

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU**  
**ANABİLİM DALI**

**ÇOCUĞUN VELAYETİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARININ HUKUK**  
**KÜLTÜRÜ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Yusuf Enes KARATAŞ

Ankara – 2023

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU**  
**ANABİLİM DALI**

**ÇOCUĞUN VELAYETİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARININ HUKUK**  
**KÜLTÜRÜ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Yusuf Enes KARATAŞ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Nadire ÖZDEMİR

Ankara – 2023

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU**  
**ANABİLİM DALI**

Yusuf Enes KARATAŞ

**ÇOCUĞUN VELAYETİNE İLİŞKİN KARARLARININ HUKUK KÜLTÜRÜ**  
**BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Nadire ÖZDEMİR

Tez Jürisi Üyeleri

**Adı ve Soyadı**

**İmzası**

Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Doç. Dr. Nadire ÖZDEMİR

Dr. Öğretim Üyesi Olcay KARACAN

Tez Sınavı Tarihi: 02.06.2023

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (02/06/2023)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin  
Adı ve Soyadı

Yusuf Enes KARATAŞ

# İÇİNDEKİLER

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| KISALTMALAR CETVELİ..... | III |
|--------------------------|-----|

|             |   |
|-------------|---|
| GİRİŞ ..... | 1 |
|-------------|---|

## BİRİNCİ BÖLÜM

### HUKUK KÜLTÜRÜ

|                       |   |
|-----------------------|---|
| I. HUKUK KÜLTÜRÜ..... | 8 |
|-----------------------|---|

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| A. Hukuk Kültürüne Neden İhtiyacımız Var? ..... | 11 |
|-------------------------------------------------|----|

|                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------|----|
| 1. Hukuk Aileleri, İktibas, Kodifikasyon ve Hukuk Kültürü..... | 15 |
|----------------------------------------------------------------|----|

|                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------|----|
| 2. Modernlik, Dayatma, Küreselleşme ve Hukuk Kültürü..... | 24 |
|-----------------------------------------------------------|----|

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| B. Hukuk Kültürü Ne(ler)dir? ..... | 43 |
|------------------------------------|----|

|                                           |    |
|-------------------------------------------|----|
| 1. Dahili ve Harici Hukuk Kültürleri..... | 49 |
|-------------------------------------------|----|

|                                                     |    |
|-----------------------------------------------------|----|
| 2. Tikellikler, Altkültürler ve Hukuk Kültürü ..... | 59 |
|-----------------------------------------------------|----|

|                                         |    |
|-----------------------------------------|----|
| 3. Popüler Kültür ve Hukuk Kültürü..... | 67 |
|-----------------------------------------|----|

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| 4. Çok Katmanlı Hukuk Kültürü Yaklaşımları..... | 72 |
|-------------------------------------------------|----|

## İKİNCİ BÖLÜM

### TÜRK MEDENİ KANUNU, ÇOCUĞUN VELAYETİ VE BOŞANMA SONRASI ÇOCUĞUN

### VELAYETİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARININ HUKUK KÜLTÜRÜ BAĞLAMINDA

### DEĞERLENDİRİLMESİ

|                                                          |  |
|----------------------------------------------------------|--|
| I. TÜRK MEDENİ KANUNU’NUN İKTİBASİ: KURUCU KADROLAR NEYİ |  |
|----------------------------------------------------------|--|

|                    |    |
|--------------------|----|
| AMAÇLAMIŞTI? ..... | 78 |
|--------------------|----|

|                                                         |    |
|---------------------------------------------------------|----|
| II. TARİHSEL VE MEVZUAT BOYUTUYLA ÇOCUĞUN VELAYETİ..... | 92 |
|---------------------------------------------------------|----|

|                                                                                         |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|--|
| A. Tarihsel Süreçte Velayetin İçeriği ve Kapsamı: Roma İmparatorluğu’ndan Hassas Yıllar |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|--|

|                                                        |    |
|--------------------------------------------------------|----|
| Doktrininin Kabulüne Giden Sürece Kısa Bir Bakış ..... | 94 |
|--------------------------------------------------------|----|

|                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------|----|
| B. Hassas Yıllar Doktrini: Velayetin Belirlenmesinde Yaş Faktörü..... | 99 |
|-----------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                         |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|--|
| C. Çocuğun Yüksek Yararı: Günümüz Çocuk Hukuku ve Hakları Açısından Velayetin Niteliği, |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|--|

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| İçeriği ve Kapsamı ..... | 109 |
|--------------------------|-----|

|                                                                  |  |
|------------------------------------------------------------------|--|
| III. ÇOCUĞUN VELAYETİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARININ HUKUK KÜLTÜRÜ |  |
|------------------------------------------------------------------|--|

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| KAVRAMI İŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ..... | 138 |
|-----------------------------------------|-----|

|                       |            |
|-----------------------|------------|
| <b>SONUÇ .....</b>    | <b>163</b> |
| <b>KAYNAKÇA .....</b> | <b>168</b> |
| <b>ÖZET .....</b>     | <b>198</b> |
| <b>ABSTRACT .....</b> | <b>199</b> |



## KISALTMALAR CETVELİ

|       |            |
|-------|------------|
| Bkz.: | Bakınız    |
| S.:   | Sayfa      |
| Vb.:  | Ve benzeri |
| Vd.:  | Ve devamı  |
| Vs.:  | Vesair     |



## GİRİŞ

Hukukun, adaletin ve doğrunun ne olduğuna, yargı organlarının kararlarını verirken neleri dikkate almaları gerektiğine, verilen bir kararın veya yapılan bir işlemi değerlendirirken bizim neyi kendimize baz almamız gerektiği, hukuki normların diğer normlardan ne derece ayrılabilceği veya ayrılması gerekip gerekmediği ve hukukla ilgili birçok sorun çok uzun zamandır tartışılmaktadır.

Hukukla ilgili oldukça uzun süredir tartışılan olgulardan biri de yazılı hukuk ile hukuk pratiği arasında zaman zaman ortaya çıkan uyuşmazlıktır. Ancak bu uyuşmazlığın hem yaygınlığı hem de uzun süredir karşılaşılan bir olgu olması bunun bir yanlış karar verme problemi olmadığını bizlere gösterir.

Hukuk sosyolojisinin bir çalışma alanı olarak ortaya çıkan hukuk kültürü çalışmaları da bu uyuşmazlığın nedenlerini ortaya koymak ve hukuk sistemlerini daha iyi anlamlandırabilmemiz adına kendine has bir yaklaşımı yepyeni bir kavramsallaştırma ile ortaya koyan bir çalışma alanı olarak nitelendirilebilir. Zira *“hukuk kültürü fikrinin kendine yer bulduğu araştırmalar, hukukun doğası hakkında evrensel doğrular ortaya koymaktan ziyade hukukun davranış ve yaşayış biçimindeki ampirik farklılıkları keşfetmeye, ... farklı hukuk kavramlarının varlığına ilişkin bir harita ortaya koymaya çalışan araştırmalardır.”*<sup>1</sup>

Hukuk kültürüne ilişkin derinlemesine bir okuma yaptıkça kavramın birçok anlamda kullanıldığını görürüz. Hukuk kültürü, zaman içinde öyle bir kavram halini almıştır ki bir metinde hukuk kültürü kavramının kullanıldığını görünce bu kavram ile ne kastedildiğini anlamamız için çalışmanın devamını büyük bir dikkat ile okumamız

---

<sup>1</sup> David NELKEN, “Using the Concept of Legal Culture”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, Cilt: 29, Sayı: 1, 2004, s. 2.

gerekir. Çalışma hukuk sistemlerine, modern hukuk anlayışına, yerlilerin hukuk anlayışına, belirli bir ülkede yargı pratiğinin ayırıcı özelliklerine, hukuka yönelik güvene ilişkin kullanılabilmektedir. Ayrıca kavramla her zaman orijinal bir fikir veya tespit de imlenmez. Kavram bazen yaşayan hukuk teorisiyle, bazen hukuk ideolojisi olarak adlandırdığımız anlayışla ve hatta bazen yazılı hukukun ayırıcı özellikleriyle eş anlamlı bir şekilde kullanılır. Kavram bu sebeple hukukbilimci **Roger Cotterrell** tarafından faydalı olamayacak kadar muğlak ve izlenimci bir kavram olarak nitelendirilmiştir.<sup>2</sup> Terimin mucidi **Lawrence M. Friedman**'a göreyse kavramın kendisi ölçülebilir olmasa da ölçülebilen geniş bir olgu yelpazesini kapsamaları bakımından faydalı bir kavramdır.<sup>3</sup>

Türkiye Cumhuriyeti yargı organlarının çocuğun velayetine ilişkin verdiği kararlarda, yukarıda bahsettiğimiz türden, bir uyumsuzluğu tespit etmemiz üzerine çalışmamızda bu uyumsuzluğun sebeplerini anlamaya ve açıklamaya yöneldik. Bu bağlamda araştırmamızın amacını “Türkiye Cumhuriyeti yargı organlarının, çocuğun velayetine ilişkin verdiği kararlarda ortaya çıkan yazılı hukuk/hukuk pratiği uyumsuzluğunu hukuk kültürü kavramı ışığında incelemek ve açıklamak” olarak belirtip araştırma sorularımızı şu şekilde belirtebiliriz:

1. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin ve alt derece mahkemelerinin çocuğun velayetine ilişkin kararlarında belirli bir örüntü tespit edebilir miyiz?
2. Eğer tespit edebilirsek bunun sebepleri nelerdir?

---

<sup>2</sup> Roger COTTERRELL, “The Concept of Legal Culture”, David NELKEN (Editör), *Comparing Legal Cultures*, Londra ve New York, Routledge, 1997 içerisinde, s. 13.

<sup>3</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, “The Concept of Legal Culture: A Reply”, David NELKEN (Editör), *Comparing Legal Cultures*, Routledge, Londra ve New York, 1997 içerisinde, s. 33.

3. Ve bu sebeplerin yargı pratiğini böylesi bir şekilde etkilemesini hukuk kültürü kavramıyla açıklayabilir miyiz?

Yukarıdaki sorulara sırasıyla cevap verebilmek adına çalışmamızın ilk bölümünde iki ayrı soruyu ele alacağız; (i) “neden hukuk kültürüne ihtiyacımız var?” ve (ii) “hukuk kültürü ne(ler)dir?”. İlk soru altında karşılaştırmalı hukukçular ve hukuk sosyologları tarafından kullanılan hukuk aileleri, küreselleşme, iktibas, kodifikasyon, entegrasyon gibi kavram ve yaklaşımların neden bizim çalışmamız için hukuk kültürü kadar uygun kavramlar ve yaklaşımları olmadığını, ikinci soru altında ise hukuk kültürü kavramının çeşitli çalışmalarda hangi anlamlarda kullanıldığını tespit edecek ve bizim çalışmamız, örneklemlerimiz ve iddiamız için açıklayıcı olabilecek hukuk kültürü kavramlaştırmalarını tespit edip hem kavrama ilişkin bir analiz sunmaya hem de çalışmamızın devamı için kullanışlı bir temel oluşturmaya çalışacağız.

İkinci bölümde ise, boşanma sonrası çocuğun velayetine ilişkin (özellikle çocuğun velayetinin kime verildiği ve velayet kendisine verilmeyen tarafla kurulan kişisel ilişkinin kapsamı ile ilgili) yargı kararlarını inceleyeceğiz. Söz konusu kararların kültürel boyutuna işaret etmek ve söz konusu kararların neden hem kendi içinde bir uyumsuzluk barındırdığı ve cinsiyet kodlarının bu kararlarda etkili olduğunu hem de yazılı hukukla bir çatışma ve çelişme halinde olduğunu açıklamak için ilk bölümde ortaya koyacağımız kavramsal çerçeveden, feminist teoriden, eleştirel yaklaşımlardan ve ikinci bölümün başlarında ortaya koyacağımız 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun iktibasına giden süreç, tarih içinde velayet hukukunda kabul edilen ilkeler, velayet hukukunda ve çocuk haklarında kabul edilen çağdaş ilkeler ile ulusal ve uluslararası hukuki metinler gibi tarihi, teorik ve hukuki olgulardan yararlanacağız.

Son olarak çalışmamızın ilk bölümüne geçmeden önce çalışmada belirlenecek metodolojiden de bahsetmek elzemdir:

İlk olarak yargı kararlarını hangi gözle değerlendirmeye çalışacağız sorusuna cevap vermemiz gerekir. Bu çalışmada yargı kararları, kararların doğruluğu/yanlışığın üzerinden değil, neden kayda değer bir süredir belirli örüntüler oluşturan belirli tipte kararların Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ve alt derece mahkemeleri tarafından, görece de olsa, istikrarlı diyebileceğimiz bir şekilde verilmeye devam ettiği sorusuna cevap verebilmek adına incelenecektir. Başka bir deyişle kararlara ilişkin kültürel bağlam değerlendirilecektir ancak bu inceleme kararların kültürel ortamı nasıl etkilediği yönünde değil annelik, babalık, çocuk bakımı, cinsiyet rolleri gibi unsurlara yaklaşımı da belirleyen kültürel bağlamın kararları ne ölçüde etkilediği yönünde olacaktır. Kısacası hem önce bir kültürel bağlamın varlığını iddia edecek, sonrasında ise hem bu kültürel bağlamın yargı kararlarını şekillendirdiğini göstermeyi hem de yargı kararları üzerinden mevcudiyet iddiamızı doğrulamayı amaçlayacağız.

Bir başka soru yargı kararlarından, istatistiklerden veya haber kaynaklarından elde ettiğimiz bulgular ile verileri yorumlamayı ne kadar ileri götürebileceğimiz üzerinedir. Bir bütün olarak sosyal bilimlerde somut olandan genele, ampirik olandan varsayımsal olana varmayı sağlayan köprünün sallantılı bir köprü olduğu söylenir.<sup>4</sup> Bu köprüden geçmek her zaman korkutucu ve rahatsız etse de vaka çalışması köprüyü sabitlemek için yeterli bir destek sağlayabilirse en azından büyük resmin bir kısmını anlama ihtimalimiz potansiyel olarak artar.<sup>5</sup>

Özellikle yargı kararlarında şüphesiz bu hususta dikkatli olmak gerekir. Zira ilk derece ve istinaf mahkemelerinin verdikleri kararların gerekçelerine olan erişimiz

---

<sup>4</sup> Marina KURKCHİYAN, “Russian Legal Culture: An Analysis of Adaptive Response to an Institutional Transplant”, *Law & Social Inquiry*, Cilt: 34, Sayı: 2, 2009, s. 344.

<sup>5</sup> KURKCHİYAN, s. 344.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin gerekçeli kararlarında alıntılacağı, bahsettiği ve yorumladığı kısmıyla sınırlı olduğu için kararlardan ihtiyatlı çıkarımlar yapmak ve bir çıkarımı yapmak için belirli tipte örüntü oluşturan kararların sayısının en azından dikkate alınabilir bir sayıya ulaşmış olması zaruridir. Bu sebepten ötürü 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2002 ile 2023 yılı arasında verilen ve erişim sağlayabildiğimiz tüm kararlar teker teker incelenmiş ve belirli bir karara atıf yaparak yapılan bir çıkarım hakkında dipnotta bu kararlar aynı yoruma ve çıkarıma tabi tutulabilecek diğer kararlar da belirtilmiştir. Bu sayede uzun süredir, belirli ilerlemeler, gerilemeler veya esnemeler olsa da, istikrarlı içtihatların varlığı gösterilerek sallantılı olan köprüye yeterli bir destek sağlanmaya çalışılacaktır. Bu desteğin daha da sağlamlaşması için 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun iktibas sürecinden, velayetin tarihçesinden, TÜİK verilerinden, yabancı metinlerden, istatistiklerden, uluslararası sözleşmelerden, ek protokollerden, sözleşmelerin maddelerine dair yorumlardan vb. yararlanılacaktır.

Yargı kararlarını incelemeye geçtiğimizde benimseyeceğimiz perspektiften bahsetmek gerekir. Yukarıda da söylediğimiz üzere feminist teori de olmak üzere eleştirel teorinin önümüze koyduğu perspektiften kuşkusuz yararlanılacaktır. Ayrıca düşünürleri ve tarihi olguları aktarırken çalışmamızı, elimizden geldiğince, bireysel görüşümüzden arındırmaya çalışacak olsak da değerlendirme kısmında eleştirel yaklaşım bize fazlasıyla yol gösterecektir.

Son olarak çalışma boyunca sık sık düşünürlere, teorilere, düşünsel tartışmalara ve kopuşlara, tarihsel süreçlere, tarihi veya çağdaş hukuki metinlere ve bunların yorumlarına değinileceğinden ötürü bunlar tarihsel bağlam içinde, olabildiğince objektif bir biçimde ele alınacaktır ve kendi yorumlarımıza geçildiğinde bu geçiş metinde net bir şekilde belirtilecektir. Zira **Ateş Uslu**'nun da belirttiği gibi:

*“Ele alınan konu üzerinde incelemeyi yapmadan önce hüküm vermek, sağlıklı bir düşünce tarihi incelemesi yapılmasını engeller. Düşünürleri ve eserlerini*

*değerlendiren bazı hipotezleri mutlak kabul eden araştırmacılar, kaçınılmaz olarak kendi düşüncelerini inceledikleri düşünürlerle “söyletme” eğilimine girerler. Bu yaklaşımdan kaçınmak isteyen bir düşünce tarihçisinin düşünürleri değerlendirirken temkinli bir şekilde yaklaşması, bir düşünür üzerine başkaları tarafından geliştirilen fikirlerin hiçbir zaman o düşünürün fikrini bütünüyle yansıtmayacağını dikkate alması gerekir. Düşünce tarihi üzerine yapılan itinalı bir çalışma, Aquinum’lu Thomas’ın Aristoteles üzerine söylediklerinin Aquinum’lu Thomas’ın düşüncesi hakkında; Hegel’in Kant üzerine söylediklerinin Hegel’in düşüncesi hakkında bilgi verdiğini dikkate almayı gerektirir.”<sup>6</sup>*

Tüm bu aktardıklarımız bağlamında çalışmamızda benimsediğimiz ve uygulayacağımız metodik aracın “içerik analizi” olduğunu söyleyebiliriz. Zira “... *içerik analizi, belirli bir metinde açık ya da gizli olabilecek anlam, tema ve kalıpları incelemek için yalnızca kelimeleri saymanın ya da metinlerden nesnel içeriği çıkarmasının ötesine geçen bir araştırma yöntemi*”dir.<sup>7</sup> Bu yöntemin belirlenmesiyle birlikte çalışmamızda ele aldığımız verileri bağlamsal bir yaklaşım benimseyerek inceleyebilmeyi hedefliyoruz.

---

<sup>6</sup> Ateş USLU, *Siyasal Düşünceler Tarihine Giriş: Tarih Yazımı, Temel Yaklaşımlar ve Araştırma Yöntemleri*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2017, s. 165.

<sup>7</sup> İdris GÜÇLÜ, *Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri: Teknik-Yaklaşım-Uygulama*, Nika Yayınevi, Ankara, 2021, ss. 41-43. Çalışmamızda kullanmadığımız diğer metodik araçlara ilişkin genel bir bilgi için bkz. A. Elif POSOS DEVRANİ & İpek KESİCİ, “Yeni Medya Araştırmalarında Yöntemler ve Araçlar Ne Kadar Yeni? Türkiye’deki Lisansüstü Tezlere Dair Bir Meta Analiz Çalışması”, *Selçuk İletişim*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2020, s. 277.

İçerik analizi için oluşturulan analiz birimi ise cinsiyetçi ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğine dayalı bir tema olarak belirlenmiştir. Burada gerekçeli kararlarda kadın ve erkek arasında, ister biyolojik cinsiyete dayandırılınsın ister kültürel/ideolojik kabullere dayandırılınsın, cinsiyet eşitsizliğine yol açan temellendirmelere ve bu temellendirmeler sonucunda ulaşılan sonuçlara odaklanılacaktır. İçerik analizi yönteminin kullanılması yoluyla ele aldığımız sosyal gerçeğin bilimsel olarak anlaşılabilceğine, yukarıda aktardığımız araştırma sorularını cevaplandırabileceğimize inanıyoruz.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### HUKUK KÜLTÜRÜ

Hukuk kültürü çalışmalarının hukukbilime birçok katkısı olmuştur. Hukuku ve hukuk kurallarını uygulamayı, incelemeyi ve yorumlamayı mekanik bir süreç olarak görmemiş ve bunları kompleks süreçler olarak kabul edip bireysel tercihleri ve bu tercihleri etkileyen unsurlara dikkatini vermiştir.<sup>8</sup> Hukuk sistemi içinde gerçekleştirilen veya gerçekleştiril(e)meyen performansları incelemiştir.<sup>9</sup> Şu ana dek hukuku açıklamak ve “ne”liğini tespit etmek için ortaya atılan teorilerin eksikliğini ortaya koymuş ve kendi yaklaşımını ortaya koymuştur. Hukuk kültürü çalışmalarının, çalışmamızda ortaya koymaya çalışacağımız başka birçok katkısına karşın, hukuk kültürü kavramı, içinde barındırdığı çok anlamlılık ve muğlaklık sebebiyle kafa karışıklığına, tartışmalara ve eleştirilere yol açan kavramlardan biridir. Bu nedenle kavram üzerine bir tartışma yürütmek sağlam bir temel oluşturabilmemiz adına şarttır.

#### I. HUKUK KÜLTÜRÜ

*“Yeni bir sözcük, tartışma toprağına atılmış taze bir tohum gibidir.”<sup>10</sup>*

---

<sup>8</sup> Austin SARAT, “Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence”, *Law & Society Review*, Cilt: 11, Sayı: 3, 1977, s. 428.

<sup>9</sup> SARAT, s. 430.

<sup>10</sup> Ludwig WITTGENSTEIN, *Kesinlik Üstüne + Kültür ve Değer* (Çeviren: Doğan ŞAHİNER), Metis Yayınları, İstanbul, 2020, s. 120.

Hukuk kültürü – hukuk çalışmalarında – görece yeni bir kavram ve çalışma (tartışma) sahasıdır. Kısa olarak nitelendirebileceğimiz bir süre içerisinde kavram üzerine ve temelinde birçok çalışma kaleme alınsa da hâlâ hukuk kültürünün anlamı üzerinde anlaşılmış bir kabul yoktur. Bunun nedeni olarak kavram üzerine çalışan düşünürlerin kavramı birçok farklı anlamda kullanmasını gösterebiliriz. Hatta buradaki çeşitlilik yalnızca düşünürler arasında değil bir düşünürün farklı metinleri arasında da görülebilir. Örneğin, hukuk kültürü üzerine çalışan öncü isimlerden **Lawrence Friedman**’ın da belirttiği üzere hukuk kültürü “*belirli bir toplumda insanların hukuk ve hukuk sistemine ilişkin fikir, değer, tutum ve görüşleri*”<sup>11</sup>dir. Ayrıca yazar modern bir hukuk kültürünün varlığından bahseder.<sup>12</sup> Kimi zamansa, **Friedrich Carl von Savigny**’yi akıllara getirir bir şekilde<sup>13</sup>, hukukçuların (dahili) ve hukukçu olmayanların (harici) hukuk kültürü üzerine de metinler kaleme alır.<sup>14</sup> Denebilir ki **Friedman**’da hukuk kültürü kavramının tek bir

---

<sup>11</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, “Is There a Modern Legal Culture?”, *Ratio Juris*, Cilt: 7, Sayı: 2, 1994, s. 118.

<sup>12</sup> FRIEDMAN, 1994, ss. 120-129.

<sup>13</sup> **Savigny**’e göre hukukun gelişiminde belirli bir noktada hukukçular adında ayrı bir zümre ortaya çıkacak ve daha önce halkın ortak bilincinde yer alan hukuk artık hukukçuların bilincine geçiş yapacaktır. Böylece hukuk artık ikili bir varlığa sahip olur: “İlki, bütün toplum hayatının bir parçası olarak, ki bunun varlığı yok olmaz; ikincisi de hukukçuların elinde ayrı bir disiplin olarak.” Bkz. Friedrich Carl von SAVIGNY, *Çağımızın Yasana ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine* (Çeviren: Ali ACAR), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 42, 43.

<sup>14</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975, ss. 194, 223. **Reza Banakar** ve **Ziaee Keyvan**’ın

anlamı olmadığı gibi yazar bu tanımlar arasından doğru veya en doğru tanıma da işaret etmemiştir. Çeşitli çalışmalarında bu farklı tanımların hepsini kullanmıştır.

Elbette kavram üzerine çalışan yalnızca **Friedman** değildir. Bu da kavrama ilişkin anlam çeşitliliğini ve bu anlam çeşitliliğinin sebep olduğu karmaşayı arttıran bir durumdur. Ancak kavram üzerine düşünen, tartışan, kavramı kullanan ve eleştiren birçok düşünür mevcuttur. **Heinrich Honsell**, Amerikan bürokrasisi ve yargısında görünen bazı düzenleme ve pratikleri<sup>15</sup>; **David Nelken**, İtalya'daki yargılama sürelerinin uzunluğunu<sup>16</sup>; **Erhard Blankenburg**, Almanya ve Hollanda halklarının yargı yoluna başvurma oranları arasındaki farkı<sup>17</sup>, **George N. Sfeir** ise seküler ve dini temelli hukukun

---

“İran: İki Hukuk Kültürünün Çatışması?” isimli makalesi dahili ve harici hukuk kültürünü, İran özelinde, muazzam bir biçimde ele alır. Bkz. Reza BANAKAR & Ziaee KEYVAN, “İran: İki Hukuk Kültürünün Çatışması?” (Çeviren: Seda KALEM), Reza BANAKAR, *Hukuk ve Toplum Çalışmaları: İran Üzerine Yazılar* (Çevirenler: Ali ACAR & Kasım AKBAŞ & Seda KALEM), Pinhan Yayınları, İstanbul, 2021 içerisinde, ss. 97-127.

<sup>15</sup> Heinrich HONSELL, “Amerikan Hukuk Kültürü” (Çeviren: Murat TOPUZ), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 3-4, 2010, ss. 356-373.

<sup>16</sup> David NELKEN, “Using the Concept of Legal Culture”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, Cilt: 29, Sayı: 1, 2004, ss. 11-26.

<sup>17</sup> Erhard BLANKENBURG, “Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 46, Sayı: 1, 1998, ss. 1-41.

özel hayata ilişkin, Mısır'daki Nasr Hamid Abu Zayd vakasında cisimleşen, yaklaşım farkını<sup>18</sup> bu kavramla – veya bu kavramı kullanarak – açıklamıştır. **Volkmar Gessner**'in kavrama ilişkin tanımı ise bu çeşitliliği ve karmaşayı aşmak istercesine hukuk kültürünü; normlardan mahkemelere, yargıçlardan avukatlara, sivil toplum kuruluşlarından insanlara, mahkeme kararlarından hukukbilime kadar genişleten bir tanımdır.<sup>19</sup>

Aşağıda hem kavramın çokanlamlılığına rağmen neden hâlâ kullanışlı ve yararlı bir kavram olabileceği sorusuna cevap vermeye çalışıp hem de hukuk kültürü kavramına ilişkin getirilen tanımların elimizden geldiğince bir dökümünü yapıp ikinci bölümdeki değerlendirmemiz için kendimize bir temel oluşturmaya çalışacağız.

#### **A. Hukuk Kültürüne Neden İhtiyacımız Var?<sup>20</sup>**

*“ ... birçok hukuk profesörü kapıları açıp bakışlarının temyiz mahkemelerinin dışına çevirdiğinde bir baş dönmesi yaşar. Dikkate alınacak çok fazla şey vardır ve zarif bir hukuk teorisi üretmek zordur. Ne ahmakça açıklamalar ne de istatistikler normatif seçimleri çözümleyemez.”<sup>21</sup>*

---

<sup>18</sup> George N. SFEIR, “Basic Freedoms in a Fractured Legal Culture: Egypt and the Case of Nasr Hamid Abu Zayd”, *Middle East Journal*, Cilt: 52, Sayı: 3, 1998, ss. 402-414.

<sup>19</sup> **Volkmar Gessner**'den aktaran Ali ACAR, “The Concept of Legal Culture with Particular Attention to the Turkish Case”, *Ankara Law Review*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2006, ss. 150, 151.

<sup>20</sup> Bu başlık, **Nelken**'in “Using the Concept of Legal Culture” makalesinden alınmıştır.

<sup>21</sup> Stewart MACAULAY, “Popular Legal Culture: An Introduction”, *The Yale Law Journal*, Cilt: 98, Sayı: 8, 1989, s. 1546.

Hukuk anlamlandırabilmek ve açıklayabilmek zor bir uğraştır. Salt pozitivist bir yaklaşımla bir tanım ortaya koymaya çalışsak dahi bu çabamız çeşitli sorularla karşılaşacaktır: “Hukukun sınırları bu kadar netse neden yargıçlar yanlış kararlar vermektedir?”, “neden avukatlara ihtiyacımız var?”, “yargıçlar, avukatlar, akademisyenler vd. neden hukuka ilişkin farklı görüşlere ve yaklaşımlara sahiptir?”, “neden insanlar hukuken yasaklandığını bile bile bazı eylemleri gerçekleştirmektedir?” vb. soruların ekseriyeti esasında hukuki pozitivistimizden daha fazlasına ihtiyacımız olduğunu bizlere gösterir.

Peki hukuki pozitivistimize karşı doğal hukuka başvurmamız – veya tam tersi – hukuku tam anlamıyla anlamlandırabilmemizi ve analiz edebilmemizi sağlar mı? Doğal hukukçular hukuki pozitivistleri ne yasa ne içtihat ne de doktrin hukuktur diyerek eleştirirken doğru bir noktaya parmak basarlar ancak hukuka aşkın bir tanım getirerek söz konusu aşkınlığın hukukun net bir tanımını verdiği gibi büyük bir hataya düşerler.<sup>22</sup> Onlara göre aşkın bir kaynak tarafından önceden belirlenmiş olan kurallar manzumesi iyi ile kötü, doğru ile yanlış ve adil olan ile olmayan arasındaki ayrımı net bir şekilde ortaya koyar.<sup>23</sup> Olan ve olması gereken ayrımı tıpkı hukuki pozitivistlerin yaptığı gibi uygulamanın önemini gözden geçirir – ya da minimize eder – ve hukuku anlamlandırabilmemiz ve analiz edebilmemiz için temel bir faktör olan uygulamayı göz ardı eder ve ettirir.<sup>24</sup> Öyleyse hukuki pozitivism ve doğal hukuk arasındaki tartışma kabaca söylemek gerekirse iradenin kim tarafından dile getirildiği üzerine yürütülen bir

---

<sup>22</sup> Cemal Bâli AKAL, *Hukuk Nedir?*, Zoe Kitap, İstanbul, 2021, s. 87.

<sup>23</sup> AKAL, s. 95.

<sup>24</sup> AKAL, s. 88.

güç çarpışmasıdır. Oysa bakış açımızı ve yaklaşımımızı değiştirmeli, klasik yorum anlayışından uzaklaşmalı, yasayı insan iradesinin veya aşkın bir iradenin ifadesi gibi düşünmemeli ve böylece kendimizi apaçık bir mevzuat fetişizmine<sup>25</sup> düşme tehlikesinden uzak tutmalıyız.<sup>26</sup>

O zaman yapmamız gereken nedir? Meta teorilerin yetersizliği bakışlarımızı meta teorilerden olana, yani sosyolojik bir diskurla söylememiz gerekirse “saha”ya döndürmemiz gerektiğini bize gösterir. Aksi takdirde **Friedman**’ın tabiriyle yasaların yasakladığı bir eylemi ısrarla tekrarlayan bir insan topluluğunun hareket tarzına herhangi bir açıklama getiremeyen klasik hukukbilimcilere döneriz.<sup>27</sup> Oysa yapmamız gereken hukuku ceza tehdidi ve cebri icra ile desteklenen devlet hukukundan ibaret görmemek ve hatta bunları ikincil bir konuma yerleştirmektir. Hukuk bir düzen olarak algılandığında tüm boyutlarıyla karşımızda belirir.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Burada fetişizm kelimesi bir şeye aslında sahip olmadığı bir anlamın ve değerın atfedilmesi anlamında kullanılmıştır. Fetişizm kavramına ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Umut KOLOŞ, “Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 24. Kitap* (Hazırlayanlar: Hayrettin ÖKÇESİZ & Gülriz UYGUR & Saim ÜYE), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002 içerisinde, ss. 119-124.

<sup>26</sup> AKAL, s. 60.

<sup>27</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, “Two Faces of Law”, *Wisconsin Law Review*, Cilt: 13, Sayı: 1, 1984, s. 15.

<sup>28</sup> Eugen EHRLICH, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri* (Çeviren: Artun MİMAR), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 27, 30.

Tam da bu sebeple aradığımız cevabı meta teorilerin uzağında, hukuku kendi kendine yeten izole bir alan olarak kabul eden düşünceden uzakta bulacağımızı düşünmeye başlarız. **Friedman**'ın deyişiyle:

*“... hukuku izole bir alan olarak ele almaktansa, hukuk sistemi ile onu çevreleyen toplum arasındaki çok yönlü bağlantıları keşfetmekte daha fazla açıklayıcı güç, daha fazla zenginlik vardır. Basit ve oldukça açık bir örnek vermek gerekirse: diyelim ki soru, 19. yüzyılda iş kazalarıyla ilgili hukukun nasıl anlaşılacağı ve açıklanacağıdır. Nereden başlamalıyız? Doktrinin kendisinden: belki de kurallar bir şekilde daha eski kurallardan, hukuk mantığının içkin gerekliliklerinden ya da hukukçuların yazılarındaki fikirlerin etkileşiminden ya da "öğretilen gelenekten" ya da doktrinin unsurlarıyla oynayan avukatlar tarafından uydurulan tariflerden, bir kaşık burada, yarım fincan orada. Bana göre, "dışarı" ile başlamak, yani ticari kuralların ve kurumların demiryolları, genel olarak sanayi, emek ve emek örgütleri ve benzerleri üzerindeki etkisi (ya da algılanan etkisi) ile başlamak ve buradan "dışarı" ile "içeri" arasında ne tür bağlantılar olabileceğini ve bu bağlantıların nasıl ortaya çıktığını hayal etmeye devam etmek çok daha makuldür.”<sup>29</sup>*

Yukarıda da belirttiğimiz gibi hukuk kültürü net bir tanıma sahip değildir ve çok farklı anlamlarda kullanılmıştır. Ancak bunu bir sorun olarak görmektense kavrama duyduğumuz ihtiyacı bununla açıklamamız gerekiyor olabilir. Zira hukuk kültürüne dahil etmemiz gereken veya dahil edebileceğimiz temel unsurların bir listesi de yoktur; süreç esnek ve serbesttir. Örneğin kurumsal bir yapının ilginç bir özelliğini, jüri sistemini,

---

<sup>29</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, “Law, Lawyers, and Popular Culture”, *The Yale Law Journal*, Cilt: 98, Sayı: 8, 1989, s. 1582.

hukuk eğitimi veya literatürü hakkındaki açıklayıcı bir gerçeği veya bazı dava istatistikleri hukuk kültürü altında incelenebilir; iki akademisyenin hukuk kültürü tasvirlerini inceleyen okuyucular kendilerini elmalarla armutları karşılaştırırken bulabilirler.<sup>30</sup> Kavramın tanımı ve temel unsurları üzerinde bir konsensüs olmaması kavrama özgür bir biçim kazandırır.<sup>31</sup> Söz konusu kavramsal netlik ve katılığa sahip olmaması kavramı kullanışlı bir bulgusal olgu ve akademik katalizör kılar.<sup>32</sup> Başka bir deyişle kavram “*albenili bir ikircikliğe*”<sup>33</sup> sahiptir.

### 1. Hukuk Aileleri, İktibas, Kodifikasyon ve Hukuk Kültürü

*“Montesquieu'dan itibaren hukukun değişiminden harici güçlerin sorumlu olduğu öne sürülüyor. ... zira [onlara göre] hukuk otonom bir varlığa sahip değildir.”<sup>34</sup>*

---

<sup>30</sup> Richard J. ROSS, “The Legal Past of Early New England: Notes for the Study of Law, Legal Culture, and Intellectual History”, *The William and Mary Quarterly*, Cilt: 50, Sayı: 1, 1993, s. 34.

<sup>31</sup> ROSS, ss. 33, 34.

<sup>32</sup> ROSS, s. 34.

<sup>33</sup> ROSS, s. 34.

<sup>34</sup> William EWALD, “Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 43, Sayı: 4, 1995, s. 490.

Özellikle son on yılda, birçok yazar karşılaştırmalı hukuk hususunda geleneksel hukuk doktrininin "kurallar olarak hukuk"<sup>35</sup> yaklaşımının ötesine geçen geniş bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Karşılaştırmacıların sadece kuralları karşılaştırmakla sınırlı kalamayacağı giderek daha belirgin hale gelmektedir.<sup>36</sup> Bu bağlamda şunu söyleyebiliriz ki – içerdikleri anlam ve yaklaşım farklılıklarına karşın – hukuk kültürünü merkezine alan çalışmaların ortak amacı da hukuk hakkında evrensel doğruları ortaya çıkarmak, sınırları belli bir hukuk kavrayışı ortaya koymak veya kurallar üzerinden bir hukuk analizi ortaya koymak değil birbirinden farklı hukuk kavrayışlarının varlığını ortaya koymak, karşılaştırmalı çalışmaları “hukuk aileleri” gibi kavramlardan başka kavramlarla yürütmeye çalışmaktır.<sup>37</sup> Zira sağlam bir karşılaştırma kriteri

---

<sup>35</sup> **Pierre Legrand** bu yaklaşımı “*eleştirel bir uğraştan yoksundur*” diyerek eleştirmiştir; Mark van HOECKE & Mark WARRINGTON, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 47, Sayı: 3, 1998, s. 497.

<sup>36</sup> HOECKE & WARRINGTON, s. 495.

