girişimlerde bulunmak – sulh yoluyla çözümlenemeyen ihtilaflarda çocuğun iadesi için mahkemede dava açmak – çocuğun ülkesine dönüşü için gerekli güven ortamını sağlamak ve imkanları temin etmek – gecikme olması ihtimalinde ilgilileri bilgilendirmek. Bunun gibi birçok konuda çocuk adına bir vekil sıfatıyla hareket eden makamdır. Bu sebeple de önemli olan bir makamdır merkezi makam.

Bilhassa meseleyi dava yoluna götürmeden sulh yolu ile hal etme merkezi makamın önemli görevlerinden biridir. Aslında bu gibi konularda hem ailelerin hem de bilhassa çocuğun büyük duygusal ve bazen de fiziki zarar görmemesi için, meselenin sulh ve anlaşma yol ile hal edilmesi daha iyi ve yerinde olacaktır.

Merkezi makam çocuğun yararına iadenin gerçekleşmesi için ivedilikle hareket etme yükümlüdür. Bunun için Sözleşmenin 11.inci maddesi bu konuyu açıkça düzenlemiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre; “Müracaatta bulunulan adli veya idari makam, müracaattan itibaren 6 hafta içinde karar vermezse, talep eden veya talep edilen Devletin merkezi makamı kendi girişimi ile gecikmenin nedenlerine dair bir belge isteyebilir.” Bu çerçevede çocuğun iadesi için başvuru mahkeme veya idari merciinin mesele hakkında çabuk ve seri karar vermesi önemlidir.

Bu noktada iade için başvuru makamın vereceği kararın niteliği ve doğuracağı sonuçlarla ilgili tereddütlerin giderilmesi gerekir. Bu makamın izleyeceği usulün seri bir usul olması gerekir. Sözleşmenin hazırlık aşamasında, bu konuda makamların sadece dosya içeriğine bakarak karar vermelerinin dahi yeterli olacağı vurgulanmıştı. Zira bu makamların çocuğun velayeti konusunda değil sadece iadesi konusunda karar verdiğini, bu sebeple de taraflar ve çocuk teşkil edilmeden onlar dinlenmeden iade konusunda karar verebileceği belirtilmiştir (Aytaç, 2004: 46-47).

Gerçekten konu sadece iadeye ilişkin hususun tespitidir. İadesi için talepte bulunulan çocuğun velayetine ilişkin konunun tespiti bu davada yapılmaz. Dolayısıyla bu Sözleşme çocuğun velayetine ilişkin kararları düzenlemez. Ancak iade edilen çocuğun durumu ileride onun velayetine de mesnet teşkil edebilir. Şöyle ki velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizine ilişkin Avrupa Sözleşmesine göre, eğer bir iade kararı söz konusu ise Sözleşme çerçevesinde bu kararın tanıma tenfizine girilmeden onun iade edileceği ifade edilmiştir. Ayrıca La Haye Sözleşme’sinin 19.uncu maddesi açıktır. İade kararı, velâyet hakkının esasını etkilemez. Fakat iade kararı velayet hakkının tesisinde takdiri delil olarak nazırı itibaren alınabilir (madde 17). Bu sebeple iadeye ilişkin duruşmaların dosya münderecatı çerçevesinde taraf teşkil edilmeden yapılması âdil sonuçlar doğurmayacağı gibi ileriye yönelik olarak daha sonra tesis edilecek velâyet kararı içinde adil ve yerinde olmaz görüşüdeyiz.

Fakat bu konuda izlenecek usulün hızlı olması gerekmektedir. Bu sebeple bazı ülkeler iç hukuklarında yasal düzenlemeler yapmışlardır (Bu Sözleşme’nin uygulamasına giren konularda açılan davalara ilişkin ABD Özel Yargılama düzenlemesi yapmıştır bkz. Herring , Vol 20 (1994-1995):141.Ayrıca diğer örnekler için bkz Aytaç, 2004: 45). Ancak bu çabukluk hiçbir zaman çocuğun ve ilgili şahısların dinlenmesinin engellenmesi sonucunu da doğurmamalıdır kanaatindeyiz.

Yargıtay'ımızda iadeye ilişkin davalarda tarafların hazır bulunmasını ve çocuğun dinlenmesini gerekli görmüştür (Yargıtay uygulaması için bkz. Aytaç, 2004: dn 20'deki kararlar, ayrıca 2.HD 7.3.2002, K:2002/3056, E: 2002/876 (YKD Cilt 28, S. 7 Temmuz 2002:1015).

6.1.4. Sözleşme Çerçevesinde İade Şartları

Sözleşme çocuğun kaçırılması veya alıkonulmasından itibaren 1 yıl içinde yetkili makamlara başvuru yapılmasını düzenler. Ancak bu başvurunun 1 yıl içinde yapılmaması iade davasının reddedilmesini veya iadeden kaçınılması neticesini doğurmaz.

Bu başvurunun 1 yıl içinde yapılmaması iadeden kaçınma sebeplerini genişletir. 13 ve 20.inci madde de sayılan sebepler dışında bu durumda, 12/1'de sayılan sebeple de iadeden kaçınılabilecektir.

6.1.4.1 Çocuğun Kaçırılmasından İtibaren Bir Yıl İçinde Başvurunun Yapılması Halinde İadeden Kaçınma Sebepleri

Bunlar Sözleşmenin 13 ve 20.inci maddelerinde sayılmıştır. Buna göre; 13.üncü maddenin 1.inci fıkrası gereği;

1. Velayet hakkı sahibinin muvafakati iadeden kaçınma sebebidir. Ancak bu rızanın iade talebinden vazgeçtiği yönünde olması lazımdır. Çocuğun velayet sahibi olmayan anne veya babası ile kişisel ilişki kurma kapsamında, velayet hakkına sahip ebeveyninin rızası ile yurt dışına çıkartılması bu madde çerçevesinde muvafakat olarak yorumlanmamalıdır.

