

YABANCI ÜLKE MAHKEMELERİNDEN ALINAN VELÂYET KONUSUNDAKİ İLÂMLARIN TÜRKİYE'DE TENFİZİ

Yrd.Doç.Dr. Ahmet Cemal RUHİ*

I. VELÂYET

A. Genel Olarak

Velâyetin sözlük anlamı, sevmek, sahip çıkmak, yardım ve idare etmektir¹. Velâyetin hukuk alanındaki anlamı ise; küçüklerin ve istisnai olarak da kısıtlanmasına karar verilen ergin çocukların gerek şahıslarına, gerekse mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklemiş olduğu haklar ve yükümlülüklerin tümüdür².

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ BAKTIR ÇETİNER Selma, *Velâyet Hukuku*, Ankara 2000, s. 28; ÖZMEN İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı, Velâyet-Nesep ve Evlât Edinme Davaları*, Ankara 1999, s. 2; ŞENER Esat, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2001, s. 846-847; DEVELİOĞLU Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük*, Ankara 2001, s. 1145; ŞAFAK Ali, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2002, s. 633; YILMAZ Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 4. Baskı Ankara 1992, s. 961; YEĞİN Abdülillah, *İslâmi-İlmi-Edebi-Felsefi, Yeni Lügat*, İstanbul 1992, s. 761.

Velâyet kelimesinin İngilizce karşılığı "parental right" OVACIK Mustafa, *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, 3. Baskı, Ankara 2000, s. 236; Almanca karşılığı "elterliche gewalt" ÇAKAR M. Sait, *Türkçe-Almanca, Almanca-Türkçe, Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1999, s. 265; Fransızca karşılığı "puissance paternelle" DAYINLARLI Kemal, *Türkçe-Fransızca Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ankara 1984, s. 578.

² Egger August, *Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku*, (Çeviren Doç. Dr. Tahir ÇAĞA), Ankara 1949, s. 73; HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona, *Aile Hukuku*, İstanbul 1993, s. 341; FEYZİOĞLU Necmeddin Feyzi, *Aile Hukuku*, Yeniden Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 3. Baskı, (Bu Baskıyı Hazırlayanlar: H. Cumhur ÖZAKMAN, M. Enis SARIAL) İstanbul 1986, s. 497; ÖZLÜ Hakkı, *Türk Medeni Hukukunda Velâyetin Kaldırılması*, Ankara 2002, s. 17; SCHWARZ Andreas B., *Aile Hukuku*, Cilt I, (Bülent DAVRAN Çe-

B. Velâyet Hakkının Kullanılması ve Kapsamı

Türk Medeni Kanunundaki madde numaralarındaki sıralamayı dikkate alarak velâyet hakkının kullanılması konusunu aşağıdaki şekilde açıklayabiliriz.

Evlât edinen ile evlâtlık arasındaki evlâtlık bağı, mahkeme kararı ile birlikte kurulmuş olur (TMK. m. 315/I). Evlâtlık bağına kurulması ile ana ve babaya ait olan hak ve yükümlükler evlât edinene geçer dolayısıyla henüz ergin olmayan evlâtlık, evlât edinenin velâyeti altına girer (TMK. m. 314/1). Asıl ana ve babanın evlâtlık üzerindeki velâyet hakkı sona erer³. Fakat asıl ana ve babanın evlâtlık olarak verdikleri çocukla kişisel ilişki kurma hakları saklıdır⁴.

Türk Medenî Kanununa göre, ergin olmayan çocuğun velâyet hakkı, ana ve babaya ait olup, yasal sebep olmadıkça ana ve babadan alınmaz (TMK. m. 335/I). Kısıtlanan ergin çocuk ise, hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe ana ve babasının velâyeti altında kalır (TMK. m. 335/II). Kısıtlanan ergin çocuk için ana veya baba vasi olarak tayin edilse dahi, bu karar doğru bir karar değildir. Bu durumda yine velâyet hükümleri geçerlidir.

Velâyet hakkı kadın erkek eşitliği prensibi çerçevesinde, hem ana hem de babaya birlikte tanınmıştır. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâ-

virisi), 2. Bası, İstanbul 1946, s. 176-179; TİRYAKİOĞLU Bilgin, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, Bilim Serisi 6, Ankara 1991, s. 62; VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, *Türk Medenî Hukuku*, Cilt II, Aile Hukuku Dersleri, Birinci Bası, İstanbul 1948, s. 217-221.

"... Medeni Kanunumuzun hükümlerine göre, küçüklerin ve malvarlıklarının bakım ve korunmalarını sağlamak için onların malları ve şahısları üzerinde ana ve babanın sahip oldukları görevlerin ve hakların hepsine birden velayet denmektedir ...". Yargıtay 2. HD., 08.05.1997, E. 1997/4971, K. 1997/4953, İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivinden Alınmıştır.

- 3 "... Evlât edinilmesi halinde, velâyet hakkı evlât edinene geçer. Ancak velâyet hakkının davacılar açısından kalkması doğum olayını ve kan bağına ortadan kaldıran bir sebep olarak düşünülemez ve kabul edilemez ...". Yargıtay 2. HD. 05.06.1986 gün ve E. 1986/5908, K. 1986/5888, RUHİ Ahmet Cemal, *Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlât Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2003, s. 59-60.

- 4 ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2000, s. 459.

"... Evlâtlık ilişkisi kurulmakla, evlâtlığın asıl ana ve babası ile irs bağı kesilmez. Kişisel ilişki kurma hakkı irs ve nesep bağından doğmaktadır. Bu sebeple evlâtlıkla kendi ana ve babası arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesi zorunlu olup, bu talebe yönelik talebin reddi yerinde değildir ...". Yargıtay 2. HD. 01.11.1983 gün ve E. 1983/7785, K. 1983/8111, İlmî ve Kazal İçtihatlar Dergisi, Yıl 24, Sayı 284, Ağustos 1984, s. 2769-2770.

yeti birlikte kullanırlar (TMK. m. 336/I). Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmiş ise hâkim velâyeti eşlerden birine verebilir (TMK. m. 336/II)⁵. Ana ve babadan birinin ölümü hâlinde velâyet sağ kalana, boşanma hâlinde ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olur (TMK. m. 336/III)⁶. Velâyet taraflardan birine verilince diğer taraf ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulur⁷.

Boşanma davasının devamı esnasında çocukların velâyetinin kullanılması konusunda eşler arasında anlaşmazlık çıkması halinde hâkim, çocukların bakım ve korunması amacı ile geçici önlem mahiyetinde olmak üzere bir ara kararı ile velâyeti taraflardan birine verebilir. Bu durumda diğer taraf ile çocuk arasında kişisel ilişki düzenlenir ve çocuk lehine tedbir nafakasına karar verilir (TMK. m. 169). Bu durum boşanma davası süresince devam eder⁸.

Açılan boşanma davası boşanma kararı ile sonuçlanırsa hâkim, çocuğun menfaatini dikkate almak koşulu ile çocukların velâyetini taraflardan birine verir⁹. Diğer eşin, çocuklar üzerindeki velâyet hakkı sona erer. Hâkim velâ-

5 "... Evlilik devam ettiği sürece ana baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim, velâyeti eşlerden birine vermek zorundadır (TMK. m. 336). Velâyetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgilidir ...". Yargıtay 2. HD., 15.04.2003, E. 2003/4019, K. 2003/5500, Karar Kartonundan Alınmıştır.

6 "... Evlilik birliğinin devam ettiği sırada karı kocadan birinin ölümü halinde, velâyet doğrudan doğruya sağ kalana geçer. Boşanma kararı verildiği takdirde hâkim, velâyeti ana ve babadan birine verir. Boşanırken çocukların velâyeti kendisine verilmiş olan eşin ölümü halinde velâyet doğrudan doğruya diğer tarafa geçmez. Sağ kalan eşin velâyetin kendisine verilmesi için hâkimden izin almadıkça çocukları veli olarak temsil edemez ...". Yargıtay 2. HD. 19.06.1973 gün ve E. 1973/4171, K. 1973/4058, İNAL Nihat, *Örnek Kararlarla Açıklamalı, Boşanma, Nafaka, Eşya, Nişanlanma Davaları*, Ankara 1998, s. 766.

7 "... Yargıtay'ın 18.11.1959 günlü ve 12/29 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı üzere, kişisel ilişki kurma hakkı ne velâyet hakkının bir sonucu ne de baba olmanın bir sonucudur. Her şeyden önce çocuğun psikolojik gelişimi ve gelecekteki maddî menfaatleri gözetilerek bu hak geliştirilmiştir ...". Yargıtay 2. HD. 13.05.1991 gün ve E. 1991/4151, K. 1991/7800, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 18, Sayı 4, Nisan 1992, s. 516-518.

8 "... Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyet hakkını birlikte kullanırlar. Taraflardan biri diğerinin velâyet hakkını kullanmasına engel oluyorsa, hakkını kullanamayan tarafın gerekli önlemleri almak üzere hâkime müracaat etme hakkı bulunmaktadır ...". Yargıtay 2. HD. 07.07.2000 gün ve E. 2000/8970, K. 2000/9464, Karar Kartonundan Alınmıştır.

9 ZEVKLİLER Aydın/ACABEY Beşir/GÖKYAYLA Emre, *Zevkliler Medenî Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, Ankara 2000, s. 941.

yeti tarafından birine verirken, diğer taraf ile çocuklar arasındaki kişisel ilişki kurulmasını da düzenler (TMK. m. 336/II, 182)¹⁰. Çocuk ile ana veya baba arasında kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun yararı ön planda tutulacaktır¹¹.

Boşanma sebebiyle velâyeti kendisine verilen ana ya da babanın ölümü hâlinde velâyet kendiliğinden sağ kalan ana ya da babaya geçmez. Hâkim kararına kadar askıda kalır¹².

“... Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlâki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikenin de ispat edilmediği halde ana bakım ve şefkatine muhtaç ... küçüklerin babanın velâyetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır ...”. Yargıtay 2. HD., 12.07.1999, E. 1999/6397, K. 1999/8236, ÖZUĞUR Ali İhsan, *Açıklamalı-İçtihatlı, Velâyet, Vesayet, Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku*, Ankara 2002, s. 441.

10 AKINTÜRK Turgut, *Türk Medenî Hukuku*, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş Altıncı Bası, İstanbul 2002, s. 304; KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, *Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 1989, s. 198.

“... Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde, hâkim çocukların velâyetini düzenler, velâyeti kendisine verilmeyen taraf ile küçükler arasında kişisel ilişki tesis eder ...”. Yargıtay 2. HD., 07.09.1999, E. 1999-8023, K. 1999/8686, ÖZUĞUR, *Velâyet*, s. 440-441.

11 “... Çocukla ana baba arasındaki kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun yararı ön planda tutulmalıdır. 1977 doğumlu olup, her yönden yetişecek çağda bulunan bir çocuğun senenin çift aylarında baba yanında, tek aylarında ana yanında kalarak her ay değişik bir ortamda ve değişik bir yetiştirme tarzı ile karşı karşıya kalması, onun kişilik kazanmasını olumsuz yönde etkiler ...”. Yargıtay 2. HD. 17.01.1983 gün ve E. 1983/103, K. 1983/81, *YKD.*, Cilt 9, Sayı 5, Mayıs 1983, s. 672-673.

“... Velâyetin düzenlenmesinde asıl olan küçüğün yararı olup bu hususun kamu düzeni gereğince davaya bakan hâkim tarafından kendiliğinden gözetilmesi gerekir ...”. Yargıtay 2. HD., 22.11.2001, E. 2001/14060, K. 2001/16341, ÖZUĞUR, *Velâyet*, s. 422.

12 “... Boşanma sebebi ile velâyet kendisine verilen ana ya da babanın ölümü halinde velâyet kendiliğinden sağ kalan ana ya da babaya geçmez. Velâyet askıdadır. Velâyet çocuğun amcasına verilemez. Gerekir ise, çocuğa vasi tayin edilmelidir ...”. Yargıtay 2. HD. 11.11.1997 gün ve E. 1997/12353, K. 1997/12132, *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi*, Cilt 17, Sayı 203/10, Kasım 1998, s. 1282-1283.

“... Medeni Kanunun 404. maddesi, velayet altında bulunmayan küçüğün vesayet altına alınacağını hükme bağlamıştır. Küçük Hikmet Can 1987 doğumludur. Davalı ve küçüğün annesi Ayla 14.03.2001 tarihinde boşanmış, velâyet anneye verilmiş anne ise 28.09.2002 tarihinde ölmüştür. Velayet kendiliğinden babaya geçmez. Velâyetin kendiliğinden babaya geçtiğine dair karar da getirilmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında küçüğün vesayet altına alınması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır ...”. Yargıtay 2. HD., 07.04.2003, E. 2003/3931, K. 2003/4938, Karar Kartonundan Alınmıştır.