<sup>37</sup> NELKEN, s. 2. Yine Nelken’e göre hukuk kültürü çalışmaları law-in-action ve yaşayan hukuk gibi teorilere kapı aralar; NELKEN, s. 2. “*Karşılaştırmalı hukukun temel kavramsal mekanizmaları, hukuk sosyolojisi için yetersiz görünebilir. Bu noktada karşılaştırmalı hukukun en temel yetersizliklerinden biri, hukuk doktrini ve işlemlerinin var olduğu politik, sosyal ve ekonomik matrisin karşılaştırmalı analizinden ayrılan doktriner kıyasın teorik değerini yeteri bir biçimde kanıtlanamamasıdır.*”; Murat YÜKSEL, “Hukuk Kültürü”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1-2, s. 287.

belirlenecekse dahi bu kriter hukukun içinde değil dışında aranıp bulunmalıdır ve bulunacaktır.<sup>38</sup>

Elbette bu bağlamda “hukuk aileleri” sınıflandırılmasının neden sorunlu bir sınıflandırma olduğu sorulabilir. Hukuk ailelerinin uzun zamandır karşılaştırmalı hukuk çalışmaları literatürüne hâkim olması ve bu fikir temelinde çeşitli çalışmalar yürütülmesi söz konusudur. Ancak hukuk yapım ve hukukbilim tarihine dayanan hukuk aileleri kategorileri iki eksikliği içinde barındırır: İlk olarak – esasında hukuk sistemleri arasındaki ayrımlar net olmayıp çeşitli geçirgenlikler gösterse de – zıtlıklar temelinde oluşturulan kategorilerdir.<sup>39</sup> İkinci olarak, bu sınıflandırmalar yalnızca kâğıt üzerinde yazılmış olan hukuku dikkate alıp ve tam da bizim konumuz olan hukuka kültürü boyutunu göz önünde bulundurmaz.<sup>40</sup> Ancak yukarıda bahsi geçen soruya karşılık

---

<sup>38</sup> Antoine GARAPON, “French Legal Culture and the Shock of ‘Globalization’”, *Social & Legal Studies*, Cilt: 4, Sayı: 1, 1995, s. 495.

<sup>39</sup> Karşılaştırmalı çalışmalara baktığımızda Kıta Avrupası içindeki gelenekleri Alman ve Fransız geleneğine, Avrupa ve Anglosakson dünyası genelindeki gelenekleri ise Kıta Avrupası ve common law gelenekleri olarak ayırma eğilimindedir; BLANKENBURG, ss. 1, 2.

<sup>40</sup> Mehmet YÜKSEL, “Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 26. Kitap (Hazırlayanlar: Hayrettin ÖKÇESİZ & Gülriz UYGUR & Saim ÜYE), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 içerisinde, s. 499. **Nelken**’in de söylediği gibi hukuk kültürü çalışmaları kendisini ulus devletler ile sınırlamak zorunda değildir, daha mikro ve makro düzeylerde işleyebilir; NELKEN, s. 3. **Carl Schmitt**’e göre de on dokuzuncu yüzyıl pozitif hukukçularının temel hatası hukuku

**Friedman**'ın sorduğu soruyu yönelttiğimizde bu kategorilerde eksik bir şeyler olduğunu hissederiz: “*Tarihsel-evrimci metotla hukuk sistemlerinin sınıflandırılması bir ulus veya toplumun diğer karakteristikleri hakkında bize herhangi bir şey ifade eder mi?*”<sup>41</sup> Bu soruya cevap bulabilmek için bazı örneklerle bakabiliriz.

Kıta Avrupası ve *common law* hukuk sistemleri arasındaki farklar belirgindir ancak “Kıta Avrupası” başlığı altında toplanılan hukuk sistemleri arasında da hem yazılı hukuk hem de hukuk pratiği açısından ciddi farklar bulunur.<sup>42</sup> **Blankenburg**'un daha önce alıntıladığımız makalesi de Almanya ve Hollanda özelinde bu eksikliğe ilişkin ayrıntılı örnekler sunar. Almanya ve Hollanda ortak bir politik tarihe, ekonomi politikasına ve hukuk tarihine sahiptir. Ayrıca, her iki ülke de, Kıta Avrupası hukuk sistemleri içerisindeki ayrımın Fransız ekolünden Alman ekolüyle daha çok ortaklıklar barındırır.<sup>43</sup> Ancak iki ülke arasındaki hukuka ve hukukçuya yaklaşım arasındaki farklar çarpıcıdır. Almanya, Avrupa kıtası içerisindeki en yüksek dava açma oranlarına sahipken sınır komşusu Hollanda ise en düşük orana sahiptir.<sup>44</sup> 1980’ler ve 90’lardaki gözle görülür

---

belirli bir devletin yasal sınırları içinde işleyen bir olgu olarak görmeleridir; **Carl Schmitt**'den aktaran AKAL, ss. 38, 39.

<sup>41</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, “Hukuk Kültürü ve Toplumsal Gelişme” (Çeviren: M. Tevfik ÖZCAN), *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 14, 1996, s. 29.

<sup>42</sup> Volkmar GESSNER, “Global Legal Interaction and Legal Cultures”, *Ratio Juris*, Cilt: 7, Sayı: 2, 1994, s. 135.

<sup>43</sup> BLANKENBURG, ss. 1, 2.

<sup>44</sup> BLANKENBURG, s. 3.

artışa rağmen, ılıman cezalandırma iklimi ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının aktif kullanımı nedeniyle 1995 yılındaki istatistiklere göre Hollanda'daki cezaevi doluluk oranları diğer Avrupa ülkelerinin sadece yarısı kadardır.<sup>45</sup> Ayrıca Hollanda, kıtadaki en gelişmiş hukuki yardım sistemine sahipken Alman avukatlar lobisi ise bunu başarıyla engellemiş ve bu hususta tekel olmayı başarmıştır.<sup>46</sup> Makalenin devamında iki ülke arasındaki birçok fark aktarılır. İki ülke arasındaki hukukçu sayıları, hukukçuların kazançları, hukuk şirketlerinin sayıları ve büyüklükleri, hukuk eğitiminin süresi vb. konularda iki ülke çoğunlukla iki uçta konumlanmıştır.<sup>47</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'nin Louisiana eyaleti ele alınabilecek bir diğer örnektir. Louisiana, bağımsızlık sürecinde diğer eyaletlerden farklı olarak İngiliz *common law* sisteminden değil Fransız medeni hukuk sisteminden etkilendiği ve hukukunun bu doğrultuda şekillendiği söylenir. Esasında her ne kadar devrim sonrası süreçte İngiliz karşıtı düşünceler Amerikan toplumunda ve düşünürlerinde tavan yapmış ve Fransız Aydınlanma düşüncesi ile Fransız devrimi Amerikan Devrimi ve devrimcilerini fazlasıyla

---

<sup>45</sup> BLANKENBURG, s. 3.

<sup>46</sup> BLANKENBURG, ss. 3, 4. Ayrıca Hollanda'da hukuki yardım ücretsiz olmasının yanı sıra hukukçuların tekelinde dahi değildir; BLANKENBURG, s. 6.

<sup>47</sup> Elbette bu durumun insanların hukuktan ne istediklerinden ziyade, ihtilaf ve taleplerini ele almak için başka kurumsal imkânların mevcudiyetine bağlı olup olmadığı sorulmuş olsa da devletler tarafından yaratılan çeşitli kurumsal imkânların da insanların istekleriyle şekillenmiş olduğu ihtimali de göz ardı edilmemelidir; NELKEN, s. 9.

etkilemiş olsa da hem dil bariyeri<sup>48</sup> hem de Amerika’da, Fransa’da veya başka yabancı bir ülkede eğitim gören hukukçuların var olmaması sebebiyle Fransa’nın, İngiltere’nin yerini alan dostluğu Amerikan devleti ve toplumu üzerinde gerçek bir etkiye dönüşmemiştir.<sup>49</sup> Louisiana’da ise süreç tersten işlemiş ve Louisianalılar İngilizceyi anlamadıkları için İngiliz *common law*’unun nakline şüpheyile yaklaşmışlardır.<sup>50</sup> Tüm bu sebeplerden ötürü Louisiana’nın medeni hukuk ailesine ait olduğu iddia edilir. Fransa’nın hukuki anlamda yakın bir akrabası addedilir. Ancak:

“ ... Louisiana hukuk yaşamının kültürel elemanları Arkansas veya Texas’inkilere Fransa’dakilerden kesinlikle daha yakındır. Hukukçu ve yargıçların sayısı, yaptıkları işler, Louisiana toplumundaki yerleri, kamunun hukuk ve hukukçu hakkında düşündükleri, mahkemeye intikal eden veya mahkeme dışında kalan uyumsuzluk çeşitleri – bunlar Louisiana’nın komşu eyaletlerinde olanların oldukça benzeri ve Fransa’dakinin oldukça farklıdır. Gerçekten, kültür en çarpıcı biricik olgudur. Tarihsel ve teşhise ait özellikler vurgulanarak, ders kitapları Louisiana’nın maddi elemanını Misisipi’ninkinden kesin surette ayırır.

---

<sup>48</sup> Burada **Reza Banakar**’ın aynı dili paylaşmayan insanların aynı kültürü ve hukuk kültürünü paylaşamayacağına ilişkin müdahalesini hatırlayabiliriz; Reza BANAKAR, “The Politics of Legal Cultures”, *Retfærd: The Nordic Journal of Law and Justice*, U of Westminster School of Law Research Paper No. 10-01, 2008, ss. 49, 50.

<sup>49</sup> Louis F. DEL DUCA & Alain A. LEVASSEUR, “Impact of Legal Culture and Legal Transplants on the Evolution of the U.S. Legal System”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 58, Sayı: 1, 2010, ss. 6, 7.

<sup>50</sup> DEL LUCA & LEVASSEUR, s. 8.

*Ancak, eğer, toplumsal ve ekonomik yaşamın işleyen hukuk kurallarına, vergi hukukuna, ekonomik mevzuatına, ırk mevzuatına, mesleki ruhsat sistemine, çalışma yasalarına bakarsak – iki devlet o kadar farklı değildir. Doğal olarak, federal hukuk iki eyalette aynıdır ve büyük önem taşır. Fransız vergi ve düzenleyici mevzuatı, diğer taraftan, Louisiana’nunkinden oldukça uzaktır. Hatta, Louisiana’da hukukun yapısal elemanları, belirtilen komşu eyaletlere, kişinin geleneksel teoriden bekleyebileceğinden daha yakındır. ...”<sup>51</sup>*

Aynı durum – Louisiana gibi istisnaları hariç tutarsak – Amerikan federal ve federe hukukunun genelini biçimlendirmiş İngiliz *common law* ve Amerikan *common law* sistemleri arasındaki farkta da mevcuttur. **Friedman**’ın belirttiği gibi Amerikan ve İngiliz hukuku Amerikan Devrimi’nden bu yana geçen yüzyıllar boyunca farklı yollara sapmıştır. Bunda her ülkenin yaşadığı özgül koşullar, endüstriyellemenin getirdiği farklı farklı ve ihtiyaçlar ve merkezileşmeye ilişkin tutumlar gibi faktörler belirleyici olmuştur.<sup>52</sup> Ek olarak, **Friedman**’ın endüstriyellemeye ilişkin vurgusunu paylaşan<sup>53</sup> **Louis F. Del Luca** ve **Alain A. Lavasseur**, henüz Devrim sonrası dönemde dahi İngiliz *common law*’unun olduğu gibi alınmadığını, genel ilkelerin kabul edilip Amerikan devleti ve toplumunun ihtiyaçları ve içinde bulunduğu koşulları gözeterek karma bir hukuk sistemi yaratıldığını söylemiştir.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> FRIEDMAN, 1996, ss. 30, 31.

<sup>52</sup> FRIEDMAN, 1996, s. 31.

<sup>53</sup> DEL LUCA & SAVANNEUR, ss. 7, 8.

<sup>54</sup> DEL LUCA & SAVANNEUR, s. 3.

“Hukuk kültürüne neden ihtiyacımız var?” sorusunu cevaplayabilmek için “iktibas, kodifikasyon veya hukuki entegrasyon gibi kavramlar hukuk dünyasında neler olup bittiğini açıklayabilir mi?” sorusunu da ele almak gereklidir. Bir sonraki bölümde Türkiye Cumhuriyeti’nin İsviçre Medeni Kanunu’nu iktibas aracılığıyla kanunlaştırması ve velayet davaları özelinde bu naklin hukuki pratikleri açıklayıp açıklayamadığı ele alınacak ancak Türkiye Cumhuriyeti’nin İsviçre Medeni Kanunu’nu iktibas dışındaki örnekleri atıfla bu hususu tartışmaya başlayabiliriz.

İktibas ve kodifikasyon eylemleri çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Kolonyal bir yönetimin dayatması, uluslararası örgütlerin entegrasyon çalışmaları veya ülkesini medenileştirmek isteyen politik ve hukuki elitler<sup>55</sup> tarafından gerçekleştirilebilir. Kim tarafından ve ne için gerçekleştirildiğine – veya dayatıldığına – göreyse muhafazakâr ve ilerici bir rol üstlenebilir.

Esasında bu tartışmaların yeni yeni ortaya çıkmakta olan düşünceler ve tartışmalar olduğunu söylemek de yanlış olacaktır. **Anton Friedrich Justus Thibaut** ve **Savigny** arasındaki tartışmadan bu yana politik tutumları ve hukuk teorisini şekillendiren bir tartışma ile karşı karşıyayız.<sup>56</sup> Her ne kadar **Savigny** ve birçok güncel düşünür hukuki

---

<sup>55</sup> Türkiye Cumhuriyeti ve Japonya, politik ve hukuki elitlerin bu tarz bir politika yürütmesine ilişkin uluslararası akademideki en ünlü örneklerdir denilebilir; NELKEN, s. 5.

<sup>56</sup> **Thibaut**, hukuk sistemleri arasındaki benzerlikleri vurgulayan ve nakle olumlu bakan bir konumdayken **Savigny** kültürün biricikliğini savunan ve haliyle hukuki nakli reddeden bir görüşü savunmaktadır.

naklin başarısızlığa mahkûm olduğunu söylese de **William Ewald**'ın kaydettiği gibi kâğıt üzerindeki hukuk birçok kez iktibas sonucunda değişmiştir.<sup>57</sup>

Ancak bir iktibasın gerçekleştirilmiş olması bunun başarılı bir sürece yol verdiği anlamına gelmemektedir. Benzer sosyal geleneklere sahip toplumlar arasında gerçekleştiğinde dahi iktibas sürecinin zor olduğu defalarca belirtilmiş ve tanık olunan ve başarısızlıkla sonuçlanan süreçler düşünürleri iktibas fikrini sorgulamaya kadar itmiştir.<sup>58</sup>

Başarısız bir iktibas örneği olarak Rusya Federasyonu'nun Rostov ve Nijniy Novgorod şehirlerinde, İngiltere'deki PCC (Basın Şikayetleri Komitesi) örneğinden esinlenilerek, medya özdenetim organları kurma girişimine bakabiliriz. PCC'ler İngiltere'de basın şikayetlerine ilişkin bir alternatif uyuşmazlık organı olarak tasarlanmışlardır. Küçük hataların ve eksikliklerin düzeltilmesinden, PCC'lerde çözülmediği sürece gazetecilerin mahkemelerde yargılanmasına sebep olacak hakaret eylemlerine kadar geniş bir skalada şikayetlere bakmışlardır. Ancak bu kurum Rusya'da taklit edilmeden önce arabuluculuk sisteminin Rus uyuşmazlık çözüm geleneğine uyup uymadığı dikkate alınmamıştır. Kurumsallaşmış arabuluculuğun bu ülkede, hem bugün

---

<sup>57</sup> EWALD, ss. 498, 502, 503. Roma hukukunun Avrupa'da kabulü, İngiliz hukukunun *common law* ülkelerine, hatta Amerika Birleşik Devletleri'nin hiçbir zaman İngiliz egemenliği altına girmeyen bölgelerine yayılması, Fransız *Code Tier*'inin diğer medeni hukuk sistemleri üzerindeki etkisi ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bir eyaletin hukukunun diğerlerinin hukukunu ne ölçüde etkilediğine bakılabilir; Alan WATSON, "Legal Change: Sources of Law and Legal Culture", *University of Pennsylvania Law Review*, Cilt: 131, Sayı: 5, 1983, s. 1125.

<sup>58</sup> KURKCHIYAN, s. 341.

hem de geçmişte, köklü bir uygulama olmadığı söylenebilir. Bu sebeplerden ötürü Rus PCC’leri sadece birkaç ay içinde İngiliz kökenlerinden çok uzaklaşmış ve kısmen hukuki danışmanlık yapan özel bir ajans kısmen de medyanın çıkarlarını savunan bir STK hâlini almışlardır.<sup>59</sup>

Yukarıdaki örneklerde de görülebileceği üzere hem mevcut hukukun iktibas sonucunda şu anki hâlini aldığına hem de iktibas ile her zaman hedeflenen sonuca ulaşılabildiğine ilişkin ciddi şüpheler vardır.

## 2. Modernlik, Dayatma, Küreselleşme ve Hukuk Kültürü

*“Tarihten ve kültürel çeşitlilikten bihaber olan bu evrimsel bencillik tutkunları, çizdikleri sözde insan doğası resmindeki klasik burjuva özneyi ayırt etmekten acizdir. Yahut bizim alışlagelmiş pratiklerimizi, insan davranışına ilişkin evrensel teorilerinin kesin ispatı sayarak kendi etnisitelerini her şeyin merkezine koyan tutumlarını göklere çıkarmaktadırlar. Bu etnik-merkezli bilim meşrebinin düsturu ... ‘insan türü benim’dir.”<sup>60</sup>*

---

<sup>59</sup> KURKCHIYAN, ss. 348-354. İngiliz ve Rus Medya Şikâyet Konseyleri arasındaki farka ilişkin bkz. Tablo 1; KURKCHIYAN, s. 349.

<sup>60</sup> Marshall SAHLINS, *Batı’nın İnsan Doğası Yanılsaması: Batı’da Hiyerarşinin, Eşitliğin ve Anarşinin Yüceltilmesinin Uzun Tarihi Üzerine Düşünceler ve İnsanlık Durumuna İlişkin Bazı Kavrayışlar Üzerine Karşılaştırmalı Notlar* (Çevirenler: Emine AYHAN & Zeynep DEMİRSÜ), Bgst Yayınları, İstanbul, 2021, s. 10.

**Friedman**'ın da dediği gibi modern toplumların hukukun değiştirici gücüne yönelik inancı birçok kez görülmüştür.<sup>61</sup> Burada da kolonyalist mantığın, marjları içerisinde veya dışarısında kalanlara ilişkin bakışı hemen gözümüze çarpar. Çoğu modern hukuk teorisi modern olanı Avrupa'dan – veya Avrupalı olandan – başlatır.<sup>62</sup> Gerçekten de varsayım şu şekildedir: Hukuk ne kadar modernse, yeni ne kadar Avrupalıysa sosyal ve ekonomik kalkınma için, başka bir deyişle modernleşme süreci için, o kadar iyidir.<sup>63</sup> Avrupalının tahayyülünde üçüncü dünya şundan ibarettir:

*“Üçüncü dünya, ‘gelişmiş’ ulusların sınırları içinde kaynayan dördüncü, beşinci, altıncı ve sonsuz çelişkili dünyaların pis, istenmeyen ve azgelişmiş bir kardeşidir.”*<sup>64</sup>

Yukarıda aktarmaya çalıştığımız bakış açısını Hindistan'ı işgal eden İngiliz sömürgecilerde de görebiliriz. Söz konusu sömürgecilere göre Hindistan kendilerinden önce bir hukuktan yoksundu ve Hindistan'a, elbette modern, bir hukuk sistemi armağan etmeleri en gurur verici başarılarından biriydi.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> FRIEDMAN, 1996, s. 32.

<sup>62</sup> BAXI, s. 174.

<sup>63</sup> BAXI, s. 174.

<sup>64</sup> Ariel DORFMAN, *The Empire's Old Clothes: What the Lone Ranger, Babar, and Other Innocent Heroes Do to Our Minds*, Duke University Press, Durham and London, 2010, s. 5.

<sup>65</sup> BAXI, s. 176.

Ne yazık ki yukarıdakine benzer beyanlar hâlâ birçok hukukçu ve hukukçu olmayan kişi tarafından dillendirilmektedir. **Upandra Baxi**’nin de dediği gibi “*eski alışkanlıklar zor ölür. Kolonyal hukukbilim ve hukukbilimciler varlığını hâlâ sürdürmektedir.*”<sup>66</sup> Hukukun iktidarla ilişkisini açığa vurur şekilde hukuk bir ilerleme aracı olarak ele alınmış ve kullanılmıştır.<sup>67</sup> “*Hukuk, hâlâ ele geçirmeyi meşrulaştırmanın bir aracıdır.*”<sup>68</sup> Yalnızca iktibas tezini savunanlar arasında değil hukuk kültürü çalışmaları yürüten düşünürler arasında da modern bir hukuk kültürüne, insan hakları

---

<sup>66</sup> BAXI, s. 173.

<sup>67</sup> BAXI, s. 174. **Harold J. Berman**’a göre Batı dünyası her ne kadar üçüncü dünyaya modern ve seküler bir hukuk götürmekle övünmüş ve kendisini bu misyonla donatmış olsa da Batı hukukunun kökleri bizzat teolojik görüşlere ve dini ritüellere dayanıyordu; Harold J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Traditions*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts ve Londra, 1983, s. 165. Burada Orwellci bir yeniden yazım söz konusudur ya da **Schmitt**’in deyişiyle “*Modern devlet kuramının bütün önemli kavramları, dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır. Sadece tarihsel gelişimleri dolayısıyla değil, – çünkü bu kavramlar ilahiyattan devlet kuramına aktarılmışlardır, örneğin her şeye kadir Tanrı, her şeye kadir kanun koyucuya dönüşmüştür – bu kavramların sosyolojik yönden incelenmesi için anlaşılması gereken sistematik yapıları dolayısıyla da dünyevileştirilmişlerdir. ...*”; Carl SCHMITT, *Siyasi İlahiyat* (Çeviren: A. Emre ZEYBEKOĞLU), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002, s. 41.

<sup>68</sup> **Laura Nadel**’den aktaran Fernanda PIRIE, *Hukuk Antropolojisi: Kabile, Kadı, Yargıç* (Çeviren: Sedat ERÇİN), Fol Yayınları, Ankara, 2022, s. 226.

hukuk kültürüne, Avrupa (Birliği) hukuk kültürüne geçtiğimiz sıklıkla söylenmiştir.<sup>69</sup>

**Friedman**'a göre modern hukuk kültürünün hangi ülkelerde görüldüğüne bakalım:

*“‘Modern’ terimi ile hem zaman unsuruna (çağdaş toplumlar) hem de daha belirsiz, tanımlanması zor bir unsura atıfta bulunuyorum. Çağdaş toplumlar arasında Avrupa, Kuzey Amerika ve Uzak Doğu’yu (ki Uzak Doğu kesinlikle yükseliştir) sayabiliriz. Bunlar refah ve endüstriyelleşme seviyesi yüksek ülkeleri barındıran bölgelerdir ve bu devletler bu makalenin asıl öznesidir. Sonuçlar belki öteki devletlere de uygulanabilir ama kesinlikle keskinliği azalır. Tezim gelişmiş dünyanın refah seviyesi yüksek ülkelerinin benzer bir hukuk kültürünü ve hukuk sistemlerinin de modern hukuk kültürünü yansıttığıdır.”<sup>70</sup>*

Aynı şekilde **Friedman**'ın modern hukuk kültürünün özellikleri de serbest piyasa ekonomisi ile yönetilen liberal/kapitalist ve bireyci ülkelerin hukuk sistemlerini yansıtmaktadır: (i) öncelikle bu sistemler, içlerinde bulundukları toplum gibi, hızlı bir değişim içerisinde; (ii) modern devletlerin hukuku yoğunluğu yüksek, hayatın her

---

<sup>69</sup> Hatta Hayrettin Ökçesiz, önüne bir takı getirmeksizin “*Hukuk kültürü hiçbir iktidarın hukuku değildir. Tüm iktidarların yargılandığı bir insani varoluş düzlemidir. Bugün sahibi olduğumuz temel hukuk ilkeleri neredeyse iki bin beş yüz yıllık bir birikimin tanıkları olarak bu sonucu doğrular niteliktedir.*” ifadelerini kaleme alarak hukuk kültürünü adeta sosyoloji sahasından almış ve doğal hukuk teorilerini akla getirir bir muhteva ile donatmıştır; Hayrettin ÖKÇESİZ, “Hukuk Kültürünün Yapısını “Nomos – Physis” (Toplum – Kültür – Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 19, Sayı: 1, 2003.

<sup>70</sup> FRIEDMAN, 1994, s. 120.

alanında bulunan bir hukuktur; (iii) bir diğer özelliği ise açık bir şekilde kültürel olmasıdır, modern hukukun meşruiyetinin dayandığı temele sıkı bir şekilde bağlıdır; (iv) temel haklara tutkulu bir bağlılığı yansıtır; (v) derin bir bireyciliği savunur ve bunun sonucu olarak liberal ekonomik regülasyonları da içinde barındırır; (vi) modern hukuk kültürünün son özelliği ise küreselleşme olgusudur.<sup>71</sup>

**Mark Van Hoecke** ve **Mark Warrington** da tıpkı **Friedman** gibi Batı hukuk kültürünü diğer hukuk kültürlerinden ayırmış ve temel iki özelliğini bu hukuk kültürünün bireyci ve rasyonel olması olarak belirtmişlerdir.<sup>72</sup> Ayrıca **Friedman**'dan farklı olarak Asya, İslam ve Afrika hukuk kültürlerinin temel niteliklerini de çalışmalarında ortaya koymuşlardır. Onlara göre Asya hukuk kültürü Konfüçyüsçü öğretilerden etkilenmesinden ötürü<sup>73</sup>; İslam hukuk kültürü hukuk, ahlaki değerler ve din arasında ayrımın gözetilmemesinden ötürü<sup>74</sup>; Afrika hukuk kültürü ise klasik Afrika düşüncesinden (bireyin; aile, klan, toplumlar karşısında kendisine yabancılaştığı) ötürü<sup>75</sup> ne bireyci ne de rasyonel hukuk sistemleridir.

---

<sup>71</sup> FRIEDMAN, 1994, ss. 120-126. **Friedman** modern hukuk kültürü fikrine olan bağlılığını “Introduction: Nationalism, Identity, and Law” adlı makalesinde de tekrar etmiştir; Lawrence M. FRIEDMAN, “Introduction: Nationalism, Identity, and Law”, *Indiana Law Review*, Cilt: 28, Sayı: 3, 1995, s. 507.

<sup>72</sup> HOECKE & WARRINGTON, s. 503.

<sup>73</sup> HOECKE & WARRINGTON, ss. 505, 506.

<sup>74</sup> HOECKE & WARRINGTON, s. 507.

<sup>75</sup> HOECKE & WARRINGTON, ss. 507, 508.

Tabii burada sorulabilecek ilk soru bu ayrımların hâlâ sürüp sürmediği ve sürüyorsa dahi ne ölçüde sürdüğüdür. Aslında bu soruya **Hoecke** ve **Warrington** yukarıda aktardığımız hukuk kültürleri ayrımını yapmadan önce vermektedir. Afrika ve Asya devletlerinde görünen duruma ilişkin yazdıkları esasında bu ayrımın pek de sürmediğini göstermektedir:

*“Çoğu Afrika ülkesi, sömürgecilikten kurtulduktan sonra, büyük ölçüde sömürge valileri tarafından ithal edilen Avrupa hukukunu muhafaza etmiştir. Özel hukukları, en azından resmi olarak, hâlâ Code Napoleon ya da common law sistemi tarafından şekillendirilmiştir. Komünist bir hükümet tarafından yönetilen tüm Asya ülkeleri kolaylıkla “sosyalist hukuk ailesi”ne mensup olarak nitelendirilebilir. Japonya ya da Türkiye gibi ülkeler Alman medeni kanununu kendi medeni kanunları için bir model olarak kullanmışlardır. Hindistan, Avustralya, Yeni Zelanda ve diğer Commonwealth ülkeleri “common law” çatısı altında sınıflandırılmıştır.”<sup>76</sup>*

---

<sup>76</sup> HOECKE & WARRINGTON, s. 499.

Sorulabilecek ikinci soru ise: Peki bu durumda küreselleşme<sup>77</sup> ve modern hukuk kültürü dediğimiz şey ne ölçüde bir kültürün diğerine dayatılmasıdır?<sup>78</sup> Tek tiplilik arzusunun bazılarının değerlerini, kurallarını ve normlarını baskın olarak görüp diğerlerininkini görmezden gelmesi nedeniyle doğası gereği baskıcı bir arzu olduğu dillendirilmiştir.<sup>79</sup> Bu varsayımı kabul edip ilerleyen **Werner Menski**'ye göre de tekçi, devletçi ve pozitivist düşünciyi destekleyen Avrupa-merkezci, hukuk-merkezci ve pozitivist yaklaşımlar terkedilip çoğulculuk bilincine sahip bir bakış açısı

---

<sup>77</sup> “Politik açıdan bakıldığında küreselleşme çok uluslu şirketler, sivil toplum örgütleri ve toplumsal hareketler gibi yeni siyasi aktörlerin yükselişine tanıklık etmiştir. Devleti zayıflatma, parçalama ve hatta bazen yeniden yapılandırma eğilimi göstermiş ancak hiçbir şekilde yok edememiş ya da yerini alamamıştır. Küreselleşme aynı zamanda yakın tarihte alışkın olduğumuz yönetim ve toprak arasındaki ilişkiyi de kökten değiştirmiştir. Böylece ulus devletlerin ve bölgesel entegrasyon örgütlerinin iç ve dış alanları arasındaki sınırları bulanıklaştırmış ve parçalara ayırmış, çok düzeyli yönetim sistemlerinin, iç içe geçmiş politika ağlarının eklemlenmesini teşvik etmiş ve insan hakları söylemi ile taleplerinin evrensel hâle gelmesine yardımcı olmuştur. Avrupa Birliği gibi birçok politik ve hukuki ortamda, çağdaş yönetişimin doğası ve uygun biçimi hakkında ciddi sorular ortaya çıkarmıştır.”; Francis SYNDER, “Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law”, *European Law Journal*, Cilt: 5, Sayı: 4, 2002, s. 336.

<sup>78</sup> NELKEN, s. 6.

<sup>79</sup> Caroline MA NICHOLSON, “Globalisation v Glocalisation: No Contest; Legal Comparison, Mixed Legal Systems and Legal Pluralism”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Cilt: 45, Sayı: 2, 2012, s. 258.

desteklenmelidir.<sup>80</sup> Aksi takdirde küreselleşme adı verilen süreç Batı modernitesinin – kapitalizm, endüstriyalizm ve ulus devlet sistemi – gelişmekte olan ülkeler üzerindeki kültürel bombardımanı olarak görülebilir.<sup>81</sup>

Bazı yazarlar bu endişeye cevap vermek adına bazı savlar geliştirmeye çalışmıştır. Bu yazarlara göre artık yersiz yurtsuzlaştırılmış bir dünyada yaşamaktayız ve çok ulusçuluk ile global kapitalizm bizi bazı olguları kabul etmeye zorlar.<sup>82</sup> Hatta küreselleşme olgusu kendisini o denli kabul ettirmiştir ki çağımızın en ünlü düşünürlerinden **Zygmunt Bauman** dahi küreselleşmeye karşı olmayı güneş tutulmasına

---

<sup>80</sup> Werner MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 5 vd.

<sup>81</sup> NICHOLSON, s. 261. **Friedman**'a göre Batı hukukunun dayatılması ve dayatıldığı bir gerçek olsa da bu dayatma süreci başlamadan çok önce halihazırda “toplumsal değişimin acımasız çekiç darbeleri altında hukuk bilinci değişmiş ve geleneksel kalıplar zayıflamış” idi; FRIEDMAN, 1995, s. 508.

<sup>82</sup> NELKEN, s. 5. Bazı yazarlar bu eğilimi entegrasyon gibi terimlerle tanımlasa da bazı yazarlara göre bu hukuki emperyalizmin, Amerikanizasyonun, Coca-Cola kültürünün dayatılmasının ve CNN-izasyonun bir tezahürüdür; Thomas M. FRANCK, “The Legal Culture and the Culture Culture”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Cilt 93, Sayı: 24-27, 1999, ss. 272, 273; **Wolfgang Wiegand**'dan aktaranlar Lawrence M. FRIEDMAN & Harry N. SCHEIBER, “Legal Cultures and the Legal Profession”, *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*, Cilt: 48, Sayı: 5, 1995, ss. 11, 12.

karşı olmaya benzetmiştir.<sup>83</sup> Tam bu noktada **Thomas M. Franck** bu problemi hukuk kültürü ve kültür kültürü adını verdiği iki kültür arasındaki farkı ortaya koyarak çözmeye çalışır. **Franck**'a göre hukuk kültürü, bir genellik kültürüdür. Farklılıkları göz ardı etmese de belirli ortaklıklarımız olduğu fikrinde ısrarcıdır ve kimliği, aynı anda hepsi birden takılabilen şapkalara benzetir. Haklara eşit ve aynı anda erişimin savunulması bu kültürün temel özelliğidir ve uluslararası hukukun da temelde yöneldiği amaç budur. Kültür kültürü ise ortaklıkları ve bireyi göz ardı edip grup kimliklerinin korunmasına yönelik bir kültür anlayışıdır<sup>84</sup> zira yekpare bir kimliğe sahip olanların sayısı pek azdır.<sup>85</sup> **Alfonso de Julios-Campuzano** da tıpkı **Franck** gibi küreselleşmenin, hukuk kültürlerinin birbirine yaklaşmasını ve benzeşmesini mecbur kıldığını ve bu yaklaşmanın/benzeşmenin çeşitli hukuk kültürlerinin varlığını yadsımadığını, yalnızca

---

<sup>83</sup> Zygmunt BAUMAN, *Kimlik* (Söyleşi: Benedetto VECCHI) (Çeviren: Mesut HAZIR), Heretik Yayıncılık, Ankara 2019, s. 107.

<sup>84</sup> FRANCK, ss. 271, 272. Friedman da “The War of the Worlds: A Few Comments on Law, Culture, and Rights” adlı makalesinde temel insan hakları anlayışı ile kültür olgusu arasında ayrım yaparak bu görüş çizgisinde konumlanmıştır; Lawrence M. FRIEDMAN, “The War of the Worlds: A Few Comments on Law, Culture, and Rights”, *Case Western Reserve Law Review*, Cilt: 47, Sayı: 2, 1997, s. 380. **Franck** ve **Friedman**'ın anlayışlarını tek bir potada eritecek olursa bu anlayışa “insan hakları hukuk kültürü diyebiliriz. İnsan hakları hukuk kültürü dendiğinde akla gelen – tıpkı 2. Dünya Savaşı'ndan sonra olduğu gibi – hak sahibi sükeleri güçlü devlet karşısında koruyan bir haklar kültürünün oluştuğudur; Murray HUNT, “The Human Rights Act and Legal Culture: The Judiciary and the Legal Profession”, *Journal of Law and Society*, Cilt: 26, Sayı: 1, 1999, ss. 88, 89.

<sup>85</sup> BAUMAN, 2019, s. 21.

bu kültürlerin birlikte var olmasını arzuladığını belirtmiştir.<sup>86</sup> **Julios-Campuzano**, küresel hukuk/hukuki entegrasyon taraftarlarının karşılaştığı hukuki çoğulluk temelli eleştirilerden de günümüzde hukuki çoğulluğun, antropolojik çalışmalardan türeyen eski ve çeşitli hukuk kültürlerinin bir arada yaşamasına ilişkin anlamını kaybettiğini ve çağdaş hukuki çoğulluk anlayışlarının artık ulus devlet sınırlarını aşan küresel bir hukuku imlediğini söylemiştir.<sup>87</sup> Bu değişim özellikle özel hukuk alanında gerçekleşmiş ve kamu hukukunun doktrinleri ve kurumları hâlâ devlet yapılarıyla birlikte düşünülürken özel hukuk kurumları artık ulus devlet sınırlarını aşmış müesseseler olarak düşünölmeye başlanmıştır.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Alfonso de JULIOS-CAMPUZANO, “Legal Cultures and Globalization: Methodological Premises for a Cosmopolitan Law”, *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Cilt: 94, Sayı: 4, 2008, ss. 500, 501. **Anthony Ogus** da hukukta entegrasyon yaşandığını savunmuş ancak bunu ekonomik bir açıklama ile hukuk kültürünü bir network’e benzetmiş ve hukuk kültürlerinde monopolizasyon yaşandığını savunmuştur; Anthony OGUS, “The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2002, ss. 419-434.

<sup>87</sup> JULIOS-CAMPUZANO, s. 498.

<sup>88</sup> Sabino CASSESE, “The Globalization of Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Cilt: 37, Sayı: 4, 2005, ss. 978-980.

Özellikle Avrupa Birliği projesi ve bu projenin Balkan ülkelerine kadar genişlemesi ile hukuk sistemleri arasında bir miktar entegrasyon yaşandığı bir gerçektir.<sup>89</sup> Zira hukuki entegrasyon Avrupa Birliği'nin temel kaygılarından biridir ve Avrupa Birliği normları Ortak Pazar'da satışa sunulacak bir elmanın boyutundan işyerinde kadın-erkek eşitliğine kadar hemen her şeyi düzenlemektedir.<sup>90</sup> Ancak yekpare bir Avrupa hukuku projesi ve buna ilişkin sürekli dillendirilen arzular ve şikayetler, ulusal hukuk kültürlerinin hâlâ önemini koruduğunu gözler önüne serer, bu projeye ilişkin – bizzat üye ülkeler ve bu ülkelerin vatandaşları arasında bile – şüpheler ve korkular mevcuttur.<sup>91</sup> Zira belirli faktörler belirli bir miktarda benzeşmeyi getirebilir ancak benzeşme iddiaları ve talepleri arttıkça özgünlüğe ve kimliklere yönelik iddialar ve taleplerde de artış

---

<sup>89</sup> Elbette bu entegrasyon birliğin Avrupa dışındaki dost/müttefik ülkelerinde de görülebilir. Zira Avrupa Birliğinin entegrasyon talepleri hem üye devletlere hem de aday ülkelere bu sürecin dayatılması yoluyla iki daldan ilerlemektedir; Łucja BIEL & Vilemini SOSONI, “EU Legal Culture and Translation in the Era of Globalisation: The Hybridisation of EU Terminology on the Example of Competition Law”, Friedemann VOGEL, *Legal Linguistics Beyond Borders: Language and Law in a World of Media, Globalisation and Social Conflicts: Relaunching the International Language and Law Association (ILLA)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, içerisinde, s. 214.

<sup>90</sup> GESSNER, s. 154.

<sup>91</sup> MICHAELS, s. 4. Örneğin İtalya, Avrupa Birliği normlarının büyük ölçüde bilinmemesi, kamu yönetiminin verimsiz ve yozlaşmış olması, mahkemede dava açmanın zaman alması ve halkın genel olarak devlet faaliyetlerine şüpheyile yaklaşması ile Avrupa Birliği normlarına uyumsuzluk açısından öne çıkan devletlerden biridir; GESSNER, s. 135.

olacaktır.<sup>92</sup> Günümüzde de İtalya, Macaristan ve Sırbistan gibi ülkelerde, Avrupa Birliği ile arası en iyi ihtimalle “bozuk” diyebileceğimiz siyasi partilerin seçimleri kazanması yukarıda bahsettiğimiz iddialar ve taleplerin artık politik iklimde baskın bir konuma yerleşmeye başladığını gösterir.<sup>93</sup>

Küreselleşme mevzusuna nokta koymadan önce bu olgunun yalnızca yazılı hukuku ve hukuk teorisini değil hukuk pratiğini de derinden etkilediğini belirtmek gerekir. Dünyanın dört bir yanında faaliyet gösteren hukuk firmaları ve avukatlar ortak standartlar çerçevesinde faaliyet göstermeye başlamış ve küresel ekonomi günümüzde iş anlaşmaları ve sözleşmelerle işleyen bir yapı hâlini almıştır. Avukatlar ve iş insanları bundan böyle ortak bir dünyanın parçasıdır ve ortak bir dil geliştirirler.<sup>94</sup> Hukuk ve

---

<sup>92</sup> NELKEN, s. 6.