2. Çocuğun vücut tamlığına veya ruh sağlığına yönelik ağır bir tehlikenin olması 13.üncü maddenin 2.inci fıkrasında düzenlenen iadeden red sebebidir. Bu sebebin oldukça dar yorumlanması gerekir.

3. 13.üncü maddenin 3.üncü fıkrası gereği çocuğun tercihi iadeden kaçınma sebebidir. Yargıtay çocuğun yaş ve olgunluk derecesine göre bu tercihin dikkate alınacağını birçok kararında ifade etmiştir (Bu konuda örnek kararlar için bkz. Aytaç, 2004: 53. ABD mahkeme uygulaması da Yargıtay'ımızın uygulamasına benzemektedir. Birçok kararda çocuğun yaş ve olgunluğu ile orantılı görüşünün alınacağı buna değer verileceği ifade edilmiştir. Bu kararlar için bkz. Rivers,

1989:620 vd.,627. Bu iradenin baskı altında kalınmadan özgür olarak verilmesi de ABD mahkemelerinin tatbikatında aranan şartlardan biri olmuştur bu konuda bilgi için bkz Herring, Vol 20 (1994-1995): 164).

4. Son olarak İnsan hakları ve temel özgürlük ilkelerine aykırılık Sözleşmenin 20.'inci maddesi gereği iadedden kaçınma sebebidir. Buna göre; iade edileceği ülkede bu temel ilkeler sarf-ı nazar edilecekse iadedden kaçınılabilmektedir.

6.1.4.2. Çocuğun Kaçırılmasından İtibaren Bir Yılı Geçtikten Sonra İade Red Sebepleri

Yukarıda sayılan sebepler dışında buna 12.inci maddenin 2.inci fıkrası gereği bir sebep daha eklenmiştir. Bu sebep çocuğun yeni çevresine uyum sağlamasıdır. Çocuğun yeni çevresine uyum sağlamasının tespitinde çocuğun yaşı ve sosyal aktivitelere katılması önem taşıyacaktır. Bir yaşındaki bir çocukla 10 yaşındaki bir çocuğun yeni çevresine uyum sağlamasında, göz önüne alınacak kriterler farklı olacaktır. On yaşındaki çocuğun okul hayatı olduğundan yeni okuluna uyum sağlaması ve alışması iadedden kaçınma sebebi teşkil edecektir. Buna mukabil bir yaşındaki bir çocuğun yeni çevresine uyum sağlamasında bu denli kesin ve belirgin davranılamayacaktır. Türk Yargıtay'ı birçok kararında annesi tarafından kaçırılan çocuğun yeni çevresine uyum sağlaması iddiasında anne şefkatine muhtaç olan çocuğun bu 1 yıllık başvuru süresi geçtikten sonra iade edilmesini, yeni çevresine uyum sebebi ile reddetmektedir. Ancak bunun aksine verdiği kararları da mevcuttur (Bu konuya ilişkin kararlar için Aytaç, 2004: 52 dn 30).

Buna mukabil, Amerika Birleşik Devletleri bölge mahkemesi, bu fıkranın çocuğun toplumsal aktivitelere katılması ile bağlantılı ve ilintili uygulanması gerektiğini ifade etmiş, okula gitmeyen çocuk için bu sebebe binaen yapılan iade talebinden kaçınılma iddiasını red etmiş ve çocuğun iadesine karar vermiştir (Herring, Vol 20 (1994-1995): 165-166).

6.1.5. Çocukla Kişisel İlişki Kurulması

Bu Sözleşme'nin amacı hukuka aykırı kaçırılan veya alıkonulan çocukların mutad meskenlerine iadesini sağlamak aynı zamanda velayet hakkı olmaya anne ve baba ile kişisel ilişkinin kurulmasını sağlamak ve bu konuda gerekli önlem ve tedbirleri almaktır.

Velayet hakkının bir uzantısı olan çocukla kişisel ilişki kurma hakkı Sözleşme'nin 21.inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hakkın, kullanılmasının sınırlarının belirlenmesi, çocuk kaçırma fiilinin varlığının tespiti için önemlidir.

Türk mahkeme uygulaması “Kişisel ilişkinin” sınırını belirlerken çocuğun mutad meskeninden çıkarılmaması, bu hakkın onun mutad meskeninde kullanılması şeklinde yorumlamaktadır (2.HD. 9.6.2003, E:2003/5521, K:2003/8457 Bu konuda geniş bilgi için bkz Aytaç, 2004:58). Bu yaklaşım kanaatimizce hatalıdır. Zira kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveyn çocuğu yaşadığı ülkeye götürebilmelidir. Aksi takdirde kişisel ilişkinin anlam ve önemi kalmaz. Zira bu şahıs kendi yaşantısını sürdürdüğü yerde çocuğu ile daha gerçekçi ve doğal bir ilişki içinde olacaktır. Burada amaçlanan da bu doğal ortamın sağlanmasıdır. Bu sebeple Yargıtay'ın “kişisel ilişki” konusundaki bu yaklaşımına katılmıyoruz.