Evlilik dışında doğan çocuğun velâyeti kural olarak anaya aittir (TMK. m. 337/I). Şayet ana ölmüş ise veya küçükse ya da kısıtlanmışsa veyahut da velâyet anadan alınmışsa, hâkim, çocuğun menfaatini dikkate alarak, velâyeti ya babaya verir ya da çocuğa bir vasi atar (TMK. m. 337/II). Asıl olan velâyet altına konulmaktır. Evlilik dışında doğan çocuğun velâyeti anada olduğundan, daha sonra açılan babalık davası sonucu erkek ile çocuk arasında soybağı kurulması halinde, çocuk ile baba arasında kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakası konusu hâkim tarafından kendiliğinden karara bağlanır¹³.

Velâyetin kapsamı, çocuğun adını koyma (TMK. m. 339), genel ve mesleki eğitim (TMK. m. 340), dini eğitim (TMK. m. 341), çocuğun temsil edilmesi (TMK. m. 342), çocuğun mallarını yönetme (TMK. m. 352-353), ve çocuğun mallarını kullanma (TMK. m. 354) hakkını içerir¹⁴. Çocuklar üzerindeki velâyet, çocuğun ergin olması ile yani on sekiz yaşını tamamlamasıyla (TMK. m. 11/I) veya evlenme ile (TMK. m. 11/II) veyahut da mahkemece ergin kılınması ile (TMK. m. 12) sona erer. Ayrıca, ana ve babanın ölümü veya gaipliğine karar verilmesi ile velâyet sona erer¹⁵.

C. Velâyet Hakkının Tevdii

Hâkim, çocuğun velâyetini ana veya babaya verirken, çocuğun yaşı, cinsiyeti, karakteri, ana babadan her birinin oturduğu yer ve buldukları çevre, ekonomik durumları, ahlâki yapıları, ana ve babanın çocuğun gelişmesi üzerindeki etki derecesi, çocuğun velâyeti hususundaki istemleri, bir dereceye kadar çocuğun ana ve babasından hangisini tercih ettiği hususunu dikkate alır. Asıl olan çocuğun yararı ve mutluluğudur¹⁶. Çocuğun bedeni, fikri ve ahlâkî gelişmesine engel olacak ciddi nedenler yoksa, ana bakım ve şefkatine muhtaç olan çocuğun velâyeti anaya verilir¹⁷.

13 ACABEY Mehmet Beşir, *Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, İzmir 2002, s. 284-286.

"... Evlilik dışı çocuğun velâyetinin anaya verilmesi halinde uygun miktarda iştirak nafakası takdiri, babaya verilmesi halinde de açılan davanın reddi gerekir ...". Yargıtay 2. HD. 19.06.1991 gün ve E. 1991/6948 K. 1991/9530, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 17, Sayı 11, Kasım 1991, s. 1639-1640.

14 ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1016-1018.

15 ÖZTAN, *Aile*, s. 489.

16 "... Velâyet düzenlenirken ana ve babalık duygularının tatmin edilmesi yanında ve hatta ondan daha da ön planda çocuğun yararının göz önünde tutulması gerekir ...". Yargıtay 2. HD., 23.11.1990, E. 1990/10700, K. 1990/11529, İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivinden Alınmıştır.

17 TEKİNAY Selâhattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, Yedinci Baskı, İstanbul 1990, s. 282.

Velâyet ile ilgili davalar iç hukuk bakımından kamu düzenine ilişkindir¹⁸. Çocuğun yararına olmayan taraf anlaşmalarını hâkim dikkate almaz¹⁹. Bu konuda hâkimin geniş bir takdir yetkisi vardır. Dolayısıyla tarafların ibraz ettiği delillerle yetinmeyip kendiliğinden delil toplar ve karar verir²⁰.

Çocukların birden fazla olması hâlinde, kardeşleri birbirinden ayırmaya dikkat etmek gerekir²¹. Şayet çocukların bazılarının velâyetinin anaya bazılarının velâyetinin de babaya verilmesi gerekiyorsa, velâyetleri ana veya babaya verilen çocukların birbirlerini görebilecekleri ve bir arada bulunabilecekleri şekilde kişisel ilişki kurulması gerekir²².

Hâkim, velâyeti anaya verilen çocuğun, haftanın belirli günlerinde ve belli saatler arasında, millî ve dinî tatil günlerinde babası ile görüşmesine veya belirlenen günleri babasının konutunda geçirmesine veyahut da yaz aylarında

"... Ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun ciddi engeller bulunmuyorsa velâyet hakkı anaya verilmelidir ...". Yargıtay 2. HD. 19.06.1997 gün ve E. 1997/6117, K. 1997/7160, ÖZUĞUR Ali İhsan, *Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma ve Ayrılık*, Ankara 2000, s. 843.

"... Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlâkî gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilemediği halde, ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun babanın velâyetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır ...". Yargıtay 2. HD. 09.07.2002 gün ve E. 2002/8334, K. 2002/9186, Karar Kartonundan Alınmıştır.

18 "... Velâyet hakkı ile ilgili davalar kamu düzeni ile ilgilidir. Velâyetle ilgili davaların delille kanıtlanması gerekir. Bu konuda tarafların kabulleri hukukî sonuç doğurmaz ...". Yargıtay 2. HD. 25.10.1993 gün ve E. 1993/9213, K. 1993/9790, ÖZUĞUR, Boşanma, s. 845.

19 "... Velâyetin düzenlenmesi kamu düzenini ilgilendirir. Hâkim tarafların isteği ile bağlı olmaksızın çocuğun yararını gözeterek alacağı önlemleri takdir eder. Tarafların bu konudaki anlaşmaları hâkimi bağlamaz ...". Yargıtay 2. HD., 28.09.1995, E. 1995/8706, K. 1995/9558, YKD., Cilt 21, Sayı 12, Aralık 1995, s. 1846-1847.

20 OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa, *Aile Hukuku*, İstanbul 1998, s. 141-142.

"... Hâkim, çocuğun bedeni ya da fikri gelişmesini tehlikede görürse gerekli tedbirleri re'sen alır. O halde çocukla ilgili bu dava kamu düzeni ile ilgilidir. Hâkim, icabı hale göre, tarafların ikame ettikleri delille bağlı kalmaksızın re'sen delil toplar ...". Yargıtay 2. HD., 21.12.1998, E. 1998/13883, K. 1998/13887, ÖZUĞUR, *Velâyet*, s. 446.

21 TEKİNAY, s. 276; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 942.

"... Küçük A. ile P. yaşları nedeniyle ana bakım ve şefkatine muhtaç oldukları gibi, küçüklerin birbirlerinden ayrılmaları da onların gelişimini, ruhsal durumlarını olumsuz yönde etkileyecektir ...". Yargıtay 2. HD., 14.09.2000, E. 2000/8291, K. 2000/10249, ÖZUĞUR, *Velâyet*, s. 431-432.

22 "... Velâyetleri ana ve babaya verilen çocukların birbirlerini görebilecekleri ve bir arada bulunabilecekleri şekilde kişisel ilişki kurulması gerekmektedir ...". Yargıtay 2. HD. 03.11.1992 gün ve E. 1992/10318, K. 1992/10708, ÖZUĞUR, *Boşanma*, s. 849.

belli bir süre babasının yanında kalmasına karar verebilir²³. Velâyet kendisine verilmeyen tarafla çocuk arasında kişisel ilişki kurulurken, bunun yerine getirilmesi safhasında tereddüt hâsıl olmaması için, kişisel ilişkinin başlama ve bitiş tarihleri ile saatlerinin de kararda açıkça gösterilmesi gerekir²⁴.

Çocuğun eşlerden biri yanında bırakılması durumunda, ana ve babalık duygularının tatmini için çocukla diğer eş arasında kişisel ilişki kurulması hususu soy bağından doğan doğal bir sonuçtur (TMK. m. 323)²⁵. Kişisel ilişki kurulurken çocuğun fikri ve bedeni gelişmesi ile eğitimi, ana ve babalık duygularının tatmini, ana ve baba ile çocuk arasındaki bağın geliştirilmesi hususları dikkate alınır²⁶. Kişisel ilişki kurulması sırasında yapılması gereken masraflar ise, çocukla kişisel ilişki kuran tarafa aittir²⁷.

Kişisel ilişki kurulmasına yönelik olarak verilen mahkeme kararı kesin hüküm teşkil etmez. Kişisel ilişki kurulması, değişen koşullar dikkate alınarak hâkim tarafından kendiliğinden veya ana ve babadan birinin istemi üzerine yeniden düzenlenebilir. Dolayısıyla tarafların bu konuda, kendi aralarında yaptıkları anlaşma hâkim tarafından uygun bulunmadıkça geçerli olmaz²⁸. Büyükanne ve büyükbabaların da torunları ile hatta olağanüstü hâller mevcut ise hısımların çocukla kişisel ilişki kurmaya hakları vardır (TMK. m.

23 AKINTÜRK, s. 305; TEKİNAY, s. 277.

24 "... Velâyet kendisine verilmeyen tarafla küçük arasında kişisel ilişki kurulurken, infazda tereddüt doğmaması için ilişkinin başlangıç ve bitiş günleri ile saatlerinin de gösterilmesi gerekmektedir ...". Yargıtay 2. HD. 13.04.1999 gün ve E. 1999/1816, K. 1999/3504, ÖZUĞUR, *Boşanma*, s. 829.

25 "... Davanın niteliği itibarıyla, çocuğun eşlerden biri yanında bırakılması durumunda, ana ve babalık duyarlılığının tatmini için çocukla diğer eş arasında kişisel ilişki kurulması hususu davanın tabii sonucudur ...". Yargıtay 2. HD. 27.12.1990 gün ve E. 1990/10835 K. 1990/14095, *YKD.*, Cilt 17, Sayı 4, Nisan 1991, s. 538-539.

26 "... Kişisel ilişki kurulurken çocuğun fikri, bedeni gelişmesi ve eğitiminin göz önünde tutulması kadar, annelik ve babalık duygularının tatmini, anne ve baba ile çocuk arasındaki bağın gelişmesinin sağlanması ve dengenin korunması göz önünde bulundurulmalıdır ...". Yargıtay 2. HD. 07.09.1999 gün ve E. 1999/8578, K. 1999/8667, Karar Kartonnundan Alınmıştır.

27 "... Kişisel ilişki kurulması sırasında yapılması gereken masraflar davacıya aittir ...". Yargıtay 2. HD. 18.05.1998 gün ve E. 1998/5134, K. 1998/6078, ÖZUĞUR, *Boşanma*, s. 835.

28 AKINTÜRK, s. 303; ÖZTAN, *Aile*, s. 368.

"... Velâyetin kullanılması bakımından ana ve babanın sulh olmaları hukukî bir sonuç doğurmaz. Çocuğun menfaati gözetilerek gerekli kararın verilmesi icap eder. Mahkemece bir inceleme yapılmadan ve sırf tarafların anlaşmasına uyularak değişiklik kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir ...". Yargıtay 2. HD. 21.12.1970 gün ve E. 1970/7011, K. 1970/68898, İNAL, *Nafaka*, s. 774.

325)²⁹. Kişisel ilişki kurulması şahsa bağlı bir hak olması dolayısıyla bu haktan feragat geçerli değildir³⁰.

Hâkim, çocukların velâyetini taraflardan birine verince diğer tarafın çocuklar üzerindeki velâyet hakkı sona erer. Çocuğun velâyetini düzenlenmemesinin sadece nafakaya karar verilmesi doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş, öncelikle dava konusu küçüğün velâyetini, taraflardan birine vermek, diğer taraf ile kişisel ilişki kurmak ve sonuca göre iştirak nafakası hakkında karar vermektir³¹.

D. Velâyetin Kaldırılması

Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biri ile velâyet görevini yerine getirememesi halinde velâyet kaldırılabilir (TMK. m. 348/I-1)³².

Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması halinde velâyet kaldırılabilir (TMK. m. 348/I-2)³³.

²⁹ Yazar, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlükte olduğu dönemi dikkate alarak kaleme aldığı makalesinde, çocuk ile büyükanne ve büyükbaba arasında kişisel ilişki kurulması hususunda bir kanun boşluğu bulunduğunu ve bu boşluğun taraflar arasında kişisel ilişki kurulması şeklinde karar bağlanmasının uygun olacağı kanaatine varmıştır. ATAAY Aytekin, "Büyükanne ve Büyükbabalarla Torunlar Arasındaki Şahsi Münasebetler", *İÜHFMD*, Cilt XXIII, Sayı 3-4, İstanbul 1958, s. 380.

"... Büyük ana ve büyük babanın torunları ile velisinin arzusu hilafına ve veliyi hasım göstermek suretiyle, kişisel ilişki kurulmasını istem ve dava hakları bulunmaktadır ...". Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 18.11.1959 gün ve E. 1959/12, K. 1959/29, YAZICI Hilmi/ATASOY Hasan, *Şahıs, Aile ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı*, 1952-1970, Ankara 1970, N. 710, s. 391-394.

"... Dede ve nine akrabalığı kanıtlandığında kişisel ilişkiye karar verilmelidir ...". Yargıtay 2. HD. 06.10.1998 gün ve E. 1998/9042, K. 1998/10369, ÖZUĞUR, *Boşanma*, s. 834.

³⁰ AKINTÜRK, s. 306; ÖZTAN, *Aile*, s. 367.