<sup>93</sup> Kimliklere yönelik iddialar ve talepler o denli artmıştır ki **Nelken**’in 2004 yılında Avrupa Birliği’ne yönelik kamuoyu görüşünün pozitif olduğunu iddia ettiği İtalya’da, Giorgia Meloni’nin destekçilerinin yakın zamanda gerçekleştirilen seçimler sonrası Avrupa Birliği bayraklarını indirip yerine İtalyan bayrağını asmaları medyada fazlasıyla yer bulmuştur; “Video shows ‘Italians take down an EU flag and replace it with an Italian flag’ after the 2022 national election.”, *Politifact*, 26.09.2022, <https://www.politifact.com/factchecks/2022/sep/28/instagram-posts/video-italian-demonstrators-removing-european-unio/>, (Erişim Tarihi: 18.11.2022).

<sup>94</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, *Yatay Toplum* (Çeviren: Ahmet FETHİ), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2002, ss. 20-32.

ekonomi dünyasını böylesine birbirine bağlayan ve iç içe geçiren bir yapı **Antonio Negri** ve **Michael Hardt**'ın *İmparatorluk* tasavvurunu akıllara getirir.<sup>95</sup>

Entegrasyon tezlerini yanlışlayacak birçok örnek bulunabilir. İlk örnek Amerika Birleşik Devletleri ve İtalya'yı kapsıyor. Hem Amerika Birleşik Devletleri hem de Amerika sanayileşmiş, Batılı liberal demokrasiler sayılan ülkelerdir ve idari sistemleri ve hükümleri dışında kâğıt üzerinde benzer hükümlere sahiptirler. Örneğin, hem Amerika Birleşik Devletleri hem de İtalya gelir vergisi toplayan ve fuhşu yasaklayan ülkelerdir ancak vatandaşlarının iki hukuki norma ilişkin duruşu da zıt kutuplarda bulunur. Amerika Birleşik Devletleri, vergi kaçakçılığını minimuma indirebilmiş bir ülkeyken İtalya, bu konudaki kötü namıyla meşhurdur. Fuhuş konusunda ise tam tersi bir duruşa sahiptirler: Fuhuş yasağı İtalya'da – belki de diğer Avrupa ülkelerinde de olduğu gibi – oldukça ciddiye alınan bir hükümken Amerikan vatandaşlarının bu yasağa pek de itibar ettiği söylenemez.<sup>96</sup>

Diğer örnek ise Mısır'da görülen bir davadır. Arap ülkelerinde on dokuzuncu yüzyılda başlayan hukuki modernizasyon süreci; anayasa, ticaret ve ceza hukukunda temel alınan Avrupa temelli kanun metinleri ile kişisel ilişkilere ve kişisel statünün mevzubahis olduğu durumlarda uygulanan dini hükümler arasında bir dikotomi yaratmıştır.<sup>97</sup> Bir anayasa ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü vb. kamusal hakları

---

<sup>95</sup> Antonio NEGRI & Michael HARDT, *İmparatorluk* (Çeviren: Abdullah YILMAZ), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2015.

<sup>96</sup> FRIEDMAN, 1996, ss. 34, 35; NELKEN, s. 1.

<sup>97</sup> SFEIR, s. 402.

güvenceye alabilir ancak bu haklar kısıtlanmak istendiğinde sayısız bahane bulunabilir.<sup>98</sup> Nasr Hamid Abu Zayd'ın başına gelen de budur. 27 Ocak 1994 tarihinde Gize Birinci Derece Mahkemesi, İslamcı avukatların Zayd aleyhine yaptığı başvuruyu olayın tarafı olmadıkları gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak Kahire İstinaf Mahkemesi'nin Kişisel Statü Departmanı bu kararı bozmuş ve Zayd aleyhinde bir dava açılmasına karar vermiştir. Zayd'ın yazılarının bir sapkınlık örneğini oluşturduğunu ve şeri hükümlere göre sapkınlığın bir kişisel statü problemi olduğunu, bu nedenle de avukatların Zayd aleyhine başvurmaya hakları olduğunu belirtmiştir.<sup>99</sup> Buradaki önemli nokta ise esasında 1956 yılında Mısır'daki – Müslüman, Hristiyan ve Yahudi – şeri mahkemelerin devlet tarafından kapanmasıdır ancak mahkemeler yukarıda bahsi geçen olaylar ve anlayış ışığında şeri hükümleri uygulamaya devam etmişlerdir.<sup>100</sup> Davanın sonucundan ziyade yukarıda bahsedildiği gibi şeri mahkemelerin artık varlığını sürdürmemesi ve kamusal hakların – tıpkı Batılı, liberal demokrasilerin anayasalarında olduğu gibi – Anayasa'da korunma altına alınmasına rağmen Zayd aleyhine dava açılmış olması bizim çalışmamız için kritik bir öneme sahiptir. İlk örnekle birlikte düşündüğümüzde şunu söyleyebiliriz ki kâğıt üzerindeki bir hukuk normunun bir hukuk sistemini karakterize edebilmesi için ya bu norma tabi olanlar ya da hukuki organlar tarafından benimsenmesi ve uygulanması elzemdir. İtalya ve Amerika Birleşik Devletleri'nin – fuhuş ve vergi hükümleri özelinde dâhi – aynı çizgide bulunan hukuk sistemleri olduğunu söyleyemeyeceğimiz gibi Mısır'ın

---

<sup>98</sup> SFEIR, s. 403.

<sup>99</sup> Şeri hukuktaki *hisba* anlayışına göre her Müslüman iyiliğin takipçisi olmak ve kötülükle mücadele etmekle yükümlüdür. Bu yüzden *hisba* ihlal edildiğinde diğer Müslümanlar otomatikken uyuşmazlığın tarafı konumuna gelirler; SFEIR, s. 403.

<sup>100</sup> SFEIR, s. 404.

da kamusal haklar ve özgürlükler hususunda Batılı, liberal demokrasiler ile aynı çizgide olduğunu söylememiz çok zordur.<sup>101</sup>

Benzer bir örnek Çin Halk Cumhuriyeti'nde Mao sonrası hukuki rejimde de görülür. Mao sonrası dönemde medeni yükümlülüklerde yasal eşitliğe ilişkin düzenlemeler getirilse de tarımsal üretim ve tedarik sözleşmelerinde tarafların teorik eşitliğine aykırı olacak tek taraflı revizyonları zorlamak için konumlarını kullanan taşra yöneticilerine sıklıkla rastlanır. Aynı şekilde fabrikaların ve üst organlarının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak için oldukça şeffaf bahaneler kullandıkları ve bu şekilde yükümlülük eşitliğini göz ardı ettikleri çok sayıda vaka da bulunmaktadır. Ayrıca ekonomik aktörlerin, yönetim politikalarındaki değişikliklerin geçerliliklerini veya performanslarını tehdit etmesi halinde belirli işlemlerin nasıl düzenlenebileceğini detaylandıran sözleşme hükümleri aracılığıyla rejimin ticari ilişkileri müdahalesine direnmeye çalıştıklarına dair kanıtlar da mevcuttur.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Tarihte benzer bir örnek de İran'da görülür. Pehlevi hanedanının ikinci yarısında sekülerleştirilmiş iki alan olan ceza hukuku ve aile hukuku kodları İslam Devrimi'nden sonra hızla İslamleştirilmişti. Ancak bu müdahale Suudi Arabistan veya Taliban yönetimi altındaki Afganistan'da olduğu gibi baştan sonra İslami bir aile hukukuyla sonuçlanmadı. Fiili durumda ikili bir hukuk sistemi varlığını sürdürmeye devam etti; Reza BANAKAR, "İran Hukuku ve Toplumunda Çelişkili Düzenler ve İkili Düşünme" (Çeviren: Kasım AKBAŞ), Reza BANAKAR, *Hukuk ve Toplum Çalışmaları: İran Üzerine Yazılar* (Çevirenler: Ali ACAR & Kasım AKBAŞ & Seda KALEM), Pinhan Yayınları, İstanbul, 2021 içerisinde, ss. 43, 44.

<sup>102</sup> Pitman B. POTTER, "Riding the Tiger: Legitimacy and Legal Culture in Post-Mao China", *The China Quarterly*, Cilt: 1, Sayı: 138, 1994, ss. 349, 350. Benzer bir direniş

Son örneğimiz ise Sovyetler Birliği'nin hukuku bir ilerleme ve modernizasyon aracı olarak kullanmasının Orta Asya'daki Müslüman Sovyet halkı tarafından nasıl karşılandığı ve bu halkların bu modernizasyon hamlesinden nasıl kaçındığını bizlere gösterir. Sovyet yönetimi 1920'li yıllarda kadınların kamu hayatında olmadığı ve kamusal haklara sahip olmadığı ve henüz sanayileşmeyen Orta Asya topraklarında hukuk aracılığıyla kadınların sosyal ve hukuki statüsünü modernize etme amacını gütmüştür.<sup>103</sup> Ancak şaşırtıcı bir şekilde bu hukuki modernizasyon hareketine karşı gönülsüzce hareket edenler yalnızca Müslüman erkekler değildi, kadınlar da kendilerine yeni haklar tanıyan ve kamu hayatına katılımlarını sağlayan yeni hukuki düzenlemeleri benimsemekte gönülsüzdü.<sup>104</sup> Hem Sovyet yönetiminin söz konusu topraklara atadığı hukuk görevlileri hem de yeni hukuki düzenlemeler yerel dile, kültüre ve geleneklere yabancıydı.<sup>105</sup> Orta Asya halklarının bu hukuki modernizasyon hareketinden kaçışı ise fazlasıyla akıllıcaydı. Mahkemelerde uygulanan resmi şeri hükümleri uygulamayı bıraktılar – zira uygulamak isteseler de bu hükümleri tatbik edecek bir kurum kalmamıştı – ancak *adat* denilen yerel örf ve âdet hukuku olarak değerlendirebileceğimiz kurallar manzumesini kendi aralarında

---

kölelik kurumu Amerika Birleşik Devletleri'nin kuzey eyaletlerinde köleliğin kaldırılması sonrasında da görülmüştür. Mahkemeler tutarlı kararlar vermeye siyahilerin mücadeleleri sonrasında başlamış ve yeni hukuki düzenleme bunun sonucunda işe yaramaya başlamıştır; Sarah L. H. GRONNINGSATER, “‘On Behalf of His Race and the Lemmon Slaves’: Louis Napoleon, Northern Black Legal Culture, and the Politics of Sectional Crisis, *Journal of the Civil Law Era*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2017, s. 213.

<sup>103</sup> BANAKAR, 2008, s. 39.

<sup>104</sup> BANAKAR, 2008, ss. 39, 40.

<sup>105</sup> BANAKAR, 2008, ss. 39, 40.

uygulamaya devam ettiler.<sup>106</sup> Zira bu modernizasyon bir aydınlanmayla değil dayatma ile gerçekleştirilmeye çalışılmıştı.<sup>107</sup> Elbette bu örnek yalnızca Sovyet dönemine özgü ve o dönemlerde görülebilecek bir örnek değildir.<sup>108</sup> Hukuki çoğulluk tüm toplumlar ve tüm

---

<sup>106</sup> BANAKAR, 2008, s. 40. Alevi toplulukları da Sovyet Dönemi Orta Asya topluluklarına benzer bir örnek oluştururlar. Alevi toplulukları devlet mahkemelerine ve hukukuna başvurmayı hoş karşılamamak hususunda birleşmişlerdir. Hatta bazı Alevi toplulukları devlet/dışarı mahkemesine başvurmayı belirli süreli düşkünlük cezasına çarptırmayı hükme bağlamıştır; Hüseyin KIRMIZI, *Yasa'dan Buyruk'a: Hak Kuramları ve Aleviler*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021, ss. 141, 142. Zina ettiği gerekçesiyle Alevi dedesi tarafından düşkün ilan edilen Şeref İpek'in mahkemeye başvurması ise hem yanlış bulunmuş hem de bir nevi şaşkınlıkla karşılanmıştır: “Yargı bizi suçlu buldu, boynumuz kıldan ince, ancak inancımızın gereklerini de uygulamak zorundayız. Alevi-Bektaşî inancının bin yıllar değişmeyen kuralları göz ardı edilmemeliydi.”; Mahkeme Alevi Dedesini Haksız Buldu, *Milliyet*, 07.07.2010, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/mahkeme-alevi-dedesini-haksiz-buldu-1260461>, (Erişim Tarihi: 04.09.2022). Karar hakkında fikir beyan eden eski Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk ile dönemin Alevi Bektaşî Federasyonu Başkanı Ali Balkız'ın açıklamaları iki farklı hukukun ve iki farklı hukuk anlayışının varlığını gösterir; Alevi hukuku yargıdan döndü, *HaberTürk*, 07.07.2010, <https://www.haberturk.com/yasam/haber/530031-alevi-hukuku-yargidan-dondu>, (Erişim Tarihi: 14.09.2022).

<sup>107</sup> BANAKAR, 2008, s. 40.

<sup>108</sup> **Fernanda Pirie** benzer bir pratiğin 21. yüzyılda hâlâ Çin devletinin egemenliği altında bulunan Tibet halkı arasında da yürütüldüğünü belirtmiştir. Kan davaları gibi olaylarda yüksek rütbeli bir Budist *lama* müdahale etmediği sürece bu olayların yüzyıllarca

yasal sınırlar açısından bir normal halidir zira devlet hukuku, hukukun ortaya çıktığı ve büründüğü formlardan yalnızca biridir.<sup>109</sup> Belirli bir hukuk sistemi ile bu sistem tarafından içerilen toplum arasında bir uyumun var olduğunu veya var olacağını varsaymamız için elimizde hiçbir sebep yoktur.<sup>110</sup> **Schmitt**'in de dediği gibi mevcut olan sadece devlet hukuku değildir; devlet öncesi hukuk, devlet dışında bir hukuk ve devletlerarası bir hukuk da mevcuttur.<sup>111</sup> Avrupa halklarının sahip olduğu erken dönem hukuk sistemlerine ve anlayışlarına da baktığımızda hukukun merkezi bir otorite üzerinden işlev kazanmasından ziyade her klanın veya ailenin kendi düzenini sağladığı bir hukuki çoğulluk gerçeğiyle karşılaşırız.<sup>112</sup> Ayrıca şu gerçek de belirtilmelidir ki – aile kurumu ve hukuku gibi – devlet hukuku tarafından kapsanan birçok düzenleme esasında devlet hukukundan önce varlık bulan hukuki önermeleri devam ettirmektedir ve devlet hukuku ortadan kalksa dahi varlığını sürdürmeye devam edecektir.<sup>113</sup>

Çalışmamızın buraya kadarki kısmında kavramın taşıdığı belirsizliğe ve çok anlamlılığa rağmen hukuku tanımlayabilmek ve anlayabilmek için neden hâlâ hukuk

---

sürdüğünü ve halkın Çin yargı makamlarına olayı intikal ettirmediği görülmüştür; PIRIE, s. 206.

<sup>109</sup> AKAL, s. 205.

<sup>110</sup> NELKEN, s. 5.

<sup>111</sup> Carl SCHMITT, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum* (İngilizceye Çeviren: G. L. ULMEN), Telos Press Publishing, New York, 2006, ss. 82, 83.

<sup>112</sup> EHRLICH, s. 35.

<sup>113</sup> EHRLICH, s. 70.

kültürü kavramına ihtiyacımız olduğunu hem araştırmacıların çalışmaları ile tezlerine hem de tarihi ve güncel örneklerle dayanarak göstermeye çalıştık. Bir sonraki başlığa geçmeden önce de söylediklerimizi şu şekilde toparlayıp bir sonraki bölümde hukuk kültürünün ne olduğunu tartışmaya başlayabiliriz: Hukuk sistemleri heterojen sistemlerdir. Basit bir şekilde yazılı hukukla, hukuk tarihi ve karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının sıklıkla kullandığı iktibas, entegrasyon, veya dayatma gibi kavramlarla açıklanamaz. Çoğu hukuk sistemi karmaşık ve çoğulcu bir ortamda varlığını sürdürür.<sup>114</sup> İster kendi ülkemize bakalım ister bakışlarımızı Türkiye'nin ötesine çevirelim çoğu ülkenin hukukunun çoğulcu bir yapıda olduğunu görürüz.<sup>115</sup> Tüm bu ikna edici teorilere ve söz konusu teorileri güçlü bir şekilde destekleyen örneklerle rağmen hukuku ve hukuk pratiğinde olup bitenleri hâlâ – siyaset biliminden bir analogi yapacak olursak tıpkı bir ortodoks hukukçuymuşçasına<sup>116</sup> – eski ve klasik kavramlarla açıklamaya çalışmak kolonyal hukukbilimin modern olan ile olmayanı bir karşılaştırmaya sokup dünyayı ve hukuku daha iyi bir noktaya taşıma özlemini hatırlatır.<sup>117</sup> Ancak hukukla ilgili arzularımız

---

<sup>114</sup> NELKEN, s. 4.

<sup>115</sup> Bu çoğulluk Amerika Birleşik Devletleri'ndeki federal yönetim anlayışının çıktısı olan yapısal bir çoğulculuktan ziyade kültürel bir çoğulculuktur; FRIEDMAN, 1996, s. 36.

<sup>116</sup> Bu ifadeyle teorik ve sosyolojik tüm gelişmelere karşın vülger bir Marksizm anlayışını sürdüren ortodoks Marksistlerle eski kabulleri sürdüren hukuk teorisyenleri arasında bir benzerlik kurmaya çalışılmıştır.

<sup>117</sup> BAXI, ss. 175, 176. Modern hukukun oluşumu, gelişimi ve yayılmasında – bu özlemde de görülebileceği gibi – kapitalizm ve kolonyalizm ikiz kardeşlerdir; BAXI, s. 178.

ve hukuka yaklaşımımız ne olursa olsun gerçekler zaman zaman bu arzular ve yaklaşımlarla örtüşmeyebilir. **Clifford Geertz**'in deyişiyle hukuk:

*“ ... sınırları çizilmiş bir normlar, kurallar, ilkeler, değerler veya damıtılmış olaylara dergilerde yer alabilecek cevapların alınabileceği herhangi bir şey değil, kendine özgü bir tarzda gerçeği hayal etmenin bir parçasıdır. ”<sup>118</sup>*

Ve bu hukuku anlama yolunda çözmemiz gereken sorun:

*“Doğal hukukun takvası, hukuki pozitivizmin basitlikleri ya da hukuki realizmden kaçışlar artık pek yardımcı görünmüyorken, karşımıza çıkan sorun ... dünyada varlığını sürdüren genel bir fenomen olarak hukuki süreç hakkında nasıl düşünmemiz gerektiğidir. ”<sup>119</sup>*

#### **B. Hukuk Kültürü Ne(ler)dir?**

*“Söz konusu sistemleri incelemek, temel özlerini keşfetmek istiyoruz. Ancak bunu yaparken gözlemden yola çıkacağız, normatif ve dogmatik bir noktadan değil. ”<sup>120</sup>*

Hukuk kültürü kavramı yer yer **Ehrlich**'in “yaşayan hukuk” veya **Roscoe Pound**'un “law-in-action” teziyle eşanlamalı bir şekilde, yer yer hukuk aileleri veya hukuk

---

<sup>118</sup> Clifford GEERTZ, “Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective”, Clifford GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays on Interpretive Anthropology*, Basic Books, New York, 1983 içerisinde, s. 173.

<sup>119</sup> GEERTZ, 1983, s. 224.

<sup>120</sup> FRIEDMAN, 1994, s. 117.

geleneği anlamına gelecek şekilde kullanılmış, yer yer de barbarlık ve totalitarizmin karşısında konumlandırılmıştır.<sup>121</sup> Ancak hukuk kültürü kavramının bu yaklaşımlardan daha farklı teorik ve politik içerimleri vardır.<sup>122</sup>

Elbette daha fazla ilerlemeden önce kültür olarak hukuk ve hukuk kültürü arasındaki ayrımı netleştirip çalışmanın devamında yorumlarımızı hangi anlayış temelinde sürdüreceğimizi belirtmek elzemdir. Kültür olarak hukuk anlayışının dayandığı kültür kavramı:

*“... baskılarını, tüm gerçek kültürel süreçlerin kendisine göre ölçüldüğü statik bir tip olarak, ya en iyi ihtimalle türün ‘aşamalarını’ veya ‘varyasyonlarını’ göstermek için ya da en kötü ihtimalle destekleyiciyi seçip ‘marjinali’ ya da tesadüfi veya ‘ikincil’ kanıt olanı desteklemek ve dışlamak için uygulayabilir.”*<sup>123</sup>

Böyle bir kültür kavramının altkültürleri, kültür sahasındaki mücadeleleri göz ardı ettiği ve haliyle dışlayıcı bir kavrayış olduğu açıktır ancak buna karşın kültür

---

<sup>121</sup> Ralf MICHAELS, “Legal Culture”, makale Basedow, Hopt ve Zimmermann editörlüğünde Oxford University Press’ten çıkacak olan *Oxford Handbook of European Private Law* kitabında yer alacaktır, s. 1. **Ralf Michaels**, aynı makalede yukarıda alıntıladığımızdan çok daha fazlasını sayar. Hukuk kültürü çeşitli çalışmalarda şu anlamlara gelecek şekilde kullanılmıştır: hukukun üstünlüğü, bir episteme veya mantalite, hukuki bilgi, kolektif hafıza, zihinlerdeki hukuk, kozmoloji vd.; MICHAELS, s. 1.

<sup>122</sup> NELKEN, s. 2.

<sup>123</sup> Raymond WILLIAMS, *Marxism and Literature*, Oxford University Press, Oxford ve New York, 1997, s. 121.

kavramını ele alırken gördüğümüz gibi statik kültür kabulünden türeyen kültür olarak hukuk anlayışının, daha küçük topluluklara ve gruplara odaklansa da, hâlâ bütünleştirici bir yönü olduğunu da rahatlıkla görebiliriz.<sup>124</sup> Bu anlayış “ ... *hukuk sistemi veya yapısının kültürün spesifik düzeylerine veya türlerine bağlı olduğunu iddia eder*”<sup>125</sup> ve hukukun gerçekleriyle kültürün gerçekleri arasında bir uyum olduğunu öne sürer – ki bu iddia kesinlikle yanlış bir iddia olmasa da<sup>126</sup> bir topluma, geleneğe ya da kültüre ilişkin

---

<sup>124</sup> Esasında bu yaklaşımın hukuk kültürü kapsamındansa hukuki çoğulluk kapsamında incelenmesi bizce daha doğrudur. Örneğin bkz. Sally Engle MERRY, “Legal Pluralism”, *Law & Society Review*, Cilt: 22, Sayı: 5, 1988, ss. 869-896. Bu yaklaşımın hukuk kültürü kapsamında ele alınması devlet hukuku dışında varlığını sürdüren hukukları tam anlamıyla bir hukuk veya hukuk sistemi olarak kabul etmeme refleksiyle alakalı görünebilir ancak “*hukuk sadece siyasi bir erkin ya da başkaca bir otoritenin koyduğu genel geçer kurallar bütünü değildir*” ve “*hukuku bu yönüyle ele almak bireye yasa koyucu tarafından dışarıdan bir değer dayatıldığını ve buna göre hareketlerini şekillendirdiğinin kabulünü gerektirir.*”; Muhammet Kürşat ÜÇÜNCÜ, “Hukuk ile Kültür İlişkisi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 28, 2016, s. 355.

<sup>125</sup> FRIEDMAN, 1996, s. 32.

<sup>126</sup> Henri LEVY-BRUHL, *Hukuk Sosyolojisi* (Çeviren: Hüsnü DİLLİ), İletişim Yayınları, İstanbul, 1991, s. 80. Yanlış olmamasının yanı sıra kesinlikle faydasız bir yaklaşım da değildir. Söz konusu hukuk kültürü yaklaşımı bakışlarımızı daha önce hiç çevirmediğimiz coğrafyalara ve kültürlerle çevirmemizi sağlar; ROSS, s. 35. Ayrıca yasa koyucuların, yasalar yoluyla toplumları etkileyip şekillendirebilmelerinin yanında toplumların da yasa koyucuları ve toplumları şekillendirebileceği gerçeğini göz önünde tutan bir yaklaşımdır. Zira **Pierre Bourdieu**’nın **Jacques Ellul**’den aktardığı paragrafta denildiği gibi yasa

tüm genelleyici açıklamalar dışlayıcıdır ve süregelen ve sürekli olarak yeniden oluşan farklılıkları bastırarak sosyal bir şiddet uygular.<sup>127</sup> Buna karşın hukuk kültürünün her ülkenin veya halkın medeniyetinden türediği ve genel anlamda genelleştirmelere izin verdiği bir gerçek olsa da değişkenlikleri ve sapmaları da içinde barındırır.<sup>128</sup>

Ancak hukukbilimcinin amacı yaşayan bir sistem olarak hukuk sisteminin nasıl işlediğini, nasıl bu biçimi aldığını ve içinde bulunduğu toplumu nasıl etkilediğini anlamak ve açıklamak olmalıdır.<sup>129</sup> Dinamik bir kültür anlayışından yola çıkan – ve bizim de çalışmanın devamında temel alacağımız – hukuk kültürü anlayışı ise “ ... *tikelcidir. Hukukla ifade edilen toplumsal değerler, inançlar ve tutumlar ve hukukla ilgili sosyal davranışlar arasındaki yaşanmış ve yaşanan ilişkiye odaklanır*”<sup>130</sup> ve tam olarak bu amaca hizmet eder. **Friedman**’ın da deyişiyle:

“ ... *insanlar, mensup oldukları topluluğun hukuk sisteminden söz ettiklerinde, geleneksel olarak hukuk sistemlerini sınıflamada kullandıkları özellik paketini*

---

koyucuların ve hukukun toplumları şekillendirme hususunda bir güce sahip oldukları kabulüne, toplumsal güçlerin de hukuku şekillendirdiği kabulü eşlik etmelidir; **Jacques Ellul**’den aktaran Pierre BOURDIEU, “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field (İngilizceye Çeviren: Richard TERDIMAN), *Hastings Law Journal*, Cilt: 38, Sayı: 5, 1987, ss. 845, 846.

<sup>127</sup> NELKEN, s. 5.

<sup>128</sup> YÜKSEL, s. 287.

<sup>129</sup> FRIEDMAN, 1994, s. 118.

<sup>130</sup> BAXI, s. 180.

*kastetmezler. Daha çok, çevrelerinde devam etmekte olan somut etkinlikleri konuşurlar. Onlar, iş başındaki hukukçu ve yargıçları, yasaları geçiren yasama güçlerini, kuralları yapan ve uyuşmazlıkları çözümleyen yönetsel kuruluşları düşünürler. Hukuk sistemine bakıştaki yollardan biri bir süreç ... olaraktır – hukuksal müesseseler ne yaparlar, nasıl yaparlar?’”<sup>131</sup>*

Elbette yukarıdaki alıntıda geçen “hukuki müessese” kavramını anlamlandırırken düşünce yapımız resmî kurumların ve kuruluşların ötesine geçmelidir. Bu düşünce yapısının tikelci yönünü en iyi bu şekilde anlayabiliriz. En mikro düzeyden en makro düzeye kadar her bir hukuk öznesi ve nesnesi esasında bir hukuki müessesedir zira hukuk ve hukuki kurumlar yalnızca elitler için değil gündelik hayatın meşgalesinde debelenen tüm insanlar için bir anlam ifade eder.<sup>132</sup> O zaman **Friedman**’ın henüz çalışmanın başında aktardığımız düşüncelerine yeniden başvurabiliriz; hukuk kültürü “*belirli bir toplumda insanların hukuk ve hukuk sistemine ilişkin fikir, değer, tutum ve görüşleri*”<sup>133</sup>dir. İnsanların neden, ne zaman ve nerede hukuka başvurduğunu veya başvurmadığını

---

<sup>131</sup> FRIEDMAN, 1996, s. 29. Kültür olarak hukuk ile hukuk kültürü arasındaki fark **Nelken**’in açıklayıcı ve yorumlayıcı hukuk kültürü anlayışları arasındaki farka benzer. Kültür olarak hukuk anlayışı olanı, olguyu tespit etmeye yönelirken hukuk kültürü anlayışının olanın neden öyle olduğunu anlamaya yöneldiğini söyleyebiliriz; NELKEN, ss. 9-11.

<sup>132</sup> **James Sharpe**’dan aktaran Pinchas ROTH, “Legal Strategy and Legal Culture in Medieval Jewish Courts of Southern France”, *AJS Review*, Cilt: 38, Sayı: 2, 2014, s. 376; NELKEN, s. 3.

<sup>133</sup> FRIEDMAN, 1994, s. 118.

belirler.<sup>134</sup> Örneğin cinsel tacize maruz bırakılan Fransız kadınları ile İtalyan kadınlarının polisi arama istekliliğini arasında görülen farka<sup>135</sup> neden olan asıl değişkeni yakalamayı sağlar.<sup>136</sup> Ayrıca hukuk kültürü yalnızca insanların adına hukuk sistemi dediğimiz alan içerisinde nasıl hareket ettiklerini değil, aynı zamanda neyi hukuki bir mesele olarak görüp neyi görmediklerini ve hukuk alanını – hukuk alanıyla çatışan veya örtüşen – alanlardan nasıl ayırdıklarını da etkiler.<sup>137</sup> Zira her bir birey hukuk hakkındaki fikirlerini doğrudan kişisel deneyimlerden edinir. Bazı insanlar için hukuk vergi dairelerindeki bürokrasiyen, bazı insanlar için adliye koridorlarıdır. Bazıları içinse en önemli yasal hak, komşusunun bir daha izinsiz bir şekilde bahçesine girmemesi ve komşusu tarafından taciz edilmemesidir.<sup>138</sup> **Donald J. Black**'e göre de “*her bir vatandaş, kendi özel dünyasında neyin hukuki bir mesele olduğunu veya olmadığını belirler*”.<sup>139</sup> **Baxi**'nin deyişiyle:

*“Hukuk kültürlerine ilişkin karşılaştırmalı çalışmalar, kibreye karşı panzehir sağlamanın yanı sıra, duyarlılığımızın sürekli yoksullaşmasını gidermemize yardımcı olur... Dünyanın dört bir yanındaki sıradan insanların şaşırtıcı hukuksal*

---

<sup>134</sup> **Friedman**'dan aktaran NELKEN, s. 8.

<sup>135</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, “The Concept of Legal Culture: A Reply”, David NELKEN (Editör), *Comparing Legal Cultures*, Routledge, New York, 2016 içerisinde, s. 35.

<sup>136</sup> **Friedman**'dan aktaran, NELKEN, s. 8.

<sup>137</sup> ROSS, s. 38.

<sup>138</sup> MACAULAY, s. 1548.

<sup>139</sup> Donald J. BLACK, “The Mobilization of Law”, *Journal of Legal Studies*, Cilt: 2, Sayı: 1, 1973, s. 142.

*yaratıcılığı, huşu ve merak duygusu uyandırmalıdır. Halkın hukukunun sonsuz çeşitliliği, bir gün bizi devlet hukukunun kuraklığından kurtarmaya hizmet etmelidir.”<sup>140</sup>*

## **1. Dahili ve Harici<sup>141</sup> Hukuk Kùltürleri**

*“Onların genel hukuk anlayışı ve hukuku tahlil etme biçimleri bizim anlayışımızdan ve yorumumuzdan çarpıcı bir biçimde farklıdır.”<sup>142</sup>*

Hukuk sistemi ve pratiğini gözlemlediğimizde ilk gördüğümüz tikellikler hukukçu olan ya da olmayan öznelerdir. Bu noktada **Friedman**’ın dahili ve harici hukuk kùltürü tanımları karşımıza çıkar. Dahili hukuk kùltürü hukuk profesyonellerinin hukukla, devletle ve diğer hukukçularla nasıl ilişkilendiğini ve hukuk profesyonelleri tarafından paylaşılan inançları, düşünceleri, profesyonel hassasiyetleri, entelektüel

---

<sup>140</sup> BAXI, s. 181.

<sup>141</sup> Çeşitli çalışmalarda harici hukuk kùltürü kavramı yerine popüler hukuk kùltürü kavramı kullanılmıştır; Barbara YNGVESSON, “Law in Social Settings: Rethinking Popular Legal Culture”, *The Yale Law Journal*, Cilt: 98, Sayı: 8, 1989, s. 1689. Ancak biz çalışmamızın ilerleyen sayfalarında popüler kùltür ürünleri ile hukuk ve hukuk algısı arasındaki ilişkiyi incelerken popüler hukuk kùltürü kavramını kullanacağımız için harici hukuk kùltürü kullanımını tercih edeceğiz.

<sup>142</sup> İranlı bir avukattan aktaranlar BANAKAR & KEYVAN, “İran: İki Hukuk Kùltürünün Çatışması?”, s. 112.

refleksleri ve hukukçuların zihninin nasıl işlediğini imleyen bir terimdir.<sup>143</sup> Harici hukuk kültürü ise belirli bir toplumda veya toplulukta hukukçu olmayanların hukuka ve hukukun konumuna/önemine ilişkin paylaştığı düşünceler ve tutumlardır.<sup>144</sup>

Dahili ve harici hukuk kültürleri arasındaki temel farka baktığımızda hukukçuların genel olarak bir değerin taşıyıcılarıymışçasına hareket ettiğini görebiliriz. Bunun en önemli sebebi yönetsel hukukiliği<sup>145</sup> genç yaşlarda hukukçu adaylarına aşıl原因an hukuk eğitimidir diyebiliriz.<sup>146</sup> Dr. Rowan Williams'ın, Müslüman halkın İngiliz hukuk ve politik sistemine entegre edilmesini kolaylaştırmak adına şeri İslam hükümlerinin İngiliz hukukuna kısmen de olsa kaynaştırılmasına ilişkin önerisinin özellikle hukukçular nezdinde yarattığı öfke ve şaşkınlığa bakıldığında bu iddiamız haklı görülecektir. Önerinin 11 Eylül saldırısından hemen sonra gerçekleşmiş olması verilen tepkilerin dozajını arttırmış olsa da İngiliz kamuoyu ve hukukçularının tepkilerinde hukuki pozitivist ve liberal insan hakları ve demokrasi savunusu içeren argümanlar göze çarpmaktadır.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> Karl E. KLARE, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, Cilt: 14, Sayı: 1, 1998, s. 167.

<sup>144</sup> FRIEDMAN, 1975, ss. 194, 223

<sup>145</sup> FRIEDMAN & SCHEIBER, ss. 8, 9.

<sup>146</sup> FRIEDMAN & SCHEIBER, s. 7. Hukuk eğitiminde söz konusu hukuki yönetselliği genç hukukçulara aşıl原因anların da aynı hukuki yönetsellik ve eğitim anlayışının bir sonucu olduğunu söylemek gerekir; FRIEDMAN & SCHIEBER, s. 8.

<sup>147</sup> BANAKAR, 208, ss. 43-48.

**Pinchas Roth**'un aktardığı örneğe yukarıdaki ayrımın uzak geçmişte dahi var olduğunu göstermektedir. **Roth**, geç on üçüncü yüzyıl ve on dördüncü yüzyılda Güney Fransa'da ikamet eden Yahudi cemaatine mensup farklı kuşakların hukuka atfettikleri değer ve yaklaşımları arasındaki farkı örneklemek için yargıç Mordekhai Kimhi'nin günlüklerinde rastladığı olayları aktarır.

Olay, karısını boşamak<sup>148</sup> isteyen bir adam hakkındadır. Yahudi hukukuna göre kişinin bir neden olmaksızın karısını boşaması mümkün değildir. Adam bu teknik sorunu aşmak için bedeninden ya da mallarından herhangi bir fayda ya da zevk almanın karısına yasak olduğunu beyan eden bir yemin etmiştir. Kocasının hiçbir malını kullanamayan ve onunla cinsel ilişkiye girmesi yasak olan bir kadın bu koşullar altında yaşamaya mecbur edilemez ve böyle bir yemin eden koca, karısını boşamaya mecburdur. Kimhi, dava önüne ilk geldiğinde bakmayı reddetmiştir çünkü onun için olay zamanında soylu bir kadınla evlenip sonradan sıkıldığı için boşanmak isteyen ve bunun için de yemin usulünü kullanan bir erkeğin talebinden fazlası değildir. Kimhi, hukuka ve hukuk kurallarına bir değerler manzumesi olarak bakarken koca için hukuk tamamıyla araçsal bir roldedir. Kimhi, her ne kadar, boşanmak dışında farklı çözümlerin söz konusu olup olmadığını araştırılması gerektiğini savunsa da yemin usulüne göre çifti boşamak durumunda kalmıştır.<sup>149</sup>

İkinci bir olay ise karısı zina ettiği için karısını boşamak isteyen bir adama ilişkindir. **Roth**, mahkeme sürecine ilişkin aşağıdaki pasajı alıntılamıştır:

---

<sup>148</sup> Somut olayda kadınla erkek arasındaki ilişki eşitliğe dayanan bir ilişki olmadığı için özellikle “boşamak” fiili tercih edilmiştir.

<sup>149</sup> ROTH, ss. 378, 379.