6.2. Türkiye’de, Sözleşme’nin Uygulanması Usulü ve Türk Mahkemelerinin Konuya İlişkin Uygulamaları

Türkiye Cumhuriyeti açısından merkezi makam görevini Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü üstlenmiştir. Merkezi makam bu görevini mahalli Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığı ile yerine getirmektedir (Geniş bilgi için Aytaç, 2004: 59 vd.).

Cumhuriyet Başsavcılıkları; mutad meskeni Türkiye’de olup da, velayet hakkı, ihlal edilmek suretiyle başka bir taraf Devletine götürülen çocuğun Türkiye’ye iade edilmesinde gönderici makam olarak hareket edecektir. Aynı Cumhuriyet Başsavcılıkları çocuğun haksız olarak Türkiye’ye kaçırılması veya Türkiye’de alıkonulması davalarında aracı kurum olarak hareket edecektir.

Aracı kurum veya gönderici makam sıfatı ile Cumhuriyet Başsavcılıkları merkezi makamın görevini yerine getirecektir. Bu sebeple meselenin sulh yolu ile çözümü anlaşılabilir ise dava yolu ile çözümünde Cumhuriyet Başsavcılıkları davacı veya davalı yanında yer alacaktır. Merkezi makamın görevini yerine getirme konusunda aracı olan Cumhuriyet Başsavcılıklarının Sözleşme hakkında bilgilendirilmeleri hatta eğitilmeleri çok önemlidir. Zira burada bazen sosyolojik bir olayı çözmeye, hatta psikolojik olayı hal etmeye Cumhuriyet Başsavcılıklarının görevi olacaktır. Konu ile ilgili olarak, duyarlı hareket etmeye ve bu konu ile ilgili bilgilendirilmenin önemi bu Sözleşmenin sağlıklı uygulanabilmesi için önemlidir.

Uygulamamızda Cumhuriyet Başsavcılıkları “davaname” ile yetkili aile mahkemelerinde dava açmaktadır. Ancak davaların taraflar teşkil edilerek

görüşülmesini isteyen Yargıtay dosya üzerinden incelemeleri kabul etmemektedir. Bu sebeple Cumhuriyet Başsavcılarının açmış oldukları bu davalara taraflarda katılmaktadırlar (2.HD 13.12.2001, E:2001/16164,K:2001/17696; 2 HD 10.12.2001, E:2001/16027,K:2001/17495).

Türkiye açısından sık uygulanan sözleşmelerden biri olan bu Sözleşme'nin uygulanmasında Türk mahkemelerinin bu anlamda Türk Yargıtay'ının da yaklaşımını belirlemekte yarar görmekteyiz.

Yargıtay iade davasının hızlı ve fakat taraf teşkil edilerek yapılmasına bir çok kararında değinmiştir.

İadeden kaçınma sebeplerini değerlendirirken izlemiş olduğu müstakar bir tavır yoktur. Sözleşmenin 13.üncü maddesinin (b) bendi gereği çocuğun ruhen veya bedenen zarar görme endişesi ile iadesinden kaçınılmasını yabancı mahkeme kararları ile mukayese ettiğimizde oldukça geniş yorumladığını görmekteyiz. Bilhassa bir çok kararında kullandığı ana şefkatine muhtaç çocuk gerekçesini 13.üncü maddenin (b) bendi içinde yorumlamaktadır. Bu oldukça geniş bir yorumlamadır. Zira hemen hemen tüm çocuklar belli bir yaşa kadar anne şefkatine muhtaçtırlar. Bu yaş sınırı ise 16 yaşa kadar dayanabilir.

Ancak bazı kararlarında Yargıtay ana şefkatine muhtaç olma olgusunu bir yana bırakıp 13 (b) maddesini "Çocuğun yararı ilkesi" ile orantılı olarak değerlendirmiştir. Bu yaklaşımın daha yerinde olduğu kanaatini taşımaktayız (Bu konuda bkz. 2 HD 4.6.200, E:2004/10536).

Yabancı mahkeme kararlarının bir çoğunda da 13 (b) iade red sebebi çocuğun yararına olmak kaydıyla dar yorumlanmıştır.

Örneğin İngiliz mahkemeleri ekonomik yönden zayıf tarafta çocuğun kalmasının ruh ve bedensel tamlığı için bir zarar olarak görmemiştir. Bu sebeple çocuğun yararını belirlerken ekonomik yararı arka planda tutmuştur ve 13 (b) maddesini oldukça dar yorumlamıştır (Herring, Vol 20 (1994-1995): 168 dn 264).

Çocuğun mutad meskeni kriterinin uygulanmasından Yargıtay'ın terminoloji zayıflığı içinde olduğunu gözlemekteyiz. "Mutad mesken" kavramının La Haye ve Avrupa sözleşmelerinde sık kullanılan bağlama kriteri olmasına mukabil iç hukukumuzda birinci kademe bağlama kuralı olarak tercih edilen kural olmamasının en önemli sebebi kavramın yeni olması ve alışılmış olmamasıdır.