³¹ "... Velâyet düzenlenmeden yalnızca nafakaya karar verilmesi doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş, öncelikle dava konusu küçüğün velâyetini taraflardan birine vermek ve sonuca göre nafaka talebi hakkında karar vermektir...". Yargıtay 2. HD. 12.09.1988 gün ve E. 1988/7438 K. 1988/7888, *YKD.*, Cilt 15, Sayı 1, Ocak 1989, s. 20.

³² "... Kısıtlanmayı gerektirmeyecek nitelikteki akıl zayıflığı, aptallık derecesine varan saflık, idraki azaltan içki düşkünlüğü ve buna benzer sebepler acz kapsamındadır ve bunların ortak vasfı devamlılıktır ...". Yargıtay 2. HD. 23.10.1972, E. 1972/6533, K. 1972/6031, ÖZKAN Hasan, *Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı*, Ankara 1996, s. 655.

³³ "... Çocukların ana ve baba tarafından okula uygun olmayan kıyafetlerle, bakımsız, kirli, aç veya dayak yemiş vaziyette, yara bere içinde gönderilmesini velâyetin nez'ini gerekti-

Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır (TMK. m. 348/II)³⁴.

Velâyete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velâyetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velâyet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velâyet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir (TMK. m. 349)³⁵.

II. YABANCI MAHKEME İLÂMLARININ TÜRKİYE'DE TANINMASI VE TENFİZİ

A. Genel Olarak

İkinci dünya savaşından sonra toplumsal yapıdaki değişiklikler, ekonomik hayatın gelişmesi, bazı ülkelerdeki işgücü ihtiyacı, işsizliğin yoğun olduğu ülke vatandaşlarının iş bulmak ve daha iyi yaşamak amacı ile başka bir ülkeye göç etmeleri ve özellikle son yıllarda ticari ilişkilerin gelişmesi ve refah düzeyindeki artış nedeniyle yapılan yurt dışı seyahatlerde büyük artışlar olmuştur³⁶.

ren aşırı ihmal halleri olarak saymıştır ...". Yargıtay 2. HD., 10.02.1992, E. 1992/1183, K. 1992/1386, BAKTİR ÇETİNER, s. 103-104.

"... Velâyeti elinde bulunduran annenin çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığından olayda velâyetin kaldırılması koşulları gerçekleşmiştir. Davalı anneden velâyetin kaldırılarak çocuğa vasi tayini için ihbarda bulunulması gerekir ...". Yargıtay 2. HD., 03.03.2003, E. 2003/1468, K. 2003/2770, Karar Kartonundan Alınmıştır.

"... Davalı kadının çocuklarına gereken ilgiyi göstermediğinden ... çocukların velâyetlerinin davacı babaya verilmesi gerekirken anneye verilmesi usul ve kanuna aykırıdır ...". Yargıtay 2. HD., 04.03.2003, E. 2003/196, K. 2003/2816, Karar Kartonundan Alınmıştır.

"... Gerçekten velâyet nüfusunu kötüye kullanan veya açık şekilde ihmal den ana ve babadan velâyet nez edilebilir (MK. m. 274). Toplanan deliller yukarıda açıklanan şekilde bir durumun varlığına yeterli olmayıp, velâyetin değiştirilmesine yol açar ...". Yargıtay 2. HD., 03.04.2003, E. 2003/3755, K. 2003/4739, Karar Kartonundan Alınmıştır.

34 "... Mahkeme çocuğun ana ve babanın velâyeti altında bırakılmasını faydalı görmese bir vasi atayabilir, ancak bu halde dahi ana veya babanın kişisel ilişki kurmasına engel teşkil etmez ...". Yargıtay 2. HD., 18.09.1992, E. 1992/7547, K. 1992/8176, BAKTİR ÇETİNER, s. 125.

35 "... Kendisine velâyet tevdi edilmiş eşin, evlenmiş bulunması veya yeni eşinin görevi nedeni ile başka bir yere gitmiş olması, velâyetin kendisinden alınıp diğer tarafa tevdi için başlı başına yeterli neden değildir ...". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.04.1992, E. 1992/2-140, K. 1992/248, YKD., Cilt 18, Sayı 7, Temmuz 1992, s. 1017-1019.

36 RUHİ Ahmet Cemal, *Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili*, Ankara 2003, s. 165.

Ülkeler arasındaki ilişkilerin gelişme göstermesi sonucu, farklı devlet vatandaşları olan ana ve babalardan dünyaya gelen çocukların sayıları artmaktadır. Bu çocukların ana ve babalarının birlikteliklerinin sona ermesi neticesinde, çocuğun ana ve babadan hangisinde kalacağı büyük bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır³⁷.

Çocuğun velâyetini almak isteyen ana ve baba arasında çetin bir hukuk mücadelesi başlamakta ve çocuğun kendisinde kalmasını arzu eden ana veya baba çocuğu kendi ülkesine veya yabancı bir ülkeye kaçırma girişiminde bulunmaktadır. Dolayısıyla son yıllarda uluslararası çocuk kaçırma vakaları büyük artış göstermektedir³⁸.

Çocuğuna kavuşmak isteyen ana veya baba bulunduğu ülkede kendi lehine yetkili ve görevli mahkemeden karar almaktadır. Alınan bu karar verildiği ülkede hukuki bir sonuç ifade etmektedir. Çünkü mahkeme kararları tesirlerini kural olarak verdikleri ülkede gösterirler³⁹.

Bir devletin mahkemeleri, diğer bir devletin memurlarına doğrudan doğruya emir ve talimat veremeyeceğinden, yabancı ülkede verilen bir kararın başka bir ülkede hukukî sonuçlar meydana getirebilmesi, tanıma ve tenfiz kararı verilmesine bağlıdır⁴⁰.

37 FIGANMEŞE İnci Ataman, "Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi", Prof. Dr. Nihal ULUOCAK'a Armağan, İstanbul 1999, s. 55.

38 Konu ile ilgili uluslararası sözleşmelerin değerlendirilmesi ile ilgili olarak bakınız. SAYMAN Yücel, "Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor", MHB., Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, İstanbul 1998, s. 129; TIRYAKIOĞLU Bilgin, "Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme", Prof. Dr. Nihal ULUOCAK'a Armağan, İstanbul 1999, s. 381; ULUOCAK Nihal, "Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi", MHB., Yıl 16, sayı 1-2, 1996, İstanbul 1998, s. 119.

39 ERTAŞ Şeref, "Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kudret AYİTER Armağanı, Ankara 1988, s. 365-367; YÜCEL Turgay, "Evlilik Bağına Ait Yabancı Mahkeme Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması", Adalet Dergisi, Yıl 70, Sayı 3-4, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 1979, s. 176-189.

40 ANSAY Tuğrul, "Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Karşılıklı Muamele Şartı", Ord. Prof. Sabri Şakir ANSAY'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 245-262; ARAT Tuğrul, "Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, sayı 1-4, Ankara 1964, s. 448; ÇELİKEL Aysel, "Evlilik Bağına İlişkin Kararların

B. Tanıma ve Tenfiz

Tanıma, yabancı mahkeme ilâmlarının kesin hüküm kuvvetinin diğer ülkelerde kabul edilmesidir⁴¹. Tenfiz ise, tanımadan farklı olarak icra muamelesine ihtiyaç gösterir⁴². Burada devlet kuvvetlerinin bir zorlayıcılığı söz konusudur. Tenfiz, bir mahkeme ilâmının kesin hüküm kuvvetinin sonuç olarak icra muamelelerini gerektiren kamu gücünü harekete geçiren vasfıdır⁴³.

Tanıma ve tenfiz farklı şeylerdir⁴⁴. Yabancı bir mahkeme ilâmının tanınması, onu ülkede kendiliğinden icra edilir hale getirmez. Bir devletin, yabancı bir mahkeme ilâmının kesin hüküm kuvvetini tanınması başka şey, bu kararın ülkesinde icrasını kendi organları eli ile yerine getirmesi başka şeydir. Bu sebeple hemen hemen bütün ülkelerde ve Türk hukukunda, yabancı mahkeme ilâmlarının tanınması ve tenfizi farklı koşullara tabi tutulmuştur⁴⁵.

Mahkemeler, tespit, yenilik doğurucu ve eda kararları verirler. Tespit ve yenilik doğurucu yabancı ilâmlar, tanıma davasına konu olurlar⁴⁶. Örneğin; boşanma, babalığın tespiti, ismin tashihi, evlenmenin butlanı, evlât edinme ile ilgili kararlar gibi. Yabancı ilâmın tanınması, ona tanındığı ülkede kesin hüküm kuvveti kazandırır⁴⁷.

Tanınması Hakkında Sözleşme ve Türk Hukuku”, Hıfzı TİMUR’un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 196-224; ÖZBAKAN Işıl, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 1987, s. 1-2; UMAR Bilge, “*Yabancı ve Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*”, Adalet Dergisi, Yıl 51, Sayı 8, Ağustos, Ankara 1960, s. 472-492.

41 ÇELİKEL Aysel, “*Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXIX, Sayı 1-2, İstanbul 1963, s. 244; GÖĞER Erdoğan, *Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı)*, 3. Bası, Ankara 1975, s. 467; KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, Cilt VI, İstanbul 2001, s. 5767-5768.

42 HADİMİOĞLU M. Haluk, “*Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizi*”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1972, Sayı 1, s. 225-234.

43 ÖZTEKİN Günseli, “*Brüksel Anlaşması Anlamında Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi*”, Prof. Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU’na Armağan, İstanbul 1990, s. 199-211.

44 HATEMİ Kezban, “*Türk Hukukunda Yabancı İlâmların Tanınması*”, Adalet Dergisi, Sayı 12, Aralık 1973, s. 1082-1094.

45 ÖZDEMİR M. Şükrü, “*Yabancı Mahkeme Boşanma Kararının Türkiye’de Tanınması*”, Yargıtay Dergisi, Cilt 20, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1994, s. 121-126.

46 SAKMAR Ata, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, İstanbul 1976, s. 203.

47 NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukukunda Nafaka*, İstanbul 1967, s. 138.

Eda kararlarının niteliği gereği icra kabiliyeti vardır. Eda davası, davalının bir işi yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkum edildiği davadır⁴⁸. Örneğin; velâyet, nafaka, tazminat, mal rejimi vs. hususlardaki ilâmlar, tenfiz kararı ile icra kabiliyeti kazanır ve icra organları da bu karara dayanarak cebri icra işlemlerini yaparlar. Tenfiz kararı, aynı zamanda tanımayı da içerir⁴⁹.

III. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER İLE GETİRİLEN DÜZENLEME

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 1'inci maddesi, kanunun kapsamını belirlerken 1'inci fıkrasında, yabancı mahkeme ilâmlarının tanınması ve tenfizi hususunu da düzenlemiştir. 1'inci maddenin

⁴⁸ PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 275.

⁴⁹ KOCAMAN Arif, *Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması*, İstanbul 1978, s. 2; NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2002, s. 389; SAKMAR, Boşanma, s. 203; TIRYAKIOĞLU Bilgin, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 1996, s. 67.

"... Yabancı mahkemeden verilen boşanma kararının Türkiye'de tanınması istenmiş olup, yabancı ilâmın tetkikinden tarafların müşterek çocuğunun velâyetini de içerdiği görülmüştür. Yabancı mahkeme kararının 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 velâyetini de düzenleyen yabancı mahkemeden alınan boşanma kararının Türk mahkemesince tanınmış olması, Türk vatandaşı olan eşlerin nüfus kayıtlarına gerekli tescilin yapılmasına yeterli ise de, çocukların velâyetine ilişkin hükümlerin icrasına yeterli bulunmamakta, bir tenfiz kararını gerektirmektedir. Bu durum gözetilmeden velâyet yönünden de yabancı mahkeme kararının tanınması doğru görülmemiştir ...". Yargıtay 2. HD. 24.11.1994, E. 1994/10555, K. 1994/11467, Resmî Gazete, 03 Şubat 1995, Sayı 22191. Aynı yönde, Yargıtay 2. HD. 24.11.1994 gün ve E. 1994/10563, K. 1994/11488, Resmî Gazete 03 Şubat 1995, Sayı 22191.

"... Bu itibarla tarafların çocuklarının velâyetinde düzenlendiği, temyiz konusu boşanma kararının Türk mahkemesince tanınmış olması, Türk vatandaşı olan eşlerin nüfus kayıtlarına gerekli tescilin yapılmasına yeterli ise de çocukların velâyetine ilişkin hükümlerin icrasına yeterli bulunmamakta bir tenfiz kararını gerektirmektedir. Kaldı ki verilen tanıma kararı da yasal prosedüre uygun olarak verilmemiş olup, taraf teşkili yapılmaksızın duruşma açılarak, yabancı mahkeme kararının tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığı tartışılmaksızın bir de boşanmaya ve çocukların velâyetinin tevhidine ilişkin hüküm kurulmuş olması usul ve kanuna aykırı görülmüştür ...". Yargıtay 2. HD.,12.01.1995, E. 1994/12870, K. 1995/273. GÖKKAYA Şevket, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Ankara 1996, s. 208-209.