*“Bir adam Haham Mordekhay ve Haham İbrahim'in huzuruna çıktı ve şöyle dedi: ‘Bilin ki karım zina etti ve ben bunu biliyorum ve bu benim için son derece açık, bunu duyanların ve görenlerin bu konuda hiçbir şüphesi yok. Bu nedenle bana hangi yoldan döneceğimi söylemeniz için huzurunuzda geldim. Buna göre karım bana haram mıdır yoksa helal midir?’ Mahkeme onun sözlerini duyunca, ‘Yahudi kadınlarına iftira atmanın büyük bir günah olduğunu bilin. Belki de bunu öfkenizden ya da yanlış izlenimlerinizden dolayı söylüyorsunuz? Bu suçtur! Belki de valiyle ilgili duyduğumuz hikâye yüzünden endişelisiniz? Bugün içinizi rahat tutun ve yarın tekrar gelin.’ Meseleyi anlamak ve gerçeği öğrenmek için onu bu tür sözlerle sıkıştırdılar. Sonunda şöyle dedi: ‘Bilin ki bunu valiyle olan ilişkisi nedeniyle değil, kendi gözlerimle gördüğüm için söylüyorum, bu yüzden onun zina yaptığına gerçekten inanıyorum. Ayrıca onu falanca ve filancayla birlikte olmaması için defalarca uyardığımı ve bu uyarımı defalarca ihlal ettiğini öğrendiğimi de bilin. Hahamlarım, siz de onun kaba biri olduğunu ve pek çok utanç verici faaliyette bulunduğundan şüphelenildiğini duydunuz. Belki sizin için şüpheli ama benim için açık.’ Bilgeler bunu duyunca ona şöyle dediler: “Bil ki, karısı hakkında bunlara inanan kişi, ilahi yasaya göre onu boşamalıdır. O sana haramdır.” Bu kararın resmi bir kaydını talep etti ve bu kayıt yazılıp imzalandı. Birkaç gün sonra kalbinde bir pişmanlık uyandı ve karısını özledi ve bilgelere birine ifadesini geri alıp alamayacağını sordu, alabileceği söylendi ve bilgelere bunu sordu.”<sup>150</sup>*

Kimhi'nin endişesi kocanın iddiasının doğruluk değeriyle ilgili değil, değişebilirliği ile ilgiliydi. Zina suçlaması mahkemede bir kere kabul edildikten sonra

---

<sup>150</sup> ROTH, ss. 380, 381.

kolay kolay değiştirilemezdi. Yahudi hukuku, geçerli bir gerekçe sunulması halinde mahkemeye verilen ifadelerin geri alınmasını kabul etse de Kimhi bu davada geri almayı kabul etmemiştir. Gerçekten de muhtemelen koca mahkeme kararını eve getirmiş ve karısına sunarak, kocasına bazı tavizler vermezse onu zina yaptığı gerekçesiyle boşamakla tehdit etmiştir. Mahkeme kararı karşısında kadın teslim olmuş ve kocasına istediğini vermiş, belki de evlilik sözleşmelerinde kendisine vaat edilen bazı mali haklardan vazgeçmiştir. Bunun üstüne amacına ulaşan koca aceleyle mahkemeye geri dönmüş ve suçlamaları geri çekmeye çalışmıştır.<sup>151</sup>

Yahudilerin kendi dini hukuk sistemine ilişkin değişen görüşleri, değer yargıları ve bu hukuku kendi avantajları için eğip bükme çabaları hem kendi içlerinde yaşadıkları bir değişim hem de Hıristiyan komşularından öğrendikleri bir şeydi.<sup>152</sup> Yahudi hukuku artık Yahudi kimliğinin devamı açısından hayati öneme sahip bir değerler manzumesi değil Yahudi halkının elindeki bir araç hâline gelmişti.<sup>153</sup> Hatta hukuka ilişkin yaklaşım

---

<sup>151</sup> ROTH, ss. 381, 382.

<sup>152</sup> ROTH, s. 377.

<sup>153</sup> ROTH, s. 384. İranlı bir avukata göre İran İşlam Cumhuriyeti vatandaşlarının da hukuka yönelik tutumu farklı değildi: “İranlılar hukuku, genel olarak etrafından dolanılacak yazılı kurallar olarak değerlendirirler. [...] Hatta avukata başvurduklarında bile bu, avukatın, hukukun açığını nasıl bulacağını bildiğini düşündükleri içindir.”; BANAKAR & KEYVAN, “İran İşlam Cumhuriyeti’nde Hukukun Serencamı”, s. 69. Benzer bir araçsallık politikası eşcinsel çiftlerde hayat arkadaşını evlat edinme pratiğinde de görülmektedir. Türk piyanist ve şarkıcı Ferdi zbeğen’in hayat arkadaşını evlat edinmesi de Türkiye’de medyada kendine yer bulmuştur. Örneğin bkz. “‘Ferdi zbeğen, hayatını paylaştığı Hilmi Mutlu’yu evlat edinmişti’”, *T24 Bağımsız İnternet Gazetesi*,

o denli araçsal bir görüştü ki Yahudi mahkemeleri kişilerin önünü kestiğinde Yahudi cemaatinin üyeleri, bir nevi *forum shopping*<sup>154</sup> eylemine başvurarak, Hristiyan ya da İslam mahkemelerine başvurmaktan çekinmiyordu<sup>155</sup> ve tüm meslektaşları, Kimhi'nin takındığı savunmacı, muhafazakâr tutumu paylaşmıyordu.

**Margo Harkin**'in “Kanlı Pazar: Bir Derry Günlüğü” adlı belgeseli de, tıpkı yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, hukukçu olmayanların hukuku algılayış biçiminin hukukçu olanlardan farkına ilişkin farklı ve güzel bir örnek sunmaktadır. Kanlı Pazar katliamını soruşturmak için kurulan Soruşturma Komisyonu’nun amacı suçluluk ya da masumiyet karinesi vermek olmasa da belgeselin son sahnelerinde görüldüğü üzere kurbanların aileleri sanki birer yargıçmış gibi kurbanları kendileri aklar, sokaklar birer mahkeme hâline getirir ve nihai kararı ilan ederler. Bu sahneler halkın hukuki ve adil olana ilişkin anlayışının resmi organlardan çok daha farklı olduğunu, kendi içlerinde bir hukukilik ve adalet kültürü taşıdıklarını gösterir.<sup>156</sup>

---

05.07.2015, <https://t24.com.tr/haber/ferdi-ozbegen-hayatini-paylastigi-hilmi-mutluyu-evlat-edinmisti,301909>, (Erişim Tarihi: 15.06.2023).

<sup>154</sup> Kavrama ilişkin bkz. Keebet von BENDA-BECKMANN, “Forum Shopping and Shopping Forums: Dispute Processing in a Minangkabau Village in West Sumatra”, *Journal of Legal Pluralism*, Cilt: 19, Sayı: 1, 1981, ss. 117-159.

<sup>155</sup> ROTH, s. 392.

<sup>156</sup> Josefa-Dolores RUIZ-RESA, “Legal Culture on Justice and Truth: The Tribunals of Inquiry about Bloody Sunday”, *The Age of Human Rights Journal*, Cilt: 1, Sayı: 15, 2020, ss. 73, 74.

Elbette verdiğimiz bu iki örnekten yola çıkarak dahili ve harici hukuk kültürleri arasında net bir ayrım olduğunu söylemek mümkün değildir. Değindiğimiz birçok hususta görüldüğü ve görüleceği üzere bu iki alan arasındaki sınır çok net değildir ve karşılıklı etkileşimler her zaman mevcuttur.<sup>157</sup> Nasıl ki bireylerin talepleri ve hukuka yaklaşımı hukukçuların (özellikle avukatların) yaklaşımını belirliyorsa avukatların bunlara verdiği cevaplar, mahkeme salonundaki stratejileri vb. unsurlar müvekkillerin algısını şekillendirir.<sup>158</sup> Ayrıca özellikle Amerika Yüksek Mahkemesi örneğinde olduğu gibi mahkemelerin kamusal meselelerde kendisini politik bir özne gibi konumlandırması ve bu doğrultuda kararlar vermesi de iki hukuk kültürü arasındaki iletişime bir örnek oluşturur.<sup>159</sup>

Harici hukuk kültürüne ilişkin şu da söylenmelidir ki harici hukuk kültürü sık sık hukuk (veya hak) bilinciyle bir tutulmuştur.<sup>160</sup> Ancak bu kabulün belirli sıkıntıları olduğu söylenebilir. **Marry E. Gallagher**'ın Çin'de yürüttüğü araştırmalara ve görüşmelere dayandığı makalesinde görülebileceği üzere dava açma, dilekçe verme, protesto ve gösterilere katılan insan sayısındaki keskin artış hukuk bilincindeki artışla

---

<sup>157</sup> RUIZ-RESA, s. 79.

<sup>158</sup> MACAULAY, ss. 1549, 1550. Dahili hukuk kültürünün harici hukuk kültürünü etkilediği çalışmaların bir dökümü için bkz. GALLAGHER, s. 792.

<sup>159</sup> İki hukuk kültürü arasındaki iletişim kanalları açık olsa da özellikle avukatlar olmak üzere tüm hukukçular başta ekonomik sebeplerden ötürü yönetsel hukukiliği ve hukuk dilini muhafaza ve pratikte tatbik eder; OGUS, 427 vd.

<sup>160</sup> RUIZ-RESA, s. 79.

özdeşleştirilmiştir.<sup>161</sup> Ancak bu sayılardan yola çıkarak varılan yüksek veya düşük hukuk bilinci hem kendi mantığı içerisinde hem de harici hukuk kültürü tezi açısından belirli sıkıntıları içinde barındırır. Hukuk bilincindeki değişimlerin, kişinin hukuk karşısındaki yeterlilik ve yetkinlik hissiyatındaki değişimler ve kişinin hukuk sistemine ilişkin algısı olmak üzere iki boyutu vardır. Her ne kadar bu iki boyut birbiriyle ilişkili olsa da analitik olarak paralel bir düzlemde ilerlemeleri gerekmez.<sup>162</sup> Bu kabul, bireylerin ve grupların kendi içlerindeki tutarsız düşünce ve pratikleri dikkate almadığı gibi bireylerin hukuka başvurmadıkların dahi hukuka ilişkin gayet net bir tutum ve bilince sahip olabilecekleri gerçeğini de dikkate almaz. Harici hukuk kültürü tezi ve çalışmaları ise olumlu veya olumsuz her türlü hal, tavır ve tutumu hukuka başvurmak veya hakkını savunmak gibi kategorilere indirgemeksizin inceleyen bir alandır.

Son olarak harici hukuk kültürünü oluşturan bireylerin ve grupların hukuk pratiğini de fazlasıyla etkilediği söylenebilir. Sultan Dördüncü Mehmet döneminde, zina ederken Müslüman komşuları tarafından basılan ve kadı Beyazizade'nin önüne çıkarılan evli Müslüman bir kadın ile Yahudi erkeğin ölüm cezasına (kadın taşlanarak, erkek ise boynu kesilerek) çarptırılmasında o güne kadarki Osmanlı hukuk pratiklerinden sapılmıştır. Dördüncü Mehmet, bir kadının taşlanarak öldürülmesini emreden tek

---

<sup>161</sup> Marry E. GALLAGHER, “Mobilizing the Law in China: ‘Informed Disenchantment’ and the Development of Legal Consciousness”, *Law & Society Review*, Cilt: 40, Sayı: 4, 2006, s. 784.

<sup>162</sup> GALLAGHER, s. 785.

padişah'tır.<sup>163</sup> Bu olağandışı cezayı ortaya çıkaran faktörlerden biri Kadızadeli olarak bilinen ve ahlaki toplulukları şiddetle denetleyen, suçluları cezalandırmak için şiddet kullanımını savunan ve sesi gür çıkan Müslüman dindarlardır.<sup>164</sup> Şüphesiz bu dindarların baskısı ve öfkesi Dördüncü Mehmet'i, başka bir çok şekilde karar alabilecekken, kadı Beyazıade'nin verdiği kararı onaylamaya iten faktörlerden biridir.<sup>165</sup>

Ayrıca dahili hukuk kültürünün taşıyıcısı olan hukukçuların hukuka yönelik hâl, tutum ve tavırlarının da hukuk pratiğini fazlasıyla etkilediği söylenebilir. Örneğin eğer bir mahkemedeki uygulayıcılar, belirli türdeki davaların altı ay içinde karara bağlanması gerektiğine inanıyorsa bu mahkemeye ekstra personel atamak, bu davaların çözülme hızını değiştirmeyecektir.<sup>166</sup>:

*“Bir mahkemedeki hukuk ve ceza davalarının karara bağlanma hızı, mahkemenin büyüklüğü, dava yükü veya duruşma oranıyla açıklanamayacağı gibi, birikmiş iş yükünün uzunluğuyla da basit bir şekilde açıklanamaz. Aksine, bu araştırmada elde edilen hem nicel hem de veriler, hem hızın hem de birikmiş iş yükünün büyük ölçüde hâkimlerin ve avukatların yerleşik beklentileri, uygulamaları ve gayri*

---

<sup>163</sup> Marc BAER, “Death in Hippedrome: Sexual Politics and Legal Culture in the Reign of Mehmet IV”, *Past & Present*, Cilt: 210, Sayı: 1, 2011, s. 61.

<sup>164</sup> BAER, s. 63.

<sup>165</sup> BAER, s. 64.

<sup>166</sup> Thomas W. CHURCH, JR, “Examining Local Legal Culture”, *American Bar Foundation Research Journal*, Cilt: 10, Sayı: 3, 1985, s. 464.

*resmi davranış kuralları tarafından belirlendiğini güçlü bir şekilde göstermektedir.”<sup>167</sup>*

Dört Amerikan kentindeki ağır ceza mahkemeleri üzerine yapılan bir çalışmada, farklı mahkemelerde sanıkların başına gelenlerdeki farklılıklarının büyük bir kısmının, bir ceza davasını sonuçlandırmak için birlikte çalışmak zorunda olan yargıç, savcı ve avukatlardaki farklılıklara atfedilebileceği sonucuna varılmıştır.<sup>168</sup> Ulaşılan farklılıklar şu şekilde özetlenebilir:

- Bronx, Detroit, Miami ve Pittsburgh’taki gerçek dava sonuçlarının örnekleri, ciddiyete göre ayrıldığında, mahkemelerin benzer davaları farklı şekilde ele aldığını ortaya koymaktadır. Özellikle Pittsburgh ve Miami mahkemeleri, Detroit ve Bronx Bölge mahkemelerine kıyasla çoğu dava türünde daha fazla yargılama yapmaktadır.
- Miami ve Pittsburgh’daki uygulayıcılar, Detroit ve Bronx’dakilere kıyasla duruşmaları daha fazla, savunma pazarlıklarını ise daha az tercih etme eğilimindedir.
- Bazı durumlarda avukatlardan ziyade hakimlerden duruşma için daha güçlü bir destek gelmiştir. Bronx ve Detroit’te savunma pazarlıklarına destek, varsayımların tüm alt setleri için tüm uygulayıcı gruplarında sürekli olarak yüksektir. Ancak Miami ve Pittsburgh’da, hipotetik davalarda savunma

---

<sup>167</sup> **Thomas W. Church, Jr.** vd. aktaran David C. STEELMAN, “What We Learned About Court Delay, ‘Local Legal Culture’, and Caseflow Management Since the Late 1970s?”, *The Justice System Journal*, Cilt: 19, Sayı: 2, 1997, s. 153.

<sup>168</sup> CHURCH, JR, s. 470.

pazarlığının arzu edilirliliği konusunda çok daha büyük kurum içi anlaşmazlıklar mevcuttur.<sup>169</sup>

## 2. Tikellikler, Altkültürler ve Hukuk Kültürü

*“Pratiğin, ona taraf olan kişi ve nesneleri anlamlı şekilde tanımlayan kendine has dinamikleri vardır ... Pratik, eyleyen özneler arasında, hem birbirleriyle hem de nesnelerle ilgili olarak daha önce görülmemiş ilişkilere yol açar...”<sup>170</sup>*

Tabii ki hukukçu olanların ve olmayanların hukuk kültürü ayrımı da fazlasıyla kabataslak ve içinde sıkıntılar barındıran bir ayrımdır. Özellikle “hukukçular” şeklinde tek bir kategoriye sığdırdığımız meslek dalları hukuk kültürü açısından birbirinden önemli farklılıklar taşımaktadır. Bir hukuk sisteminde ve pratiğinde hukuku kendi lehine çevirmek için uğraşan yargıçlar, avukatlar ve hatta mahkeme kalemleri ve diğer çalışanlar

---

<sup>169</sup> CHURCH, JR. s. 480. Çalışmanın genelinde farklı değişkenlere göre mahkemelerin ve mahkeme personellerinin tavrının ne yönde değiştiğine ilişkin başka veriler de mevcuttur.

<sup>170</sup> Marshall SAHLINS, *Tarihsel Metaforlar ve Mitsel Gerçeklikler: Sandwich Adaları Krallığı'nın erken Dönem Tarihinde Yapı* (Çeviren: Taylan DOĞAN), BGST Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 21, 67.

mevcut bulunur.<sup>171</sup> Bu da ihtilaflı, çatışma ve mücadelenin görüldüğü bir hukuk alanını oluşturur. Özneler birbiriyle amansız bir mücadele içindedir.<sup>172</sup>

İnsan Hakları Yasası'nın kabulünden sonra İngiltere'de yaşanan tartışmalara baktığımızda yukarıda bahsettiğimiz ihtilaflı bir hukuk alanını görürüz. O zamana dek İngiltere'de kabul edilen insan hakları anlayışının tersine bu belge, bireyleri artık sadece negatif hakların taşıyıcısı olarak ele almıyor ve daha katılımcı ve sosyal demokrasi anlayışına uygun bir bakış açısıyla donatılmıştı.<sup>173</sup> Ancak bu yasa, bazı hukuki ilkelerinin çatışmasının<sup>174</sup> – parlamentonun üstünlüğü ve normlar hiyerarşisinden kaynaklanan öncelik arasındaki çatışma (yazılı olmayan İngiliz Anayasası'na göre bireysel haklar kamusal haklardan üstündü) – yanı sıra hukuka yönelik bir bakış açısı çatışmasına da yol açmıştı. Muhafazakâr bir kimliğin taşıyıcısı olan İngiliz *common law*'unun<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> Reza BANAKAR & Ziaee KEYVAN, “İran İslam Cumhuriyeti’nde Hukukun Serencamı” (Çeviren: Ali ACAR), Reza BANAKAR, *Hukuk ve Toplum Çalışmaları: İran Üzerine Yazılar* (Çevirenler: Ali ACAR & Kasım AKBAŞ & Seda KALEM), Pinhan Yayınları, İstanbul, 2021 içerisinde, s. 55. Hatta **Ehrlich** gazetecileri dahi bu kapsama almıştır; EHRlich, s. 13.

<sup>172</sup> BANAKAR & KEYVAN, “İran İslam Cumhuriyeti’nde Hukukun Serencamı”, s. 55.

<sup>173</sup> HUNT, s. 89.

<sup>174</sup> HUNT, s. 92.

<sup>175</sup> Burada İngiliz *common law*'unun muhafazakâr niteliğini layığıyla ifade edemeyecek olsak da İngiliz *common law*'unun kısaca genel kanının aksine hâkim yapımı bir hukuku değil hakimlerin taşıyıcısı olduğu bir hukuk anlayışını somutlaştırdığını söyleyebiliriz;

uygulayıcıları – çoğunlukla yargıçlar – ile Yasa’nın, hukuka ilişkin yaklaşımları ve bakış açıları sosyo-politik bir hatta şekillenen, savunucuları arasında önemli tartışmalar ve fikir ayrılıkları görülmüştür.<sup>176</sup>

Elbette hâlâ devletlerin, ulusların ve toplulukların varlığı ve çeşitli olgular üzerindeki etkisi sürse de “*modern hareketlilik [yalnızca] gruplar hâlinde bir göç değildir, bireysel seçimlerin bir mozağıdır*”.<sup>177</sup> **Rudolph von Jhering**’in de dediği gibi “*hukukun hayatı; milletlerin, devlet gücünün, sınıfların ve bireylerin bir mücadelesidir*.”<sup>178</sup> Özellikle hukuk sistemi içerisinde barolar ve yargı mensupları sıklıkla karşı karşıya gelir, farklı çıkarları temsil ederler ve avukatlar ve yargıçlar birbirlerine yargı sürecinde rol alan farklı konumdaki hukukçular olarak değil hasmane bir tavırla yaklaşırlar.<sup>179</sup>

Dahili hukuk kültürü ayrımının bir eksiği de dahili hukuk sistemi içerisindeki ayrışmaların yalnızca farklı meslekleri yürüten hukukçular arasında değil, aynı mesleği

---

Roger COTTERRELL, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Çeviren: Saim ÜYE), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 51.

<sup>176</sup> HUNT, s. 93 vd.

<sup>177</sup> FRIEDMAN, 1989, s. 1586.

<sup>178</sup> Rudolph von JHERING, *The Struggle for Law* (İngilizceye Çeviren: John J. LALOR), Callaghan and Company, Chicago, 1915, s. 1.

<sup>179</sup> BANAKAR & KEYVAN, “İran İslam Cumhuriyeti’nde Hukukun Serencamı”, s. 81. Heö hukukun hem de hukuki kurumların eril yapısından ötürü kadın avukatların bu hasmane ve şüpheli tavırdan daha çok nasibini aldığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

yürüten hukukçular arasında da görüldüğünü atlamasıdır. **Renato Rosaldo**'nın da belirttiği gibi kültürlerin iç tutarsızlıklarına, çelişkilerine ve çatışmalarına dikkat edilmesi gerekir.<sup>180</sup> Bu sayede kültürü kendi içinde tutarlı kalıplardan oluşan bir kavram olarak gören klasik görüşten uzaklaşıp kültürü kesişen pratiklerden ve süreçlerden oluşan daha gözenekli bir yapı olarak görebiliriz.<sup>181</sup> Bu nedenle, kültürün giderek daha fazla kesişen nitelikleri sebebiyle, bazen belirli alt kültürlerden bahsetmek daha iyi bir analiz için daha kullanışlı olabilir.<sup>182</sup>

Ayrıca altkültürlerin varlığı yalnızca belirli bir olaydaki hukuk uygulayıcısının kimliği açısından değil, hukuku uyguladığı bireyin kimliği açısından da hukuk pratiğini etkiler. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde Afro-Amerikan sürücüler, belirli bir bölgedeki toplam sürücülerin daha küçük bir yüzdesini oluştursalar bile polis tarafından durdurulma olasılıklarının beyaz sürücülerden çok daha yüksek olduğu görülür. Hatta bu durum o kadar yaygın bir hâl almıştır ki halk arasında “Driving While Black” şeklinde adlandırılmıştır. Bu örnekte polislik alt kültürü ile ırk kavramına yönelik paylaşılan ancak tartışmalı kabul kesilmiş ve Afro-Amerikan sürücülere farklı bir “yasal” hız sınırı belirlenmiştir.<sup>183</sup> Türkiye’den örneklerle de bakabiliriz:

---

<sup>180</sup> Renato ROSALDO, *Culture and Truth: The Remaking of Social Analysis*, Beacon Press, Boston, 1993, s. 28.

<sup>181</sup> Naomi MEZEY, “Law As Culture”, *The Yale Journal of Law & Humanities*, Cilt: 13, Sayı: 1, s. 43.

<sup>182</sup> MEZEY, s. 44.

<sup>183</sup> MEZEY, s. 44.

*“Hâkim: Bir kadın geliyor ve ‘bu adam beni taciz etti’ diyor. Onlara bakıyorum ve kocasının, suçladığı adamdan çirkin olduğunu görüyorum. O zaman anlıyorum ki kadın, aslında yakışıklı olanla bir ilişki yaşamak istiyor, yaşıyor da. Ancak sonra toplumsal baskılara dayanamayıp kendisini kurtarmak için adamın kendisini taciz ettiğini söylüyor.”<sup>184</sup>*

*“Savcı: Adamı kaçakçılıktan önüme getirdiler. Bakıyorum adam Kilisli, o zaman mutlaka yapmıştır diyorum.”<sup>185</sup>*

*“Hâkim: Bizler karakter hâkimi olduk. Ben bir adamın yüzüne baktığım zaman onun fail olup olmadığı anlarım.”<sup>186</sup>*

Yukarıdaki örneklerde de görülebileceği üzere bireylerin belirli altkültürlere mensubiyeti ve belirli altkültürlerle karşılaşmaları durumunda benimsedikleri hukuk kültürleri arasında ciddi farklar vardır. Ancak aralarındaki ciddi farklılıklar, farklı hukuk kültürlerinin taşıyıcısı olan bireyler arasında hiçbir ileti(şi)min gerçekleşmediği anlamına gelmez.

Atalarından kalma arazilerine saygısızlık eden ağaç kesim şirketini önlemeye teşebbüs eden Haida Yerlilerine dair yakın tarihli bir vakaya bakalım:

---

<sup>184</sup> Eylem ÜMİT ATILGAN, “The Concept of Equity and an Empirical Research on the Perception of Turkish Judges About Judicial Interpretation and Equity, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 64, Sayı: 2, 2015, s. 522.

<sup>185</sup> ÜMİT ATILGAN, s. 522.

<sup>186</sup> ÜMİT ATILGAN, s. 522.

*“Şirket, İngiliz Kolombiyası hükümeti tarafından verilen bir lisans altında faaliyet göstermektedir. Bu durum, lisans hakkını devam ettirmek ve Haida Kızılderililerinin ağaç kesimine daha fazla müdahale etmelerini engellemek üzere bir mahkeme emri arayışını doğurur. Kızılderililer kendilerini temsil etmek ve kendi terimleriyle konuşmak isterler. Mahkemenin bu talebe ilk karşılığı olumsuzdur. Bu olumsuz tepki, Kızılderilileri kendilerini hukukun dili ve üstünlüğü içerisinde ifade amacıyla hukuki temsilciler kullanmaları için ikna etmeyi amaçlar. Kızılderililerin buna cevabı “arazilerimizin meselesi insanlarımıza yabancı olan avukatların ellerine bırakılmak için fazlasıyla önemlidir” şeklinde olur ... Mahkeme sonrasında görünüşte liberal bir tutum benimser ve “efsanelerin, hikâyelerin, şiirlerin, şarkıların ve bu gibi sanat ve mitolojinin ima ettiği diğer yorum biçimlerinin yanı sıra sembolik kıyafet, mitolojiler, maskeler ve totem çubukları şeklini alan” tanıklıkları kabul eder. Bu tanıklık, Haida Kızılderililerinin mitik köklerinden ve onların araziyle bütünleşmelerinden bahseder. Haida Kızılderilileri aynı zamanda savunmalarına anlaşmazlıkların çözümü ve arazi talepleri ile ilgili olan Haida teamül hukuku ile uyuşan Batılı ifadelerden de kanıtlar ekleyerek kendilerini Avrupalı ötekine doğru genişletirler.”<sup>187</sup>*

Her ne kadar modern hukuk “ilkel” aşkınlığı ortadan kaldırmış ve yerine akıl dininden beslenen kendi verili aşkınlığını yerleştirmiş olsa da Haida Kızılderilileri için hukuk denilen şeyin kendi gelenekleri, dini inançları ve mitlerinden azade bir şey olmadığını burada görürüz. Bu örnek hem dahili/harici hukuk kültürünün hem de altkültür/baskın kültür zıtlığını göstermesi açısından önemlidir. Modernizme ve onun

---

<sup>187</sup> FITZPATRICK, ss. 30, 31.

ürünü olan yönetsel hukukiliğe eklememeyen bir grubun Şu an bize çok yabancı gelen talepleri aslında onların hukuka yönelik yorumları ve tutumlarından başka bir Şey değildir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki bireylerin ve grupların benimsedikleri hukuk kültürlerinin yalnızca iki kamp arasındaki alışveriş sonucunda değişimler yaşadığını düşünmemek gerekir. Bireylerin ve grupların içinde bulundukları ve tanık oldukları sosyo-politik gelişmeler de bu değişikliğe yol açmıştır. Örneğin günümüzde, **Slavoj Źižek, Jacques Ranciere, Alain Badiou, Negri ve Hardt** gibi, insan hakları ve haklar diskuruna yönelik olumsuz tutumları ile bilinen ve tanınan birçok düşünür Sovyetlerin ve Varşova Paktı'nın dağılması sonrasında post-Sovyet ve post-komünist ülkelerin Batı demokrasilerine yanaşmaya başlamaları sonucunda insan hakları söylemini ve politikasını coşkuyla sahiplenmişlerdir.<sup>188</sup>

Kısaca söylememiz gerekirse **Friedman**'ın da kabul ettiğı gibi bir hukuk kültürleri çoğulluğı söz konusudur; zenginlerin, fakirlerin, siyahilerin, Asyalıların, çocukların, erkeklerin, kadınların vs. hukuk kültürü vardır<sup>189</sup> ve bu özel grupların hukuk

---

<sup>188</sup> Costas DOUZINAS, “Adikia: On Communism and Rights”, *Critical Legal Thinking*, <https://criticallegalthinking.com/2010/11/30/adikia-on-communism-and-rights/>, 30.10.2010, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

<sup>189</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture*, Harvard University Press, Cambridge, 1998, s. 213. Örneğin Sivil Haklar Hareketi tarafından, Widgery Raporu'na bir tepki olarak hazırlanan ve yayınlanan belge egemen grupların hukuk kültürüne karşı ikincil grupların hukuk kültürü olarak kabul edilmiştir; RUIZ-RESA, s. 91.

kültürlerinin barındırdığı tutumlar ve dinamikler birbirlerinden tamamen ayrılmaktadır.<sup>190</sup>

Ancak hukuk kültürünün oluşum süreci öyle doğal bir şekilde yürür ki bireyler çoğu zaman benimsedikleri hukuk kültürünün bir kültür olduğundan, görüşlerinin kültürel bir arka planı olduğundan habersizdir.<sup>191</sup> Hukuk kültürü bu yönüyle tıpkı kültür gibi bilinçaltında işler.<sup>192</sup> İşte bu farklara yol açan, bu örneklerde de gözümüze çarpan, çeşitli sosyal katmanların karşılaşmasıdır. Kuşak farkı, sosyal statü, sahip olunan meslek vb. tüm faktörler karşılaşp farklılıklara yol açar. **Engin Topuzkanamış**'ın da dediği gibi:

*“Bireylerin hukuk karşısındaki tutumlarını belirleyen büyük ölçüde (özellikle eğitim ile) edindikleri hukuk kültürüdür. Bu kültürü oluşturan ise aile, ortaokul ve lisedeki tarih kitapları, vatandaşlık bilgisi dersleri, dizi ve filmler vs.dir. Hukuk hakkındaki bilincimiz, Kant’ın “rasyonel birey”inden çok Freud’un “bilinçaltı” ya da kitle toplumu olgusuna dayanılarak anlaşılabilir.”<sup>193</sup>*

---

<sup>190</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, “Legal Culture and the Welfare State”, Gunther TEUBNER (Editör), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, New York ve Berlin, 1988 içerisinde, s. 17.

<sup>191</sup> HUNT, s. 88.

<sup>192</sup> GARAPON, s. 494.

<sup>193</sup> Engin TOPUZKANAMIŞ, “Alışkanlık ve Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 26. Kitap* (Hazırlayanlar: Hayrettin ÖKÇESİZ & Gülriz UYGUR & Saim ÜYE), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 içerisinde, s. 419.

Her bir birey hukukla kendi öznelliğinde, kendine has kişisel deneyimlerinde karşılaşır ve hukuka ilişkin bilgisini de bu deneyimden edinir.<sup>194</sup> Şüphesiz popüler kültür ürünleri de içinde bulunduğumuz internet çağında bu deneyimlerde önemli bir yer tutmaktadır.

### 3. Popüler Kültür ve Hukuk Kültürü

*“Sanat bir meta türüdür, yani tüketime uygun biçimde hazırlanmış, kayda alınmış, endüstri üretimine uyarlanmış, pazarlanabilir ve değiştirilebilir bir üründür.”<sup>195</sup>*

Bireylerin ve grupların kimliklerini oluşturan faktörlerin yanında hem dahili ve harici hukuk kültürleri arasındaki farkı hem de her bir hukuk kültürünün kendi içindeki çeşitliliğini etkileyen en önemli faktörlerden biri de popüler kültür ürünleridir.<sup>196</sup> **Friedman**’a göre de bireyin hukuka yönelik yaklaşım ve tutumunu belirleyen unsurlardan biri de, popüler kültür ürünlerini aktaran, iletişim araçlarıdır.<sup>197</sup> Zira hukuk

---

<sup>194</sup> MACAULAY, s. 1548.

<sup>195</sup> Theodor W. ADORNO & Max HORKHEIMER, “Kültür Endüstrisi: Kitlelerin Aldatılışı Olarak Aydınlanma” (Çeviren: Nihat ÜLNER), Theodor W. ADORNO, *Kültür Endüstrisi & Kültür Yönetimi* (Çevirenler: Nihat ÜLNER & Mustafa TÜZEL & Elçin GEN), İletişim Yayınları, İstanbul, 2007 içerisinde, ss. 96, 97.

<sup>196</sup> Burada popüler kültürü dar anlamda popüler kültür olarak kullanıyoruz. Dar ve geniş anlamda popüler kültür için bkz. Michael ASIMOW & SHANNON MADER, *Law and Popular Culture: A Course Book*, Peter Lang Publishing, New York, 2013, s. 4.

<sup>197</sup> FRIEDMAN, 1989, s. 1579.

kültürlerinin her daim en net biçimde filmler, tiyatro, edebiyat gibi hukuktan en uzak görünen eserlerde ortaya çıktığı dahi dillendirilmiştir.<sup>198</sup>

Popüler kültür ürünleri ikili bir etkiye sahiptir: Hem hukuk ve hukukçu hakkındaki görüşleri hem de bizzat hukuku ve hukukçuyu şekillendirir.<sup>199</sup> Nasıl ki avukatlar, yargıçlar, bilim insanları, kanun yapıcılar hukuku ve hukukçuyu ve bunlar hakkındaki algıyı şekillendiriyorsa roman yazarları, senaristler, gazeteciler ve hatta komedyenler ve çizgi roman yazarları/çizerleri de bu süreçte aktif rol alır.<sup>200</sup> Örneğin Hollywood ürünü filmler ve dizilerde resmedilen rambo avukat ve rambo tarzı avukatlık<sup>201</sup>, birçok kişinin bu mesleğe yönelmesinde veya mesleğe yönelik olumlu veya olumsuz bir görüş benimsemesinde fazlasıyla etkilidir. Fransız filmlerinde ise avukat figürünün beyhude, verdiği sözü tutmayan onurdan yoksun, kendi çıkarlarına ulaşmak için vicdansızca hareket eden bir kadın avcısı olarak resmedildiği görülür.<sup>202</sup> Elbette bu popüler kültür ürününü tüketen insanlar – en azından birçoğu – *L.A. Law*, *Miami Vice* veyahut *Hill Street*

---

<sup>198</sup> GARAPON, s. 495.

<sup>199</sup> BALCI, s. 325.

<sup>200</sup> Michael McCANN & William HALTOM, “On Analyzing Legal Culture: A Reply to Kagan”, *Law & Social Inquiry*, Cilt: 31, Sayı: 3, 2006, ss. 742, 743. Hatta popüler ürün üreticilerinin etkisinin daha fazla olduğu bile söylenebilir zira halk kitlelerinin hukuka ilişkin tartışmaları nereden öğrendiğine baktığımızda karşımıza akademik veya bilimsel çalışmalardan ziyade çeşitli iletişim araçlarıyla aktarılan ürünler çıkar; McCANN & HALTOM, ss. 747, 748.

<sup>201</sup> FRIEDMAN, 1995, ss. 7, 8.

<sup>202</sup> GARAPON, s. 497.

*Blues* gibi dizilerdeki hukukçu karikatürlerinin karikatür olduğunu ve bir miktar abartma barındırdığını bilir ancak nihayetinde karikatür, bir gerçeğin karikatürüdür.<sup>203</sup>

Elbette popüler kültür ürünleri sadece avukatları ele almaz. Özellikle Yeşilçam sinemasında savcı ve hâkim tiplerini hemen göze çarpar. Yeşilçam’da üretilen popüler kültür ürünlerinin analizine bu ürünlerin ister uyarılma ister telif bir eser olsun neredeyse hepsinin bir melodram olduğunu söyleyerek başlamak gerekir. Yanlış anlamalar, iyi ve kötülüğü sabit karakterler, yanlış anlaşılmalara, uzun diyaloglar, sonunda ilahi adaletin yerini bulması veya bulmamasıyla yaşanan duygu patlamaları neredeyse tüm Yeşilçam filmlerinde görünen özelliklerdir. Kökleri çok öncelere dayanan sebeplerle suç işleyen veya kendi istemi dışında kötü yola sürüklenen ve suç işleyen sanıklar, işlediği suçla meşruluk kazandırmak için kendince sebeplerini sayan acıklı sesler ve işini yapmanın verdiği gururlar sert bakışları ve sözleriyle savcılar ve avukatlar bu filmlerde karşı karşıya getirilir. Devletin meşru gücünü arkasına alan kişiler ile hayatın yükü altında ezilmiş mazlumlar bu melodramların zıtlık unsurunu oluşturur. Mahkeme sürecinde yaşadığı acı dolu hayatı aktaran sanık duyguları kaskatı karşısında duran savcı ve hakimlere

---

<sup>203</sup> FRIEDMAN, 1989, ss. 1579, 1601. İran’da avukata başvurma sayısı ve oranının düşüklüğü de İran İslam Cumhuriyeti’nin avukatlık mesleğine yönelik yıpratıcı politikalarının yanı sıra İran halkının maruz bırakıldığı popüler kültür ürünlerinde çizilen “kötü avukat” portresiyle hiç şüphesiz ilgilidir; BANAKAR & KEYVAN, “İran İslam Cumhuriyeti’nde Hukukun Serencamı”, ss. 60, 61, 86, 87, 89; BANAKAR & KEYVAN, “İran: İki Hukuk Kültürünün Çatışması?”, s. 105.

geçirebilirse ya tamamen aklanır ya cezasında ciddi bir indirime gidilir ya da ilahi adalet yerini bulmaz ve masum bir insan hiç hak etmediği cezalara çarptırılır.<sup>204</sup>

Tabii bu melodramlardaki avukat, hâkim ve savcı tiplerini hemen göze çarpar. Özellikle Türk hukukunda da kendisine yer bulan “herkesin savunulma hakkı vardır” ilkesi bu filmlerde tamamen göz ardı edilmiştir. Filmlerdeki kötü tarafı savunan avukatlar müdafisi ile özdeşleştirilmiş ve kendisi de o kefeye konmuş ve ortaya çıkan kötü sonuçlardan avukat da sorumlu tutulmuştur. İyi tarafı savunan avukatlar da bunun mükâfatını almış ve iyiliğin savunucusu olarak resmedilmiştir. Savcı portresi ise – muhtemelen davayı açan tarafın da kendisi olması sebebiyle – gerçek adaletten bihaber, halden anlamayan bir figürdür. Acımasız, sanıkla kişisel bir husumeti varmışçasına davranan bir kişidir. Gerçek hayatta sadece iddiayı okuması ve karar aşamasında fikrini söylemesi beklenen savcı, bu filmlerde sanıkla direkt iletişime geçer ve yeri geldiğinde sanığa ağır hakaretler dahi eder. Bütün savcılar erkektir – ülkemizde hala savcılık mesleğinin kadınlara yakıştırılmamasında şüphesiz bu ürünlerin bir etkisi olmuştur – ve her daim en ağır cezaları isterler. Hâkim ise duruşmanın kontrolünü elinde tutar, gerçekte suçlu olduğuna inandığı kişiye karşı sert olsa da gerçekleri anladığında yumuşar ve yer yer yasaların yükü altında ezilir. Savcı ve avukatın aksine nötr bir karakterdir, hatta yer yer kucaklayıcı bir öğretmen edasıyla sanıklara yol gösterdiği bile olur.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> Emine BALCI, “Yeşilçam’dan Popüler Hukuk Kültürüne Mesajlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 112, 2014, ss. 327-331.