Yargıtay bu kavramı sözleşmelerle tanımıştır. Ancak bunu isimlendirirken "İkametgah" kavramı ile zaman zaman karıştırdığı izlenimini yaratmaktadır. Sözleşmenin uygulanması ile ilgili vermiş olduğu birçok karardan mutad mesken kavramının ikametgâh ile karıştırıldığı gözlenmektedir. Medeni kanunda

“İkametgâh” hukukî terimi yerine Türkçeleştirilmek maksadı ile “yerleşim yeri” teriminin tercih edilmesi de bu karışıklığa sebep olmaktadır. Yerleşim yeri ve mutad mesken bu sebeple karıştırılmıştır. Yargıtay birçok kararında “mutad yerleşim yeri” terimini kullanmıştır. Burada kast edilen sözleşmenin uygulanması ile ilgili olduğundan, mutad meskenidir. Ancak mutad mesken hiçbir şekilde mutad yerleşim yeri diye adlandırılmaz. Yerleşim yeri yani eski tabiri ile ikametgâh medenî kanunda tanımını bulan hukuki yerdir. Mutad mesken ise teknik olmakla birlikte hukukî tanımla bağlanmamış bir terimdir. Kişinin fiili olarak bulunduğu hayat ilişkilerini sürdürdüğü bu sebeple de oturma iradesi içinde olduğu gerçek meskenidir. Bu sebeple bu iki kavramın karıştırılarak birleşiminden oluşan bir terim önemli hata olur kanısındayız (Bkz.2 HD 3.6.2003, E:2003/12955).

Sözleşmenin en önemli maddelerinden biri de 16 ncı maddesidir. Bu madde; çocuğun kanuna aykırı olarak yer değiştirdiği veya geri dönmediğinin 3.üncü madde çerçevesinde yapılan müracaatla haberdar edilmesini takiben iade talebi görüşülürken veya iade talebi henüz karara bağlanmadan velayetin esası konusunda karar verilemeyeceğini düzenler.

Buna göre – iade davası görülürken veya iade için başvuru yapılmamış ancak kaçırılmadan itibaren uzun bir süre geçmeden önce velayetin içeriği konusunda bu makamlar karar veremeyecektir.

Bu çerçevede, 16 ncı maddedeki velâyet hakkının esasının incelemesi yasağı Yargıtay’ın bir çok kararında yerinde uygulanmıştır.

Bu konuda vermiş olduğu bir çok kararında eğer iade davası ile boşanma ve velâyet davası birleştirilmişse birleştirilen davaların Hukuk Usulü Muhakemeleri çerçevesinde ayrılmasına karar vermişti. Bu şekilde öncelikle ve ivedilikle iade davasının görüşülmesine karar vermiştir(2.HD 7.6.2001, E:2001/7414, K:2001/8902 (Adalet Bakanlığı Sözleşmeler Dosyası) Aytaç, 2004: 56 dn 32).

Sözleşme’nin bu açık hükmünü Yargıtay davaların birleştirilmemesi ve gerekli görülen hallerde ayrılması ile çözmüştür.

Ancak Sözleşme’de yer alan önemli bir düzenlemelerden biride 14. maddedir. Buna göre; çocuğun mutad meskeni hukukunun velâyet hakkına ilişkin kanundan anlaşmadan veya karardan doğan hukuki dayanakları iade davasında doğrudan delil olarak ileri sürülebilecektir. Yargıtay’ın bu maddeyi de yerinde uyguladığı birçok kararı varken bazı kararlarında çocuğun mutad meskeni hukukunun velâyete ilişkin bilgileri ile iadenin görüşüldüğü makamın hukuki verilerini değerlendirirken, değerlendirme hatası yaptığı kararları da mevcuttur.

Şöyle ki iade makamının hukukunda velâyetin içeriğine ilişkin bilgi ve değerlendirmeler ancak takdiri delil olarak değerlendirilecektir. Çünkü iade davası

görüşülürken velâyetin aslına ilişkin karar alınamayacağı gibi bu davadan önce iade talebi için başvuru makamların velâyetin aslına ilişkin daha önce almış olduğu hukuki veriler takdiri delil olarak değerlendirilecektir.

Yargıtay, muhtelif kararlarında mutad meskenin velâyete ilişkin hukuki verilerini ele almayı iade makamının velâyete ilişkin hukuki verilerini dikkate almıştır (Bkz. Yargıtay 2. HD 3.6.2003 E. 2003/12955 K. 2004/1355; Yargıtay 2. HD 4.6.2004 E. 2004/10536 K.2004/11797).

Mutad meskeninden alınarak Türkiye'ye getirilen çocuğun iadesi için açılan davada Yargıtay evlilik dışı nesep statüsüne uygulanan hukuka göre velâyet ilişkisine belirlenmesi yoluna gitmiştir. İade makamı olan Türk mahkemelerinin velâyetin aslına ilişkin karar verme yetki ve görevi bu Sözleşme uyarınca yoktur. Buna rağmen MÖHUK'un 16 ncı maddesi gereği baba ile çocuk arasındaki ilişkilere babanın milli hukuku olan Türk hukukunu uygulamış. Medeni Kanunun 337 inci maddesi gereği velâyetin anada olduğuna karar vermiştir. Velâyetin aslına ilişkin iade makamlarının inceleme yapmasını uygun görmeyen bu sebeple velâyet davaları ile iade davalarının ayrılması gerektiğini belirleyen Yargıtay bu kararında tam tersine hareket etmiştir. İade makamı olan Türk mahkemelerine tam tersine hareket etmiştir. İade makamı olan Türk mahkemelerine velâyetin esasına girme yönünde yol göstermiştir (Kararlar için bkz Aytaç;2004: 50-51 dn 26).

Burada iade davası görülürken dikkate alınması gereken velâyetin esası değil iadeye sebep olacak hukuka aykırılığın tespitidir. Bu hukuka aykırılığı belirlemede çocuğun mutad meskeni makamlarının velâyete ilişkin hukuki verileri hiç şüphesiz doğrudan delil olacaktır. Ancak iade makamı ülkesinin hukukî verileri bu etki ve öneme haiz olmayıp takdiri nitelik taşıyacaktır.