2’nci fıkrası ise, Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerini saklı tutmuştur.

Yabancı mahkeme ilâmlarının tanınması konusunda iki veya çok taraflı bir milletlerarası sözleşmeye taraf olsa ve bu sözleşme ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun tanıma ve tenfizi düzenleyen hükümleri çatışsa ne olacaktır?

Bir görüşe göre, milletlerarası sözleşmeler, Anayasa ile eşit değerde⁵⁰ ve hatta Anayasanın üstündedirler⁵¹. Diğer bir görüşe göre, 1982 Anayasası’nın 90’ıncı maddesinin son fıkrası gereğince, milletlerarası sözleşmeler, kanun hükmündedir. Bu hükme göre, milletlerarası sözleşmeler ile kanunlar eşdeğerdedir⁵².

Başka bir görüşe göre, 1982 Anayasası’nın 90’ıncı maddesinin son fıkrasındaki, usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükmü dikkate alındığında, milletlerarası sözleşmeler konusunda Anayasaya uygunluk denetimi yolunun kapalı tutulması, özde bu sözleşmelere kanunlardan daha ayrıcalıklı, dolayısıyla daha üstün bir durum kazandırmaktadır⁵³.

Anayasa Mahkemesi ise, Anayasaya uygunluk denetiminde milletlerarası sözleşmelere “aydınlatıcı ve destek ölçü norm” olarak başvurmakta yani

50 AKILLIOĞLU Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi, N. 3-4, Ankara 1989, s. 164-173; ÇELİK Edip, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması*, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, (Lütfi Duran’a Armağan), Sayı 1-3, Yıl 9, İstanbul 1988, s. 47-56.

51 GÖZÜBÜYÜK A, Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, İnsan Hakları Derneği Yayını, 35. Yıl, Ankara 1987, s. 3.

52 GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2001, s. 274; GÜNDÜZ Aslan, “İktidar ve Milletlerarası Sınırları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 64, s. 1-3, İstanbul 1990, s. 61-62; ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 1995, s. 354.

53 Bu konuda geniş bilgi için bakınız. BATUM Süheyl, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Sistemine Etkileri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1993, s. 162-164; GÖREN Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, İzmir 1999, s. 204; SOYSAL Mümtaz, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Milletlerarası Sözleşmeler”, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Anayasa Yargısı, Sayı 3, Ankara 1987, s. 15-17; TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 7. Bası, İstanbul 2001, s. 9-11; YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1993, s. 57-60.

uygulamada çatışma halinde kanunu temel almakta, milletlerarası sözleşme hükümlerini ise, aydınlatıcı ve destek hukuk kuralı niteliğinde kararında dayanak olarak kullanmaktadır⁵⁴.

Yukarıdaki görüş ayrılıklarını gidermek ve bu konuyu esastan çözümlenmek için, 1982 Anayasası'nın 90'ıncı maddesinin son fıkrasının, usulüne göre yürürlüğe giren milletlerarası sözleşmeler, kanunlara göre öncelikli olarak uygulanırlar, şeklinde bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Böylece yapılan milletlerarası sözleşmeler, o konuda düzenleme getiren kanunlara göre öncelikli olarak uygulanacaktır.

Kanaatimizce, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun hükümleri ile milletlerarası sözleşme hükümleri karşı karşıya geldiğinde öncelikle, milletlerarası sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu durum, milletlerarası saygınlığın ve ahde vefa prensibi gereğince verilen söze ve atılan imzaya sahip çıkmanın bir ifadesidir.

İki taraflı sözleşme hükümleri ile çok taraflı sözleşme hükümleri çatışmıyorsa bu hükümler birlikte uygulanır. İki taraflı sözleşme hükümleri ile çok taraflı sözleşme hükümlerinin çatışması halinde, hukuktaki özel norm genel normdan önce gelir (lex specialis derogat generali) prensibi gereğince sözleşmelerin özel düzenleme niteliğine bakmak ve özel düzenleme getiren sözleşme hükümlerinin uygulanacağını kabul etmek gerekir⁵⁵.

Yabancı ilâmların tanınması hususunda Türkiye Cumhuriyeti, iki taraf-
lı⁵⁶ ve velâyet kararlarının tenfizi konusunda yapılmış çok taraflı "Çocukla-

54 Anayasa Mahkemesi, 11.09.1987 gün ve E. 1987/1, K. 1987/18, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 23, s. 305-306; GÖREN, s. 204.

55 PAZARCI Hüseyin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 1994, s. 193.

56 Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya arasında (Resmî Gazete 03.03.1929, Sayı 1133), Türkiye Cumhuriyeti ile Çekoslovak Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 09.07.1932, Sayı 2145), Türkiye Cumhuriyeti ile İsviçre arasında (Resmî Gazete 04.07.1934, Sayı 2734), Türkiye Cumhuriyeti ile İran Devleti arasında (Resmî Gazete 21.06.1937, Sayı 3636), Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Sosyalist Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 17.05.1972, Sayı 1419), Türkiye Cumhuriyeti ile Ürdün arasında (Resmî Gazete 05.09.1975, Sayı 15347), Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan arasında (Resmî Gazete 13.03.1977, Sayı 15877) Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan arasında (Resmî Gazete 31.07.1982, Sayı 17768), Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 11.09.1984, Sayı 18512), Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 13.02.1989, Sayı 20079), Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 23.07.1990, Sayı 20583), Türkiye Cumhuriyeti ile Hindistan Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 23.07.1990, Sayı 20583), Türkiye

rın Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi"ne⁵⁷ taraf olmuştur⁵⁸.

Bu sözleşmelere taraf olan âkit devletler bakımından tanıma hususundaki iç hukuk kuralları uygulanamaz hale gelir. Dolayısıyla öncelikle milletlerarası sözleşme hükümleri uygulanır. Fakat sözleşmelere taraf olmayan ülkelere mahkemeleri tarafından verilmiş boşanma ile ilgili kararların tanınması, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunda yer alan hükümler gereğince olacaktır⁵⁹.

Cumhuriyeti ile Mısır Arap Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 23.07.1990, Sayı 20583), Türkiye Cumhuriyeti ile Macaristan Halk Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 23.07.1990, Sayı 20583), Türkiye Cumhuriyeti ile Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 08.09.1991, Sayı 20985), Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 23.09.1991, Sayı 21000), Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 02.08.1992, Sayı 21303), Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 25.08.1993, Sayı 21679), Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 12.11.1994, Sayı 22109), Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 24.08.1997, Sayı 23090), Türkiye Cumhuriyeti ile Özbekistan arasında (Resmî Gazete 07.11.1997, Sayı 23163), Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 09.11.1997, Sayı 23165), Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan arasında (Resmî Gazete 12.11.1997, Sayı 23168), Türkiye Cumhuriyeti ile Makedonya Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 14.05.2000, Sayı 24049), Türkiye Cumhuriyeti ve Mısır Arap Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 22.05.2000, Sayı 24056), Türkiye Cumhuriyeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 24.05.2000, Sayı 24058), Türkiye Cumhuriyeti ile Moldova Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 28.05.2000, Sayı 24062), Türkiye Cumhuriyeti ile Kuveyt Devleti arasında (Resmî Gazete 30.05.2000 Sayı 24064), Türkiye Cumhuriyeti ile Tacikistan Cumhuriyeti arasında (Resmî Gazete 30.05.2000, Sayı 24064) düzenlemelerdir.

Dipnottaki bilgiler, TC. Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nin 09.02.2001 gün ve 36 sayılı yazısı dikkate alınarak ve TC. Resmî Gazetesi taranarak tespit edilmiştir.

⁵⁷ Resmi Gazete 02 Kasım 1999, Sayı 23864.

⁵⁸ 15 Kasım 1995 tarihi itibarıyla, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesine taraf olan ülkeler şunlardır: Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, Kıbrıs Rum Kesimi, Lüksembourg, Norveç, Polonya, Portekiz ve Yunanistan'dır. TANRİBİLİR Feriha Bilge, "Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Velâyetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi", MHB., Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, İstanbul 1998, s. 82. Dipnot 2.

⁵⁹ Uluslararası Aile Usul Hukuku 29.05.2000 tarihinde Avrupa çapında yeni kurullarla genişletilmiştir. (Verordnung EG Nr. 1347/2000- Die Zustandigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren Abl. L. 160/197-

IV. TÜRK HUKUKUNDA TANIMA VE TENFİZ İLE İLGİLİ DÜZENLEME

A. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunla Getirilen Düzenleme

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun, 22 Mayıs 1982 tarihinde yayınlanmış ve 22 Kasım 1982 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶⁰.

Yabancı mahkeme ilâmlarının Türkiye’de tanınması Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34’üncü ve 38’inci maddelerindeki (a ve d bentleri hariç) koşulların gerçekleşmesine, yabancı mahkeme ilâmlarının Türkiye’de tenfizi ise, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 34’üncü ve 38’inci maddelerindeki koşulların tümünün gerçekleşmesine bağlıdır⁶¹.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 34’üncü maddesindeki koşullar, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve kesinleşmiş bulunan bir ilâm olmalı, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 38’inci maddesindeki koşullar ise, karşılıklılık koşulunun gerçekleşmiş olması, ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması, hükmün kamu

30.06.2000). Bu Tüzüğün amacı Avrupa’da “serbest dolaşım” hakkının tam olarak yerleştirilmesi amacı ile Uluslararası Aile Usul Hukuku ve yabancı aile hukuku kararlarının tanınması ve tenfizinde yeknesaklığı sağlamaktır. Bu konuda bakınız. Hans-Josef VOGEL, “Internationales Familienrecht- Änderungen und Auswirkungen durch die neue EU-Verordnung”, MDR, 2000, s. 1045 vd; Christian KOHLER, “Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union Die Verordnung Brüssel II”, NJW 2001, s. 10 vd; Albrecht WEBER, *Die Entwirkung des Familienrechts, seit Mitte 1998*, NJW 1999, s. 3160 vd.

⁶⁰ Resmî Gazete 22 Mayıs 1982, Sayı 17701.

“... Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun, Tatbikat Kanunu gereği, Milletlerarası Usul Hukukuna ait hükümleri itibariyle 22 Kasım 1982 tarihinden itibaren, yani kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana mutlak olarak tatbik edilme gücüne sahiptir. Örneğin, yabancı bir boşanma kararının tanıma talebi hakkında, bu boşanma kararı kanunun yürürlüğünden önce dahi verilmiş olsa, Türk mahkemesinin yeni kanunu ve onun hükümlerini (MÖHUK. m. 42) tatbik edeceği anlamına gelir ...”. İstanbul 1. Asliye Hukuk Mahkemesi 26.01.1983 gün ve E. 1982/669, K. 1983/12, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 3, Sayı 1, İstanbul 1983, s. 26-27, NÖMER, DHH., s. 385-386, dipnot 237.

⁶¹ RUHİ Ahmet Cemal, Boşanma İle İlgili Yabancı Mahkeme İlâmlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2003, s. 118.

düzenine açıkça aykırı bulunmaması, savunma hakkına uyulmuş olması, Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmda Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince yetkili hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması gerekir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun gerekçesinden esinlenerek, 34'üncü maddesindeki koşulları ön koşullar, 38'inci maddesindeki koşulları asıl koşullar olarak nitelendirerek açıklamaya çalışacağız.

B. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34'üncü Maddesinde Aranılan Ön Koşullar

1. Yabancı Mahkemelerden Hukuk Davalarına İlişkin Olarak Verilmiş Bir İlâm Olmalı

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 1'inci maddesinin (b) ve (c) bendine göre, adli veya idari bir makam tarafından verilen velâyete ilişkin bir karar olması gerekir. Velâyete ilişkin olarak verilen karar, verildiği ülkede yetkili olmak koşulu ile adli veya idari bir karar olabilecektir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34'üncü maddesine göre tanıma ve tenfiz kararı verebilmek için öncelikle yabancı mahkemelerden verilmiş bir ilâm olması gerekmektedir. Yabancı mahkeme ilâmı, yabancı bir devletin yargı organı tarafından verilen karardır. İlâm, yargılama usulüne göre bir hukukî iddiayı nihâî ve geçerli olarak sonuçlandıran karardır⁶².

Velâyet konusunda karar veren makam, adli veya idari bir makam olabilir. Önemli olan, verilen kararın yabancı kaynaklı olması, verildiği ülkede o ülke hukukuna uygun ve yetkili makamlar tarafından usulüne uygun olarak verilmiş olmasıdır⁶³. Aksi takdirde adil olmayan sonuçlarla karşılaşabiliriz.

Kanaatimizce, adli makamlar yanında verildiği ülke hukukuna göre yetkili kılınmış olmak koşulu ile idari makamlar tarafından verilen boşanma ile ilgili kararlarının da tanınabilmesi için, bu doğrultuda kanunda düzenleme

⁶² GEIMER Reinhold, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2. Neubearbeitete und stark erweiterte Auflage, Köln 1993, N. 2851, s. 660.