<sup>205</sup> BALCI, ss. 336-342. Makalenin devamında sanık ve kâtip gibi yargı sürecinin diğer süjelerine ilişkin analizler ve çözümlemeler de mevcuttur.

Elbette bu stereotiplerin yalnızca Yeşilçam filmlerinde veya yerli ürünlerde görüldüğünü söylemek mümkün değildir. **Pınar Kür**'ün *Asılacak Kadın* romanı<sup>206</sup>, **Necip Fazıl Kısakürek**'in *Reis Bey* oyunu<sup>207</sup> ve **Tanguy Viel**'in *Ceza Kanunu 353. Madde* romanı<sup>208</sup> yukarıda özetle aktardığımız hâkim, savcı, sanık ve avukat tiplerini ve melodram dinamiklerini kendi içlerinde taşır. Tabii şunu da belirtmek gerekir ki alıntılarımız çalışmalar melodram özelliği gösteren bu ürünlerin harici hukuk kültürüyle ilişkisini kurmuş olsa da avukatların, hâkimlerin ve savcılarının da kendi mesleklerine ilişkin yaklaşımlarını ve dolayısıyla dahili hukuk kültürünü etkiliyor olması da olasıdır.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki ne Yeşilçam melodramlarında ne Amerikan polisyelerinde ne de *sitcom*'larda – ve diğer popüler kültür ürünlerinde – tipler ve hukuk algısı yeknesak değildir. Örneğin avukatlar farklı ürünlerde mahkemenin memurları, müvekkillerinin menfaatlerinin temsilcileri, gururlu bir mesleğin yürütücüleri ve kâr hanesine bakan esnaflar olarak resmedilir. Aynı şekilde hukuka yönelik şüpheleri, karikatür anlatımlarla, arttıran popüler kültür ürünleri bol

---

<sup>206</sup> Pınar KÜR, *Asılacak Kadın*, Can Yayınları, İstanbul, 2016.

<sup>207</sup> Necip Fazıl KISAKÜREK, *Reis Bey*, Büyük Doğu Yayınları, İstanbul, 2008.

<sup>208</sup> Tanguy VIEL, *Ceza Kanunu 353. Madde* (Çeviren: Mehmet Emin ÖZCAN), İletişim Yayınları, İstanbul, 2022.

miktarda bulunsa da *The Simpsons* örneğinde olduğu gibi hukukun vatandaşlar için işleyebileceğine dair güven verici mesajları ileten ürünler de mevcuttur.<sup>209</sup>

#### 4. Çok Katmanlı Hukuk Kültürü Yaklaşımları

*“Teoriler, sosyal bağlamda var olan ihtiyaçları anlamak ve çözüm üretmek üzere bir ‘kavramlar çerçevesi’ sunarlar. Sosyal bağlam değiştikçe de çözüm aranan sorular ve sunulan kavramsal çerçeve gelişip farklılaşacaktır. Ancak çoğu zaman bu sorular birbirini izleyen şekilde belirerek bir önceki sosyal bağlamı anlamakta yetersiz kalan yeni arayışları mümkün kılar.”<sup>210</sup>*

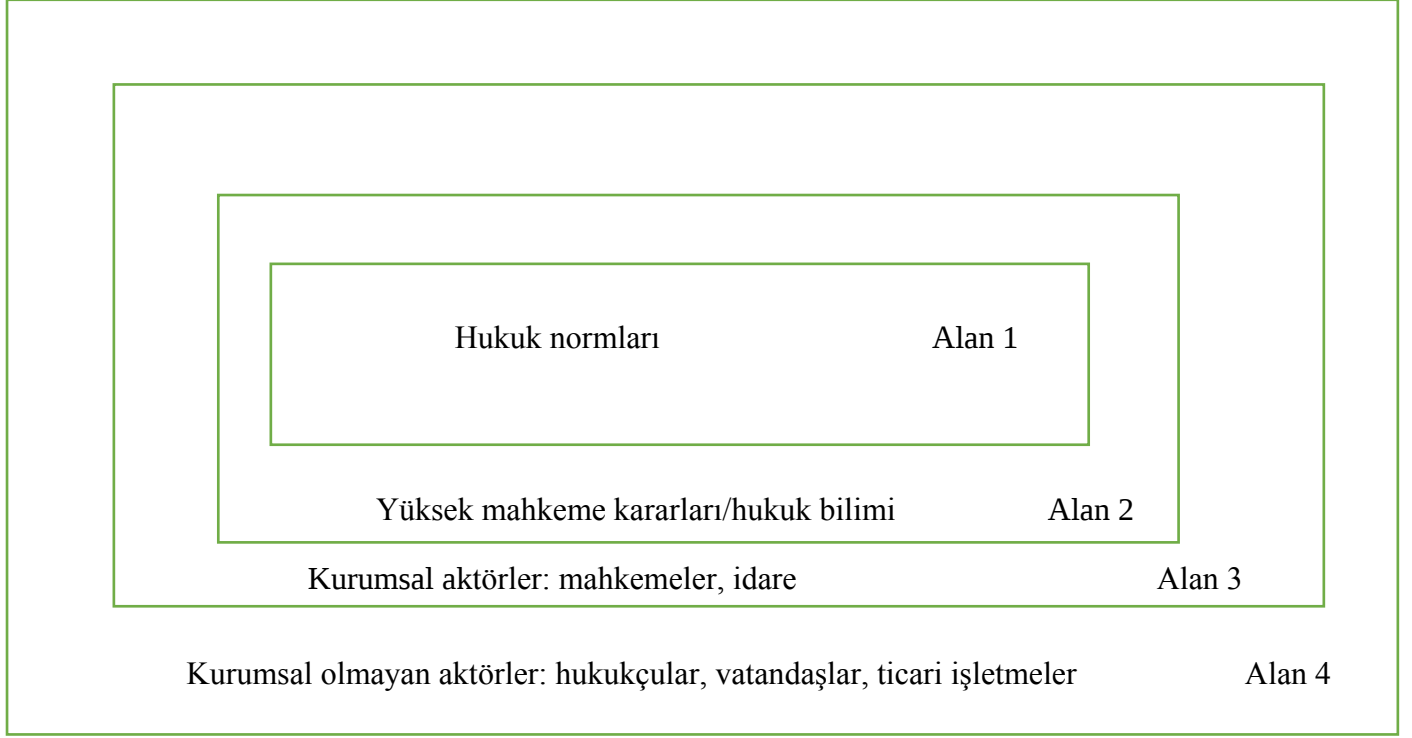
Aktarmaya çalıştığımız ve burada adını geçiremediğimiz birçok çalışmada da görüleceği üzere hukuk kültürü çok katmanlı bir görünüm sergiler. Birçok unsuru vardır ve bunlar bir önem hiyerarşisi oluşturmaktan ziyade birlikte bir anlam ifade etmektedir. Elbette her ne kadar çalışmamız, kendisini yazılı hukukla sınırlayan bir hukuk anlayışının eksikliklerini göstermeye yönelmiş olsa da yazılı hukukun ve onu oluşturan kültürel arka planın hukuk kültürü için de vazgeçilmez olduğunu söyleyebilmeliyiz. En azından hukuk kültürünü merkeze alarak incelediğimiz birçok şeyi – yargı pratiği, hukuk eğitimi, hukuka yönelik tutumlar, hukukçuluğu meslek edinmiş aktörler – incelerken yazılı hukuk çıkış

---

<sup>209</sup> Stefan MACHURA & Olga LITVINOVA, “Reflections of Legal Culture in Television Comedy: Social Critique and Schadenfrude in the US Series ‘Fraiser’”, *International Journal for the Semiotics of Law*, Cilt: 34, Sayı: 7, 2021, s. 90.

<sup>210</sup> Nadire ÖZDEMİR, *Kültürel Savunma: Dönüştürücü Adalet Yaklaşımıyla Bir Değerlendirme*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2021, s. 78.

noktalarından birini oluşturur ve kısmen de olsa tüm bu faktörlerin oluşumuna etki eder. Öyleyse ele aldığımız maddiolguyu layığıyla inceleyebilmemiz için geniş kapsamlı bir hukuk kültürü anlayışından yola çıkmamız gerekir. **Gessner**'in şeması iyi bir başlangıç olabilir:<sup>211</sup>



**Gessner**, her ne kadar çizdiği şemanın eksikleri bulunsa da fazlasıyla kapsayıcı bir hukuk kültürü anlayışı ortaya koymuştur. Bu anlayış ne devlet ve küreselleşme olgusunu ne de tekillikleri göz ardı etmiştir. Normları, mahkemeleri, yargıçların, avukatların ve alelade bireylerin hukuka yönelik yaklaşımını ve düşüncelerini kapsamasının yanı sıra sivil toplum organizasyonlar ve ticari teşebbüsler gibi örgütlenmesi ve etkisi ulusal sınırların dışına taşan aktörleri de hukuk kültürü içinde

<sup>211</sup> **Volkmar Gessner**'den aktaran ACAR, s. 150.

değerlendirerek mevzunun hem ulusal hem de uluslararası boyutunu kavramıştır.<sup>212</sup>

**Boaventura de Sousa Santos** da hukuk hususundaki tartışmaların artık devlet, devlet üstü ve devlet altı hukukun bir arada ele alındığı bir düzlemde yürütülmesi gerektiğini belirterek bu realiteye vurgu yapmıştır.<sup>213</sup>

Ancak bizce **Gessner**'in teorisi iki yönüyle noksandır. İlk olarak hukuk kültürü kapsamında değerlendirdiği olgulardan çok daha fazlası çeşitli düşünürler tarafından tespit edilmiş ve tartışılmıştır. İkinci olaraksa teorisinde ciddi bir hiyerarşik yapı söz konusudur. Yukarıdaki şemada da görülebilecek olan hiyerarşik yapıda özellikle yüksek mahkeme başta olmak üzere mahkemeler ve verdikleri kararlar diğer unsurlara göre çok daha fazla öneme haizdir. **Gessner**'e göre hukuk kültürünün genel çerçevesi bu mahkemelerin kararlarından okunabilir.<sup>214</sup>

**Hoecke** ve **Warrington**'un hukuk kültürü yaklaşımı ise kanımızca, çok katmanlı bir teori ortaya koyarak ve **Gessner**'in düştüğü hatalara düşmeyerek, sosyo-hukuki çalışmaları için elverişli ve yeterli bir hukuk kültürü yaklaşımını ortaya koymaktadır. Hukuk kültürünü oluşturan 6 temel unsur şöyle sıralarlar: (i) Hukuk kavramı: Hukuk ve diğer sosyal normlarla arasındaki ilişki nedir? (ii) Hukukun kaynaklarına ilişkin teoriler ve tartışmalar: Hukuk yaratmaya kimin gücü vardır ve hangi koşullar altında hukuk yaratabilir? Hukukun kaynakları arasındaki hiyerarşi nedir? Söz konusu hiyerarşiden kaynaklanan sorunları çözmeye yetkili olan kimdir? Hukuk dışı

---

<sup>212</sup> ACAR, s. 151.

<sup>213</sup> Boaventura de Sousa SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, s. 103.

<sup>214</sup> ACAR, s. 151.

metinler ve kararlar, örneğin dini metinler, hukukun kaynağı olarak sayılabilir mi? (iii) Hukuk metodolojisi, yani hem yorumda hem şekli kurallarda uyulması gereken standartlara ilişkin tartışmalar; (iv) Argümantasyon teorisi: Ne tür argümanlar ve argümantasyon stratejileri kabul edilebilirdir? Argümanlar katı bir şekilde hukuki mi olmalıdır yoksa ekonomik, sosyal, politik, ideolojik ve dini argümanlar da kabul edilebilir mi? (v) Hukukun meşruiyetine ilişkin teoriler ve tartışmalar: Hukuk neden bağlayıcıdır? Dini normlar gibi hukuk dışı sosyal normlarla hukuki normlar çatışırsa ne olur? Ne tür bir meşruiyet bizleri hukuka uymaya zorlar; tamamıyla formel bir meşruiyet mi yoksa ideolojik bir meşruiyet mi ya da ikisi birden mi etkilidir? (vi) Temel yaygın ideoloji: Temel yaygın değerler ve dünya görüşü. Hukukun ve hukukçuların (aktif veya pasif) rolü üzerine yaygın görüşler. Ne tür problemlerin hukuki problemler olarak değerlendirildiğine ilişkin görüşler.<sup>215</sup>

Bu yaklaşımın, **Gessner**'in yaklaşımına göre çok daha kapsayıcı ve tekillikleri dikkate alan bir yaklaşım olduğu açıktır. Ayrıca **Gessner**'in devlet dışı aktörleri kabul etmesine rağmen devlet hukukuna ve yargısına verdiği ayrıcalıklı konum bu yaklaşımda görülmez. Tam tersine daha birinci maddeden başlayarak hukukun ne olduğuna ve kaynaklarına ilişkin şüpheli bir yaklaşım söz konusudur. Ayrıca modernitenin hukuk tasarımının hukuk dışı kabul ettiği olguların esasında pek de hukuk dışı olmadığını itiraf etmemize yönelik retorik sorularla doludur. Hem antropolojik yaklaşımı hem ideoloji ve hukuk ideolojisi tartışmalarını hem de çağdaş kültür çalışmalarının tekillikler, altkültürler ve kültürü bir mücadele alanı olarak gören yaklaşımını içinde barındırır.

---

<sup>215</sup> HOECKE & WARRINGTON, ss. 514, 515.

Yukarıda sayılan unsurlara hapishaneleri ve hapishane kültürünü, sapkınlık kültürünü ve hukuk dışı uyuşmazlık çözme kültürünü ekleyebiliriz.<sup>216</sup> Elbette bu liste uzatılabilir. Tıpkı hukuku tek bir unsurla açıklama çabalarının beyhude olması gibi hukuk kültürünü de bir veya birkaç unsurla açıklama çabaları beyhudedir. Liste uzatılabilir dedik ancak bu kadarı bile bir hukuk sistemini çözümlemenin birçok unsuru ayrı ayrı ve birbirleriyle ilişkileri çerçevesinde ele alındığında mümkün olduğunu bize gösterir. Çalışmamızın bir sonraki bölümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinde çocuğun velayetine ilişkin verilen kararları da bu bağlamda ve bunları aklımızdan çıkarmayarak incelemeye çalışacağız. Bu bölümü sonlandırmadan önce **Friedman**'ın hukuk sistemini oluşturan üç bileşene ilişkin yazdıklarının bizim izleyeceğimiz yola ışık tutmaktadır:

*“İşleyen bir hukuk sistemi, daha ileri şekilde üç çeşit bileşen ... dahilinde çözümlenebilir: Yapısal olanlar: Müesseselerin kendileri, aldıkları biçimler, uyguladıkları usuller; bunlar yapıdır. ... Diğer elemanlar maddidir. ... Bu hukuk sisteminin çıktı tarafıdır. Bunlar bizzat hukuk kurallarıdır – yöneticiler ve yönetilenlerce fiilen kullanıldığı çapta kurallar, öğretiler, yasalar ve idari kurallardır; ilave olarak biçimsel konumları ne olursa olsun yönetimdeki bütün diğer kural ve kararlardır. Sistemdeki diğer elemanlar kültürel olanlardır. Bunlar, sistemi bir arada tutan ve hukuk sisteminin toplumun bir bütün olarak kültürü içinde yerini belirleyen değerler ve tutumlardır. Hukukçular ve yargıçların sahip oldukları eğitim ve alışkanlıkların türü nedir? Halk hukuk hakkında neyi düşünür? Gruplar ve bireyler mahkemeye istekli olarak mı gidiyorlar? ...”<sup>217</sup>*

---

<sup>216</sup> BAXI, s. 181.

<sup>217</sup> FRIEDMAN, 1996, s. 30.

**Hoecke** ve **Warrington**'ın hukuk kültürü tasnifi ve **Friedman**'ın işleyen bir hukuk sistemine ilişkin yukarıda aktardığımız tasnifi hukuk kültürünü, çağdaş kültür çalışmalarının kültürü konumlandığı gibi, bir mücadele alanı olarak konumlandırır. İşleyen bir sistem olarak hukuk sisteminin kültürel bir boyutu olduğunu kabul etmek ve bu boyutun çeşitli kimlikler, inançlar, düşünceler ve ideolojilerin çarpışma alanı olduğunu kabul etmek bizleri hem hukukun kesin bir tanımına ulaştığımız veya ulaşabileceğimiz gibi bir inanıştan korur hem de bizleri, hukuku doğru bir şekilde anlamlandırabilmemiz için sahaya bakmaya yönlendirir.

Bir sonraki bölümde genel olarak medeni hukukun, özel olarak da velayet hukukunun tarih boyunca yasacı bir anlayışla düzenlenmeye çalışılmış olsa da çocuğun velayetine ilişkin davaların zaman zaman yazılı hukuktan sapan bir şekilde karara bağlandığını, farklı mahkemelerin velayet hukukuna ilişkin arasında ayrık bakış açılarına sahip olduğunu ve bir mahkemenin dahi zaman zaman kendi içinde çelişen kararlara yol açtığını göreceğiz. Zira aşağıda aktarılacağı üzere velayet gibi hak hem de sorumluluk boyutu olan, çocuğun eğitimi, beslenmesi, bakımı ve birçok şeyiyle ilgili olan, hangi noktada başladığı ve hangi noktada bittiği belli olmayan bir kavramın da kültürle ilgili olmadığını söylemek zordur. Her ne kadar imparatorluk düzeninden cumhuriyet düzenine geçişte hukuk aracılığıyla belirli bir medeniyet seviyesine ulaşmak amaçlanmış ve hukukun bütün yönleri bu medeniyetin bakış açısıyla düzenlenmiş olsa da hukuki kurumlar da, ve haliyle velayet de, eski ile yeni, muhafazakâr ve ilerici, İslami ve seküler, cinsiyet körü ve cinsiyetçi, hiyerarşik ve eşitlikçi arasındaki bölünmede bir mücadele alanı olagelmıştır. İşte bu durumun sebeplerini anlamlandırabilmemiz için hem bu bölümde hem de bir sonraki bölümde ortaya koyacağımız tarihsel ve politik tartışmalar yol gösterici olabilir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### TÜRK MEDENİ KANUNU, ÇOCUĞUN VELAYETİ VE BOŞANMA SONRASI ÇOCUĞUN VELAYETİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARININ HUKUK KÜLTÜRÜ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

#### I. Türk Medeni Kanunu’nun İktibası<sup>218</sup>: Kurucu Kadrolar Neyi Amaçlamıştı?

<sup>218</sup> İngilizce literatürde genellikle “legal transplant” olarak geçen kavram “hukuki nakil”, “resepsiyon” veya “benimseme” olarak dilimize çevrilebilecek olsa da iktibas kavramı bilinçli bir tercih sonucunda kullanılmıştır. Zira **Ferit Ayiter**’in de belirttiği gibi resepsiyon yabancı kanunların bir bütün halinde alınması anlamına gelirken iktibas, “seçerek alma” anlamına gelir; Ferit AYİTER, “Yabancı Kanunların Alınması ve Milli Hukuk”, *Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944 içerisinde, s. 170. Türk Medeni Kanunu ise büyük bir kısmı İsviçre Medeni Kanunu’nun çevirisinden teşekkül etmiş bir kanun olsa da İsviçre Medeni Kanunu’ndan ayrışan düzenlemelere de sahiptir; Seda ÖRSTEN ESİRGİN, “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri”, *Adalet Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 6263, 2019, s. 465. “Benimseme” kavramı ise anlamı müphem bir kavramdır. Benimsemeden ne anlayacağımız, bir hukuk metnini almayı mı yoksa alındıktan sonra o hukuk kurallarının benimsenmesi ve onlara uyulması mı anlaşılmalı hususunda kafa karışıklığı yaratması muhtemel bir kavramdır. Cahit Can’a göre de “benimseme” kavramı yukarıda bahsettiğimiz ikinci aşamaya, yani bir hukuk metninin dışarıdan bir kaynaktan alındıktan sonra benimsenmesi aşamasına denk geldiğini söylemiştir; Cahit CAN, *Hukuk*

*“Türk vatandaşı; İsviçre medeni kanuna göre evlenen, İtalyan ceza yasasına göre cezalandırılan, Alman ceza mahkemeleri usulü yasasına göre yargılanan, Fransız idare hukukuna göre idare edilen ve İslam hukukuna göre gömülen kişidir.”<sup>219</sup>*

Öncelikle bu bölüme neden Türk Medeni Kanunu’nun iktibas ile başladığını açıklayıp sonradan bu iktibasın gerçekleşme sürecini ele almamız gerekir. İlk olarak, her ne kadar 22.11.2001 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kabul edilmiş ve 01.01.2002 tarihinde bu kanun yürürlüğe girmiş olsa da 1926 tarihli, 734 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun iktibas hikayesine ve çevresinde dönen tartışmalara bakmak bugünkü Türk Medeni Kanunu’nu değerlendirmek için elzemdir zira 2001’de kabul edilen yeni Türk Medeni Kanunu hem 1926 ruhunu sürdürmüş hem de bir iktibas ürünü olmasa da en büyük ilhamını yine İsviçre Medeni Kanunu’ndan almıştır.<sup>220</sup>

---

*Sosyolojisi ve Hukuk Tarihi Açısından Resepsiyon*, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1982, s. 1 vd.

<sup>219</sup> **Uğur Mumcu**’dan aktaranlar Güncel ÖNKAL & Ayşegül SİLİ, “Yasaların Toplumsal Kökeni: İthal Dayatmacılık/Yerel Pratikler”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 24. Kitap (Hazırlayanlar: Hayrettin ÖKÇESİZ & Gülriz UYGUR & Saim ÜYE), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002 içerisinde, s. 173.

<sup>220</sup> Arzu OĞUZ, “Türk Medeni Hukuku’nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü”, *Ankara Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, s. 205. Yeni kanunun yapımında İsviçre Medeni Kanunu’nun yanında Fransız Medeni Kanunu’ndan ve kısmen İtalyan Medeni Kanunu’ndan da yararlanılmıştır; Sevgi KAYAK, “Türk

İkinci olarak çalışmamızın genelinde hukuka yönelik evrimci bir bakış açısını kabul etmediğimiz için Türk Medeni Kanunu'nun iktibasını da hukuk üzerinden yürütülen bir mücadele ve tasarım hareketi olarak görmekteyiz. Zira tüm hukuk kuralları bir neden tarafından yaratılır ve bu yaratma nedeni, her zaman olmasa da, genellikle toplum ya da liderleri için önemli olan sosyal, ekonomik ya da politik faktörlere dayanır.<sup>221</sup> Aşağıda konuya ilişkin farklı görüşlere sahip yazarların aktardıklarından yola çıkarak Türk Medeni Kanunu'nun iktibasının veya yeniden yazımı çevresinde dönen tartışmaların esasında sadece makbul hukukun nasıl olması gerektiğine ilişkin değil makbul ailenin, kadının, kamusal hayatın, özel hayatın vb. nasıl olması gerektiğine ilişkin bir mücadele olduğunu ortaya koymaya çalışacağız.

Üçüncü olarak da neticesinde bu mücadele Türk Medeni Kanunu'nun iktibasıyla, yani Batıcı, laik, modern bir anlayışın kabulüyle, sonlanmış ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu da, yukarıda belirttiğimiz gibi, bu anlayışı ve ruhu taşımaktadır. Peki yargı kararları bu kanunu ve ruhunu yansıtmakta mıdır? Bu soruyu cevaplayabilmek, yani yargı pratiğinin gerçekten söz konusu kanunların lafzına ve ruhuna uygun bir şekilde tatbik edilip edilemediğini görmek ve değerlendirebilmek, açısından önce bu ruhun ve kanunların neyi talep ve iddia ettiğini incelememiz ve tespit etmemiz elzemdir. Zira;

*“Toplumsal değişim ve reform projeleri toplumsal kurum ve bireyleri sınırları ve içeriği çeşitli ideolojik konumlarla belirlenmiş formüller çerçevesinde değiştirmeyi, gerektiğinde yeni kurum ve kimlikler inşa ederek değişim olgusunu*

---

Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanındaki Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, İstanbul, 2012, s. 62.

<sup>221</sup> WATSON, s. 1135.

*belirli bir temele ve sürekliliğe oturtmayı hedefler. Başka bir ifadeyle, toplumsal değişim sınırları yaşanan çağa göre belirlenmiş, bir toplumu oluşturan birey ve kurumlara yeni bir takım roller atfedilmesi veya öteden beri var olan rol kalıplarının yeniden gözden geçirilmesi yoluyla başkalaşması sürecine işaret eder.”<sup>222</sup>*

Esasında 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu’nun İsviçre Medeni Kanunu’ndan iktibas sonucu kabul edilmesi Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyeti’nde görülen ilk iktibas hareketi değildi. İktibas ve kanunlaştırma hareketleri Tanzimat döneminden başlayarak Osmanlı’da hız kazanmıştı. Osmanlı’nın iç ve dış dinamiklerinin tetiklediği Tanzimat Fermanı’nın ilanından sonra bu fermanın ruhuna uygun olarak hazırlanan kanunlar birbiri ardına yayınlanmaya başlamıştı.<sup>223</sup> Örnek vermek gerekirse 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, Fransız Ticaret Kanunu’ndan çeviridir. 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu ise 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’ndan alınmadır.<sup>224</sup> Tabii Osmanlı döneminde görülen iktibasın, erken Cumhuriyet’in aksine, kısmi bir iktibas olduğunu belirtmek elzemdir. Hukuk sisteminde toptan bir batılılaşma yahut

---

<sup>222</sup> Tuba DEMİRCİ-YILMAZ, “Osmanlı ve Erken Cumhuriyet Dönemi Türkiye Modernleşmesinde Annelik Kurguları”, *Cogito Annelik Özel Sayısı*, Cilt: 1, Sayı: 81, 2015, s. 66.

<sup>223</sup> Temuçin F. ERTAN, “Atatürk, Cumhuriyet ve Hukuk Sistemi”, *Erdem Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 33, 1999, s. 747.

<sup>224</sup> ÖNKAL & SİLİ, ss. 174, 175.

çağdaşlaşmadan ziyade kısmi iktibaslar ve kanunlaştırmalar görülmüştür.<sup>225</sup> Her ne kadar genel olarak iktibasla kabul edilen sadece bazı yabancı hukuk normlarının alınması değil, yabancı hukuki düşüncelerin de uyarlanması olsa da Osmanlı döneminde yalnızca bazı hukuk kurallarının alınmasıyla yetinilmiştir.<sup>226</sup> Ayrıca İslam hukuku, Batı hukukunun iktibasına karşın varlığını ve etkisini eskisi gibi sürdürmeye devam etmiştir. Bu da, **Temuçin F. Ertan**'a göre, devrimsel bir etki yaratmak şöyle dursun mevcut durumun iyice karmaşıklaşmasına sebep olmuştur.<sup>227</sup>

Cumhuriyet'in ilanından sonra ise kurucu kadrolar hukuku, devrimin bir kolu olarak görmüş ve Doğulu dünya görüşünden kopup Batı'nın akılcı, lâik<sup>228</sup> ve milliyetçi

---

<sup>225</sup> Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, "İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Resepsiyonuna Uzanan Sürece İlişkin Genel Bir Değerlendirme", *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, İstanbul, 2012, s. 46.

<sup>226</sup> Haluk EMİROĞLU, "Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 51, Sayı: 3, 2002, s. 95.

<sup>227</sup> ERTAN, s. 748.

<sup>228</sup> Bazı yazarların aktardığına göre laiklik yeni rejimin kurucu kadroları için o denli önemlidir ki yeni rejimin dininin laisizm olduğu dahi söylenmiştir; İhsan YILMAZ, "Secular Law and the Emergence of Unofficial Turkish Islamic Law", *Middle East Journal*, Cilt: 56, Sayı: 1, s. 117. **Zeki Hafizoğulları** da Türk hukuk devrimini tek bir ilkeyle açıklamak gerekirse bu ilkenin laiklik olacağını söylemiştir; Zeki HAFIZOĞULLARI, "Laiklik ve Türk Hukuk Devrimi", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 35, 1996, s. 525.

anlayışına<sup>229</sup> ulaşmak adına Batı'dan kapsamlı bir iktibas ve kanunlaştırma hareketine girişmişlerdir.<sup>230</sup> Bu hareketler sayesinde yeni Cumhuriyet uygar toplumlarla bağlantı kuracaktır. Burada uygar bir hukuk düzeyine sahip olmakla uygar bir toplum olmak arasında direkt bir bağlantı kurulduğu görülebilir. Her ulusun kendi uygarlık derecesiyle paralel hukuk mevzuatı vardır. Uygar toplumların da mevzuatı birbirine çok benzerdir.<sup>231</sup> Mahmut Esat Bozkurt'un, yürürlüğe konulacak yeni kanunların Avrupa devletlerinden iktibas edilmesiyle ilgili Mustafa Kemal Atatürk ile yaşadığı diyalog da yukarıdaki aktarılanları özetler niteliktedir:

*“Çocuğum; istediğini yaparsak tercüme ettireceğimiz bu kanunları memleketimizde tatbik edecek elemanlarımız var mıdır?”*

*Paşam, bir gün Avrupa'da, çok mükemmel yeni bir silah icat edildiğini işitseniz, memleketimizde bunu kullanmasını bilen askerimiz yoktur diye o silahı almakta*

---

<sup>229</sup> CİHAN, 1981, s. 121.

<sup>230</sup> Tabii burada belirtmek gerekir ki iktibas sonucu alınan ve benimsenen hukuk sistemi Kıta Avrupası hukuk sistemidir. Kurucu kadrolar, yeni bir hukuk sistemi getirmeye çalışan bir ülke için, içinde aranan kuralların bulunabileceği ve temelde yazılı bir kanuna ve hukuka dayanan bir sistemin kabul edilmesinin emredici kuralların yargı kararlarından çıkarıldığı bir sistemin benimsenmesinden daha uygun bulmuştur; Mustafa Yaşar AKGÜN, “Medenî Kanun'un Kabulünün 72'nci Yılında Tarihi Gelişimi Açısından Türk Özel Hukuku ve Medenî Kanun”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 1998, s. 937.

<sup>231</sup> CİHAN, 1983, s. 187.

*tereddüt mü edersiniz? Elbette ki hayır. Silahı alır ve onu kullanabilecek askerleri de yetiştirirsiniz.”<sup>232</sup>*

Batı toplumlarını ve çağı yakalamak ile laik bir sistem kurmak arzuları dışındaki bir diğer etken de Osmanlı hukuk sistemindeki çoğulluk ve karışıklığın giderilmesi ve merkezi ulusal bir devlet kurulması arzusuydu.<sup>233</sup> Bu hususta dillendirilen son sebep ise dış dinamiklerdir. Lozan görüşmelerinde özellikle adli kapitülasyonların kaldırılmaması yönünde ısrarcı olan Batılı devletlere karşı Türk heyeti bir hukuk reformu güvencesi vermek durumunda kalmıştır.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> Şevket Memedali BİLGİŞİN, “İnkılâpçı (Mahmut Esat Bozkurt) ve Türk Hukukunda İnkılâp”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 1944, s. 317. Silah benzetmesi yalnızca Türkiye’de ve Türkiye Cumhuriyeti’nin kurucu kadroları tarafından kullanılan bir benzetme değildir. Çin Halk Cumhuriyeti’nde Ulusal Halk Kongresi’nin (NPC) bir kararında da “hukuku bir silah olarak kullanmak” sloganı kullanılmış ve söz konusu slogan medyada kendisine geniş yer bulmuştur; GALLAGHER, s. 794.

<sup>233</sup> ERTAN, s. 751. Osmanlı Devleti’ndeki hukuki çoğulluğun boyutlarını anlayabilmek için bkz. OĞUZ, ss. 196-199.

<sup>234</sup> ERTAN, s. 751. Bu taahhütlerin içerisinde 5 yıllık süre için yabancı hukukçu istihdam etme, onların hukuk reformu konusundaki tavsiyelerini kabul etme ve medeni hukuk alanında görülen geleneksel hukuki yapıdan vazgeçme gibi taahhütler vardır; Mehmet Akif AYDIN, “Türkiyenin Hukuki Modernleşmesi”, *Modernleşme, İslâm Dünyası ve Türkiye* (Hazırlayan: İslâmî İlimler Araştırma Vakfı), Ensar Neşriyat, İstanbul, 2000 içerisinde, s. 348.

Söz konusu hareketlere ilişkin bir diğer tartışma ise bu hareketlerin tepeden inme hareketler mi yoksa temelini halktan alan hareketler mi olduğu üzerinedir. Bazı sesler bu hareketlerin Türk ulusunun iradesini yansıttığını<sup>235</sup> savunsa da halkın büyük kesiminin ilerici hareketleri vuku bulduğu esnada kavramaya haiz olmadığını belirterek “halk için halka karşı” hareketler olduğunu dillendirmekte bir sakınca görmeyen düşünürler de mevcuttur<sup>236</sup>:

*“Türkiye'nin hukuki bünyesine göre yapacak olsaydık medeni kanunumuza ne diyecektik. Evlenme madde 1. Evlenmek isteyen erkek, kızı kaçırır. Madde 2. Eğer kaçırmazsa bir başlık öder. Bu başlığın ödenmemesi halinde kızın babası mahkemeye müracaat ederek icra yoluyla başlığı talep edebilir ve bunun gibi. Hukuki bünyemiz bu. Biz bunu mu saptamak istiyoruz. yoksa toplumumuzu çağdaş ve uygar bir düzeye mi çıkartmak istiyoruz?”*<sup>237</sup>

---

<sup>235</sup> “Türk ihtilâlinin kararı, Batı medeniyetini kayıtsız şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar, o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle, yok edilmeye mahkûmdurlar. Bu prensip bakımından, kanunlarımızı olduğu gibi Batı’dan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız.”; Mahmut Esat Bozkurt’tan aktaran Gülnihal BOZKURT, “Atatürk’ün Hukuk Alanında Getirdikleri”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 22, 1991, s. 49.

<sup>236</sup> Erol CİHAN, “Atatürk İnkılabı Yorumları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1981, s. 121.

<sup>237</sup> Coşkun ÜÇÖK, “Hukuk Devriminin Nedenleri”, *Belleten*, Cilt: 52, Sayı: 204, 1988, s. 1011.

Türkiye'nin yöneticileri de, başta Atatürk olmak üzere, halkın içinde bulunduğu toplumsal gerçekliği devam ettirmeyi değil Türkiye'nin Batı uygarlığı düzeyine ulaşmasını bir açıdan kanunlarla gerçekleştirmeyi amaçlamışlardır.<sup>238</sup> Atatürk de bir konuşmasında “*ülkeler çeşitlidir; ancak uygarlık tektir. Bu sebeple, Türkiye bu uygarlığa katılmak zorundadır*” diyerek kurucu politikaların ardındaki güdüyü ve mantığı açığa vurmuştur.<sup>239</sup> Bu nedenle Atatürk'ün amacı açık ve nettir: “*Tamamen yeni kanunlar meydana getirerek eski hukuk esaslarını kökünden kaldırmak teşebbüsündeyiz.*”<sup>240</sup>

Kurucu kadrolar için tüm hukuk alanlarının yanında medeni hukukun önemi ayrıydı. Bunun sebebi medeni hukukun insan ve toplum yaşamı ile en fazla ilgili kanun olmasından kaynaklanır. Kişinin doğumundan, hatta doğum öncesi ana rahmine düşmesinden başlayarak ölümünden sonraya kadar özel hukuk açısından önemi olan bütün yaşam ilişkileri medeni hukuk tarafından düzenlenir.<sup>241</sup> **Hıfzı Veldet Velidedeoğlu**'nun de belirttiği üzere:

*“Malûmdur ki medeni hukuk, hususi hukukun bir koludur, en önemli koludur. Medeni hukuk bütün günlük münasebetlerimizi nizamlayan hukuktur. Bu hukuk, doğum, temyiz kudreti, hısımlık, ikametgâh, isim, ahvali şahsiye sicili, cemiyet ve tesis, evlenme, boşanma, nesep, vesayet, miras, vasiyet, menkul ve gayrimenkul*

---

<sup>238</sup> Erol CİHAN, “Atatürk Hukuk Devrimi Üzerine”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 48, Sayı: 1-4, 1983, ss. 183, 184.

<sup>239</sup> Bilge ÖZTAN, “Medeni Kanun'un Kabulünün 70'inci Yılında Aile Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, s. 80.

<sup>240</sup> Atatürk'ten aktaran BOZKURT, s. 49.

<sup>241</sup> ERTAN, s. 753.

*mal münasebetlerini ve, meselâ bir gazete, bir paket sigara almak gibi küçük ve basitlerinden tutunuz da bir elbise veya bir ev yaptırmak, bir avukat tutmak, büyük bir taahhüde girişmek, binlerce liralık alım-satımda bulunmak gibi küçük büyük borç münasebetlerini tanzim eder. Cemiyet hayatında bu saydığım münasebetlerde tamamen vâreste kalabilen bir tek kişi olmadığına ve olamayacağına göre medeni hukukun içtimai hayatta oynadığı rolün ve diğer hukuk kollarına nazaran olan şümül ve genişliğinin azameti derhal gözlerde canlanır.”<sup>242</sup>*

Bu nedenle medeni hukukta yaşanacak bir medenileşme tüm hukuk sisteminin ve hatta toplumun medenileşmesiyle sonuçlanacaktır. Atatürk de bu görüşü “*medeni hukukta, aile hukukunda takip edeceğimiz yol medeniyet yolu olacaktır. Hukukta işleri oluruna bırakmak ve hurafelere bağlılık, milletlerin uyanmalarını engelleyen en ağır bir kabustur*”<sup>243</sup> şeklinde belirtmiştir. Bu anlamda diyebiliriz ki İsviçre Medeni Kanunu’nun iktibası yalnızca bir kanun metninin iktibası değildir, bir medeniyet iktibasıdır.<sup>244</sup> Hasan Âli Yücel de bir konuşmasında Türk Medeni Kanunu’nun bir medeniyet alışması olduğunu ve özellikle aile hukukuna ilişkin hükümlerin tam anlamıyla geleceği ifade ettiğini belirtmiştir.<sup>245</sup> Aynı zamanda kanunun, Mahmut Esat Bozkurt tarafından kaleme alınan, genel gerekçesinde de Türk devletinin kendisini çağdaş uygarlığa uydurma

---

<sup>242</sup> Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, “Türk Medeni Kanunu ve İdarecilerimiz”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 1943, s. 18.

<sup>243</sup> Atatürk’ten aktaran BOZKURT, s. 50.