Buna karşılık Yargıtay'ın bir kararında çocuğun mutad meskeni makamının hukuki verilerinin dikkate alınmadığını görmekteyiz.

Çocuğun mutad meskeni Almanya'dır. Almanya'daki Singen Sulh Hukuk Mahkemesinin baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi düzenleyen kararı vardır. Bu durum bilindiği üzere velâyetin devamına ilişkindir. Velâyet hakkına haiz olmayan ebeveynler çocuk ile kişisel ilişki kurma haklarına sahiptirler.

Yargıtay iade isteğinin reddi halinde, Singen Sulh Hukuk Mahkemesinin bu kararının bir etkisinin kalmayacağını, söz konusu kararda ifade etmiştir.

Çocuk baba tarafından kaçırılmış kişisel ilişki kurma hakkı ihlâl edilmiştir. Bu çerçevede iade talebi görüşülürken Singen Hukuk Mahkemesinin mutad mesken makamı olarak aldığı karar iadenin görüşüldüğü mahkemede kesin delil olarak doğrudan etkili olacaktır. Red sebepleri sözleşme çerçevesinde değerlendirilecektir.

Bunların varlığı ve yokluğu da tahlil edilirken Singen Hukuk Mahkemesinin kişisel ilişki kurma kararının etkileri aynı ölçüde dengeyi sağlamak için dikkate alınmalıdır.

Bu sebeple iade davasının görüldüğü mahkemenin, çocuğun mutad meskeni makamlarının velâyet veya bunun kullanımına ilişkin almış olduğu kararlar ve düzenlemeler dikkate alınarak iade kararının haklılığı ve haksızlığı üzerinde tartışılmalıdır.

Çocuğun mutad meskeni makamlarının velâyetin içeriğine ilişkin verilenin değerlendirilmesi bu Sözleşme'nin haklı ve yerinde uygulanması için önemlidir.

Bu kararda Yargıtay netice itibarıyla çocuğun babada kalması kararını onanmış, iadeden red sebepleri içinde değerlendirilen 13(b) maddesini çocuğun ana şefkatine ihtiyaç duyması gerekçesine dayalı bulmamıştır.

İade red sebeplerinden biri olan Sözleşmenin 12/1 inci maddesini Yargıtay oldukça geniş uygulamıştır. Bir yıl geçtikten sonra başvuru iade davalarında, çocuğun yeni çevresine alışmış olduğu yönündeki bu red sebebinin, çocuğun yaşı ve sosyal konumu göz önünde bulundurularak uygulanması daha doğrudur. Amerikan mahkeme içtihadı da bu yönde gelişmiştir (Herring Vol 20 (1994-1995): 165-166). Çocuğun sosyal toplumsal aktivitelere katılması onun yeni çevresine uyum sağladığının önemli bir kanıtı olacaktır. Bu sebeple okul çağındaki çocuğun durumu ile okula gitmeyen çocuğun durumu aynı değerlendirme kefesinde olmayacaktır. Okul çağındaki çocuğun yeni çevresine alışmış olduğunun kanıtı daha net olurken küçük bir çocuğun yeni çevresine uyum sağlaması o kadar net olmayacaktır. Yargıtay 2003 yılında vermiş olduğu bir kararında 1996 doğumlu kız çocuğunun yeni çevresine uyum sağladığına karar vermiş iadesini red etmiştir. O tarihlere 5 yaşında olan kızın iadeden kaçınılması için somut olarak ortaya atılan kanıtların çok belirgin ve şüphe götürmez olması gerekirken çocuğun ana şefkatine ihtiyacı olduğunun gerekçe olarak gösterilmesi, bu hükmün ne kadar geniş yorumlandığının örneğidir (Kararlar için bkz Aytay,2004: 50-51 dn 26).

Buna mukabil çocuğun rızasına başvuruda Yargıtay daha titiz davranmaktadır. İadeden red sebeplerinden biri olan çocuğun rızasının olumsuzluğu sebebinin çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine göre göz önüne alınması gerektiğini bir çok kararında benimsemiştir.

Yargıtay'ın bu konuya ilişkin ilginç bir kararı mevcuttur. 26.02.2002 Tarihli bu kararında Türkçe bilmeyen 1991 doğumlu küçüğün Alman Gençlik Dairesine iadesine karar vermiştir. Bu kararında; kendi babası tarafından annesinin yanına Türkiye'ye kaçırılan çocuğun tercihinin Türkçe bilmediğinden dolayı bir iade red sebebi teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca Çocuğun vesayet makamlarına iade edilmesinin, onun fiziki ve ruhi gelişimine engel bir red sebebi teşkil etmeyeceğini

zira çocuğun hiç Türkçe bilmediğini belirtip vesayet makamlarına iadesine karar vermiştir (Aytaç, 2004: dn 31, 2 HD 26.2.2002 E. 2002/1258, K. 2002/2415).

6.3. Çocukların Kaçırılmasının Önlenmesine İlişkin Brüksel Tüzüğü

Avrupa Birliğine üye ülkeler kanunlar ihtilafı ve milletlerarası usul hukuku alanındaki kuralları yeknesak hale getirmek ve Avrupa hukuklarının içinde etkin uygulanmalarını sağlamak amacı ile konvansiyonlarda düzenlenen bir çok konuyu Tüzük haline getirdikleri gibi bunlara ek bir çok milletlerarası usul hukuku ve kanunlar ihtilafı alanındaki meseleleri de Tüzük haline getirmeye başlamışlardır.