⁶³ BUHMANN Margarete Kraft, *Die Anerkennung Ausländischer Adoptionen im Inland*, München 1989, s. 66 vd; FIRSCHING Karl, *Zur Anerkennung ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, StAZ 1976, s. 153.

yapılması gerekmektedir⁶⁴. Bu düzenleme şu şekilde olabilir: Yabancı adli veya idarî makamlardan verilen ve o ülke hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran kararlar hakkında diğer koşulların da varlığı halinde tanıma ve tenfiz kararı verilir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34'üncü maddesinde, tanınması ve tenfizi talep edilen kararın hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Hukuk davası ile kastedilen, verilen kararın özel hukuk ilişkilerinden doğan bir uyumsuzluğu çözmek için verilmiş olmasıdır⁶⁵.

Başka bir deyişle, davanın özel hukuka ilişkin olması gerekir. Hangi kararların hukuk davalarına ilişkin olduğu, bir vasıflandırmayı gerektirir. Usul hukukuna ait olan konularda yapılacak olan vasıflandırmaların davaya bakan hâkimin hukukuna (*lex fori*'ye) göre yapılması gerekir⁶⁶. Velâyet, aile hukukuna ilişkin bir müessesedir. Aile hukuku da medenî hukukun bir dalı olup, Türk hukuk sisteminde özel hukuk içinde yer alır. Dolayısıyla velâyet ile ilgili davalar, özel hukuk davasıdır⁶⁷.

2. Yabancı Mahkeme İlâmı Kesin Hüküm Teşkil Etmeli

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 7'nci maddesine göre, verildiği devlette icra kabiliyetine sahip bir karar olması gerekir. Buna göre verildiği devlette kesinleşmiş veya kesinleşmemiş olmakla birlikte icra kabiliyetine sahip ihtiyati tedbir mahiyetindeki kararlar da tenfiz edilebilecektir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34'üncü maddesi bu konuda "o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş" olma koşulunu aramaktadır. İç hukukumuzdaki Türkiye'nin taraf olduğu ve belli konularda yapılan ve âkit devletler dışında bugünkü düzenlemeye göre, ara karar niteliğinde olan kesinleşmemiş yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfiz edilme kabiliyeti bulunmamaktadır.

⁶⁴ SAKMAR, *Boşanma*, s. 217; TİRYAKİOĞLU, *Boşanma*, s. 36.

⁶⁵ NOMER Ergin, "Türkiye ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Adli Yardımlaşma, Tanıma ve Tenfiz, Suçluların Geri Verilmesi ve Hükümlülerin Nakli Sözleşmesinde Mahkeme İlâmalarının Tanınması ve Tenfizi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 17-18, Sayı 1-2, İstanbul 1997-1998, s. 286.

⁶⁶ Alman hukukunda hangi davaların hukuk davası olduğu ile ilgili vasıflandırma Alman *lex fori*'si tarafından yapılır. GEIMER, N. 2867, s. 663.

⁶⁷ TİRYAKİOĞLU, *Boşanma*, s. 35.

Oysa örneğin mahkemeler, velâyet konusunda ihtiyati tedbir kararı verebilmektedir. Bu konuda kanunî değişiklik yapılarak verildiği ülkede icra kabiliyetine sahip olan ara karar şeklinde verilen ihtiyati tedbir kararları da Türkiye’de de tanınmalı ve tenfiz edilebilmelidir⁶⁸.

Örneğin boşanma davası devam ederken müşterek çocukların velâyeti konusunda ortaya çıkan anlaşmazlık halinde davaya bakan mahkeme bir ara kararı ile geçici olarak çocuğun velâyetini taraflardan birine verebilir. Bu durumda şayet çocuğu yanında bulunduran eş ile diğer eş farklı ülkelerde iseler, bir ara karar şeklinde verilen velâyet kararının tenfizi söz konusu olacaktır. Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine Dair Avrupa Sözleşmesinin 7’nci maddesine göre, “Âkit Devletlerin birinde verilmiş velâyete ilişkin bir karar diğer herhangi bir âkit devlette tanınır ve verildiği Devlette kabili infaz olduğu takdirde tenfiz edilir” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, bir ara karar şeklinde verilmiş olan geçici icra kuvvetini haiz olan velâyetin tevdi kararları âkit devletlerde tenfiz edilebilecektir⁶⁹.

68 “... Çok taraflı sözleşmeler, taraf olan devletlerin uygulamaları gereken hukuk kurallarını oluşturmaktadır. Anayasamızın 90. maddesine göre de, uluslararası sözleşmeler kanun gücünde olup, bunların iptali için Anayasa mahkemesine dahi gidilemez. Yasama, yürütme ve yargı organları bu kurallara uymak zorundadır. Bağlayıcılık, iç hukuk açısından olduğu gibi uluslararası hukuk açısından da söz konusudur. 06.02.1983 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmenin 1. maddesi, Sözleşmenin nesebi sahih olmayan bir çocuk hakkında nafaka yükümlülüğü de dahil, aile, hısımlık, evlilik ve şahsiyet ilişkisinden doğan nafaka yükümlülüğünü kapsadığını belirtmiştir. ... Kaldı ki verilen nafaka tedbir niteliğindedir ve iç hukukumuza da uygun bulunmaktadır. Daha sonra açılan boşanma davası yönünden de kesin hüküm oluşturmaz. Boşanmaya bakan hâkimin, Medenî Kanununun 137. maddesine gereğince yabancı mahkeme ilâmındaki nafakadan ayrı olarak her türlü tedbiri de alması imkân dahilindedir. Tenfize karar verilmesinde isabetsizlik yoktur ...”. Yargıtay 2. HD., 22.12.1995, E. 1995/12587, K. 1995/14097. YKD., Cilt 22, Sayı 7, Temmuz 1996, s. 1048-1049. İhtiyati tedbir kararlarının davalının dinlenmediği durumlarda verilmesi halinde Avrupa Usul Sözleşmesine göre bu kararların tanıma ve tenfize karar verilemeyeceğini belirtilmektedir: MENNİCKE Petra, “Vollziehung einer Unterlassungsverfügung durch Zustellung in einem anderen Vertragsstaat des EuGVÜ”, IPRax 2001, Heft 3, s. 202-206.

69 Resmî Gazete 02.11.1999, Sayı 23864. Geniş bilgi için bakınız. ÇELİKEL Aysel, “Yabancı Mahkemelerden Verilen Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’a Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 17-18, Sayı 1-2, İstanbul 1997-1998, s. 107-116; SAYMAN Yücel, “Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınma-

Kanunda açıkça ifade edildiği gibi, ilâmın kesinleşmiş olma vasfı, verildiği ülke kanunlarına göre aranacaktır⁷⁰. Tanıma ve tenfiz koşullarının tetkinde, yabancı mahkeme kararının, bu kararı veren mahkemenin kendi hukukuna göre kesinleşmiş bulunduğu andaki durumu dikkate alınır⁷¹.

C. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci Maddesinde Aranan Asıl Koşullar

1. Karşılıklılık

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, âkit devletlerden birinde çocuğun velâyetine ilişkin bir karar alıp da bunun başka bir âkit devlette tanınmasını veya tenfiz edilmesini arzu eden kişi, bu amaçla herhangi bir âkit devletin yetkili makamına müracaat edebilir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (a) bendine göre, Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşmanın (ahdi mütekabiliyet), yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün (kanunî mütekabiliyet) veya fiilî bir uygulamanın (fiili mütekabiliyet) bulunması gerekmektedir⁷².

sı ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor", MHB., Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, İstanbul 1998, s. 130.

⁷⁰ BUHMANN, s. 145.

"... Yabancı bir mahkeme kararının başka bir ülkede yerine getirilebilmesi, yerine getirilecek ülke hâkiminin kararına, bu kararın verilebilmesi de, yerine getirilmesi istenen kararı veren devletin kendi kanunlarına göre kesinleşmesi ön koşuluna bağlıdır ...". Yargıtay 14. HD. 30.09.1985 gün ve E. 1985/5537, K. 1985/7505, YKD., Cilt 12, Sayı 1, Ocak 1986, s. 39-41.

⁷¹ NOMER, DHH., s. 387.

⁷² ÇELİKEL Aysel, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2000, s. 385; DURAK Bahar Yeşim, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Mütekabiliyet Açısından Bazı Ülke Hukuklarının Durumu ve Bu Ülkelerle Türkiye Arasında Özellik Taşıyan Hususlar", İzmir Barosu Dergisi, 1999, Sayı 2, s. 18-41.

"... Türkiye ile Federal Almanya arasında mahkeme kararlarının karşılıklı olarak tenfizini temin eden bir ikili sözleşme mevcut değildir. Öyleyse karşılıklılık koşulunun gerçekleşmiş olup olmadığı öncelikle Alman tenfiz hükümlerinin Türk mahkeme kararlarının Almanya'da tenfizini mümkün kılacak bir düzenlemeye sahip olup olmadığına bağlı kalmaktadır. Alman hukuku, yabancı mahkeme kararlarının Almanya'da tanınması ve tenfizini kabul eden kanunî bir düzenlemeye sahiptir. Şöyle ki, Alman Hukuk Yargılaması

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 42'nci maddesi atfı ile 38'inci maddenin (a) bendinde yer alan karşılıklılık ilkesi tanıma davasında aranmayıp sadece tenfiz davasında aranacaktır. Buna göre hâkim, ilâmın verildiği ülke ile Türkiye arasında tanıma veya tenfiz konusunda veyahut da bu konuyu içeren çok taraflı veya iki taraflı bir sözleşme olup olmadığını araştırmalı, şayet yok ise, ilâmın verildiği ülkede yabancı ilâmların tanınması ve tenfizi hususunu düzenleyen bir kanun hükmü olup olmadığını araştırmalı, şayet yoksa fiili bir uygulamanın bulunup bulunmadığını araştırmalıdır.

Bu konuda asıl olan yabancı mahkeme ilâmının alındığı ülkenin yabancı ilâmların tanınması ve tenfizi hususudur yani esas olan fiili karşılıklılıktır⁷³. Örneğin, Alman Medeni Yargılama Kanununun 328/1'inci fıkrasında da karşılıklılık esası benimsenmiş, fakat uygulamada fiili karşılıklılık aranmak-

Kanununun (ZPO) (zivil prozessordnung)nun 722. maddesi; "bir yabancı mahkeme kararının tenfizi, yalnız tenfizin caiz olduğuna ilişkin bir tenfiz kararı verilmesi ile" gerçekleşeceğini açıkça hükme bağlamıştır. Alman hukukunun yabancı kararların tenfizi için aradığı koşullardan biri de Türk Tenfiz Hukukunda olduğu üzere "karşılıklılık" "mütekabiliyet" koşulunun gerçekleşmiş olmasıdır (ZPO Par. 328/5). ... Türk mahkeme kararlarının Almanya'da fiilen tanınıp tenfizine gidildiği izlenmektedir. ... Tüm açıklananların ışığı altında, mahkemenin Türkiye ile Almanya arasında mahkeme kararlarının tenfizi için aranan "karşılıklılık" koşulunun gerçekleşmemiş olduğundan dolayı davayı ret etmesi usul ve kanuna aykırı bulunmuştur ...". Yargıtay 13. HD., 13.12.1990, E. 1990/4485, K. 1990/8676. YKD., Cilt 17, Sayı 5, Mayıs 1991, s. 728-731.

73 "... 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 38/a maddesi, tenfize karar verilebilmesi için diğer şartların yanında, Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşmanın yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunmasını öngörmüştür. Kararı veren yabancı mahkemenin mensubu olduğu devletle ülkemiz arasında anlaşmanın olup olmadığının tespiti için 25.05.2000 tarihinde müzekkere yazılmış ise de sonucu beklenilmemiştir. Yabancı ilâmın verildiği Amerika'nın Florida Eyaletinde Türk mahkemelerinden verilen ilâmların tenfizini engelleyen veya mümkün kılan hukukî durum araştırılmamıştır. ... Eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır ...". Yargıtay 2. HD., 16.04.2001, E. 2001/4490, K. 2001/6030, RUHİ Ahmet Cemal, *Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Ankara 2003, s. 381-382.

tadır⁷⁴. Karşılıklılık aranırken, yabancı ülke hukukunun Türk hukuku ile aynı olması gerekmez⁷⁵.

Kanaatimizce, karşılıklılık koşulu tanımada aranmadığı gibi, tenfizde de aranmamalıdır. Şayet aranacak ise, hiç olmaz ise aile hukukuna ilişkin ilâmların tenfizinde aranmayacak şekilde kanunî düzenleme yapılmalıdır. Çünkü, adaletin tecellisi uğruna harcanan emek ve zaman, devletlerin egemenlik anlayışına taallük eden ve ikinci derecede önemi olan siyasi bir karara feda edilmemelidir. Çünkü, karşılıklılık koşulu, sadece yabancı mahkeme kararını hedef almış olan politik bir şarttır⁷⁶.

2. Münhasır Yetki

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinde bu konu ile ilgili hüküm bulunmamaktadır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (b) bendine göre, ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması gerekmektedir. Milletlerarası an-

⁷⁴ BGH, 24.10.2000, XI ZR 300/99 (München) NJW, 2001, s. 524; BGH, 29.04.1999 IX ZR 263-97 (Hamm), NJW 1999, s. 3198; ANDREA Marianne, *Internationales Familienrecht*, Baden-Baden, 1998, s. 283.