<sup>244</sup> OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 50.

<sup>245</sup> ÖZTAN, s. 80.

zorunluluğundan bahsederek bu kanunla çağdaşlaşma arasındaki bağ kurulmuştur.<sup>246</sup> Yani kısaca söylemek gerekirse Türkiye Cumhuriyeti'nin yaşadığı modernizasyon ve sekülerleşme yabancı kanunların iktibasının bir sonucu değil, modernleşme ve sekülerleşme yoluna girilmiş olması ve bu yöndeki güçlü arzu yabancı kanunların iktibasının nedenidir.<sup>247</sup>

Yukarıda da aktardığımız gibi Tanzimat'tan itibaren çeşitli hukuk alanlarında iktibas ve kanunlaştırma hareketleri görülmüştür ancak medeni hukuk alanındaki kanunlaştırma hareketi sonucu kabul edilen Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye bir iktibas ürünü değildi ve Batı'dan ve Batılı bir zihniyetten uzaktı.<sup>248</sup> İçinde barındırdığı tek sorun da bu değildi. Öncelikle Mecelle uygulanmayan bir metindi. 1851 maddesi olmasına rağmen yalnızca 300 maddesi fiili olarak uygulanmaktaydı.<sup>249</sup> İkinci olarak genel olarak somut vakalardan hareketle neticeye ulaşmayı hedefleyen yapısı nedeniyle Osmanlı tebaasının önünde bir kılavuz olma yetisinden yoksundu ve karar verme sürecinde hâkimlerin işini

---

<sup>246</sup> Yasemin IŞIKTAÇ, “Türk Hukuk Devriminin Felsefesi”, *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (İLKE)*, Atatürk'ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83 Yılı Özel Sayısı, 2006, s. 124.

<sup>247</sup> Dora GLIDEWELL NADOLSKI, “Ottoman and Secular Civil Law”, *International Journal of Middle East Studies*, Cilt: 8, Sayı: 4, 1977, s. 528.

<sup>248</sup> Bu sebeple Cumhuriyet'in ilanı sonrası gerçekleştirilen iktibas ve kanunlaştırma hareketlerinden devrim nitelemesine haiz olanın yalnızca İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibas sonucu alınması olduğu söylenmiştir; ÜÇÖK, s. 1003.

<sup>249</sup> OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 49.

zorlaştırıyordu.<sup>250</sup> Ayrıca bir medeni kanunda yer alması gereken Aile ve Miras Hukuku'na hiç yer verilmemişti. Bu hükümler tamamıyla İslam hukukuna tabi tutulmuştu.<sup>251</sup> Ayrıca temelini dinden ve hatta spesifik bir mezhepten alan ve tüm Osmanlı tebaasına uygulanma iddiasında olsa da gayrimüslimler için ayrı bir hukukun uygulanmasına imkân veren, yani hukuki çoğulluğa yol açan bir kanuni düzenlemeydi.<sup>252</sup>

Yukarıda saydığımız ve bu çalışmada bahsini geçirmedığımız eksiklikler kurucu kadroların Mecelle yerine çağdaş bir medeni kanun ihtiyacı duymalarına sebep olmuştur ve bunun için çalışmalara başlanmış ve komisyonlar kurulmuştur. 1923'te kurulan ilk komisyona, 1916'da başlamış olan çalışmalara devam etmek, yani çalışmalarında fıkıh esaslarından ilham almak görevi verilmişti. Ancak hilâfetin kaldırılması ve Öğretim Birliği Kanunu'nun çıkarılması gibi olaylarla devrimin laik yapısının önü açılmış ve ilk

---

<sup>250</sup> Erhan TAŞ, “Kabul Sürecinde Türk Medeni Kanunu'na Yönelik Bazı Eleştiriler”, *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 16, 2018, s. 652.

<sup>251</sup> Ahmet M. KILIÇOĞLU, “Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 1720. Tanzimat'tan Cumhuriyet'in ilanına dek geçen sürede, Mecelle dışında, medeni hukuk alanındaki diğer kanunlaştırma hareketleri sonucu ortaya çıkan Arazi Kanunnamesi ve Hukuk-i Aile Kararnamesi de modern kanun sistematğinde kaleme alınmış metinler olsa da Batı etkisinden uzak, şer'i ve örfî hukuk çerçevesinde hazırlanan kanun metinleridir; ÖRSTEN ESİRGEN, s. 454.

<sup>252</sup> TAŞ, s. 652.

komisyon dağıtılmıştır.<sup>253</sup> Kurulan ikinci komisyona ise fıkıh esaslarına bağlı kalmak gibi bir zorunluluk getirilmese ve komisyonun İsviçre Medeni Kanunu’nu çeviri yoluyla kabul etmesi karşısına bir engel konulmasa da eski esaslara da bağlı kalan bir tasarı ortaya çıkarmıştır ve bunun sonucunda Mahmut Esat Bozkurt tarafından şu sözlerle komisyon dağıtılmıştır.<sup>254</sup>:

*“Türk ihtilalinin kararı, batı medeniyetini kayıtsız, şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar demirle ateşle yok edilmeğe mahkumdurlar. Bu prensip bakımından kanunlarımızı oldukları gibi batıdan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız. Keyif ve isteklerimize göre değil, milletimizin dileklerine göre iş başarmağa borçluyuz. Şimdiye kadar gecen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veririm.”<sup>255</sup>*

Bu sürecin sonunda dönemin Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt tarafından İsviçre Medeni Kanunu’nu Türkçeye çevirmek için kurulan komisyon çalışmalarına 11 Eylül 1924’te başlamış ve çeviri 24 Aralık 1925’te tamamlanarak<sup>256</sup> Türk Medeni

---

<sup>253</sup> K. F. ARIK, “Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkidler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 1, 1963, ss. 193, 194.

<sup>254</sup> ARIK, s. 194.

<sup>255</sup> Mahmut Esat Bozkurt’tan aktaran OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s. 49.

<sup>256</sup> Döneme hâkim olan ilerlemeci mantık bu çevirinin tamamlanması hususunda o kadar sabırsızdır ki metnin tamamının tek bir çevirmen tarafından çevrilmesi dahi beklenememiştir. Kanun bölümler hâlinde çevrilmiş ve çeviri ciddi bir edisyondan

Kanunu Tasarısı olarak Meclis'e sunulmuştur. Tasarı 17 Şubat 1926'da görüşülmüş ve kabul edilmiştir.<sup>257</sup>

Elbette iktibasın İsviçre Medeni Kanunu'ndan yapılması bilinçli, rasyonel sebepleri olan bir karardır. Bazı hukukçulara göre İsviçre Medeni Kanunu'nun niteliğinden ötürü bu karar alınmıştır. O zamanlarda Avrupa'da yürürlükte olan en modern, en pratik, en açık ve en demokratik kanun olduğu düşünüldüğü için bu karar verilmiştir.<sup>258</sup> Bazılarına göreyse komisyonun başındaki Mahmut Esat Bozkurt'un İsviçre'de eğitim görmüş olması bu karara sebebiyet vermiştir.<sup>259</sup> Aynı zamanda Fransızca bilen hukukçu sayısının çokluğu orijinal dili Fransızca olan bu kanunun tercih edilmesinde etkili olmuştur diyen hukukçular da mevcuttur.<sup>260</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz gibi 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ruhu 4721 sayılı kanunda korunmuş ve yapılan değişiklikler de bu ruha uygun değişiklikler olmuştur. Bir sonraki başlıkta, çocuğun velayetinin hukuki boyutunun tarihini ve bu

---

geçmemiştir. Bu sebeple metin boyunca aynı kavram için farklı çevirilerin kullanıldığı görülür; AYDIN, s. 346.

<sup>257</sup> ERTAN, s. 753.

<sup>258</sup> ERTAN, s. 754.

<sup>259</sup> ERTAN, s. 754.

<sup>260</sup> ERTAN, s. 754. Okumalarımızda bu hususta bir iddia ile karşılaşılmamış olsa da İsviçre Medeni Kanunu'nun, komisyonun çalışmalarını yürüttüğü sırada, en yeni tarihli kanun olması ve İsviçre'nin Birinci Dünya Savaşı'nda mücadele edilmeyen ülkelerden biri olması da bu kararı etkilemiş olabilir.

başlıkta iktibas hikayesini aktarmaya çalıştığımız 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’ndan ilhamını alan, yeni Türk Medeni Kanunu’na göre çocuğun velayetini incelemeye çalışacağız.

## II. Tarihsel ve Mevzuat Boyutuyla Çocuğun Velayeti

*“Aile Hukukunun dikkat çeken bir özelliği de bu hukuk dalının ideolojik boyutunda su üstüne çıkar. Dinsel hukuk – laik hukuk çekişmesi en keskin biçimde bu alanda ortaya çıkar. Tek eşlilik ile çok eşlilik, salt dinsel törende evlenmek ile resmi nikah, kadının koca ve çocuğun da baba karşısındaki konumu, evlilik dışı ilişkilerin ve bu ilişkilerin ürünü çocukların durumu hep bu ideolojik tartışmanın konuları olmuştur.”<sup>261</sup>*

---

<sup>261</sup> Rona SEROZAN & Başak BAŞOĞLU & Berk KAPANCI, “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, 2016, s. 535. Fransız Devrimi ve Napolyon’un 9 Kasım 1799 tarihli 18 Brumaire Darbesi sonrasında yaşanan hukuki değişimler de aile hukukunun ideolojik yönünü gözler önüne sermektedir. Sırayla aktaracak olursak Fransız Devrimi’nden sonra eski hukukun kesin olarak yürürlükten kaldırılmasına rağmen oluşan boşluk yeni bir hukuk sistemi ortaya konularak tamamlanmamıştı. Buna karşın boşanma, medeni durum, gayrisahih nesep, miras gibi aile hukukunu ilgilendiren konular ayrıntılı mevzuatlarla düzenlenmişti. Napolyon da darbeyle iktidarı ele geçirdikten sonra tumturaklı bir mevzuat çalışmasını başlatmasına rağmen 87 oturumun yalnızca 35’ine katılmıştır.

Çocuk ve çocukluk kavramları çok boyutlu ve tarihsel süreçte değişime ve gelişime uğrayan kavramlardır. **Neil Postman**'a göre de çocukluk bebekliğin aksine biyolojik bir kategori değil, toplumsal bir kategoridir.<sup>262</sup> Eşitsiz güç ve statüye sahip üyelerden oluşan çekirdek ailede çocuğun konumunun, özneleşmesini engelleyecek denli düşük bir seviyede konumlanması ise ilk kez Romalılar tarafından çocuk ve ayıp düşüncesi arasında bir bağ kurulması sonucunda görülmüştür.<sup>263</sup> Elbette çocuğun toplumsal bir kategori olarak kalması bu kategorinin niteliği ve içeriğinin değişmeksizin günümüze dek süregeldiği anlamına gelmez. Bu değişimi çocuğun velayetine ilişkin yaklaşım ve kabullerde, yani kısacası velayetin tarihinde görebiliriz. Ancak şunu belirtmek gerekir ki aşağıda belirteceğimiz hususlar velayet gibi tarihi çok eskilere dayanan bir kurumun serencamını tam anlamıyla aktarmaktan oldukça uzaktır. Amacımız daha çok velayet hakkının nereden nereye geldiğini görebilmemiz adına ilk örneklerle bakmaktır.

---

Katıldığı oturumların ise aile babasının durumu, boşanma, evlat edinme gibi hususların tartışıldığı oturumlar olması ayrıca ilgi çekicidir; CAENEGEM, ss. 18-20.

<sup>262</sup> Neil POSTMAN, *Çocukluğun Yokoluşu* (Çeviren: Kemal İNAL), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1995, s. 11

<sup>263</sup> Sedat YAĞCIOĞLU, *Taş Dile Geldiğinde: Kürt Çocukların Çocukluk Deneyimleri ve Toplumsal Gösterilenin Kurucu Rolü*, NotaBene Yayınları, Ankara, 2014, ss. 19, 27. Hiç kuşkusuz söz konusu ayıp düşüncesinin ortaya çıktığı ilk sosyal olgulardan biri cinselliktir. **Annie Ernaux**'nın *Yalın Tutku* romanında incelikte dile getirdiği gibi artık “ebeveynler ve çocuklar, kendilerine en yakın ama sonsuza dek en yasaklı kişilerin cinselliğini rahatsızlık duymadan kabul edebilecek son kişilerdir”; Annie ERNAUX, *Yalın Tutku* (Çeviren: Yaşar AVUNÇ), Can Yayınları, İstanbul, Nisan 2022, s. 20.

## **A. Tarihsel Süreçte Velayetin İçeriği ve Kapsamı: Roma İmparatorluğu’ndan Hassas Yıllar Doktrininin Kabulüne Giden Sürece Kısa Bir Bakış**

“... velayet babanın imparatorluğudur.”<sup>264</sup>

Velayet kurumu ve bu kurumun tarihsel değişimi hiç şüphesiz aile kurumundan ve onun gelişiminden bağımsız değildir. Aile kurumu dinamik yapısı nedeniyle tanımlanması zor bir kurumdur ve tam bu nedenle uluslararası hukuk metinlerinde ve iç hukuk metinlerinde tanımlanmadan ve sınırı çizilmeden bırakılmıştır.<sup>265</sup> Zira tarih boyunca da ekonomik, toplumsal, siyasal etkenler aile kurumuna atfedilen anlamı, bu kurumun içeriğini ve sınırlarını, kurumu oluşturan bireylerin aile içerisindeki konumlarını ve işlevlerini değiştirmiştir.<sup>266</sup>

Velayet de, hem aile kurumunun hem de aileyi oluşturan bireylerin aile içindeki konumunun değişimiyle paralel bir biçimde, tarihsel ve hukuki gelişim sürecinde babanın mutlak otoritesine haiz bir kurumdan çocuk yararına kullanılması gereken yüküm-hak

---

<sup>264</sup> William BLACKSTONE, *Commentaries on The Laws of England: Book I of the Rights of Persons*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 292.

<sup>265</sup> Selma ÇETİNER, “Velayet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 3, 2017, s. 28.

<sup>266</sup> Metnin ileriki sayfalarında yer yer bu faktörlere değinecek olsak da Hristiyanlığın Roma İmparatorluğunca kabulü, Fransız Devrimi, Sanayi Devrimi, feminist hareketin yükselmesi ve insan hakları ilkeleri ile metinlerinin kabul edilmesi, aile ve velayet kurumunun niteliğini ve içeriğini değiştiren önemli faktörler olarak sayılabilir.

niteliğine dönüşmüştür. Hatta bizim gündelik ve hukuk dilimize henüz oturmamış olsa da yabancı ülkelerde velayet [*custody*] terimi yerini *responsibility for children* [çocuğa yönelik sorumluluk] vb. terimlere bırakmaya başlamıştır.<sup>267</sup> Günümüz hukuk sistemlerinde düzenlenen velayet kurumunun hangi noktadan bu düzeye geldiğini görebilmek adına ilk olarak Roma İmparatorluğu ve toplumunda velayetin hukuki niteliğine ve kapsamını inceleyebiliriz.

Eski Roma toplumunda toplumun ataerkil yapısıyla paralel bir hukuki örgütlenme mevcuttu. Günümüz hukukunda kişinin, hak ehliyetine sahip olabilmek için tam ve sağ doğması yeterli olsa da Roma Hukuku'nda hak ehliyetine sahip olabilmek için kişi [*persona*] olmak yeterli değildir. Kişiliğin yanında belirli statülere de sahip olmak gerekir ve bu statülerden biri de *statüs familiae*'dir [aile statüsü]. İşte bu aile durumu içinde baba [*pater familias*] Romalıların kendi hukukuna tabi kişilerden biriyken [*sui iuris*], ailenin diğer üyeleri başkasının, yani bu durumda *pater familias*'ın, hukukuna tabi kişilerdir [*alieni iuris*]. *Pater familias*'ın *patria potestas* [çocuk] üzerinde, diğer aile bireyleri üzerinde de olduğu gibi, sınırsız bir hakimiyet hakkı vardır.<sup>268</sup> Baba, çocukların üzerinde hem *domestious judex* [aile yargıcı] hem de *magistratus* [resmi memur] yetkisine sahiptir. Yani babalar çocuklarını terk edebilir satabilir, öldürebilir ya da çocukların belirli uzuvlarını kesebilirdi ve bunları yaparken sadece vicdanlarına ve Tanrılarına karşı sorumlulardı.<sup>269</sup> Kısacası eski Roma toplumunda velayet sınırsız, mutlak, devredilemez ve bölünemez bir haktı.

---

<sup>267</sup> Sevgi USTA, *Çocuk Hakları ve Velayet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 19.

<sup>268</sup> Barış Can ÖZTÜRK, *Birlikte Velayet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, ss. 31, 32.

<sup>269</sup> USTA, ss. 35, 36.

Cumhuriyet döneminden itibaren ise *pater familias*'ın sahip olduğu hak ve yetkiler bazı sınırlandırmalara tâbi tutulmaya başlanmıştır. Dördüncü yüzyıldan itibaren yeni doğan çocuğu öldüren *pater familias* ölüm cezasına çarptırılmaya başlanmıştır. Sırasıyla önce çocuğun hayatı üzerinde sonraysa çocuğun üzerindeki sınırsız hâkimiyetini kaybeden *pater familias*'ın elinde, Iustinianus zamanına gelindiğinde, yalnızca çocuğun eğitim hayatına yönelik cezalara ilişkin bir hâkimiyeti kalmıştır.<sup>270</sup>

Cermen Hukuku'nda ise velayet kavramı yine aile babası üzerinden şekillenmiştir. Baba, çocuk üzerinde *munt*<sup>271</sup> denilen bir velayet hakkına sahiptir.<sup>272</sup> Bu velayet türüne göre baba, çocuk üzerinde koruma, kayırma, temsil yetkisi ve mallarını idare etme yetkisi gibi haklara haiz olsa da<sup>273</sup> Roma Hukuku'na göre velayet kurumunun babaya sağladığı haklarda ciddi bir daralma da söz konusudur. İlk farklılık olarak velayet kurumunun babaya hakların yanında sorumluluklar da getirdiği görülür. Örneğin çocuğun mallarını idare ederken ortaya çıkan zarardan, baba ile çocuk arasında mal ortaklığı

---

<sup>270</sup> Nagehan ÇAKIR, *Boşanma Sonrası Ortak Velâyet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 28. Roma İmparatorluğu'nda görünen bu değişimlerde hiç şüphesiz Hristiyan dininin kabulü ve Hristiyan dininin insan onuruna ilişkin ilkelerinin etkisi ile çocuğun, anne ve babasına karşı iâşe, cihaz, evlenme hediyesi isteme gibi haklara sahip olmaya başlaması önemli bir yer teşkil etmektedir; USTA, s. 37.

<sup>271</sup> **Sevgi Usta**, *munt* kavramı içinde hem koruma hem de kayırma anlamlarının birlikte içerildiğini söylemiştir; USTA, s. 36.

<sup>272</sup> ÖZTÜRK, s. 32.

<sup>273</sup> ÖZTÜRK, s. 33.

rejiminin kabul edilmesinden ötürü<sup>274</sup>, baba sorumlu tutulmuştur.<sup>275</sup> İkinci olarak Roma Hukuku'nda babanın çocuk üzerindeki velayeti babanın ya da çocuğun ölümüne dek sürerken Cermen Hukuku'nda babanın çocuk üzerindeki velayeti, çocuğun ekonomik bağımsızlığını ilan etmesiyle birlikte son bulur.<sup>276</sup> Üçüncü olarak babanın ölümü durumunda çocuğun velayetinin anneye geçmesi Roma Hukuku'yla farklılık arz eden durumlardan biridir.<sup>277</sup> Son olarak, erken Roma Hukuku'nda, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, velayet hakkı, babanın çocuğu öldürme “hakkı”nı dahi kapsarken Cermen Hukuku'nda baba, çocuğunu öldürmesi durumunda kasten adam öldürme suçlamasıyla karşılaşmıştır.<sup>278</sup>

Çocukluk döneminin iktidar ilişkileriyle tanımlanmaktan kurtarılmasının ve kanunda öngörülen yaşla sınırlı tutulmasının, yani kanuni küçüklükle tanımlanmasının kökenleri ise Aydınlanma felsefesine ve bu felsefenin ilkelerini uygulayan Fransız Devrimi'ne dayanır.<sup>279</sup> Evrensel özgürlük ve eşitliği ilan eden ve hükümdarı tahtından eden bir Devrim'in, ailelerdeki hükümdarı, başka bir deyişle babanın aile içindeki üstün konumunu da sarsması beklenebilirdi. Ailelerde eşitlik sağlanması adına adımlar atıldı, çocuklar 21 yaşına gelince reşit sayıldı, yani, yine en azından kâğıt üzerinde, ailenin

---

<sup>274</sup> USTA, s. 36.

<sup>275</sup> ÖZTÜRK, s. 33.

<sup>276</sup> ÖZTÜRK, s. 33.

<sup>277</sup> ÖZTÜRK, s. 33.

<sup>278</sup> USTA, s. 36.

<sup>279</sup> Dominique YOUNG, “Çocuğun Hukuki Statüsü Hakkında”, *Çocuk ve Medeniyet*, Cilt: 4, Sayı:8, 2019, s. 68.

egemenliğinden kurtuldu. Önceden birçok unsura ve anlama sahip olan çocukluk artık hayatın belirli bir dönemiyle sınırlandı.<sup>280</sup>

Yukarıda aktardığımız gelişmelerle birlikte çocuğun tanımına ve çocuğa yönelik yaklaşımda da ciddi bir değişiklik söz konusu olmuştur. Özellikle Hristiyan dininin Roma İmparatorluğunca kabulünden sonra çocuğu ilk günah olarak gören anlayış yerini çocuğun masum bir canlı olduğu ve eğitimle iyi bir yurttaş haline gelebileceği/getirilebileceği inancına bıraktı.<sup>281</sup> Yukarıda da belirttiğim gibi halk ve yurttaş fikrinin kadınları ve çocukları da kapsamı babanın, çocuğu üzerindeki hakimiyetini sarsmış ve velayet hakkının niteliğini babanın salt hâkimiyetinden çocuğun yararına sahip olduğu bir iktidara çevirmiştir.<sup>282</sup>

Velayetin modern anlamını bulmasında bu gelişmelerin büyük bir etkisi olmuştur. Çocuk artık haklara ve kişiliğe sahip ancak aynı zamanda tam olmamış, zayıf yetersiz bir canlıydı. Çocuk insan haklarına sahipse de bunları derhal kullanma yetkisine sahip değildi. Hukuki açıdan yetersiz, ehliyetsiz ve sorumsuz bir konuma sahipti. Yani küçük veya çocuk hukuk kişisi olmakla birlikte hukuk öznesi değildi. Bu nedenle yeterli mantığa sahip olmayan küçük ebeveynleri tarafından temsil edilmeye başlamıştır. Bu nedenle anne ve/veya baba çocuk adına çocuk için en iyi kararı vermelidir.<sup>283</sup> Ancak çocuk adına en iyi kararı kimin verebileceği tartışması velayet hukukunu şekillendiren en önemli tartışmalardan biri olmuştur. Sonraki başlıkta ele alacağımız hassas yıllar doktrini

---

<sup>280</sup> YOUNG, ss. 68, 69.

<sup>281</sup> USTA, s. 37.

<sup>282</sup> USTA, s. 37.

<sup>283</sup> YOUNG, s. 69.

de hem uzun yıllar kanuni düzenlemelerde yer bulması hem de hukuk pratiğini hâlâ şekillendirmesi bakımından fazlasıyla önemli tarihsel ve hukuki bir gelişmedir.

### **B. Hassas Yıllar Doktrini<sup>284</sup>: Velayetin Belirlenmesinde Yaş Faktörü**

*“Gençliğin hassas yıllarından haşin ve hırçın bir erkeklığe geçerken, tüm insani duyguları yolculuğunuzda yanınıza aldığınızdan emin olun! Onları yolda bırakma, çünkü daha sonra onları alamayacaksınız!”<sup>285</sup>*

İnsanların, çocukluğun ve gençliğin hassas yıllarından haşin ve hırçın bir yetişkinliğe olabildiğince sağlıklı bir şekilde geçebilmeleri için anne mi yoksa baba mı daha iyi bir yol arkadaşıdır? Bu soru eğer evlilik birliği sonlanmışsa ve taraflar arasında velayet hususunda bir çekişme söz konusuysa<sup>286</sup> belki de cevabı verilmesi gereken ilk

---

<sup>284</sup> Kavramın isim babası İngiliz hukukçu ve yazar **Thomas Noon Talfourd**'dur; Joan B. KELLY, “The Determination of Child Custody”, *The Future of Children*, Cilt: 4, Sayı: 1, 1994, s. 122.

<sup>285</sup> Nikolai GOGOL, *Dead Souls* (İngilizceye Çeviren: Bernard Guilbert GUERNEY), Yale University Press, New Haven ve Londra, 1996, s. 123.

<sup>286</sup> **Harry Krause**'ye göre dört tip velayet vakası vardır. İlkinde iki ebeveyn de çocuğun velayetini istemektedir ancak çocuklarını, onun üzerinden bir kavga yürütmeyecek kadar önemsiyorlardır. İkincisinde sadece bir ebeveyn çocuğun velayetini istemektedir. Üçüncü tipte ise iki ebeveyn de çocuğun velayetini istemektedir ve bunun üzerinden bir kavga yürütürler. Dördüncüsü ise iki ebeveynin de çocuğun velayetini istemediği senaryodur; **Harry Krause**'den aktaran Rachel BATTS, “Contested child custody and visitation: A plight for children”, *Educational Horizons*, Cilt: 58, Sayı: 2, 1979-1980, s. 92.

soru hâlini alır. Bu da bizi velayet tarihindeki bir diğer önemli konuya, velayetin kime ait olduğu ve kime ait olması gerektiği meselesine getirir. Babanın, velayet üzerindeki mutlak hâkimiyeti Roma ve Cermen hukukuyla sınırlı bir durum değildir. Çok uzun yıllar boyunca velayet hakkına sahip olanın baba olduğu tartışmasız bir biçimde kabul edilmiştir. On dokuzuncu yüzyılın sonuna kadar birçok Batı devletinde anne ve baba arasındaki velayet uyuşmazlıkları “baba çocuğun kanuni velisidir” ilkesi çerçevesinde çözüme kavuşturulmuş ve babanın çocuk üzerindeki “mülkiyetvari” hakkı garanti altına alınmıştır.<sup>287</sup> Anneye düşen ise **William Blackstone**’un deyişiyle “*hürmet ve saygı*”<sup>288</sup> idi.

Anneye velayetin verilmesini baştan dışlayan bu düşünce yapısı hiç kuşkusuz ataerkillik, ekonomi ve kamusalılık anlayışı temelli bir düşünce yapısıydı. Baba, çocuğun geçimini sağlama iktidarına ve imkânına sahip olduğu için velayetin de sahibiydi.<sup>289</sup> Anne ise nasıl hukuki ve ekonomik meseleleri yürütmekten aciz olduğu düşünülüyorsa çocuğun velayetine sahip olmaktan, bir çocuğu yetiştirmekten de aynı şekilde aciz olduğu

---

<sup>287</sup> ÇAKIR, ss. 58, 59; Kyla EBELS-DUGGAN, “Awarding Custody: Children’s Interests and the Fathers’ Rights Movement” *Public Affairs Quarterly*, Cilt: 24, Sayı: 4, 2010, s. 257.

<sup>288</sup> BLACKSTONE, s. 292.

<sup>289</sup> Bernardo CUADRA, “Family Law—Maternal and Joint Custody Presumptions for Unmarried Parents: Constitutional and Policy Considerations in Massachusetts and Beyond”, *Western New England Law Review*, Cilt: 32, Sayı: 3, 2010, s. 602.

düşünülmekteydi.<sup>290</sup> Ünlü İngiliz hukukçu **Blackstone**'un velayeti, “*babanın imparatorluğu*”<sup>291</sup> olarak tanımlaması gerçekten de o tarihlerdeki velayet anlayışı ve düzenlemelerini çok isabetli bir biçimde iki kelimeyle özetlemiş ve tanımlamıştır.

Zamanının İngiltere ve Galler Başsavcısı Lord Mansfield'in<sup>292</sup>, 1763 yılında, *Rex v. Delaval* davasında verdiği karar babanın, çocuğun velayeti üzerindeki tartışmasız hakkını sarsan ilk karar olmuştur. Lord Mansfield bu davada, on sekiz yaşındaki müzisyen bir kadının velayetini babaya vermeyi reddetmiş ve müzisyenin on sekiz yaşında olmasından ötürü kendisini hem babanın hem de annenin velayetinden azade kılmıştır.<sup>293</sup> Bu kararından iki yıl sonraysa *Blissets Case*'de, altı yaşındaki çocuğun velayetini, “ *taraflar anlaşamadığında, mahkeme çocuk adına en iyisi olacak şekilde*

---

<sup>290</sup> Cynthia MCNEELY, “Lagging Behind The Times: Parenthood, Custody and Gender Bias in the Family Court, *Florida State University Law Review*, Cilt: 25, Sayı: 4, 1998, s. 897.

<sup>291</sup> BLACKSTONE, s. 292.

<sup>292</sup> Lord Mansfield, *common law* sisteminin yargıçlara tanıdığı geniş alanı fazlasıyla kullanmış bir yargıçtır. Yargıçlığı bıraktıktan sonra Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası'nda da görev yapan Mansfield sadece bu çalışmada andığımız kararlarıyla aile ve velayet hukuku alanlarında değil ticaret hukuku gibi birçok alanda da köklü değişimlere vesile olmuştur; CAENEGEM, ss. 192, 193. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri'ndeki siyahiler de kölelik ve köleler hakkında ilerici kararlarından mahkemelerde faydalanmıştır; GRONNINGSATER, s. 217.

<sup>293</sup> Ramsay Laing KLAFF, “The Tender Years Doctrine: A Defense”, *California Law Review*, Cilt: 70, Sayı: 2, 1982, ss. 337, 338.

*karar verir*” diyerek, ailesini terk edip giden babaya değil anneye vermiştir.<sup>294</sup> 1817 yılına gelindiğinde şair Percy Bysshe Shelley, ateist olduğunu kamusal alanda ilan ettiği için çocuğun velayeti önce anneye, annenin ölümünden sonra ise annenin ebeveynlerine verilmiştir.<sup>295</sup> Yine aynı şekilde *Wellesley v. Duke of Beaufort* davasında başka bir kadınla uzun süredir bir birlikteliği olduğu bilinen baba, eşinin ölümünün ardından velayeti alamamış ve çocuğun velayeti annenin ebeveynlerine verilmiştir.<sup>296</sup> Lord Mansfield’in verdiği kararların etkisi Britanya sınırlarını da aşmıştır. Amerika Birleşik Devletleri’nde görülen 1813 tarihli *Commonwealth v. Addicks* davasında Lord Mansfield’in *Rex v. Delaval* davasının karar metninde kaleme aldığı “*mevcut şartlar altında kanımızca verilmesi gereken karar budur*” ifadelerine yer vererek 10 ve 7 yaşındaki iki çocuğun velayetini anneye vermiştir.<sup>297</sup>

---

<sup>294</sup> KLAFF, s. 338. Bu süreçte *Rex v. Demanneville* ve *Ex parte Skinner* davalarında Lord Mansfield’in verdiği kararların arkasındaki akıl yürütmeye direnilmiş ve babanın sorgusuz sualsiz kabul edilen velayet hakkı teyit edilmiştir; KLAFF, s. 338.

<sup>295</sup> KLAFF, ss. 338, 339.

<sup>296</sup> KLAFF, s. 339.

<sup>297</sup> KLAFF, s. 340. Bu kararlara baktığımızda **Hoecke** ve **Warrington**’ın hukuk kültürünü oluşturan 6 temel unsura ilişki sorduğu sorular anlamlı bir hâl alır. Bu kararların hepsinde o zamanki mevcut hukuki kabulün aksine kararlar verilmiştir. Bu da bizlere hukuktan anlamamız gereken şeyin yasa olmaması ve hukukun diğer sosyal normlarla ilişkisi, hukukun kaynakları, hukuki yorumda uyulması gereken kurallar, argümantasyonla ilgili sınırlar ve temel yaygın ideoloji ile hukuk arasındaki ilişkiler gibi soru(n)lar üzerine düşünmemiz gerektiğini gösterir.

Ancak on dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren velayet kurumu yasalar düzeyinde de dönüşüm geçirmeye başlamıştır.<sup>298</sup> Örneğin İngiltere’de 1839 yılında kabul edilen *The Custody of Infants Act* yasasına kadar annelerin velayete sahip olması, yukarıda çeşitli davalarda velayet anneye bırakılmış olsa da en azından kanuni düzlemde, hiçbir senaryoda mümkün değildi. Bu yasayla beraber ilk kez annelerin yedi yaşından küçük çocuklarının velayetine sahip olacağı, bir başka deyişle “hassas yıllar doktrini” (*tender years doctrine*), kabul edilmiştir.<sup>299</sup> 1873 yılında yasada yapılan değişikliklerle,

---

<sup>298</sup> Esasında dönemi için devrimci sayılan yargı kararlarından sonra kanunlar düzeyinde değişiklikler görülmesi *common law* sistemi için şaşırtıcı bir durum değildir. **Blackstone**’un da belirttiği gibi *common law* sisteminde yasamanın rolü taliydi. Yasalar yalnızca *common law*’un, yani verilen yargı kararlarının tamamlayıcısı niteliğindeydi. Ayrıca yasa koyucunun niyetinin, aksini açıkça belli etmediği sürece, oturmuş bir *common law* kuralını değiştirmek olmadığı bir karene olarak kabul edilirdi; CAENEGEM, s. 193.

<sup>299</sup> Sarah ABRAMOWICZ, “English Child Custody Law, 1660-1839: The Origins of Judicial Intervention in Paternal Custody”, *Columbia Law Review*, Cilt: 5, Sayı: 9, 1999, ss. 1359-1362. Tabii burada bir yanılgıya düşmemek gerekir. İngiltere’de boşanma ve ayrılık sonrası annelerin çocuklarının ortak velayetini (bu kurum Türk doktrininde birlikte velayet olarak geçmektedir) ancak 1973’te almaya başlamıştır. Yedi yaşından büyük çocukların velayeti söz konusu olduğunda baba hâlâ tek hak sahibiydi. Yine 1920’lere kadar anneler ancak yasal olarak evliyse çocuğun velayeti üzerinde hak iddia edebiliyordu; Jacqueline ROSE, *Anneler: Sevgi ve Zulüm Üzerine Bir Deneme* (Çeviren: Ilgın YILDIZ), Alfa Kitap, İstanbul, 2022, s. 39.

anne, on altı yaşından küçük çocukların velayeti açısından asıl hak sahibi olmuştur.<sup>300</sup> Amerika Birleşik Devletleri’nde de o zamanki elli eyaletin her biri hassas yıllar doktrini çocukların velayetinin belirlenmesinde, kanuni düzeyde, temel ilke olarak kabul etmiştir<sup>301</sup> ve 1960’ların sonuna dek başta İngiltere ve Amerika gibi ülkeler olmak üzere birçok ülkede söz konusu ilke velayetin belirlenmesindeki başat ilke olarak varlığını sürdürmeye devam etmiştir.<sup>302</sup> Her ne kadar hem ulusal hem de uluslararası hukuk metinlerinde artık velayetin belirlenmesinde cinsiyet körü ilkelerin (örneğin çocuğun yüksek yararı) kararlara temel teşkil edilmesi salık verilse de<sup>303</sup> yargı kararlarını incelediğimiz bir sonraki başlıkta göreceğimiz üzere söz konusu ilke – Türk yargısında anne şefkati adı altında – hâlâ varlığını ve ağırlığını sürdürmektedir.

Söz konusu değişime yol açan en önemli sebeplerden biri şüphesiz ekonomik değişimlerdir. Örneğin Sanayi Devrimi, başka bir çok etkisinin yanında, aile yapısı ve

---

<sup>300</sup> KLAFF, s. 340.

<sup>301</sup> EBELS-DUGGAN, s. 257.

<sup>302</sup> Julie E. ARTIS, “Judging the Best Interests of the Child: Judges’ Accounts of the Tender Years Doctrine”, *Law & Society Review*, Cilt: 38, Sayı: 4, 2004, s. 770.

<sup>303</sup> Elbette İsrail örneğinde olduğu gibi hassas yıllar doktrininin kanuni düzeyde muhafaza edildiği örnekler de yok değildir. İsrail hukukuna göre 6 yaşından küçük çocukların velayeti anneye verilmektedir; Dafna HECKER, “Men’s Groups as a New Challenge to the Israeli Feminist Movement: Lessons from the Ongoing Gender War over the Tender Years Presumption”, *Israel Studies*, Cilt: 18, Sayı: 3, 2013, ss. 29-40. Kaynak gösterdiğimiz makale 2013 yılına ait olsa da hassas yıllar doktrinin hâlâ İsrail hukukunda var olduğu teyit edilmiştir.

ilişkilerini de etkilemiş, aileler büyük kentlere göç etmiş, babanın aile üzerindeki ekonomik gücü zayıflamış ve uzun çalışma saatleri sonucunda baba figürü evden iyice uzaklaşmıştır.<sup>304</sup> İktisat teorisinin de çalışmayı yalnızca para karşılığında yapılan görevler olarak tanımlaması sonucunda artık ev işleri ve çocuk bakımı birer iş değil kadın olmanın bir getirisi hâlini almıştı.<sup>305</sup> Böylece anneler çocuklarının günlük bakımını tek başına üstlenmeye başlamış ve çocuğun velayetine sahip olmak için en uygun kişi olarak görülmeye başlanmıştır. Hatta hâkimler anneleri masumluğun ve erdemin simgesi addetmiş, kadınlara anaç bir rol bahşetmiş ve onları dini bir saygıya da layık görmeye

---

<sup>304</sup> YAĞCIOĞLU, s. 28; ÇAKIR, s. 60.