27 Eylül 1968 Tarihli Ticari Davalarda Milletlerarası Yetkiye ve Tanıma-Tenfize İlişkin Brüksel Konvansiyonu, Brüksel I Tüzüğü (OJ (Topluluk Gazetesi) L12 22.12.2000, EC 44/2001), halini almıştır. Brüksel I'den sonra aile hukuku ile şahsın hukukuna ilişkin davalarda yetki ve tanıma ve tenfize ilişkin Brüksel II Tüzüğü (OJ L160 30.6.2000, EC 1347/2000) yürürlüğe girmiştir. Bu Tüzüğe ek olarak Fransa'nın önerisi ile çocuk kaçırılmalarının hukukî veçhelerine ilişkin Brüksel II/A Tüzüğü (OJ L338 23.12.2003 , EC 2201/2003), bu II inci Tüzüğe sonradan eklenmiştir.

Brüksel II /A çocuk kaçırılmalarına ilişkin iade usulünü ve buna ilişkin mahkemelerin izleyeceği prosedürü, yetkisini ve bu kararların yerine getirilme usulünü düzenlemektedir (Tüzük hakkında geniş bilgi için bkz. Lowe vd, 2004: 373 vd.).

Avrupa ülkelerinin hemen hemen hepsi La Haye Sözleşmesine taraftır. Birlik dışında çıkan tüm davalarda La Haye hükümleri yürürlüktedir. Birlik içindeki çocuk kaçırma davalarına ise Brüksel II / A Tüzüğü uygulanacaktır. Bu Tüzüğün hükümlerine baktığımızda La Haye Sözleşmesi ile birebir benzerlik gösterdiğini görmekteyiz. Tüzük de fazladan olarak Sözleşmenin eksik bıraktığı bir çok usulü konu düzenlenmiştir.

7. EVLAT EDİNMEYE İLİŞKİN İHTİLAFLAR

Türk devletler özel hukukunda kan bağına bağlı velâyet ihtilafı kadar akdî bağ ile oluşan evlat edinme ilişkisine bağlı velâyet problemleri de tartışılmıştır.

Evlat edinme ilişkisine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK 18 inci madde evlat edinmenin şartları ve evlat edinme ehliyeti konusunda evlatlık ve evlat edinmenin

millî hukuklarının uygulanmasını birlikte aramaktadır. Türk mahkeme tatbikatında, doktrininde benimsediği gibi evlat edinenle, evlatlığın hukuklarını birlikte kümülatif uygulamaktadır (Nomer ve Şanlı, 2005: 262 dn 98). Bu uygulamada evlat edinme ehliyet ve şartlarından birinde mevcut olan veya daha ağır olan şartların ve koşulların işin niteliğine uygun evlat edinme işleminin gerçekleşmesine engel olabilmesi neticesini doğurmaktadır. Bu konuda yabancılik unsurlu evlat edinme ihtilaflarında Türkiye’de görülen davalar için Türk hukukundaki mevcut şartların evlatlık veya evlat edinenin Türk olması ihtimalinde niteliğine göre evlat edinmenin oluşumuna etkili olabileceği ifade edilmiştir (G. Tekinalp,2002: 182-183).

Ancak evlat edinme ilişkisinde, kamu düzeni kuralını Yargıtay’ın çok sık uyguladığı da gözlenmektedir (Çelikel, 2004:224). Burada da “çocuğun yararı” ilkesini kamu düzeni engellemesiyle sık kullandığı ve uyguladığı gözlenmektedir. Bu konuda Yargıtay uygulamasına konu olan hususlardan en önemlisi Yeni Medeni Kanunun 305 inci maddesinde düzenlenen “hakimin izni” kuralıdır. Yeni Medenî Kanunda “maddi esaslar” başlığı altında yer alan “hakimin izni” şartı eski düzenlemede “şekil başlığı” altında yer aldığı için Türk Devletler Özel Hukuku doktrininde konunun vasıflandırılması çok tartışılmıştır. Bir hukuki meselenin şekil mi yoksa esas mı içinde yer alacağı vasıflandırma problemidir. Bu problem ise genellikle hâkimin hukukuna göre çözümlenmektedir (Çelikel,2004: 69 vd.).

Türk doktrininde medeni kanunda şekil başlığı altında yer alan bu hususun şekilden hatta usulden bir şart olduğu konusu tartışmış, buna göre; şekilse işlemin yapıldığı yere göre usulde hâkimin hukukuna göre bu şart aranıyorsa, şartın uygulanabileceği vurgulanmıştır (Çelikel,2004: 224, G. Tekinalp,2002: 182-183).

Ancak meselenin şekil başlığı altında düzenlenmiş olmasının içeriği ile bağlantılı olmadığı dile getirilmiştir. Zira madenin içeriğine bakıldığında hâkimin evlat edinmeye izin verirken esasa müteallik bir inceleme yaptığı gözlenmektedir. Yargıtay bu gerçeği bir çok kararında ifade etmiş bilhassa evlat edinilecek küçüğün yüksek menfaati için bu şartın esasa müteallik olarak aranması gereken ve kamu düzeninden bir şart olduğunu ifade etmiştir. Buna göre yabancılik unsuru taşıyan evlat edinmelerde “hâkimin izni” şartını kamu düzeninden görüp uygulamıştır. Burada evlatlığın Türk vatandaşı olması ihtimalinde meselenin ehliyet ve şartlara ilişkin olduğu yaklaşımını benimseyen görüşler Türk hukukuna göre bu şartın yabancılik unsuru taşıyan evlat edinmelerde de uygulanmasını da savunmuştur (Nomer ve Şanlı, 2005: 262, G. Tekinalp,2002: 179 dn 19).