⁷⁵ "... Alman vatandaşı olan şahsın, dava tarihine kadar 20 yıldan fazla nizasız ve fasılasız kullandığı taşınmazın fevkalâde zamanaşımı hükümlerine dayanılarak adına tescilli talebi ile açılan davada, Almanya'da fevkalâde zamanaşımı süresinin 30 yıl olduğunu, davacının Türkiye'de bu süreyi doldurmadığı ve karşılıklılık şartı gerçekleşmediği gerekçesiyle ret edilemez. Başka bir deyimle, Alman hukukunda daha uzun olan zamanaşımı süresinin olayımıza uygulanması istenemez. Aksi düşünüş kabul edilirse, taşınmaza ilişkin uyumsuzluklarda yabancı hukukun uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durum ise kamu düzenini katlanamayacak derecede bozar. İlke olarak zamanaşımı yoluyla taşınmaz mal iktisabı Alman hukukunda da kabul edilmiş ve karşılıklılık ilkesine uygun olarak Türk vatandaşları Almanya'da bu haktan yararlandıklarına göre, Federal Alman vatandaşları da fevkalâde zamanaşımı yoluyla taşınmaz iktisabı hakkından yararlanırlar ...". Yargıtay 8. HD. 21.10.1986 gün ve E. 1986/9681, K. 1986/10741, YKD., Cilt 13, Sayı 2, Şubat 1987, s. 224-232; ÇELİKEL Aysel/NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar*, 7. Bası, İstanbul 2001, s. 372-380.

⁷⁶ KORAL Rabi, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Yeni Kanun ve Karşılıklılık Esası", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 2, Sayı 1, İstanbul 1982, s. 1-6; NOMER, DHH., s. 391.

lamda münhasır yetki, o davanın mutlak olarak Türk mahkemelerinde görülmesi konusunda bir yetki kuralının bulunması halinde ortaya çıkar⁷⁷.

Türkiye'deki yetkili ve görevli mahkeme tanıma ve tenfize karar vereceği zaman, yabancı mahkemenin milletlerarası yetkili olup olmadığını değil, sadece yabancı mahkeme ilâmına konu olan davanın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girip girmediğini inceleyecektir⁷⁸. İlâmı veren mahkemenin kendi iç hukuk kurallarına göre yetkisinin bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek yoktur. Çünkü ilâmın alındığı yabancı mahkemenin yetkili olup olmadığı bir tanıma veya tenfiz koşulu olarak düzenlenmemiştir⁷⁹.

Kanaatimizce, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (b) bendinde yer alan münhasır yetki koşulu yerinde ve yabancı hukuk sistemlerine örnek olacak bir düzenleme niteliğindedir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen konularda verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkündür. Velâyet ile ilgili davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi söz konusu değildir.

3. Kamu Düzeni

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinde doğrudan ve açıkça kamu düzeni ile ilgili hüküm bulunmamaktadır. Fakat, Sözleşmenin 9'uncu maddenin 1'inci fıkrasının (c) bendine göre, çocuğun yabancı bir ülkeye götürülmesinden önce bir yıl süre ile tanıma ve tenfiz talep edilen Devlette mutad olarak oturmuş olması hâli istisna olmak üzere, tanınması veya tenfizi istenen kararın çocuğun yabancı ülkeye götürülmeden

⁷⁷ ÇELİKEL, *MÖH.*, s. 391; NOMER, *DHH.*, s. 392-393; TİRYAKIOĞLU, *Boşanma*, s. 40.

⁷⁸ MÖHUK Madde Gereççeleri, s. 12.

⁷⁹ ÇELİKEL, Aysel, "*Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları*", *MHB.*, Sayı 2, Yıl 2, İstanbul 1982, s. 10.

Alman hukukunda yabancı bir mahkeme ilâmının Almanya'da tanıma ve tenfizi için aranan şartlardan bir tanesi de, yabancı mahkemenin yetkili olması şartıdır (ZPO 328 I Nr. 1). Yabancı mahkemenin yetkili olup olmadığı iki kez değerlendirilmeye tâbi tutulmaktadır. Birincisi, Alman hukuk kurallarına göre kararı veren mahkemenin uluslararası yetkili olması; ikincisi ise, kararın verildiği ülkenin kurallarına göre, kararı veren mahkemenin uluslararası yetkili olması gerekir. Bu yöntem ise, tanıma ve tenfizi zorlaştırmaktadır. HAAS Ulrich, *Zur Anerkennung US-amerikanischer Urteile in der Bundesrepublik Deutschland*, IPRax, Heft 3, 2001, s. 195-202.

önce tanıma ve tenfiz talep edilen Devlette verilmiş bir kararla çelişkili olması halinde istem reddedilir⁸⁰.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun 38'inci maddesinin (c) bendine göre, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması gerekmektedir⁸¹. Kamu düzeni, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda, kamu yararını, kamu vicdanını ve genel ahlâkı çok yakından ilgilendiren, toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kurallar bütünüdür⁸².

Kanunumuzun tercihi yerindedir. Hâkim yabancı mahkeme ilâmında yer alan "hükmün" Türkiye'de uygulanması halinde, meydana getireceği tesirlerinin kabul edilip edilemeyeceği meselesini karara bağlayacaktır. Bu bakımdan sadece hükmün muhtevası, yani hukukî sonuçları önem taşır⁸³.

Türkiye'deki bir mahkeme, taraflar arasındaki velâyet davasını reddetmiş ve karar kesinleşmişse, aynı taraflar arasında, aynı sebebe ve aynı olaylara

⁸⁰ Bakınız. ANDREA, s. 280-285.

⁸¹ ÇELİKEL, *MÖH.*, s. 394.

⁸² ALTUĞ Yılmaz, "Âmme İntizam ve Tesirleri", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cem Sar'a Armağan, Cilt 27, Eylül 1972, N. 3, s. 371-385; BELGESAY Mustafa Reşit, *Devletler Hususî Hukukunda Adliye*, İstanbul 1937, s. 61-64; BERKİ Osman Fazıl, *Devletler Hususî Hukuku*, Cilt II, Ankara 1961, s. 82; BERKİ Şakir, *Tatbiki Devletler Hususî Hukuku*, Ankara 1949-1950, s. 35; DAL Kemal, *Devletler Hususî Hukuku*, Ankara 1966, s. 113; DAYINLARLI Kemal, *Millî- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, Ankara 1994, s. 7; DAYINLARLI Kemal, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara 1988, s. 653-659; GÖĞER Erdoğan, *Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfi)*, Dördüncü Bası, Ankara 1977, s. 94-95; GÖKYAYLA Cemile Demir, *Yabancı Mahkeme Kararların Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara 2001, s. 24-28; ÖKÇÜN Ahmet Gündüz, *Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara 1967, s. 14, 138-139; TANRIVER Süha, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü", Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara 1998, s. 565-578; TANRIVER Süha, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi", Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 17-18, İstanbul 2000, s. 467-491; TİMUR Hıfzı, "Devletler Hususî Hukukunda Âmme İntizamı", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 4, İstanbul 1941, s. 866-905; TİMUR Hıfzı, *Devletler Hususî Hukukunda Âmme İntizamı*, İstanbul 1942, s. 7-16; TURHAN Nedim, "Devletler Özel Hukukunda Kamu Düzeni", Yargıtay Dergisi, Cilt 27, Ocak-Nisan 2001, s. 236; YÖRÜK Ali Kemal, *Devletler Hususî Hukuku*, İstanbul 1950, s. 142.

Bu konuda ayrıca bakınız. Avrupa mahkemesi- EuGH, Rs. C- 7/98, NJW 2000, s. 1853.

⁸³ NOMER Ergin, "Rızaî Boşanma ve kamu Düzeni" *MHB.*, Yıl 4, Sayı 2, İstanbul 1984, s. 97.

dayanarak velâyet konusunda bir karar verilmiş ise bu karara ters düşen yabancı mahkeme ilâmının tanınması kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eder⁸⁴.

Çocuğun menfaatini dikkate almadan velâyet hakkını etnik kökene, ülke farkına, cinsiyete göre ana veya babadan birine doğrudan veren kararlar ile, ana ve babalık duygusunu tatmine imkân vermeyen, gerekçesiz, velâyet hakkı kendisine verilmeyen taraf ile kişisel ilişkiyi ortadan kaldıran veya kişisel ilişkiyi imkânsız kılan veya zorlaştıran kararlar, dil, din, renk esasına dayanan kararlar kamu düzenine aykırılık teşkil ederler⁸⁵.

Aynı konuda aynı taraflar arasında farklı ülke mahkemelerinden alınan kararların tanınması ve tenfizi için dava açılması halinde ilk önce alınan karara üstünlük tanımak, ilk önce alınan kararın tanıma ve tenfizi davasının sonuçlanmasını beklemek gerekir. Bu yaklaşım tarafların aynı konuda ikinci defa dava açmalarına engel olacaktır⁸⁶.

İlâmı veren yabancı mahkemenin uyguladığı kanunun, Türk hukukundan farklı hükümler içermesi⁸⁷, kanunun yanlış veya noksan olarak uygulanma-

84 SAKMAR, *Boşanma*, s. 240; TİRYAKIOĞLU, *Boşanma*, s. 49.

“... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanunî gerektirici sebeplere ve özellikle Türk mahkemesince oluşturulan hükmün kesin hüküm teşkil etmesi halinde yabancı mahkeme ilâmının tenfizine ilişkin isteğin 2675 sayılı Kanunun 38/c maddesi uyarınca reddinin zorunlu bulunmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine peşin alınan harcın mahsubuna oybirliğiyle karar verildi ...”. Yargıtay 2. HD., 08.12.1993, E. 1993/9648, K. 1993/11903, RUHİ, *MÖHUK.*, s. 357.

85 ŞANLI Cemal, “*Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 16, Sayı 1-2, İstanbul 1996, s. 72.

86 ÖZBAKAN, s. 201.

87 “... Yabancı uyruklu olan bir kişinin millî kanunlarına göre, kendi uyruğunda olan çocuğu “olayda torunu” evlât edinmesi keyfiyeti Türk kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilemez ...”. Yargıtay 2. HD. 23.06.1983 gün ve E. 1983/5550, K. 1983/5697, *YKD.*, Cilt 10, Sayı 1, Ocak 1984, s. 46.

“...Yargıtay ilâmında belirtilen gerektirici sebeplerle, 2675 sayılı Kanunun 5. maddesinin Türk mahkemelerinde açılan davalarda yabancı hukukun uygulanması haline ilişkin bulunmasına, davamızda ise yabancı mahkeme tarafından o ülke hukukuna göre verilmiş bir ilâm tenfizinin bahis konusu olmasına, yabancı hukukta zamanaşımı süresinin Türk hukukundan farklı şekilde düzenlenmiş ve uygulanmış olması, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyip, 2675 sayılı Kanunun 25. maddesine uygun olarak haksız fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmış bulunmasına, olayda 38. maddede yazılı tenfizi engelleyen bir halin bulunduğu da anlaşılmasına göre, davalı vekilinin ka-

sı⁸⁸, kanunun yorumunda hataya düşülmesi⁸⁹, delillerin farklı şekilde değerlendirilmesi⁹⁰ iç hukukta kamu düzeni ile ilgili görülen bir konuda karar

rar düzeltme isteğinin reddi gerekir ...". Yargıtay 11. HD., 15.09.1989, E. 1989/5912, K. 1989/4324. ÇELİKEL/NOMER, s. 402-403.

88 "... Davalı, tenfizi istenen boşanma ilâmının verildiği yabancı mahkemede usulen çağrılmış, hatta avukat tarafından temsil de edilmiştir. Yabancı mahkemece Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince Türk Medenî Kanunu uygulanmıştır. Hüküm 2675 sayılı Kanunun 38/c maddesince gösterildiği üzere, toplumun huzurlu ve uyumlu bir yaşam sürebilmesi için uyulması zorunlu hukukî, ahlâki ve vicdani temel kurallar, kısaca Türk kamu düzenine açıkça aykırılık halini oluşturacak bir eda emri de taşımamaktadır. Kanunun icabı hale göre hâkime verdiği takdir yetkisi karşısında velâyeti babaya bırakılan çocuk ile anne arasında şahsî ilişki kurulmaması kamu düzenine açık aykırılık oluşturmaz. Davalı vekili tenfizi istenen mahkeme kararını o yerdeki usule göre temyiz etmiş, fakat isteği süreden reddedilmiştir. O halde 2675 sayılı Kanunun 38. maddesi koşulları oluşmuş bulunmasına göre davanın reddi usul ve kanuna aykırıdır ...". Muhalefet Şerhi: "... Medenî Kanunun 134/2. maddesi koşulları oluşmamıştır. Davalı, bu yönden tenfize karşı çıkmıştır. Hükümün sonucu itibarıyla doğru olduğundan hükümün onanması kanaatiyle değerli çoğunluk görüşüne katılmıyorum ...". YHGK., 17.02.1997, E. 1997/2-675, K. 1997/1633. ÇELİKEL/NOMER, s. 473.