<sup>305</sup> Aylin İlden KOÇKAR, “Günümüzde Anne Olmak: Bağlanma Teorisi ve Kadının Çalışması Arasındaki Dengenin İncelenmesi”, *Cogito Annelik Özel Sayısı*, Cilt: 1, Sayı: 81, 2015, ss. 209, 210.

başlamıştır.<sup>306</sup> Söz konusu doktrinin çocuğun yüksek yararına hizmet ettiği kabul edilmiştir<sup>307</sup>:

*“Normal çocuk gelişiminin öncelikle sağlıklı bir annelik tutumuna dayandığı kabul inanılır. Sağlıklı annenin tutumunda, anne, bebeğine bakmaktan ve bebeğin kendi eşsiz özelliklerini taşıyan, bağımsız ve kendinden emin bir insan olarak yetişmesine yardımcı olma sürecinden büyük haz duyar. (Winnicott ... bebeklerin ancak ‘yeterince iyi annelik’ sayesinde ‘gerçek benlik’ine kavuşabileceğini söyler.)”<sup>308</sup>*

---

<sup>306</sup> Amerikan yargısında zaman içerisinde dile getirilen bazı ifadeler bu yaklaşımı gözler önüne sermektedir: *“Anne, Tanrı’nın bizzat çocuk bakımı ve gelişimi adına yarattığı bir canlıdır; Anne sevgisi ile cennetin atmosferi arasındaki sınır belirsizdir”* vb.; David J. MILLER, “Joint Custody”, *Family Law Quarterly*, Cilt: 13, Sayı: 3, 1979, s. 353. *“Her şeyden öte, ne zaman anneliğin herhangi bir yönü sağlık, sevgi bağlılık sembolü olarak övülse, insanların hissedebileceği tüm karmaşık duyguların susturulduğundan veya bastırıldığından emin olabilirsiniz. Böyle kısıtlamalar haz ve acıyı, eros ve ölümü tablodan siler.”*; ROSE, s. 93. Tam olarak bu yüzden 1960’ların ve 70’lerin feminist düşüncesi anneliği kutsallıktan ve gizeminden arındırma ve analiz etme çabasına girişmişti; Ece ÖZTAN, “Annelik, Söylem ve Siyaset”, *Cogito Annelik Özel Sayısı*, Cilt: 1, Sayı: 81, 2015, s. 92.

<sup>307</sup> ÇAKIR, ss. 60, 61.

<sup>308</sup> Estela V. WELLDON, *Anne: Melek mi, Yosma mı?: Anneliğin İdealleştirilmesi ve Alçaltılması* (Çevirenler: Semra KUNT AKBAŞ & Can KURULTAY), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2019, s. 83.

Bu doktrine göre anneler “hassas yıllar”daki çocukların bakımı ve gelişimi için, böyle olmadıkları ayrıyeten kanıtlanmadığı sürece, ideal ebeveyn olarak kabul edilmişlerdir.<sup>309</sup> Böylece tarihin akışı, kurulan mantığı tersine çevirmiş ve rolleri, en azından belirli bir yaşın altındaki çocuklar açısından, değiştirmiştir. Söz konusu doktrinin kabulüne kadar baba yetersiz ve uygunsuz görünmediği sürece velayetin, babanın doğal hakkı olduğu varsayılırken<sup>310</sup> artık annenin yetersiz ve uygunsuz olduğunu kanıtlamadığı sürece küçük çocukların velayeti otomatikken anneye verilmektedir.

Bu ilkenin kabulüyle birlikte kararlarda velayeti istenen çocuğun yaşına daha çok atıf yapılmaya başlanmış ve “hassas yıllar” ifadesi, nadiren münasip bir biçimde tanımlansa da, sıklıkla mahkemeler tarafından kullanılmıştır.<sup>311</sup> Her ne kadar hassas yıllar doktrini adı verilen bu ilkeye ilişkin net bir tanım ortaya konmamış olsa da bu ilkeye meşruiyetini veren fikirlerden bazıları, emzirme gibi, yalnızca annelerin gerçekleştirebildiği bazı eylemlerin çocuk ve anne arasında biyolojik bir bağ kurduğu<sup>312</sup>,

---

<sup>309</sup> Laura E. SANTILLI & Michael C. ROBERTS, “Custody Decisions in Alabama before and after the Abolition of the Tender Years Doctrine”, *Law and Human Behavior*, Cilt: 14, Sayı: 2, 1990, s. 124. Amerika Birleşik Devletleri’nin bazı eyaletleri bu kabulü doğal bir varsayım olarak kabul ederken bazı eyaletlere göreyse bu doktrin, yargıçlara pratik bir çözüm sağladığı için kabul edilmiştir; KLAFF, s. 336.

<sup>310</sup> Jacqueline W. YEE, “Child Custody Decisions: Should the Best Interests of the Child Standart Be the Primary Determinant”, *Wayne Law Review*, Cilt: 65, Sayı: 1, 2019, s. 177.

<sup>311</sup> SANTILLI & ROBRETS, s. 124.

<sup>312</sup> ARTIS, s. 770. Bazı çalışmalar anne ile çocuk arasındaki bağın doğumla birlikte oluştuğunu dahi iddia etmişlerdir. Örneğin bkz. Marshall H. KLAUS & John H.

annenin bir çocuğun bakımını sağlamak ve büyötmek için doğal bir içgüdüye sahip olduğu<sup>313</sup>, boşanmış bir annenin tüm gün dışarıda bir işte çalışmayacağı ve evde çocuğıyla ilgileneyeceğı<sup>314</sup> ve çocuğun sağlıklı bir şekilde yetişebilmesi için annenin sevgisine ihtiyaç duyduğu<sup>315</sup> gibi kabullerdir.

Hassas yıllar doktrininin incelikle ortaya konmuş bir yaklaşım olduğunu söylemek zordur. Daha ziyade bu yaklaşımı, değışen ekonomik koşulların ve sürekli değışmekte olan aile yapısının dayattığı birtakım zorunlulukların ve kaçınılmaz değışimlerin cinsiyetçi ön kabullere dayanan biyoloji temelli argümanlarla açıklanma çabası olarak görebiliriz. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi etkisini, tıpkı cinsiyetçiliğın hâlâ var olması gibi, hâlâ sürdürmektedir. Bir sonraki başlıkta cinsiyet körü hukuki metinlerin ve ilkelerin ortaya çıkışından ve buna sebep olan ekonomik ve toplumsal değışimlerden bahsedeyeceğiz. Ancak bu değışimler hukuki metinlerin ve kabullerin değışmesini sağlamış olsa da pratikte ne boyutlarda bir değışim sağladığını bir sonraki başlıkta tartışacağız.

---

KENNEL, *Maternal-Infant Bonding: The Impact of Early Separation or Loss on Family Development*, C. V. Mosby Publishing Company, Missouri, 1976. **Selma Fraiberg** ise anne ile çocuk arasındaki bağıın doğumdan itibaren günbegün arttığını ve güçlendiğini iddia etmiştir; Selma FRAIBERG, *Every Child's Birthright: In Defense of Mothering*, Bantam Books, New York, 1977, ss. 66-68; ARTIS, s. 784.

<sup>313</sup> ARTIS, s. 784.

<sup>314</sup> Stanley F. KAPLAN, "Tender Years Presumption", *The Family Law Newsletter*, Cilt: 16, Sayı: 2, 1975, s. 8.

<sup>315</sup> KLAFF, s. 343.

### C. Çocuğun Yüksek Yararı: Günümüz Çocuk Hukuku ve Hakları Açısından Velayetin Niteliği, İçeriği ve Kapsamı

*“Velayet kararı ebeveynleri veya bir başkasını cezalandırmak anlamına gelmez; tek amacı çocuğa yardım etmektir.”<sup>316</sup>*

Nasıl ki Sanayi Devrimi ve onun hane idaresi ve ekonomisi yönünden neden olduğu değişimler annenin, evlilik içinde ve ayrılık sonrasında, çocuk üzerindeki söz hakkını derinden etkilediyse hassas yıllar doktrininin egemenliğini sarsan ve çocuğun yüksek yararı ilkesinin velayet davalarında, ve hatta çocukları ilgilendiren bütün davalarda, baskın ilke olmasına sebep olan toplumsal ve tarihsel olaylar gerçekleşmiştir. Çalışmamız toplumsal olayların hukuki değişimlere etkisi üzerine hasredilmemiş olduğundan bu olaylar ayrıntısıyla ele alınıp tartışılmayacak olsa da çalışmanın devamındaki tartışmaların ve yargı kararlarının tahlilini sunabilmemiz adına bu gelişmelerden bahsetmek önemlidir.

1970’li yılların başlarından itibaren feminist düşüncenin, grupların ve değişen cinsiyet rollerinin o yıllarda en yaygın biçimde kabul edilen ve pratiğe dökülen hassas yıllar doktrinine yönelik bir baskısı oluşmaya başlamıştı.<sup>317</sup> Kadınların iş hayatına

---

<sup>316</sup> Aktaran Laura SACK, “Women and Children First: A Feminist Analysis of the Primary Caretaker Standart in Child Custody Cases”, *Yale Journal of Law and Feminism*, Cilt: 1, Sayı: 4, s. 291.

<sup>317</sup> EBELS-DUGGAN, s. 257. Tüm bu toplumsal değişime ve baskılara karşın cinsiyet körü hukuki düzenlemelerin ve çocuğun üstün yararı ilkesinin kadınların boşanma davalarında elinde bulundurduğu pazarlık gücünü azaltması, kadının bu yüzden daha

katılımının artması, artan boşanma oranları, kadınların genel olarak eğitime, özel olarak da hukuk eğitimine katılımlarının artması ve kadınların evlilik içindeki otonom konumlarının gün be gün sağlamlaşması ve kabul görmesi, feminist düşüncenin ve grupların güçlenmesi, anneye öncelik veren bir velayet doktrinine karşı bir kampanya yürütülmesinin başlıca sebepleri olarak görülmüştür.<sup>318</sup> Feminist gruplarla birlikte “baba hakları grupları” da kadınlara öncelik veren mevcut velayet doktrini ve pratiğine karşı çıkmışlardır. Bu gruplara ve aktivistlere göre çocuğun sağlıklı bir gelişim gösterebilmesi için velayetin hem fiziksel hem de hukuki şartları bakımından iki ebeveyn tarafından eşit bir şekilde kullanılması önemlidir.<sup>319</sup> “Çocuğun yüksek yararı” ilkesinin kabulüne giden

---

düşük bir nafakaya ve mal paylaşımında daha azına razı olmasına neden olması yüzünden bu düzenlemelere ve söz konusu ilkeye karşı olan feminist düşünürler de mevcuttur; ARTIS, s. 770, Herma HILL KAY, “No-Fault Divorce and Child Custody: Chilling out the Gender Wars”, *Family Law Quarterly*, Cilt: 36, Sayı: 1, 2002, s. 29 ve SACK, s. 298. Hassas yıllar doktrininin geçerliliğini kaybetmesinin kadınlara verdiği ve verebileceği potansiyel zararlar için bkz. Nancy S. ERICKSON, “The Feminist Dilemma Over Unwed Parents’ Custody Rights: The Mother’s Rights Must Take Priority”, *Minnesota Journal of Law & Inequality*, Cilt: 2, Sayı: 2, 1984, ss. 447-449. İsrail’de faaliyet gösteren feminist aktivistler ve gruplar da “erkek hakları grupları”nın hassas yıllar doktrini, hukuk sisteminden kaldırma çabalarına karşı durmasıyla bu tavrın güncel bir örneği olmuştur; HACKER, s. 35.

<sup>318</sup> YEE, s. 177. Tüm bu değişimlere ilişkin veriler için bkz. HILL KAY, ss. 27, 28.

<sup>319</sup> YEE, ss. 179, 180. İsrail gibi Hassas Yıllar Doktrini’nin hâlâ hukuk sisteminde var olduğu ülkelerde “baba hakları grupları” da mevcudiyetini sürdürmektedir ve oldukça aktif bir örgütlenmeye sahiptir; HACKER, ss. 29-35.

yolun taşlarını döşeyen tüm bu dönemseller değişimlerin yanında aile ve çocuk hukukunu – ve dolayısıyla velayet hukukunu – etkileyen bir diğerk uzun vadeli değişim de bireyselleşme yönündeki tarihsel değişimdir. Toplumların gittikçe bireyselleşme yönünde bir değişim göstermesi kamusal/kamuyu ilgilendiren bir kurum olarak ortaya çıkan evliliğin önce kamunun üzerindeki önemli bir etkisi olduğu karşılıklı bir sözleşme ilişkisine, sonra da tamamen evlenen tarafları ilgilendiren bir sözleşme ilişkisine evrilmesine sebep olmuştur. Elbette bu bireyselleşme ailenin bir ferdi olan çocuk açısından da gerçekleşmiş ve ebeveynlerin çocuklar üzerindeki, aşağıda aktaracağımız, hâkimiyetinde ciddi değişikliklere sebep olmuştur.<sup>320</sup>

Tüm bu baskılar ve tarihsel değişimler önce yargı pratiğinin bugün adına çocuğun yüksek yararı dediğimiz ilke çerçevesinde karar vermeye başlamasını, daha sonra Amerika Birleşik Devletleri’ndeki tüm eyaletlerin çocuğun yüksek yararı ilkesi çerçevesinde oluşturulan kanunları kabul etmesiyle sonuçlanmıştır.<sup>321</sup>

Kısaca ifade etmek gerekirse söz konusu ilke toplumsal hayata ve çalışma hayatına katılımı günbegün artan kadınlar için, en azından bası feminist düşünürlerce ve

---

<sup>320</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, “The Concept of the Self in Legal Culture”, *Cleveland State Law Review*, Cilt: 38, Sayı: 4, 1990, ss. 531-534.

<sup>321</sup> EBELS-DUGGAN, s. 257. Çocuğun üstün yararı ilkesinin eşler arasındaki cinsiyet eşitliğini sağlamak gibi bir misyonu olmadığını, hatta cinsiyet eşitliği ile bir kesişeni olmadığını savunan görüşler de mevcuttur; Özgün ÇELEBİ, “Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt: 79, Sayı: 1, 2020, ss. 32, 33.

akımlarca, adeta bir ayak bağı haline gelen hassas yıllar doktrinine<sup>322</sup> karşı çocuğun yararını düşünmesinin yanında toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik de daha pozitif bir ilke olarak ortaya çıkmıştır.<sup>323</sup> Hassas yıllar doktrininin kadınlara değer verme maskesi altında anti-feminist bir doktrin olduğunu iddia eden<sup>324</sup> kadınlar ve feministler, erkeklerin de kadınlar kadar velayetten sorumlu olması gerektiğini savunmuşlardır. Ayrıca bu talep sadece, en azından başlangıçta, kadınlar tarafından değil, **bell hooks**'un "*feminizm herkes*

---

<sup>322</sup> Hassas yıllar doktrininden ilham alan düzenlemeler 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda da kendisine yer bulmuştur. 148, 149, 262, 264/I, 275, 311, 312 ve 313. maddelere göre istisnai haller dışında küçük çocuğun annesinden ayrılmaması gerekir; Ali Naim İNAN, "Çocuk Hakları Beyannamesi İlkelerinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi", *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 1968, s. 216.

<sup>323</sup> Sean STEEL, *Having Your Cake and Eating It Too: The Law and Politics of Child Custody in Canada*, Calgary Üniversitesi Politik Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2001, s. 25.

<sup>324</sup> Mary Ann MASON, "The Roller Coaster of Child Custody Law over the Last Half Century", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Cilt: 24, Sayı: 2, 2012, s. 456.

*İçindir*”<sup>325</sup> şiarını hatırlatır biçimde, çocuklarının velayetini almak isteyen boşanmış babalar tarafından da dillendirilmeye başlanmıştır.<sup>326</sup>

Ancak çocuğun yüksek yararı ilkesinin de yukarıda hassas yıllar doktrini için bahsettiğimiz belirsizlik problemini barındırdığını söyleyebiliriz. Çocuğun yüksek yararı ilkesinin de tıpkı öncülü hassas yıllar doktrini gibi açıkları ve eksikleri olan bir yaklaşım olduğu hukukçular ve düşünürler tarafından dillendirilmiştir. Hatta denilebilir ki, çocuğun yüksek yararı ilkesi etkisinde hazırlanan kanunlar, hassas yıllar doktrini etkisiyle yürürlüğe konan kanunlar kadar dahi bir kesinliğe sahip değildir. Zira fazlasıyla geniş bir ilkedir ve neredeyse hiçbir zaman tatmin edici bir şekilde tanıımı ortaya konamamıştır.<sup>327</sup> Hatta bu sebepten ötürü velayet kararlarına rehberlik eden bir hukuki ilkeden ziyade bir arzunun dile getirilişi olarak ifade edilmiştir.<sup>328</sup> Hâkim bu ilke veya arzu, doğrultusunda velayeti ebeveynlerin en uygununa bırakacak şekilde karar vermelidir.<sup>329</sup> Ancak böylesi

---

<sup>325</sup> Bell HOOKS, *Feminizm Herkes İçindir: Tutkulu Politika* (Çevirenler: Aysel YILDIRIM & Ece AYDIN & Berna KURT & Şirin ÖZGÜN), BGST Yayınları, İstanbul, 2022, s. 11.

<sup>326</sup> Elizabeth S. SCOTT, “Pluralism, Parental Preference, and Child Custody”, *California Law Review*, Cilt: 80, Sayı:3, 1992, s. 616.

<sup>327</sup> SANTILLI & ROBERTS, s. 124.

<sup>328</sup> Elizabeth S. SCOTT & Robert E. EMERY, “Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of The Best-Interests Standard”, *Law and Contemporary Problems*, Cilt: 77, Sayı: 1, 2014, s. 69.

<sup>329</sup> Thomas J. REIDY & Richard M. SILVER & Alan CARLSON, “Child Custody Decisions: A Survey of Judges”, *Family Law Quarterly*, Cilt: 23, Sayı: 1, 1989, s. 75.

bir kararın kendi öznelliğini bünyesinde barındıran bir hâkimin iki dudağı arasından çıkacak bir seçime bırakmak hem ilkenin hüviyetini hem de ilkeyi fazlasıyla belirsiz kılacağından ötürü hâkimlerin, çocuğun yüksek yararı ilkesi çerçevesinde velayetin kime verilmesi gerektiğine objektif bir biçimde karar verilebilmesi için bir dizi ilke ve soru zaman içinde ortaya atılmıştır.<sup>330</sup> Örneğin **Bilge Öztan** ve **Fırat Öztan** birlikte kaleme aldıkları bir makalede aşağıda sıralanan hususları velayetin belirlenmesinde göz önüne alınması gereken unsurlar olarak kabul etmişlerdir:

- Anne, baba ve çocuk arasındaki kişisel ilişki,
- Velayet kendisine bırakılan tarafın sosyal ilişkilerinde ve ruhsal yaşamında istikrar olması,
- Velayet hakkına sahip tarafın çocuğu üçüncü kişiye bırakmadan kendisinin doğrudan eğitebilme, bakımını üstlenme imkanının olması,
- Velayet kendisine verilen tarafın çocuğu eğitebilme yeteneğinin bulunup bulunmadığı,

---

Orijinal metinde geçen “*the best of two worlds*” ifadesi **Gottfried Wilhelm Leibniz**’in monadoloji felsefesiyle bir analogi kurmak amacıyla “*mümkün ebeveynlerin en iyisi*” şeklinde çevrilmiştir.

<sup>330</sup> Bu yaklaşım İngilizce literatürde “laundry list approach” şeklinde ifade edilmiştir. Bu adlandırma dahi söz konusu ilkenin dağınıklığını toparlamak adına ortaya konulan bu standartların ve sorulan soruların kendi içinde bir sistematığı olmadığını imlemektedir; Katharine T. BARTLETT, “Child Custody in the 21st Century: How the American Law Institute Proposes to Achieve Predictability and Still Protect the Individual Child’s Best Interests”, *Willamette Law Review*, Cilt: 35, Sayı: 3, 1999, s. 472.

- Kardeşlerin mümkün olduğunca birbirinden ayrılmamalıdır,
- Boşanma sebebi doğrudan doğruya etkili olmasa dahi gerekmesi halinde boşanma sebebinin göz önünde bulundurulması gerekir,
- Velayet hakkına sahip olan taraf, çocuğun diğer tarafla ilişkisini engellememelidir,
- Çocuğun velayet hususundaki isteği ve iradesi göz önünde bulundurulmalıdır,
- Her iki tarafın da taşıdığı özelliklerin aynı olması hâlinde, hâkim, çocuğun yaşını, cinsiyetini, o zamana kadarki yaşamında hangi tarafın daha büyük bir rol oynadığını göz önünde bulundurmalıdır.<sup>331</sup>

1970 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Michigan eyaletinde kabul edilen *Child Custody Act*'in 722.21-31 hükümleri de çocuğun yüksek yararını yorumlamak hususunda hâkimlere yukarıda sayılan ilkelere benzer ilkelerle yol göstermiştir. **Bilge Öztan** ve **Fırat Öztan**'ın yukarıda saydığı ilkelere ek olarak; (i) tarafların ahlâki durumları; (ii) tarafların ruhsal ve fiziksel sağlıkları; (iii) hangi ebeveynin, çocuğun velayetini üstlenmek hususunda daha istekli olduğunun gözlenmesi; (iv) taraflardan birinin direkt çocuğa veyahut karşı tarafa yönelen bir şiddet eyleminde bulunup bulunmadığı ve; (v) çocuğun hangi tarafla kaldığı takdirde kendisini bir aile içinde hissedeceği hususunun değerlendirilmesi gibi ilkeler saymıştır.<sup>332</sup>

Gösterilen tüm bu çabaya karşın söz konusu ilkenin tanımı, içeriği ve kapsamı eksiksiz bir biçimde ortaya konamamış ve bu nedenle hukuk sisteminin içindeki ve

---

<sup>331</sup> Bilge ÖZTAN & Fırat ÖZTAN, “Boşanmada Velayetin Tevdii”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2016, ss. 486-488.

<sup>332</sup> YEE, ss. 184, 185.

dışındaki aktörlerin çocuğun yüksek yararından anladığı şey zaman zaman farklı olmuştur. Bu iddiamızı somutlaştırmak için **Katharine T. Barlett**'in yukarıda atıf verdiğimiz makalesinde kurguladığı Jane ve David olayını ele alabiliriz. Her iki ebeveyn de, bugün birçok çift gibi, evin dışında çalışmaktadır ve çocuklarının (Sara ve Jamelle) bakımına aktif bir şekilde katılmaktadır. David daha uzun saatler çalışmakta ve daha fazla para kazanmaktadır. Jane ise daha az çalıştığı için daha az para kazanmakta ancak evde geçirdiği süre arttığı için çocukların bakımına ayırdığı süre de artmaktadır. Çocukları okuldan alan, veli toplantılarına giden, çocukları doktor randevularına götürən, çocukların yatış ve kalkış saatlerini ayarlayıp takip eden ve yemekleri yapan Jane'dir. Elbette Jane ve David'in arasındaki tek fark ev ve çocuklar hususunda üstlendikleri sorumluluklar değildir. İkisinin birbirinden tamamıyla farklı ebeveynlik tarzları vardır. David katı kurallar koyan, yüksek beklentileri olan, standart bir rutini olan, kiliseye giden ve edebiyat, müzik, resim sanatı gibi şeylere ilgi duyan ve bu ilgisini çocuklara da aktarmak isteyen bir ebeveynidir. Jane ise daha özgür ruhlu, hayatı çok daha spontane yaşayan, çocuklarını yaratıcı bir karaktere sahip olacakları şekilde büyüten, kiliseye gitmeyen ve masa oyunlarından, kart oyunlarından, televizyondan ve *rock n roll*'dan keyif alan bir ebeveynidir. Çocuklar Jane'le vakit geçirmekten çok daha fazla keyif alırlar.<sup>333</sup>

Peki David ve Jane bir gün ayrıldığında ve ikisi de çocukların velayetini istediğinde hâkim ne tür bir karar vermelidir? Kiliseye giden, entelektüel zevkleri olan, daha çok para kazanan, çocuklarını belirli bir disiplinde tutan ve beklentileriyle onları her zaman daha iyisine zorlayan David'e mi yoksa çok daha eğlenceli, çocuklarına çok daha fazla vakit ayıran, evlilik içinde de çocuklar hususunda daha çok sorumluluk alan,

---

<sup>333</sup> BARLETT, s. 469.

çocukları yaratıcı bir karaktere sahip olacak şekilde büyüten Jane’e mi? Elbette bu soruya verilen cevap kişiden kişiye göre değişebilir. Muhafazakâr, sanata ilgili veya çocuklar üzerinde katı bir disiplini savunan hâkimin vereceği kararlar dini bir inancı olmayan veya zayıf olan, daha genç ruhlu, rahat bir çocukluk geçirmiş bir hâkimin vereceği kararların birbirinin zıddı kararlar olacağını iddia edilebilir. Öyleyse temel iddiaları objektiflik ve “görüldüğü yerde tanınması”<sup>334</sup> olan bir ilkenin yol göstericiliğinin o kadar da net bir şekilde işlemediğini söyleyebiliriz. **Barlett**’e göre ise çocuğun yüksek yararını düşünmenin birden çok, kişiden kişiye değişen yolları olduğunu söylemektir.<sup>335</sup>

Söz konusu ilkeye ilişkin ikinci bir eleştiri, buna zorluk da diyebiliriz, de kanıtlanamazlık ve ölçülemezlik problemleridir. Aile gibi yaşanan çoğu şeyin yine o aile içinde kaldığı bir kuruma ilişkin anlaşmazlıklar ve çelişkiler, mahkeme gibi kamusal bir alana taşındığında iddia edilen çoğu şeyin kanıtlanamaz bir hüviyette olduğu açıktır.<sup>336</sup> Kanıtlansa dahi, yukarıda kurgulanan örnekte görüldüğü üzere, ebeveynlerin taşıdığı artı ve eksilerin, bu artı ve eksilerin sübjektif yapısını bir kenara koysak bile, bir teraziye konulup objektif bir sonuca ulaşılması çok zordur.<sup>337</sup>

Çocuğun yüksek yararı ilkesine ilişkin üçüncü ve yukarıda sayılan iki eleştirinin sonucu olan bir başka eleştiri de ilkenin kabulünün hâkimlerin velayet hususunda daha eşitlikçi bir pozisyonda konumlanmalarına sebep ol(a)mayışıdır. Söz konusu ilke her ne kadar görünürde eşitlikçi bir ilke olsa da yargı pratiğinde ve istatistiklerinde görülebildiği

---

<sup>334</sup> BARLETT, s. 468.

<sup>335</sup> BARLETT, s. 468.

<sup>336</sup> SCOTT & EMERY, ss. 74, 75.

<sup>337</sup> SCOTT & EMERY, s. 75.

kadarıyla pratikte eşitlikçi bir etkisi olmamıştır. Anneler çocuklarının velayetini, hassas yıllar doktrini hukuk sistemlerince yerini eşitlikçi bir ilke olan çocuğun yüksek yararı ilkesine bırakmış olsa da, babalara göre çok daha yüksek oranlarda kazanmışlardır.<sup>338</sup> Ayrıca bu oranların, anne ile baba evlilik içinde çocuklar ile eşit zamanda vakit geçirmiş ve çocuklar hususunda eşit sorumluluk almış olsa dâhi sürdüğü gözlemlenmiştir.<sup>339</sup> Bu yüzden çocuğun velayeti söz konusu olduğunda cinsiyet eşitliğinin hâlâ radikal bir fikir olduğu da dillendirilmiştir.<sup>340</sup> Babaların çocuk bakımına artan katılımının ve annelerin ev dışında tam zamanlı bir işte çalışma oranlarının artmasına karşın 1992 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde derlenen bir veri, on sekiz yaşından küçük ve ebeveynleri ayrı olan çocukların yalnızca %3’ünün babalarıyla yaşadığını göstermiştir.<sup>341</sup> TÜİK’in 2022 yılı için yayınladığı istatistiklerde de 2022 yılında velayetin %75.7’sinin anneye

---

<sup>338</sup> Susan B. BOYD, “Can Child Custody Law Move Beyond the Politics of Gender”, *Law and Domestic Relationships in the Twenty-First Century*, Cilt: 49, Sayı: 1, 2000, s. 164. Hassas yıllar doktrini ile çocuğun yüksek yararı ilkesi arasında bir kopuştan ziyade süreklilik arayan ve bulan görüşler de mevcuttur; YEE, s. 176.

<sup>339</sup> BOYD, s. 164.

<sup>340</sup> Deborah EISEL, “Can Fathers be ‘Mothers’? What lawyers and mental health professionals really think about fathers and custody”, *Family Advocate*, Cilt: 15, Sayı: 3, 1993, s. 62.

<sup>341</sup> EISEL, ss. 62, 63. **Laura E. Santilli** ve **Michael C. Roberts**’in makalesinde yer alan karşılaştırmalı grafikler de bu veriyi desteklemektedir; SANTILLI & ROBERTS, ss. 130, 132, 133.

%24.3'ünün babaya verildiği görülmektedir.<sup>342</sup> Ekvador'da bir babanın, annesiyle çok kötü koşullarda yaşayan çocuğunun velayetini alabilmek için mahkeme önünde resmi olarak cinsiyetini değiştirdiğini açıklaması bu sorunun hâlâ sürdüğünü, en azından bu sorunun hâlâ sürdüğüne ilişkin bir algının mevcudiyetini göstermektedir.<sup>343</sup> Yine **Hoecke** ve **Warrington**'ın, ilk bölümün sonlarında ve 460. dipnotta aktardığımız, yönelttiği sorulara dönecek olursak hukukun diğer normlarla olan ilişkisi, hukukun kaynaklarına ilişkin sorular ve farklı yaklaşımlar, hukuki yoruma ilişkin sınırlamalar ve farklı yaklaşımlar, temel yaygın ideoloji ve hukuk arasındaki ilişkiye ilişkin soru(n)lar 1800'lü yıllarda kadınların velayet hakkını tanıyan devrimci yargı kararlarına yol açmıştır. Aynı soru(n)ların çağımızda ise cinsiyet körü hukuki düzenlemelerdense ataerkil ideoloji tarafından güdülenen yaklaşımların hâlâ zaman zaman tercih edilmesine sebep olduğunu söyleyebiliriz.

---

<sup>342</sup> *Evlenme ve Boşanma İstatistikleri, 2022*, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Boşanma-Istatistikleri-2022-49437#:~:text=Kesinle%C5%9Fen%20bo%C5%9Fanma%20davalar%C4%B1%20sonucunda%202022,%2C3'%C3%BC%20babaya%20verildi.>, (Erişim Tarihi: 05.04.2023).

Yine TÜİK'e göre 2021 yılında oran kadınlar lehine %76.1, 2020 yılında %75.8, 2019 yılında ise %76'dır. 2019 öncesi istatistiklere ise ne yazık ki TÜİK üzerinden ulaşamamaktadır.

<sup>343</sup> “Ekvador'da bir baba, çocuklarının velayetini kazanmak için cinsiyetini değiştirdi”, *Sputnik Türkiye*, 08.01.2023, <https://sputniknews.com.tr/20230108/ekvadorda-bir-baba-cocuklarin-velayetini-kazanmak-icin-cinsiyetini-degistirdi-1065520291.html>, (Erişim Tarihi: 05.04.2023).

Birmingham’da avukatlık mesleğini sürdüren Norman Robbins’in 1992 yılındaki veriye ilişkin izahatı ise yukarıdaki iddiamızı destekler niteliktedir: *“Yargıçlarımızın birçoğu, babaları çalıştığı için, anneleri tarafından büyütülmüş insanlar.”*<sup>344</sup> Yine bir başka avukat Louis I. Parley de esasında yargı pratiğinde hassas yıllar doktrininin geçerli olduğu zamanlardan bu yana çok daha fazla mesafe kat edilemediğini ifade etmektedir: *“Bir baba yalnızca velayetin kendisine verilmesinin çocuğun yüksek yararına hizmet ettiğini belirtip velayeti kazanamaz. Kesinlikle anneden daha iyi bir ebeveyn olduğunu ve olacağını kanıtlamak zorundadır. Bunu da annenin bir kusurunu göstererek, onun çocuğun velayetini almaya uygun olmadığını kanıtlayarak yapabilir.”*<sup>345</sup> Kısaca söyleyebiliriz ki annenin daha iyi bir ebeveyn ve çocuk bakımına daha uygun olduğunu baştan kabul eden, babanın ise anneden daha iyi bir ebeveyn olacağını iddia ediyorsa bunu kanıtlaması gerektiği bir düzen eşitlikçi bir ilkenin kabulüne rağmen, en azından yukarıda alıntıladığımız makalenin yazım tarihi itibarıyla, varlığını sürdürmektedir. *“... hassas yıllar doktrininin hayaleti zuhur eder.”*<sup>346</sup>

Çocuğun yüksek yararı ilkesinin yargı pratiğinde beklenen etkiyi ve değişimi gösterememesinden ötürü yukarıda bahsi geçen standart ve soruların yerine daha objektif kriterler konmaya çalışılmıştır. Bunlardan en çok bilinen ve etkili olanlardan biriye

---

<sup>344</sup> EISEL, s. 63.

<sup>345</sup> EISEL, s. 63. Bu durum aslında çocuğun yüksek yararı gibi çocuğu önceleyen bir ilkenin amacına ulaşamayıp çocuğu anne ve babanın arasındaki süren bir savaşta ve savaş alanında (mahkemede) kalmasına sebep olmuştur; SCOTT & EMERY, s. 72 ve SCOTT, s. 628.

<sup>346</sup> EISEL, s. 63.

“birincil bakıcı” yaklaşımıdır. Bu yaklaşıma göre evlilik birliği içerisindeyken çocuklar hususunda daha çok sorumluluk alan ve çocuğun birincil bakıcısı konumunda olan ebeveyn velayete hak kazanmalıdır.<sup>347</sup> Bu yaklaşım da, yine ağırlıkla “baba hakları grupları” tarafından, bir evlilik birliği içerisinde annenin, normal olarak, çocuğun birincil bakıcısı olduğu için anneleri velayet hususunda kayıran bir yaklaşım olduğu şeklinde eleştirilirken<sup>348</sup> kadın hakları grupları ve örgütleri tarafından belirli kazanımlar sağlayan bir yaklaşım olarak sahiplenilmiştir.<sup>349</sup>

Ancak birincil bakıcı yaklaşımına getirilen belli başlı tutarlı eleştiriler de vardır. Bunların birincisi, bu yaklaşımın, her ailede birincil bir bakıcı olduğunu, çocuklarının bakımının ebeveynler arasında eşit bir biçimde paylaşıl(a)mayacağını varsaymasıdır.<sup>350</sup> İkinci eleştiri ise bu yaklaşımın ancak gündelik ihtiyaçlarında dahi ebeveyn rehberliğine ihtiyaç duyan küçük çocukların velayeti söz konusu olduğunda işlevsel bir yaklaşım olduğudur.<sup>351</sup> Üçüncü olarak bu yaklaşım, çocuk için en iyi olanı, salt olarak ebeveynle

---

<sup>347</sup> BARLETT, s. 473.

<sup>348</sup> BARLETT, s. 473. Çalışmamızın konusu her ne kadar bu olmasa da kalıplaşmış cinsiyet rollerinin arkasına sığınıp çocuk bakımını kadınlara hasrettikten sonra olası bir boşanma durumunda böylesi bir kabulün erkeklere karşı ayrımcılık olduğu iddiası kanımızca tutarlı bir tutum değildir.

<sup>349</sup> SCOTT & EMERY, s. 81.

<sup>350</sup> BARLETT, s. 475.

<sup>351</sup> Jeff ATKINSON, “The Current Face of Best Interests”, *Family Advocate*, Cilt: 26, Sayı: 3, 2004, s. 19.

geçirilen saatle ölçtüğü için eleştirilmiştir.<sup>352</sup> Son olaraksa yukarıda bahsettiğimiz “laundry list” yaklaşımında olduğu gibi birincil bakıcının kim olduğu hususunda da hem hâkim için önemi daha büyük olguların bir diğer hâkime göre değişebilmesi hem de kanıtlanabilirlik ve ölçülemezlik problemlerinin baş göstermesi ihtimal dâhilindedir.<sup>353</sup>

Yukarıda ilkeyle ilgili bahsettiğimiz tanım zorluğu Türk doktrininde de tartışılmıştır. Söz konusu ilkenin belirli bir olayın özelliklerine göre somutlaştırılması gereken bir ilke olduğundan kesin bir şekilde tanımlanamayacağı ancak içeriğinin belirlenebileceği belirtilmiş<sup>354</sup> ve çabalar bu yönde yoğunlaşmıştır. İsviçre doktrininde, çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişiminin, çocuğun yüksek yararına dâhil olduğu kabul edilmiştir.<sup>355</sup> Aynı zamanda çocuğun düşünsel, duygusal ve ruhsal gelişimi de çocuğun yüksek yararı ilkesine içkin görünmüştür.<sup>356</sup> Ayrıca çocuğun hukuki, toplumsal ve ekonomik yararını da içeren bir ilke olduğu kabul edilmiştir.<sup>357</sup> Ya da kısaca “*Çocuğun yüksek yararı; çocuğu ilgilendiren her iş ve davada göz önüne alınan, çocuğun yaşına, fiziksel, zihinsel, ahlaksal, ruhsal sağlığı ve gelişimine, çocuğun isteklerine, mutluluğuna,*

---

<sup>352</sup> KELLY, s. 130.

<sup>353</sup> Zira zaman içerisinde mahkemeler, birincil bakıcının kim olduğunu tespit edebilmek için, tıpkı “laundry list” yaklaşımında olduğu gibi ortaya birtakım standartlar ve sorular koyma girişiminde bulunmuşlardır.; SACK, s. 301.

<sup>354</sup> İlknur SERDAR, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s. 745.

<sup>355</sup> İMAMOĞLU, 2021, s. 850.

<sup>356</sup> İMAMOĞLU, 2021, s. 850.

<sup>357</sup> İMAMOĞLU, 2021, s. 850.

*sosyoekonomik koşullar gibi çevresel etmenlere, çocuğun yararının çatıştığı kişilerle ilişkilerine ve çocuğun yakınlarının görüşlerine göre belirlenen, göreceli ve aslında varsayımsal bir ölçüttür*”<sup>358</sup> şeklinde tanımlanabilir.<sup>359</sup>

Sadece yasama organı ve mahkemeler değil, sosyal hizmet kurumları, sağlık kurumları, eğitim kurumları ve çocuğun korunmasında görevli ve yetkili diğer kurumlar da çocuğu ilgilendiren iş ve davalarda çocuğun yüksek yararını gözetlemekle mesuldür.<sup>360</sup> Ancak **Özge Yücel**’e göre uygulamada çocuğun yüksek yararı adına yapılanlar esasında çocuğun yararına değil zararına olmuştur. Yine **Yücel**’e göre çocuğun yararı kavramı çoğu kez aile yararıyla özdeş tutulmuştur, zaman zaman da çocuk yetişkinler arasında savaşında kullanılabilecek bir silah gibi görülmüştür.<sup>361</sup> Bir diğer mevzu da çocuğun karardan birinci etkilenen olmadığı durumlarda çocuğun yüksek yararı ilkesine ilişkin nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin zorluktur. Böylesi bir durumda o kişinin yararı ile çocuğun yüksek yararının birlikte değerlendirilmesi, kendi

---

<sup>358</sup> YÜCEL, ss. 120.

<sup>359</sup> Kavrama ilişkin daha incelikli bir tanım, açıklama ve yaklaşım için bkz. *Genel Yorum No. 14: Çocuğun Yüksek Yararı Hakkının Öncelikli Olarak Dikkate Alınması (Madde 3, Paragraf*

<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>, (Erişim Tarihi:

13.05.2023).