Yeni Medeni Kanun meseleyi esas başlığı altında ele almakla devletler özel hukuku alanında ortaya atılan vasıflandırma problemini de çözmüştür. “Hâkimin izni” evlat edinmenin şartları ile ilgili olduğundan yabancılik unsuru taşıyan evlat edinmelerde de taraflardan birinin Türk olması halinde uygulanacaktır. Dolayısıyla yabancı ülkelerde gerçekleştirilen evlat edinmelerde de aranacaktır.

Yargıtay'ın yaklaşımı bu yöndedir. Yabancılık unsuru taşıyan evlat edinme ihtilafına ilişkin kararların tanınması tenfizinde bu yaklaşım içinde olduğunu görmekteyiz. Burada da yabancı kararı bu şartın yerine getirilmemesinden dolayı, kamu düzenine aykırı kabul edip tenfiz etmemektedir (Nomer ve Şanlı, 2005: 447 vd.).

Velâyet kararlarının hemen hepsinde izlenen yaklaşım akdi nesep bağı ile kurulan evlat edinme ilişkilerinde de izlenmiştir. Yargıtay evlat edinme meselesini bizatihi kamu düzeninden görmektedir. Bu sebeple yabancı kararları tenfiz etmekten kaçınmakta veya Türkiye'de görülen davalarda yabancı kanunu tatbik etmemektedir.

Bu yaklaşımla, evlat edinme ehliyet ve şartları açısından Medeni Kanun düzenlemesinin getirmiş olduğu kuralları kamu düzeninden görmekte, yabancı kararları tenfiz etmemektedir. Bir çok kararda küçüğün rızasına ilişkin medeni kanun 308 md.'si erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesine ilişkin MK 313 maddesi kamu düzeninden kurallar olarak görüp yabancı evlat edinmelerde de aramıştır (Nomer ve Şanlı, 2005: 261, G. Tekinalp, 2002: 179 vd.).

Burada kamu düzeninin istisnai uygulanması esaslı bertaraf edilerek iç hukukumuzdaki emredici kuralların hemen hepsini milletlerarası alanda kamu düzeninden kabul eden yaklaşımın devletler özel hukuku sistematığı ile bağdaşmadığını ifade etmiştik. Bu sebeple evlat edinme ilişkisinin tesisinde ve hükümlerinde somut olaya göre kamu düzeni istisnai kuralının kullanılmasında yarar vardır. Aynı şekilde yabancı mahkeme kararının tenfizi veya tanınmasında da kamu düzeni süzgecinin mahkeme hükmünün doğuracağı neticelerle sınırlı olarak kullanılması daha yerinde olacaktır.

8. ÇOCUKLARIN KORUNMASI VE ÜLKELERARASI EVLAT EDİNME KONUSUNDA İŞBİRLİĞİNE DAİR SÖZLEŞME (RG. 19.4.2004- 25438)

Türkiye tarafından 5.12.2001 tarihinde Lahey'de imzalanan bu sözleşme 14.1.2004 tarihli 5049 no'lu kanunla uygun bulunmuş ve 19.4.2004 tarihli resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme adli yardım sözleşmesidir. Sözleşme'nin amacı milletlerarası alanda evlat edinmelerin, Çocuğun yararına, Uluslararası hukukun ona tanıdığı haklara uygun gerçekleşmesi için gerekli koruyucu tedbirleri tesis etmek, bu konuda işbirliğini sağlamak, akit devletlerde ki, evlat edinmelerin tanınmasını sağlamaktır.

Sözleşme'nin en önemli amaçlarından biri de çocuk kaçırılmalarının önlenmesidir. Burada engellenmek istenen çocuk kaçırılmaları sadece hukukî değil cezaî nitelikli

olanları da kapsamaktadır. Burada ebeveynler tarafından kaçırılmadan ziyade çocuğun kötü amaçlara alet edinilerek kullanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Bilhassa evlat edinme adı altında gerçekleştirilen çocuk ticaretinin önlenmesi bu Sözleşme'nin temel amacıdır. Bu sebeple evlat edinme ilişkisinin tesisinde titiz ve ayrıntılı araştırma koşulları Sözleşme'de düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin uygulanma alanı düzenlenirken, "ancak devamlı bir ana, baba-çocuk ilişkisi kuran evlat edinmelere" uygulanacağı vurgulanmıştır. (md 1 (I)) Bu çerçevede evlat edinme ilişkisinin gerçek mevcudiyetinin sağlanması Sözleşmede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin uygulanmasının kolaylaştırılması için adli yardıma İlişkin La Haye sözleşmelerinin geleneği olarak merkezi makamlar yetkilendirilmiştir.

Merkezi Makamlar; evlat edinmenin gerçekleşmesi için zaruri görüldüğü takdirde çocuğun ve evlat edinecek ebeveynlerin durumuna ilişkin bilgileri toplar bu bilgilerin toplanmasında devletlerin yetkili kabul ettikleri kurum ve kuruluşlardan yardım isteyebilir.

Evlat edinmeye yönelik işlemlerin kolaylaştırılmasını sağlamak için tedbirler almak

Evlat edinme sonrasında da gerekli hizmetleri sunmak gibi birçok yetkisi mevcuttur.

Bu şekilde, uluslararası alanda çocuğun yararı ilkesini koruyan temel prensiplere uygun evlat edinmenin gerçekleştirilmesi için detaylı ve kontrollü usulü şartlar düzenlenmiştir. (md 14-md 23)

Bu şekilde gerçekleşen evlat edinmelerin tanınması da Sözleşme'de düzenlenmiştir.