89 "... Yabancı mahkeme kararının tenfiz edilebilmesi için diğer hususların yanı sıra hükümün Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartına bağlıdır. Yabancı mahkeme kararı boşanma hükmüne konu velâyetin değiştirilmesi isteği ile ilgili olup taraflar arasında gerçekleşen anlaşmaya dayalı olarak tesis edilmiştir. Oysaki velâyetin sonradan meydana gelen olaylar nedeniyle değiştirilmesi (MK. m. 149) genel ilke uyarınca (MK. m. 148) çocukların gelecekleri düşünülerek ve onların ruhsal ve bedensel gelişimlerinin eşlerden hangisinin yanında en iyi sağlanabileceği araştırılarak hükme bağlanır. Hâkim, eşlerin istekleri dışında sadece çocukların özetlenen yararını göz önünde tutarak bu yönü serbestçe takdir eder. Yabancı mahkemenin bu hususu dikkate almadan verdiği karar Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturduğundan isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır ...". Yargıtay 2. HD., 28.02.1991, E. 1991/2108, K. 1991/3555. İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi, Cilt 31, Sayı 369, Eylül 1991, s. 8216.

"... Davalı, yabancı ülkede mahkemesinin hukuku yanlış yorumlaması halinde, o ülkede kanun yollarına müracaat ederek denetletmedikçe, Türk mahkemesinde görülen tanıma ve tenfiz davasında bu hususa itiraz edemez. İtirazı etmesi halinde dahi bu itirazı dikkate alınmaz. Çünkü, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunda revizyon yani yabancı kararın doğruluğunu inceleme sistemi kabul edilmemiştir...". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.06.2000 gün ve E. 2000/2-1051, K. 2000/1068. ÖZTEKİN Günseli, "Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.06.2001 Tarihli Kararı", Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL'e Armağan, Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 19-20, Sayı 1-2, İstanbul 1999-2000, s. 767-791.

verilmiş olması⁹¹, kurallar arasındaki farklılık kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmez.

Türk hukukunda kabul edilen temel esaslara ters düşen veya bu esaslarla açıkça bağdaşmayan hükümler içeren yabancı mahkeme ilâmlarının tanınması ve tenfizi talebi kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebilir⁹².

Yargıtay daha da ileri giderek Türk hukuk kuralları ile aynı doğrultuda olmayan kurallara göre verilen kararların tanınması ve tenfizi istemini kamu düzeni nedeni ile reddetmektedir. Örneğin, yabancı ülke mahkemesi tarafından boşanma ilamında müşterek çocukların velayetinin anne ve baba tarafından birlikte kullanılması ile ilgili yabancı mahkeme kararının tenfizi istemini kamu düzenine aykırı göyerek reddetmiştir⁹³. Yargıtay’ın bu kararına

90 “... Yabancı mahkeme bir konuda karar verirken, hangi maddi olayları sabit kabul edeceğini kendi usul kuralları çerçevesinde topladığı delillere göre takdir eder. Delillerin takdirine ilişkin kurallarda hâkimin usul kurallarıdır. Böyle olunca da Alman hâkiminin yeterli delil toplayıp toplamadığı Türk usul hukuku çerçevesinde değerlendirilemez. Başka bir anlatımla; gerek yabancı kararda uygulanan usul gerekse kararda yer alan maddi ve hukukî tespitler tanıma ve tenfiz hükmünün inceleme konusu dışındadır ...”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.06.2000 gün ve E. 2000/2-1051, K. 2000/1068, *YKD.*, Cilt 27, Sayı 4, Nisan 2001, s. 483-491.

91 “... Davalı yabancı mahkemede usulüne uygun çağrılmış yabancı mahkemeye Türk Kanunu Medenîsi uygulanmıştır. Velâyeti babaya verilen küçük ile ana arasında kişisel ilişki kurulmaması kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz ...”. Yargıtay 2. HD. 17.02.1997 gün ve E. 1997/675, K. 1997/1633, *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi*, Cilt 16, Sayı 186/5, Haziran 1997, s. 739.

92 “... Yabancı mahkeme kararı boşanma hükmüne konu velâyetin değiştirilme isteği ile olup, taraflar arasında anlaşmaya dayalı olarak tesis edilmiştir. Oysaki velâyetin sonradan meydana gelen olaylar nedeniyle değiştirilmesi (MK. m. 149) genel ilke uyarınca (MK. m. 148) çocukların gelecekları düşünülerek, onların ruhsal ve bedensel gelişimlerinin eşlerden hangisinin yanında en iyi şekilde sağlanabileceği araştırılarak hükme bağlanır. Hâkim eşlerin istekleri dışında yalnızca çocukların özetlenen yararını göz önünde tutarak bu yönü serbestçe takdir eder. Yabancı mahkemenin bu hususu dikkate almadan verdiği karar Türk kamu düzenine açık bir aykırılık oluşturduğundan isteğin reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır ...”. Yargıtay 2. HD. 28.02.1991 gün ve E. 1991/2108, K. 1991/3555, *ÇELİKEL/NOMER*, s. 415.

93 “... 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun 40. maddesi, yabancı mahkeme ilamının kısmen veya tamamen tenfizine karar verilebileceğini hükme bağlamıştır. Yabancı boşanma ilamında müşterek çocuk Berkant ile Gamze’nin velayetleri anne ve babaya birlikte verilmiştir. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hakimin velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir (MK. m. 336). Velayet düzenlemesi kamu

katılmıyoruz. Çünkü, yabancı bir mahkeme tarafından Türk Medeni Hukuk kurallarından farklı hukuk kurallarının uygulanması Türk kamu düzenini açıkça bozan bir durum olamaz. Türk hukukunun temel esaslarına aykırı ve toplumun kaldıramayacağı bir durum ancak kamu düzenini açıkça bozabilir⁹⁴.

4. Savunma Hakkı

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, karar davalı veya yasal temsilcisinin gıyabında verildiği takdirde, dava dilekçesinin davalıya savunmasını yapmasına imkân verecek bir sürede tebliğ edilmemiş olması halinde tanıma ve tenfiz istemi reddedilir. Davalının bilindiği yerin gizlenmiş olması nedeniyle tebligatın yapılamadığı hallerde bu durum istemin reddi için sebep olamaz⁹⁵.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (d) bendine göre, o yer kanunları uyarınca kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyapta hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz talebine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması gerekmektedir⁹⁶.

düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin çocukların velayetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır (MÖHUK. m. 38/c). Gerçekleşen bu durum karşısında ilamın velayete ait kısmı hakkındaki tenfiz isteminin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır ...". Yargıtay 2. HD., 20.03.2003, E. 2003/2818, K. 2003/3889, Karar Kartonundan Alınmıştır.

⁹⁴ Batı hukuk sistemlerinde velayet hakkı, boşanma ve ayrılık kararı ile birlikte çocuğun menfaatine uygun olması halinde anne ve babaya birlikte verilmektedir. Anne ve babanın ayrı yaşaması velayetin birlikte kullanılmasına engel değildir. Türk Medeni Kanununda da aynı doğrultuda değişiklik yapılması uygun olur.

⁹⁵ ANDREA, s. 280.

⁹⁶ ÇELİKEL, MÖH., s. 400.

07.11.1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 36. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm savunma hakkının iç hukuktaki temelini oluşturur. Savunma hakkı, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de teminat altına alınmıştır. PEKCANİTEZ Hakan, "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti", Anayasa Yargısı, Sayı 12, Ankara 1995, s. 257-287.

Savunma hakkı tanıma koşulları içinde yer almamıştır. Tenfiz de ise, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin itirazına bağlı olarak aranmaktadır. Bunun sebebi, savunma hakkının Türk hukuk anlayışına uygun düşmediği şeklinde değerlendirilmesi ihtimalinde, Türk kamu düzenine aykırılık meydana getireceği şeklinde açıklanmaktadır⁹⁷.

Kanaatimizce savunma hakkı ile ilgili mevcut düzenleme, savunma hakkını karşılayacak yeterli genişliğe sahip değildir. Şu şekilde bir düzenleme yapılması gerekir: Ya ilâmın verildiği ülke hukukuna göre savunma hakkına riayet edilmiş olmalı şeklinde soyut bir düzenleme yapılmalı ya da tanınması ve tenfizi istenen kararın verildiği ülke hukukuna göre savunma hakkına riayet edilmiş, dava dilekçesi usulüne uygun olarak davalıya tebliğ edilmiş, davalıya kendini savunabilecek kadar yeterli süre verilmiş ve yabancı mahkeme kararı ilgiliye usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş olmalıdır.

Kanaatimizce, yürürlükteki düzenlemeye göre, tanıma davasında aranmayan savunma hakkına uygunluk koşulu, hem tanımada, hem de tenfizde müştereken aranmalıdır. Ayrıca savunma hakkına riayet edilip edilmediği hususunun hâkim tarafından kendiliğinden araştırılabilmesi için kanunî düzenleme yapılması gerekir⁹⁸.

5. Türklerin Kişi Hallerine İlişkin İlâmda Türk Kanunlar İhtilâfı Kurallarına Uygunluk

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinde bu konu ile ilgili hüküm bulunmamaktadır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (e) bendine göre, Türklerin kişi hallerine ilişkin ilâmda Türk kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince, yetkili kılınan hukukun uygulanmamış

⁹⁷ NOMER, *DHH.*, s. 396-397.

⁹⁸ Davalı devam etmekte olan nafaka davasında mahkemenin vermiş olduğu tedbir nafakasının ödenmesi yönündeki mahkemenin ara kararına riayet etmediğinden dolayı İngiliz mahkemesi tarafından bilerek kurallara karşı gelme ve mahkemeye itaatsizlikten dolayı duruşmadan çıkarılmıştır. İngiliz Muhakeme Usulü bu müeyyideyi öngörmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Alman Anayasasının 103/1. bendinde garanti altına alınan savunma hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle davacının tenfiz talebini reddetmiştir. Gerekçesi ise, yükümlülüklerini yerine getirmeyen davalıya karşı müeyyideler öngörülebilir, fakat davalıya bizzat ifade verme ve kendisini savunma fırsatı tanınmalıdır. FIRSHING Karl/HOFFMANN Bernd von, *Internationales Privatrecht, einschliesslich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 4. völlig neubearbeitete Auflage, München 1995, N. 166, s. 110.

olması ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması gerekmektedir⁹⁹.

Yabancı mahkeme önünde görülmekte olan ve Türklerin kişi hallerine ilişkin bir hususta, meselâ, velâyet ile ilgili bir davada Türk kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkili kanun uygulanmamış ise¹⁰⁰ ve Türk vatandaşı davalının Türkiye’de görülmekte olan tenfiz davası sırasında bu husus ile ilgili olarak itiraz etmiş olması halinde bu konu ele alınacak ve incelenecektir¹⁰¹.

Yabancı mahkemede görülmekte olan davada hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince yetkili hukuku tespit etmiş, fakat tespit etmiş olduğu hukuku değişik şekilde yorumlayarak farklı bir sonuca ulaşmış ise, o ülkede kanun yollarına müracaat edilerek denetlenmesi sağlanmış olmadıkça bu husus ileri sürülerek itiraz edilemez¹⁰².

⁹⁹ ÇELİKEL, *MÖH.*, s. 402.

“... Taraflar aynı zamanda Türk vatandaşı olup 2675 sayılı Kanunun 4/b maddesine göre Türk hukukunun uygulanması gerekirken yabancı mahkemede Alman hukuku uygulandığı gibi, yabancı ilâmın içeriğine göre Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınmasına Dair Sözleşmenin (R. G. 14.09.1975) hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir. Davalı 2675 sayılı Kanunun 38/e maddesi gereğince bu yönden tenfize itiraz etmiş olmasına göre isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir ...”. Yargıtay 2. HD., 05.12.2000, E. 2000/11584, K. 2000/15330, *YKD.*, Eylül 2001, Cilt 27, Sayı 9, s. 1328-1329.

¹⁰⁰ “... Yabancı ülke mahkemesinden alınan velâyete ilişkin kararın tenfizi talebinde, Türk vatandaşı davalının Türk Kanunlar İhtilâfi kurallarının öngördüğü maddi hukuk kuralları uygulanmadığı gerekçesiyle ret etmiştir ...”. İNAL Nihat, *Uygulamada Medenî Hakların Kullanılması-Kısıtlanması Davaları*, Ankara 1994, s. 754, (ŞANLI, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 79’dan naklen).

¹⁰¹ “... Boşanma ilâmı ile düzenlenen ve ana-babası Türk olan çocuğun velâyetinin değiştirilmesinde Türk kanunlarının uygulanması gerekir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38/e bendi çerçevesinde verilen yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfizine itiraz edildiğinde, tanıma ve tenfiz kararı verilmez ...”. Yargıtay 2. HD. 28.03.1996 gün ve E. 1996/1536, K. 1996/3341, *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi*, Cilt 15, Sayı 175/6, Temmuz 1996, s. 1031-1032.