Buna göre Sözleşme'ye uygunluğu, yapıldığı Devletin yetkili makamı tarafından tasdik edilen evlat edinme, diğer Akit Devletlerde kanunen tanınacaktır. (md 23(1))

Bu şekilde tanınan evlat edinmenin en önemli sonuçlarından biri çocuk ile evlat edinen ebeveyn arasındaki gerçek ana-baba çocuk ilişkisinin kurulmasıdır.(md 26(1)/a)

Buna göre evlat edinenin evlat edindiği çocuğa karşı velâyet sorumluluğu da doğacaktır.(md 26(1)/b)

En önemlisi çocuğun gerçek anne babası ile arasındaki hukuki ilişki, evlat edinmenin gerçekleşmesi ile eğer evlat edinmenin gerçekleştiği Âkit devlet bu sonucu kabul edecek ise, sona erecektir. (md26(1)/c)

Bu şekilde sözleşmenin tam bir nesep bağı kuran evlat edinme ilişkisini kural olarak benimsediği söylenebilir.

9.SONUÇ

Türk Devletler Özel Hukukunda Çocuk hukuku diye de adlandırabileceğimiz konuları bir ölçüde değerlendirmeye çalıştık.

Yargıtay'ın konuya yaklaşımı bilhassa bu konuda görevli aile mahkemelerinin kurulması aşamasından sonra daha hassas ve duyarlı olmuştur. Bu konuda Türk hukukunda kendini geliştirmiş ve yetiştirmiş hâkimlerimizin katkıları büyüktür. Bilhassa meselenin uluslararası boyutta ele alınıp irdelenmesinde gösterilen gelişme kayda değerdir.

Türk mahkeme tatbikatı velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarında, kamu düzenine dayalı red gerekçesini çok sık kullanmaktadır. Ancak bunu kullanırken eski yaklaşımından farklı bir tutum içine girmiştir. Eskiden velâyetin bizzat kamu düzenine ilişkin olması cümlesinden hareketle velâyete ilişkin kararları tenfiz etmez iken, yeni kararlarında kamu düzenini “çocuğun şahsi menfaati” ne aykırı olarak alınmış kararlar için kullanmaktadır. Bu memnuniyet verici bir gelişmedir.

Uluslararası alanda çocukların kaçırılması konusu Türk mahkeme tatbikatına yeni girmiştir. Buna mukabil, hâkimlerimiz Sözleşme'yi düzgün ve yerinde yorumlayıp uygulamaktadırlar. Sözleşme'nin uygulanmasında Yargıtay'ın örnek teşkil edecek bir çok kararı mevcuttur. Bilhassa iade davalarının niteliğine ilişkin yaklaşımı çok yerindedir. Bu konuda iade davalarının velâyet davaları olmadığı konusundaki ayırımı dikkate değerdir.

Bununla birlikte ivedilikle görülmesi gereken bu davaların yeni de taraflar teşkil edilerek duruşmalı yapılması noktasındaki yaklaşımı ise konuya ne kadar hassas ve yerinde baktığının önemli kanıtıdır.

Bu incelememiz Türk devletler özel hukukunda çocuk hukukunun ne kadar güncel ve tartışılır hale geldiğini göstermektedir. Burada çok kısa ve ayrıntılara girmeden değindiğimiz bu inceleme, konunun belki de sadece başlangıcını oluşturmaktadır.

Türkiye'nin bu konuda taraf olduğu Sözleşmeler, meselenin uluslararası alanda daha kolay çözülmesini sağlamaktadır. Ancak bu konuda, Sözleşmeleri uygulayacak merkezi makam yerine hareket edecek Cumhuriyet Başsavcılıklarına da önemli görevler düşmektedir. Bilhassa çocuk kaçırmalarına, evlat edinmeye ilişkin La Haye Sözleşmelerinin doğru ve amacına uygun olarak uygulanmasında onlara büyük görevler düşmektedir.

Cumhuriyet başsavcılıklarının bir hukukçu olmanın yanında sosyolog, psikolog ve hatta pedagoğ gibi hareket etmeleri de önemlidir. Bu konuda gerekli eğitimi ve yardımı almaları Sözleşmelerin doğru ve adil uygulanması için gereklidir.

Çok hassas bir konu olan aile ve çocuğun korunması temel ilkedir. Bunun en iyi şekilde gözetilmesi ise hukukçuların adil ve objektif bir o kadar da duyarlı yorumları ile olacaktır. (mmaum@istanbul.edu.tr)

KAYNAKÇA

- **Kitaplar**

Çelikel A.(2004); **Milletlerarası Özel Hukuk**,İstanbul, Beta Yayıncılık.

Çelikel A.- Şanlı C.- Öztekin G.- Erdem B.- Ataman İ.- Giray K. (2005); **Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri (Cilt I)**, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Huysal B. (2005), **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Lowe N./Everall M./ Nicholls M. (2004); **International Movement of Children**, Bristol, Jordan Publishing.

Nomer E/ Şanlı C.(2005); **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Tekinalp G. (2002), **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul, Beta Yayıncılık.

• **Makaleler**

Ataman (Figanmeşe) İ., (1999) “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi” Prof.Dr.Nihal ULUOCAK Armağanı 55-100.

Aytaç M. (2004) ”Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar” , Adalet Dergisi, Sayı 20, 34-65.

Herring L. (1994-1995) “Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention”North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation Vol 20. 137-174.

Rivers D., (1989) “The Hague International Child Abduction Convention and The International Child Abduction Remedies Act:Closing Doors to the Parent Abductor”;589-640.