¹⁰² “... Dosya içinde bulunan yabancı mahkeme ilâmında Türk hukukunun uygulandığı yazılıdır. Ancak Türk hukukunun yorumunda yabancı mahkemenin Türk mahkemesinin istikrar bulan yorum sonucundan farklı bir sonuca vardığı anlaşılmıştır. Doğaldır ki, Türk Kanunlar İhtilâfi kuralları gereğince Türklerin boşanma davaları için öngörülen (*MÖHUK.* m. 13) hukukun uygulanmadığının belirlenmesi ve bu yönde davalının itirazda bulunması halinde tenfiz kararı verilemez. Fakat burada olduğu gibi hukukun yorumunda hata edildiği hallerde yabancı mahkemenin Türk hukukunun uygulanmadığını kabul etmek 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun

Hâkim, Türklerin kişi hallerine ilişkin ihtilaflarda, Türk kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanmamış olmakla birlikte, karardaki hüküm Türk kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanmış olsaydı aynı netice elde edilecek idiyse, artık Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmda Türk kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmadığına ilişkin itiraz neticesinde tanıma ve tenfiz talebi reddedilemez¹⁰³.

Kanaatimizce, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38’inci maddesinin (e) bendinin tanıma ve tenfiz koşulu olmaktan çıkarılması için kanunî düzenleme yapılmalıdır.

D. Yabancı İlâmda Yer Almayan Bir Hüküm Hakkında Tanıma ve Tenfiz Davasında Bir Karar Vermek Mümkün müdür?

Tanıma davasının konusu, yabancı mahkeme ilâmının kesin hüküm kuvvetinin tespiti. Tenfiz davasının konusu ise, yabancı ilâmın kanunda yazılı koşullar dahilinde kesin hüküm kuvvetine ve icra kabiliyetine sahip olduğunu tespit ve icra edilmesidir. Buna göre davacının talebi yabancı ilâm hükmü ile sınırlıdır. Davacının yabancı mahkeme kararında yer almayan yeni taleplerde bulunması mümkün değildir. Çünkü, tanıma ve tenfiz davası bir tespit davasıdır.

Tanıma ve tenfiz davasında mahkeme sadece 2675 sayılı Kanunda aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini arar. Oysa ilâmda yer almayan örneğin velâyet konusu, tarafların ve çocuğun durumu hakkında ayrıntılı

amacına aykırı düşer. Davalı, yabancı hâkimin hukuku yanlış yorumlamasını, o ülkede kanun yollarına müracaat ederek denetletmedikçe Türk mahkemelerinin önüne getiremez ...”. Yargıtay 2. HD. 15.06.1993 gün ve E. 1993/5243, K. 1993/6131, ÇELİKEL/NOMER, s. 428-431.

¹⁰³ “... Davalı 2675 sayılı Kanunun 38. maddesinin (d) ve (e) bentleri çerçevesinde davaya karşı çıkmıştır. Dosya arasında bulunan nüfus kağıtları ile tarafların Türk vatandaşı oldukları anlaşılmaktadır. Davacının aynı zamanda Hollanda vatandaşı olduğu yönünde dosya arasında bir belge yoktur. Öyle olsa bile 2675 sayılı Kanunun 4/b maddesi uyarınca tarafların boşanmalarına ilişkin bu davada Türk hukukunun uygulanması (2675 s. K. m. 13) gerekir. Tanınması istenen yabancı kararda Türk hukukunun uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Hollanda’nın da katıldığı Sözleşmenin (14.09.1975 tarihli Resmî Gazete) 3. maddesi koşulları oluşması koşulu ile tanıma ya da tenfiz isteği ret edilemez. Söz konusu Sözleşmenin uygulanabilmesi için Türk hukuku uygulansaydı yine boşanmaya karar verilmesinin doğru olduğunun belirlenmesi gerekir. Davanın konusu yabancı karar içeriği ile bu şartlar tespit edilememektedir. Davanın reddi gerekirken yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir ...”. Yargıtay 2. HD., 14.05.2002 gün ve E. 2002/3736, K. 2002/6539, RUHİ, MÖHUK., s. 384.

inceleme yapılmasını gerektiren (örneğin tanık dinleme gibi) bir eda davasıdır¹⁰⁴.

Örneğin yabancı boşanma ilâmının hüküm fıkrasında sadece boşanma konusunda karar verilmiş ise, tanıma istemi sadece boşanmaya ilişkin olacaktır. Kanaatimizce, yabancı boşanma ilâmında velâyet konusu karara bağlanmamış ise, bu durum velâyet gibi kamu düzenine ilişkin bir husus dahi olsa, verilecek karar dava ekonomisi bakımından önem arz etse dahi, yabancı boşanma ilâmında yer almayan velâyet konusu tanıma davası içinde görülemez, ayrı bir dava konusu yapılması gerekir. Böyle bir durum ile karşılaşan hâkim, velâyet konusunun ayrı bir dava konusu yapılması için taraflara telkinde bulunacaktır¹⁰⁵.

Tanıma ve tenfiz davasında yargılama giderlerinin ve vekâlet ücretinin de genel hükümler dairesinde davalıdan istenmesine bir engel yoktur. Aynı zamanda, yabancı mahkeme kararına, Türk mahkeme kararının sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinden daha geniş kesin bir hüküm kuvveti tanınmaz¹⁰⁶.

SONUÇ

Velâyet, küçüklerin ve istisnai olarak da kısıtlanmasına karar verilen ergin çocukların gerek şahıslarına, gerekse mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklemiş olduğu haklar ve yükümlülüklerin tümüdür.

¹⁰⁴ SAKMAR, *Yabancı İllâmlar*, s. 128; TİRYAKİOĞLU, *Boşanma*, s. 89.

"... Tanıma ve tenfiz hüküm fıkrası ile sınırlıdır. Yabancı mahkemece kararın hüküm fıkrası sadece boşanma ile sınırlı olup, mahkemece belirtilen velâyet konusunda hüküm fıkrasında yer verilmemiştir. Hüküm fıkrası boşanma ile sınırlı olmasına göre talebin kabulü gerekirken reddi doğru görülmemiştir. Sonuç: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeplerle bozulmasına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, oybirliği ile karar verildi ...". Yargıtay 2. HD., 15.11.2002, E. 2002/11237, K. 2002/12391, RUHİ, *MÖHUK.*, s. 421.

¹⁰⁵ Aksi yönde bir karar için bakınız. ŞANLI Cemal, "Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 16, Sayı 1-2, İstanbul 1996, s. 80.

"... Tanıma ve tenfiz hüküm fıkrası ile sınırlıdır. Yabancı mahkemece verilen kararın hüküm fıkrası sadece boşanma ile sınırlı olup, mahkemece belirtilen velayet hüküm fıkrasında yer verilmemiştir. Hüküm fıkrası boşanma ile sınırlı olmasına göre, talebin kabulü gerekirken, reddi doğru görülmemiştir ...". Yargıtay 2. HD., 15.11.2002, E. 2002/11237, K. 2002/12391, RUHİ, *MÖHUK.*, s. 421.

¹⁰⁶ NOMER, *DHH.*, s. 384; SAKMAR, *Yabancı İllâmlar*, s. 130.

Türk Medenî Kanununa göre, ergin olmayan çocuğun velâyet hakkı, ana ve babaya ait olup, yasal sebep olmadıkça ana ve babadan alınamaz. Kısıtlanan ergin çocuk ise, hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe ana ve babasının velâyeti altında kalır. Evlât edinilen çocuğun velâyeti evlât edinen tarafından kullanılır. Evlilik dışı çocuğun velâyeti anaya aittir. Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde hâkim, çocukların menfaatini dikkate alarak velâyet hakkını taraflardan birine verir.

Yabancı ülke mahkemesinden alınan velâyet ile ilgili ilamın Türkiye'de hüküm ifade edebilmesi, bu ilamın Türkiye'de tenfiz edilmesine bağlıdır. Yabancı bir velâyet ilamının Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 34 ve 38'inci maddesindeki koşulların gerçekleşmesi gerekir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 34'üncü maddesindeki koşullar, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve kesinleşmiş bulunan bir ilâm olmalı, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 38'inci maddesindeki koşullar ise, karşılıklılık koşulunun gerçekleşmiş olması, ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması, savunma hakkına uyulmuş olması, Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmda Türk kanunlar İhtilâfı kuralları gereğince yetkili hukuk uygulanmış veya uygulanmamışsa Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesine taraf olduğundan Sözleşme hükümleri ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun hükümlerini karşılaştırmalı olarak tetkik ettiğimizde konu ile ilgili olarak aşağıdaki sonuçlara ulaşmaktayız.

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 1'inci maddesinin (b) ve (c) bendine göre, adli veya idari bir makam tarafından verilen velâyete ilişkin bir karar olması gerekir. Velâyete ilişkin olarak verilen karar, verildiği ülkede yetkili olmak koşulu ile adli veya idari bir karar olabilecektir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34'üncü maddesine göre tanıma ve tenfiz kararı verebilmek için öncelikle yabancı mahkemelerden verilmiş bir ilâm olması gerekmektedir.

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 7'nci maddesinin göre, verildiği devlette icra kabiliyetine sahip bir karar olması

gerekir. Buna göre verildiği devlette kesinleşmiş veya kesinleşmemiş olmakla birlikte icra kabiliyetine sahip ihtiyati tedbir mahiyetindeki kararlar da tenfiz edilebilecektir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34'üncü maddesi bu konuda "o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş" olma koşulunu aramaktadır. İç hukukumuzdaki Türkiye'nin taraf olduğu ve belli konularda yapılan ve âkit devletler dışında bugünkü düzenlemeye göre, ara karar niteliğinde olan kesinleşmemiş yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfiz kabiliyeti bulunmamaktadır.

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, âkit devletlerden birinde çocuğun velâyetine ilişkin bir karar alıp da bunun başka bir âkit devlette tanınmasını veya tenfiz edilmesini arzu eden kişi, bu amaçla son anılan âkit devletin yetkili makamına müracaat edebilir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (a) bendine göre, Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmin verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşmanın (ahdi mütekabiliyet), yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün (kanunî mütekabiliyet) veya fiilî bir uygulamanın (fiili mütekabiliyet) bulunması gerekmektedir.

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinde münhasır yetki ile ilgili hüküm bulunmamaktadır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (b) bendine göre, ilâmin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması gerekmektedir. Velâyet konusu münhasır yetki teşkil etmez.

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinde doğrudan ve açıkça kamu düzeni ile ilgili hüküm bulunmamaktadır. Fakat, 9'uncu maddenin 1'inci fıkrasının (c) bendine göre, çocuğun götürülmesinden önce bir yıl süre ile talep eden Devlette mutad olarak oturmuş olması hâli ayrık olmak üzere, tanınması veya tenfizi istenen kararın götürülmeden önce talep edilen Devlette verilmiş bir kararla bağdaşmaması halinde istem reddedilir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (c) bendine göre, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması gerekmektedir. Buna göre, yabancı ülke mahkemesi tarafından veri-

len velâyet konsundaki kararın tenfize karar verilmesi halinde elde edilecek sonuç dikkate alınarak hâkim bu konuda karar verecektir.

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, karar davalı veya yasal temsilcisinin gıyabında verildiği takdirde, dava dilekçesinin davalıya savunmasını yapmasına imkân verecek bir sürede tebliğ edilmemiş olması halinde istem reddedilir. Davalının bilindiği yerin gizlenmiş olması nedeniyle tebligatın yapılamadığı hallerde bu durum istemin reddi için sebep olamaz.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (d) bendine göre, o yer kanunları uyarınca kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyapta hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz talebine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması gerekmektedir.

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinde kişi hallerine ilişkin ihtilaflarda o ülkenin kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasının zorunlu olması ile ilgili hüküm bulunmamaktadır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (e) bendine göre, Türklerin kişi hallerine ilişkin ilâmda Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince, yetkili kılınan hukukun uygulanmamış olması ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması gerekmektedir.

Yabancı mahkeme önünde görülmekte olan ve Türklerin kişi hallerine ilişkin bir hususta, meselâ, velâyet ile ilgili bir davada Türk kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkili kanun uygulanmamış ise ve Türk vatandaşı davalının Türkiye'de görülmekte olan tenfiz davası sırasında bu husus ile ilgili olarak itiraz etmiş olması halinde bu konu ele alınacak ve incelenecektir.

Yabancı mahkemede görülmekte olan davada hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince yetkili hukuku tespit etmiş, fakat tespit etmiş olduğu hukuku değişik şekilde yorumlayarak farklı bir sonuca ulaşmış ise, o ülkede kanun yollarına müracaat edilerek denetlenmesi sağlanmış olmadıkça bu husus ileri sürülerek itiraz edilemez.

Hâkim, Türklerin kişi hallerine ilişkin ihtilaflarda, Türk kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanmamış olmakla birlikte, karardaki hüküm Türk kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanmış olsaydı aynı netice elde edilecek idiyse, artık Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmda Türk kanunlar ihtilâfi kuralla-

rının uygulanmadığına ilişkin itiraz neticesinde tanıma ve tenfiz talebi reddedilemez.

Kanaatimizce, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38'inci maddesinin (e) bendinin tanıma ve tenfiz koşulu olmaktan çıkarılması için kanunî düzenleme yapılmalıdır.