<sup>360</sup> YÜCEL, s. 118.

<sup>361</sup> YÜCEL, s. 119.

içinde bile yarar hiyerarşisi kurulamayan bir ilkenin başkalarının yararı ile harmanlanması gerektiği gerçeği yargı ve idare makamları için işleri iyice karmaşıktırmaktadır.<sup>362</sup>

Bunun nedeni ise söz konusu ilkenin, tüm tanımlama çabalarına karşın, net bir tanımının ortaya konamamasıdır. Bu nedenle Almanya'daki yasa koyucu da aile mahkemelerinin, çocuğun velayetine ilişkin kararlarda çocuğun yüksek yararı ilkesinin belirleyici ölçüt olması gerektiğini belirtse de kavramı tanımlamamış ve tanımlayamayacağını da belirterek ilkenin içeriğinin somutlaştırılmasını içtihadı ve doktrine bırakmıştır.<sup>363</sup> İkinci olarak çocuğun yüksek yararı ilkesinin net bir tanımı verilebilecek olsa da ilke kendi içerisinde birçok etmeni barındırdığı için<sup>364</sup> hangi etmenin hangi etmene karşı baskın ve öncelikli olduğunu belirlemek zordur.<sup>365</sup> Son olarak ilkenin bu belirsizliği ve tanımlanamayışı hâkimlere çok geniş bir hareket alanı tanımakta ve hâkimlerin ilkenin içeriğini kendi kişisel görüşleri ve değer yargılarıyla doldurmasına imkân sunmaktadır.<sup>366</sup> **Rona Serozan** ve diğerlerinin de belirttiği gibi aile hukuku ideolojik ve

---

<sup>362</sup> ŞİRİN, s. 228.

<sup>363</sup> YÜCEL, s. 120.

<sup>364</sup> Söz konusu ilkeye yer veren Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin İngilizce orijinalinde de yarar çoğul olarak kullanılmıştır (*the best interests of the child*). Bu da Sözleşme'nin tek bir yarar aramadığı ve çocuğu ilgilendiren aynı veya farklı yönde çok sayıda yararın var olduğunu, en azından Sözleşme'nin bunu kabul ettiğini, göstermektedir; ŞİRİN, s. 220.

<sup>365</sup> YÜCEL, s. 120.

<sup>366</sup> YÜCEL, s. 120.

etik mücadelenin oldukça yoğun bir biçimde yürütüldüğü bir alandır<sup>367</sup> ve söz konusu ilkenin yukarıda aktarmaya çalıştığımız noksanlıkları ve soyutluğu da bu mücadelenin yürütülmesi için hâkimlere ve kurumlara geniş bir alan tanır. Kısacası çocuğun yüksek yararı ilkesi hukuk sistemine ve mevzuatına girmeyi başarmış olsa da hem yargı pratiğinde hem de idari pratikte yekpare biçimde uygulanan bir ilke olamamıştır.

Yukarıda aktardığımız ve ilkenin kendi bünyesinde barındırdığı tüm eksiklikler, kısıtlılıklar, ilkeye yönelik getirilen eleştiriler ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin yazım sürecinde ilkeye ilişkin çekincelere rağmen hem Türkiye Cumhuriyeti'nin iç hukuk mevzuatı<sup>368</sup>, hem Türkiye Cumhuriyeti tarafından da kabul edilen uluslararası sözleşmeler, hem de yargı tarafından benimsenen bu ilke çocuk hukukunun temelini oluşturur. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesi *“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel*

---

<sup>367</sup> SEROZAN & BAŞOĞLU & KAPANCI, s. 535.

<sup>368</sup> Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nda açıkça “çocuğun yüksek yararı” ifadesi kullanılmasa da 317. maddede “küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse”, 325. maddede “çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde”, 324. maddede “çocuğun huzuru tehlikeye girerse”, 337. maddede “çocuğun menfaatine göre”, 339. maddede “onun menfaatini göz önünde tutarak”, 346. maddede “çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü taktirde” ifadelerine rastlanır ve söz konusu ifadeler çocuğun yüksek yararı kavramına işaret eder; Özge YÜCEL, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2013, ss. 117, 118.

*düşünce*dir”<sup>369</sup> diyerek bu mutlak ilkeyi ortaya koymuştur<sup>370</sup> ve bahsettiğimiz bu mutlaklık yalnızca Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 3. maddesinde değil çeşitli uluslararası sözleşmeler<sup>371</sup> ve Sözleşme’ye getirilen ek protokollerde de ifade edilmiştir.

---

<sup>369</sup> Çocuk Hakları Komitesi’nin Sözleşme’nin 3. maddesine ilişkin getirdiği yorumda “*Bu ilke, hükümet, parlamento ve yargı organları aracılığıyla aktif önlemler ve girişimler gerektirmektedir. Yargısal, idari ve yasama ile ilgili her organdan veya kurumdan, yüksek yarar ilkesini, alınan kararların veya başlatılan girişimlerin çocukların haklarını ve çıkarlarını nasıl etkilemekte olduğu veya etkileyebileceğini irdelemesi beklenmektedir. Böyle bir irdelemeye tabi tutulacaklar arasında, örneğin, çocukları ister doğrudan ister dolaylı biçimde etkilesin, halen yürürlükte olan veya önerilen yasalar veya politikalar, idari tasarruflar ve yargı kararları yer almaktadır*” denilerek maddeye açıklık getirilmiştir; Genel Yorum No. 5 (2003): Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin Uygulanmasına Yönelik Genel Önlemler (Maddeler 4, 42, ve 44, Paragraf 6), <https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.05.2023).

<sup>370</sup> Türkiye Cumhuriyeti, her ne kadar çocuğun yüksek yararı ilkesine işaret eden ifadelere Türk Medeni Kanunu’nun çeşitli maddelerinde yer vermiş olsa da, Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre de bu ilkeyle bağlıdır.

<sup>371</sup> Hatta kavram yeni bir kavram dahi değildir. 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi’nde (paragraf 2) ve Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’nde (madde 5 ve 16 ile paragraf 1 (d)) bu kavram geçmektedir.

Yine teorideki tüm bu arayışlar ve pratikteki sıkıntılara rağmen çocuğun yüksek yararı ilkesi modern hukuk sistemlerindeki, özelde velayet hukuku genelde ise özel hukuk hüküm ve ilkelerini, etkilemeyi başarmış ve ulusal ve ulusüstü hukuk sistemleri ve metinleri<sup>372</sup> bu ilke çerçevesinde şekillenmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ve doktrinde kabul edilen velayet anlayışı da günümüzde velayete yönelik yaklaşımı, velayetin hukuki niteliğini ve kapsamını yansıtır. Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme<sup>373</sup> gibi uluslararası antlaşmalar da hem bu ilkeden etkilenmiş hem de yerel mevzuatı etkilemiş ve farklı ülkelerin düzenlemeleri arasında benzerlikler de yaratmıştır.<sup>374</sup>

---

<sup>372</sup> Örneğin Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol'ün ön sözünde metnin kaleme alınmasının bir sebebinin de metinde öngörülen önlemlerin çocuğun yüksek yararına hizmet edeceğine inanılması olduğu belirtilmiştir. Tam metin için bkz. *Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol*, <https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.05.2023).

<sup>373</sup> Sözleşmenin tam metni için bkz. *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>, (Erişim Tarihi: 04.04.2023).

<sup>374</sup> Uluslararası sözleşmelerin Türkiye Cumhuriyeti'nin iç hukukuna etkisini ayrıntılı bir biçimde görmek için bkz. İNAN, ss. 208-219. Sözleşme'nin 4. maddesi de taraf devletlerin Sözleşme'de tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü hukuki,

Yukarıda belirtmeye çalıştığımız tüm sebeplerden ötürü, her ne kadar velayet ilişkisinde iki tarafın (ebeveynler ve çocuk) çıkarları söz konusu olsa ve bu iki tarafın çıkarları genelde örtüştüğü ifade edilse de, çıkarların çatışması söz konusu olduğunda dahi çocuğun yüksek yararına göre hareket edilmesi gerektiği tartışma götürmeyecek bir ilkedir.<sup>375</sup>

---

idari ve diğer önlemleri alması gerektiğini belirtmiştir. Aynı zamanda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de özellikle son yıllarda verdiği kararlarda çocuğun yüksek yararı ilkesinin içini Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin ve diğer uluslararası sözleşmelerin ilgili hükümlerine dayanarak doldurmuştur: *“Velâyet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken ilke, çocuğun ‘üstün yararı’ (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi m. 1 ; TMK m. 339/1, 343/K 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b)’dır. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun ... yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur”*; örnek kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 14.12.2022, 2022/8474 Esas 2022/10463 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08.10.2022, 2022/5317 Esas 2022/8886 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.10.2022, 2022/5556 Esas 2022/8640 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.10.2022, 2022/8540 Esas 2022/7905 Karar vd.

<sup>375</sup> Hatta belirtilmesi gerekir ki Türkiye Cumhuriyeti dahil olmak üzere, modern hukuk sistemlerinde sadece velayet kurumunu değil çocuğa ilişkin her konuda ilk göz önüne alınması gereken başlıca unsur “çocuğun yüksek yararı” ilkesidir; ÖZTÜRK, s. 36.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de “*yargıcın velayetle ilgili kararlarda takdir hakkını kullanırken önce çocuğun çıkarları düşünölmeli, sonra tarafların durumuna bakılmalıdır*” diyerek anne ve babanın yararını tamamen göz ardı etmese de çocuğun yararını onların üstünde konumlandırmıştır.<sup>376</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de “*Velayetin düzenlenmesi kamu düzenini ilgilendirir. Hâkim tarafların isteğı ile bağı olmaksızın çocuğun yararını gözeterek alacağı önlemi takdir eder. Tarafların bu konudaki anlaşmaları hâkimi bağlamaz*” diyerek çocuğun yüksek yararı ilkesi ile velayetin kamusal boyutu arasında da bir bağlantı kurmuştur.<sup>377</sup> Aynı daire 21.12.2017 tarihli bir kararında velayetin kamusal boyutuyla çocuğun yüksek yararı arasında bir bağlantı kurmakla kalmamış;

“*Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. Ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocukların yüksek yararı gerektirdiğı takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Velayet kamu düzenine ilişkin olup, re’sen araştırma ilkesi*

---

<sup>376</sup> BAKTİR ÇEKİNER, ss. 32, 33.

<sup>377</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 28.09.1995, 1995/8706 Esas, 1995/9558 Karar.

*geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerektiğinden bahsetmektedir.”<sup>378</sup>*

Diyerek çocuğun yüksek yararı ilkesinin sadece çocuğun menfaati, anne ve babanın menfaatinden üstün kılmadığını, aynı zamanda, çocuğa ilişkin konularda çocuğun fikrinin alınması gibi, çocuk hukukuna içkin ve çocuğun kişiliğini korumaya yönelik diğer ilkelerin de üstünde bir ilke olduğunu belirtmiştir.<sup>379</sup> Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi de çocuğun velayet kendisine bırakılmayan tarafla kişisel ilişki kurmama iradesinin velayete sahip olan tarafça yönlendirilmesi ve karşı tarafın aleyhine çocuğun doldurulması sonucunda gerçekleştiği<sup>380</sup> kanısına varıldığı takdirde çocuğun

---

<sup>378</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.12.2017, 2016/9148 Esas, 2017/15188 Karar.

<sup>379</sup> Tabii genel kabul bu şekilde olsa da çocuğun yüksek yararı ilkesinin hukuki anlamda mutlak bir kabulü mü yoksa çocuğun yüksek yararı üzerine yapılan güçlü bir vurguyu mu ifade ettiği hususunda tartışmalar yaşanmıştır ve hala yaşanmaktadır. İlke, aşağıda da değineceğimiz üzere, söz konusu ilke döneme, mekâna, çocuğa, anne babaya ve topluma göre inşa edilmektedir. Bu değişkenlik ve bağlılık, ilkenin üstün bir ilke olarak kabulünde tereddütlere yol açmıştır; Memduh Cemil ŞİRİN, “Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış”, *Çocuk ve Medeniyet*, Cilt: 4, Sayı: 8, 2019, s. 221.

<sup>380</sup> Gerçekten de bu durum boşanma sonrası ebeveynler arası mücadelenin bir parçası olarak sıklıkla karşılaşılan bir durumdur; Elissa P. BENEDEK & Catherine F. BROWN, *Boşanma ve Çocuğunuz: Çocuğunuzun Boşanmanızla Başetmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz?* (Çev.: Serap KATLAN), HYB Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 111. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 28.09.2021 tarihli bir kararında bu hususa değinmiştir; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 28.09.2021, 2021/5485 Esas 2021/6569 Karar.

yüksek yararı gereği çocuğun irade beyanının tersine bir karar verilebileceğini belirtmiştir.<sup>381</sup> Yani çocuk hukukuna ve haklarına ilişkin her karar gibi bu konuda da yargı makamlarının velayet kendisine bırakılmayan tarafla kişisel ilişki kurulmasına veya kurulmamasına ilişkin kararının ön şartı çocuğun yüksek yararıdır.<sup>382</sup>

Son başlıkta Türkiye Cumhuriyeti'nin yargı organlarının kararlarını bu ilke çerçevesinde verip vermediğini ve cinsiyet körü bir tavır takınıp takınmadığını incelemeden önce günümüzde Türkiye Cumhuriyeti mevzuatı ve doktrini açısından velayetin durumunu kısaca incelememiz gerekir.

Velayet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 335. ve 351. maddeleri arasında düzenlenmiş ve kapsamı ile hükümleri ele alınmıştır. Ancak bu maddelerde velayetin herhangi bir tanımı verilmemiştir ve kurumun tanımı ve hukuki niteliğinin belirlenmesinde doktrin ve yargı pratiği de etkili olmuştur. Türk hukukuna göre sağ doğmasıyla beraber kişilik hakkına haiz olan çocuk kanun gereği kendiliğinden anne ve babanın velayetini altına girer.<sup>383</sup> Yeni İsviçre Medeni Kanunu da velayetin nesepten kaynaklandığını belirterek anne baba arasındaki eşitliği esas aldığını net bir şekilde

---

<sup>381</sup> Selma Hülya İMAMOĞLU, “Ana Baba ve Çocuk Arasında Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesinin Dikkate Alınması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 70, Sayı: 3, 2021, s. 855.

<sup>382</sup> Ömer MAVİ, “İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 74, 2008, s. 276.

<sup>383</sup> USTA, s. 21.

belirtmiştir.<sup>384</sup> Doktrinde de ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere velayetin kişilik haklarına benzerliği açıktır. Devredilemez, mirasçılara geçmez, velayetten feragat edilemez, aksine yargı kararı var olmadığı sürece taraflardan birine verilmesi söz konusu olamaz ve tüm bu hususlar hakkında bir sulh sözleşmesi de yapılamaz.<sup>385</sup> Aynı zamanda anne ve baba velayet hakkına birlikte sahiptirler, yani anne ve baba aynı haklara sahip olup bu haktan kısmen veya tamamıyla vazgeçemeyecekleri<sup>386</sup> gibi bu hakları kendi aralarında bölüştüremezler.

Ancak buradaki benzerliğin, bir benzerliğin ötesine geçmediğini de belirtmek gerekir. Kişilik hakları, kişinin (maddi, dinsel, mesleki, ticari, bedensel vs.) kişisel değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan bir haktır ve konusunu kural olarak bir başka kişi oluşturamaz.<sup>387</sup> **James G. Dwyer** de hakların yalnızca hak sahibinin arzularını ve kendi şahsı ve malları üzerindeki iradelerini koruma altına aldığını, bu yüzden de hiç kimsenin

---

<sup>384</sup> USTA, s. 22. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerince de evlilik içinde, çocuklar dahil, her türlü konuda eşler arasında eşitliğin var olması gerektiği öngörülmüştür; ÇELEBİ, ss. 30, 31. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 2079 sayılı Eşitlik ve Paylaşılmış Ebeveyn Sorumluluğu: Babaların Rolü adlı kararında da babalara ilişkin önyargının, babaların çocuklarıyla kalıcı bir ilişki sürdürme ihtimalini ortadan kaldırdığını belirterek ebeveynlerin çocuklar üzerinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olduğunu belirtmiştir; ÇELEBİ, ss. 31, 32.

<sup>385</sup> USTA, s. 22.

<sup>386</sup> USTA, s. 22.

<sup>387</sup> Selma BAKTİR ÇETİNER, *Velayet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 28.

bir başkasının hayatını kontrol edecek bir hakka sahip olamayacağını belirterek anne baba hakkı denilen bir olgunun olamayacağını belirtmiştir.<sup>388</sup>

Yukarıda aktardığımız sebeplerden ötürü velayeti salt bir hak olarak kabul etmek ve kategorizasyona tabi tutmak gerçek niteliğini anlamamız adına bir engel teşkil edecektir. Kelimenin Arapça kökenine ya da *Türk Dil Kurumu* veya *Adalet Bakanlığı Sözlüğü*'ndeki anlamına baktığımızda kavramın yukarıda aktarmaya çalıştığımız baskın, otoriter ve egemenlik tınısı ağır basan anlamı karşımıza çıkar.<sup>389</sup> Ancak kurumun niteliği tarihsel süreçte, yukarıda aktarmaya çalıştığımız şekilde, değişikliğe uğramıştır. Velayet artık tamamıyla kişisel bir egemenlik hakkı olmaktan çıkıp toplumsal bir boyut da kazanmıştır.<sup>390</sup> Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kişilik haklarına benzeyen yönleri vardır ve bu sebeple kuşkusuz hak olarak nitelememiz gereken bir tarafı mevcuttur.<sup>391</sup> Ancak kavramın hak boyutu artık daha çok çocuk üzerindeki (sınırsız) bir egemenlikle değil başkalarına karşı ileri sürülen tarafıyla ilgilidir. **Serozan**'ın da dediği gibi kavram artık

---

<sup>388</sup> James G. DWYER, "Parents' Religion and Children's Welfare: Debunking the Doctrine of Parents' Rights", *California Law Review*, Cilt: 82, Sayı: 6, 1994, s. 1446.

<sup>389</sup> ÖZTÜRK, s. 27.

<sup>390</sup> **Francis Barry McCarthy** de velayetin anne babanın ve çocuğun çıkarlarını ilgilendiren yönü dışında toplumun çıkarlarını ilgilendiren bir yönü de olduğunu belirtmiştir; Francis Barry MCCARTHY, "The Confused Constitutional Status and Meaning Parental Rights", *Georgia Law Review*, Cilt: 22, Sayı: 4, 1988, s. 975.

<sup>391</sup> Velayeti yalnızca görev kabul eden görüşler mevcut olsa da yukarıda aktardığımız sebepten ötürü kanımızca bu görüş isabetli bir görüş değildir. Velayeti yalnızca görev kabul eden görüşler için bkz. BAKTİR ÇETİNER, s. 28.

egemenlik tınısı taşıyan eski anlamı kaybetmiştir ve “koruma-bakma” yükümlülüğünü de içeren bir yüküm-hak haline gelmiştir.<sup>392</sup> **Serozan**’a göre de velayet artık başkasını (çocuğu) engelleme yetkisi verse bile çocuk üzerinde bir egemenlik hakkı tanımaz<sup>393</sup> ve “ana veya babanın korunmayı gereksinen küçük ya da kısıtlı, evlilik içinde ya da evlilik dışında doğmuş çocuklarının bakımına, gereksinimlerinin karşılanmasına, çıkarlarının korunmasına, onların mallarının yönetilip kullanılmasına, değerlendirilmesine ve çocukların temsiline ilişkin hakların ve yükümlülüklerin toplamıdır.”<sup>394</sup> Velayet kurumu da bu yönüyle mülkiyet hakkı gibi<sup>395</sup> “egoist bir hak değil” sahibine yükümlülükler yükleyen özgeci bir hak niteliği kazanmıştır.<sup>396</sup> Yani velayet kurumu anne, baba ve çocuk

---

<sup>392</sup> Rona SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 250.

<sup>393</sup> SEROZAN & BAŞOĞLU & KAPANCI, ss. 534, 535.

<sup>394</sup> SEROZAN, s. 250.

<sup>395</sup> “Çocuk ana babasının veya devletin malı, ilgilenilecek bir nesne değildir”; Genel Yorum No. 8 (2006): *Çocukların Bedensel Cezalardan ve Cezalandırmanın Zalimce veya Aşağılayıcı Diğer Biçimlerinden Korunma Hakkı (Diğerlerinin Yanı Sıra Maddeler 19, 28 (2) ve 37),* <https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Hakları%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.05.2023).

<sup>396</sup> SEROZAN & BAŞOĞLU & KAPANCI, s. 535.

arasında nisbi bir boyuta sahipken üçüncü kişilere karşı mutlak bir hak hüviyetine bürünür.<sup>397</sup>

Bu yaklaşımın kabul edilmesiyle birlikte çocuklar artık anne ve babanın yaşamının bir tamamlayıcısı olmanın ötesinde yetişkinlerle eşit saygınlıktaki değerli bağımsız bireyler olacaktır.<sup>398</sup> Söz konusu yaklaşım ve tutum tercihi doktrinle sınırlı kalmamış ve hukuk diline ve kanunlarına da yansımaya başlamıştır. Örneğin İngiltere’de 1975 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Yasası “Anne Babanın Hakları ve Ödevleri” tanımını kullanırken 1989 tarihinde yürürlüğe giren yasa haklar terimine yer vermemiş ve yalnızca “Çocuğa Yönelik Sorumluluk” tanımını kullanmayı tercih etmiştir.<sup>399</sup> Aynı şekilde velayetin anayasal bir hak olarak kabul edildiği Amerika Birleşik Devletleri’nde de velayetin artık bir hak olarak nitelenmemesi gerektiği ve velayetin hem bir hak hem de bir sorumluluk olduğu dillendirilmeye başlamıştır.<sup>400</sup>

Türk hukuku ise velayeti salt bir hak ya da ödev olarak kabul eden görüşlerin arasında konumlanmış ve karma bir görüş benimsediği belirtilmektedir. Gerçekten de velayet hükümlerinin kişilik haklarıyla benzer veya ortak özelliklerinin yanında örneğin boşanma sonrası velayet kendisine bırakılmayan tarafın nafaka sorumluluğu velayetin

---

<sup>397</sup> Selma Hülya İMAMOĞLU, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 54, Sayı: 1, 2004, s. 168.

<sup>398</sup> BAKTİR ÇETİNER, s. 28.

<sup>399</sup> BAKTİR ÇETİNER, s. 29.

<sup>400</sup> ÇETİNER, ss. 34, 35. Velayetin adlandırılmasına ve tanımlandırılmasına ilişkin diğer değişimler için bkz. ÇETİNER, ss. 36-40.

ödev<sup>401</sup>, çocukla kişisel ilişki kurmayı talep edebilmesi ise hak kısmına tekabül etmektedir. Aynı zamanda anne ve babanın çocuğun yüksek yararına ters düşmedikçe çocuğun eğitimi/dini eğitimi hakkında kararlar alma yetisine sahip olması, çocuğun anne ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü olması, çocuğun adını koyma konusunda tek hak sahibi olmaları yine velayetin hak boyutunu gözler önüne serer.<sup>402</sup> Türkiye'nin de 1994 yılında kabul ettiği ve Türk hukuku açısından 1995 yılında yürürlüğe giren Çocuk Haklarına Dair Sözleşme de velayetin tam bir tanımını yapmasa da anne ve babanın

---

<sup>401</sup> Velayet kendisine bırakılmayan tarafın sorumlulukları nafaka ile sınırlı değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2020/3-133 Esas, 2022/658 Karar numaralı ve 17.05.2022 tarihli kararında *“Anne ve babanın çocuğu eğitme ve yetiştirme görevleri evlilik ilişkileri devam ederken de evlilik ilişkileri sona erdiğinde de geçerlidir”* ifadelerini kullanılmış ve velayet kendisine bırakılmayan tarafın hâlâ çocuğu eğitme ve yetiştirme göreviyle mesul olduğu belirtilmiştir; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.05.2022, 2020/3-133 Esas, 2022/658 Karar.

<sup>402</sup> Velayetin hak boyutuna tekabül eden kanuni düzenlemeler çocuğun hakkın konusu haline getirildiği izlenimini yaratabilir ancak **Sevgi Usta**'nın da belirttiği gibi kanun koyucu bu düzenlemelerde çocuğu hakkın konusu haline getirmekten ziyade çocuğu, hakkı korunan özne konumuna yerleştirmiştir: *“Oysa çocuğun hakkın konusu değil, sahibi olduğu anlayışı, çocuğun zorla alıkonulması halinde ana babanın iade talebinden değil, çocuğun güvenliğinin sağlanması talebinden, ana babanın hakkından değil, sorumluluğundan bahsetmeyi zorunlu kılar. Nitekim ceza hukukuna göre çocuğun zorla alıkonulması bir suç teşkil etmektedir...”*; USTA, s. 23.

haklarından ve ödevlerinden birlikte bahseder. Kısacası velayet: (i) kişiliğe bağlı<sup>403</sup>; (ii) kamu düzenine ilişkin<sup>404</sup>; (iii) zamansal ve görevsel olarak bölünemez; (iv) sınırlanabilen;

---

<sup>403</sup> Her ne kadar velayetin kişiliğe bağlı bir hak olduğu kabul edilse de Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 9. maddesi, çocuğun yüksek yararı gerektirdiğinde velayetin anne ve babadan alınmasına imkân tanımıştır. Ayrıca Çocuk Hakları Komitesi'nin Sözleşme'ye ilişkin 2005 tarihli bir yorumunda “... *refakatsiz veya ailelerinden ayrı düşmüş çocuğu ana babasına geri vermek için her tür çaba harcanmalıdır. Bunun istisnası, ayrılmanın çocuğun yüksek yararı açısından gerekli olduğu durumlardır ...*” denilerek çocuğun yüksek yararının anne ve babanın velayeti altında bulunmasından daha önemli olduğu ortaya konmuştur; *Genel Yorum No. 6 (2005): Kendi Menşe Ülkeleri Dışında Refakatsiz ve Ailelerinden Ayrı Düşmüş Çocuklara Dair Uygulamalar*, <https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.05.2023).

<sup>404</sup> Yalnızca velayet değil aile hukuku hükümleri genel olarak kamusal bir boyuta sahiptir. Örneğin evlilik ve soy bağı statüsüne ilişkin kuralların çoğu buyurucudur. Tüm işlemler sıkı formalitelere bağlıdır. İlişkilerin çözülme sebepleri sınırlı biçimde sayılmıştır, nişanı bozma hakkı gibi bozucu yenilik doğuran haklar ancak dava yoluyla kullanılabilir vs. Aile hukuku hükümlerinin bu yönüyle kamu hukuku ile kesiştiği bile iddia edilir; SEROZAN & BAŞOĞLU & KAPANCI, s. 533.

(v) süreli ve; (vi) her daim çocuğun yüksek yararının gözetilmesi gereken<sup>405</sup> bir yüküm haktır.<sup>406</sup>

Bir sonraki başlıkta Türkiye Cumhuriyeti yargı organlarının, velayete ilişkin karar verirken ne ölçüde çocuğun yüksek yararı ilkesini gözettiğini, bu ilkeyi ne şekilde anlamlandırıldığını inceleyip yargı makamlarının tercihlerini hukuk kültürü bağlamında anlamlandırmaya çalışacağız. Yargı kararlarında karşımıza çıkan anne, baba, çocuk, anne şefkati gibi kavramlarının içinin nasıl doldurulduğunu anlamamız için şu ana kadar ortaya koymaya çalıştığımız kavramsal çerçeveyi kullanacağız.

### III. Çocuğun Velayetine İlişkin Yargı Kararlarının Hukuk Kültürü Kavramı Işığında Değerlendirilmesi

*“Hukukun hayatını mantıkla değil, deneyimle sürdürmüştür. Zamanın gereklilikleri, yaygın ahlak ve politika teorileri, kamu çıkarına yönelik farkında olunan veya olunmayan sezgiler ve hatta hâkimlerin diğer hâkimlerle paylaştıkları önyargıları, bugüne dek, insanları*

---

<sup>405</sup> Aylin TOKUŞ, *Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, ss. 26-42.

<sup>406</sup> Velayete ilişkin bu karma görüşün bir sebebi de çocuk ve çocukluğa ilişkin çelişkili anlayışların bir arada var olmasıdır. Çocuğu bir yandan kırılgan, savunmasız ve olası yetişkin şiddetine karşı korunması gereken zayıf bir varlık olarak görürken, bir yandan da çocuğu kendi iradesine sahip, olgun ve tehlikeli bir canlı olarak görmeye devam ediyoruz; YOUF, s. 67.

*yönetmesi gereken kurallar belirlenirken akıl yürütmenin yaptığından daha fazlasını yapmıştır.”<sup>407</sup>*

Türkiye’de yargı sistemi hiyerarşik bir örgütlenmeye sahiptir. İlk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri, temyiz mahkemeleri hiyerarşisini incelediğimizde kendimizi bazen oldukça karmaşık olabilen bir örgütlenme içerisinde buluruz. Hâkimlerin yargı bürokrasinin tepesinde yer alan temyiz mahkemelerine tamamen entegre bir biçimde görevlerini yerine getirmesi beklenir. İlk derece mahkemeleri, istinaf ve temyiz mercilerinin bir alt koludur, tabiri caizse onlar adına dosyayı önceden tetkik eden bir merci olarak çalışmaktadırlar. Ayrıca bu bağılılık/bağımlılık ilişkisinin mahkeme kararlarında da ciddi bir tekdüzeliğe yol açtığı iddia edilir.<sup>408</sup> **Eylem Ümit Atılgan**’ın da hâkimlerle yaptığı görüşmelerde bu hiyerarşik yapının etkileri görülür:

*“**Hâkim:** (...) ‘peki temyiz mahkemesi ne istiyor?’ Bu, kanunun ruhunun ve lafzının çok ötesinde; her şeyden önce, hâkimlerin ‘Yargıtay bu konuda ne düşünüyor?’ sorusuyla aşırı derecede kısıtlandığını düşünüyorum ki bu da onların Yargıtay’ın ötesini düşünmelerini engelliyor.”<sup>409</sup>*

---

<sup>407</sup> Oliver Wendell HOLMES, JR., *The Common Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 2019, s. 3.

<sup>408</sup> Muzaffer ŞAKAR, *Kadıdan Hâkime: Bir Mesleğin Yolculuğu*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021, s. 32.

<sup>409</sup> ÜMİT ATILGAN, s. 519.

*“Hâkim: Elbette Yargıtay’a bağılısınız çünkü son sözü o söyler. Yargıtay’ın dediği gibi hareket etmek zorundayız. Aksi takdirde, kanunun ruhuna uygun hareket edersek, bizim ruhlarımız mahvolur.”<sup>410</sup>*

*“Hâkim: Her zaman birçok hâkimin gerçeğin peşinde olmadığını, doğru kararlar vermektense ‘geri gönderilmeyecek kararlar vermeye çalıştığını’ gözlemlemişimdir. Hatta tanıkları dinlemeden önce davayı zihinlerinde şekillendiren ve soruları buna göre soran meslektaşlar bile gördüm.”<sup>411</sup>*

Ancak çalışmamızın kapsamını oluşturan çocuğun velayetine ilişkin yargı kararlarının incelenmesi dahi yukarıda aktarılan iddiaların olandan ziyade olması gerekeni aktardığını göstermiştir. Çocuğun velayetine ilişkin belirli mevzuların ve yaklaşımların 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun kabulünden bugüne ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay 2. Hukuk Dairesi arasında bir çatışma unsuru olduğu ve “arıtılmış bir muharebe biçimi”ni<sup>412</sup> aldığı görülmüştür. O hâlde şunu söyleyebiliriz: Türkiye Cumhuriyeti, birçok Müslüman ülkenin aksine ve birçoğundan da çok önce şeri hükümleri uygulamadan kaldırıp Batılı bir medeni kanunu iktibasla kendi hukukuna adapte etse de gelenek ve görenekler hukukun kendisini ve hukuki pratiği etkilemeye

---

<sup>410</sup> ÜMİT ATILGAN, s. 520.

<sup>411</sup> ÜMİT ATILGAN, s. 520.

<sup>412</sup> **Michael Barkun**’dan aktaran PIRIE, s. 45. Yazar bu ifadeyle mahkemelerin tamamen hukukilikle donatılmış çekişmelere hem bir mekân sağladığını hem de bu çekişmelerin bir öznesi olduğunu kastetmektedir.

devam etmiştir ve etmektedir.<sup>413</sup> **Ebru Erdem Akçay**’a göre gelenek ve göreneklerin hukuk pratiğine etki etmesi iki şekilde olabilir: (i) Yasa, hâkimin önüne gelen olayla ilgili bir hüküm içermediği için hâkime gelenek ve görenekleri uygulama alanı açılır veya; (ii) yasa, hâkimin önüne gelen somut olayı ilgilendiren hükümleri içinde barındırmasına karşın “*yasa altüst edilir*” ve gelenek ve göreneklere göre kararlar verilir.<sup>414</sup>

İlk derece mahkemeleri ile Yargıtay kararları arasında zaman zaman ortaya çıkan ayrılıkların sebeplerine ilişkin açıklamalar getirilmiştir. Bunlardan biri de eski hukuk-yeni hukuk çatışmasıdır. Bu yaklaşıma göre, tıpkı yukarıdaki Orta Asya örneğinde olduğu gibi, bireyler kendi topluluklarında eski hukukun kabullerini devam ettirmektedir.<sup>415</sup> Ancak bu yaklaşım fazla genelleştirici ve kültürün yukarıda aktarmaya çalıştığımız çok parçalı yapısını göz ardı eden bir yaklaşımdır. Ayrıca şüphesiz yasacı yaklaşımın izlerini de hâlâ sürdürmektedir.

Öyleyse hukukun neliğine ilişkin soruya yukarıda yüzeysel bir biçimde de olsa aktarmaya çalıştığımız yasacı düşünce dışında bir yaklaşımı rehber edinerek cevap

---

<sup>413</sup> Ebru ERDEM AKÇAY, “Expanding Women’s Rights versus Conserving the Traditional Family in the Civil Code Amendment Debates in Turkey”, *Middle Eastern Studies*, Cilt: 49, Sayı: 1, 2013, s. 77. Alıntıladığımız metin değerli bir tespiti ortaya koymuş olsa da gelenek göreneklerin yalnızca dini normlarla ilgili olmadığını belirtmek gerekir.

<sup>414</sup> ERDEM AKÇAY, s. 77. Çalışma boyunca kültür kavramını kullanmış olsak da alıntıladığımız makalenin gelenek ve görenekler kullanımını tercih etmesinden ötürü bu paragrafta biz de bu tercihe uyduk.

<sup>415</sup> YILMAZ, s. 114.

aramamız elzemdir. Zira yasacı düşüncenin kabulü yargının konumu ve işlevine ilişkin kabulleri de beraberinde getirir. Olması gerekeni ve olması gerekenle ilgili tartışmaları tamamiyle olandan ayıran yasacı düşünce uyuşmazlık durumlarında cevaplar vaat eder ve somut vakanın olgularının ötesindeki kural ve genellemelere başvurur.<sup>416</sup> Bu yaklaşıma göre, **Montesquieu**'yü andırır bir şekilde, yargılama yetkisi yasayı konuşur, yargılama yetkisi yasanın ve hukukun söyleyiş şeklidir, söylevidir ve sözüdür.<sup>417</sup>

Oysa hukukun kendisinin bu kadar basit bir biçimde açıklanamayacağını ve yargının işleyişinin ve işlevinin böylesi bir yaklaşımın önümüze serdiğinden çok daha karmaşık olduğunu fark ve tespit ettiğimiz anda<sup>418</sup> **Simon Roberts**'ın belirttiği gibi öz bilinçli bir eylemle devlet hukukuna kafa yoran ve ulus devletlerin ahlâki ve politik iddialarını ayrıcalıklı bir konuma yerleştiren hukuki merkezîyetçiliği ve geleneksel hukukbilimi eleştirmek gerekir.<sup>419</sup> Zira özdüşünümsel, başka bir deyişle kendini hukuk olarak düşünen, tek hukuk biçimi olmasıyla öne çıkan devlet hukukunun dışında

---

<sup>416</sup> PIRIE, s. 171.

<sup>417</sup> Costas DOUZINAS, “Konuşmanın Yasası: Çıplak, Teolojik ve Kozmopolit Egemenlik Üzerine”, Costas DOUZINAS, *Yasanın Arzusu: Estetik, Etik, Psikanaliz* (Çevirenler: Ezgi DUMAN & İbrahim Şahin ATEŞ), Dipnot Yayınları, Ankara, 2022 içerisinde, s. 110.

<sup>418</sup> Yasacı yaklaşım hiç kuşkusuz yalnızca hukuk pratiğindeki gerçekliği değil teoriyi de bütünüyle ihmâl etmek anlamına gelecektir; AKAL, s. 9.

<sup>419</sup> Simon ROBERTS, “After Government? On Representing Law without the State”, *The Modern Law Review*, Cilt: 68, Sayı: 1, 2005, s. 3; PIRIE, s. 61.

toplumda devinin hâlinde bulunan çok çeşitli hukuki düzenler mevcuttur.<sup>420</sup> Yalnızca **Gunther Teubner**'in de tespit ettiği üzere devlet dışı hukukun söylemleri hâkim hukuk anlatısı tarafından baskılanmaktadır.<sup>421</sup> Elbette devlet hukuku ve yasaları boyun eğmeye, keyiflenmeye, mücadele etmeye, saptırmaya, alay etmeye, itibarsızlaştırmaya, aşağılamaya, razı olmaya vb. neden olur ancak bu hususlar yalnızca devlet hukuku ve yasaları için değil bütün normlar için geçerlidir.<sup>422</sup>

Hukukun bir özü olmadığını, varsa bile bu özün devletin yetkili organlarınca yayınlanma olmadığını, kabul ettiğimizde ve **Brian Z. Tamanaha**'nın deyişiyle hukukun ne olduğunu dayatmaktan vazgeçtiğimizde<sup>423</sup> önümüze hukukun tanımını genişletmek ve yasa ile yargı arasındaki uyumsuzlukları ve çarpıklıkları açıklamak için muazzam bir fırsat gelir. Hukuk kavramı artık, tıpkı **Max Gluckman**'ın Zambiya toplumunu incelerken tespit ettiği gibi, yargıçların kararlarına dayanak olarak aldığı düzenleme, emir, örf-adet, alışkanlıklar ve benzerlerinin oluşturduğu geniş bir havuzu nitelemek için kullanılmaya müsait bir kavram hâlini almıştır.<sup>424</sup> Yani başka bir deyişle **Oliver Wendell Holmes**'un iddia ettiği gibi hukuk ve hukuk sistemi uyumsuzluklara önceden tahmin edilebilir bir

---

<sup>420</sup> SANTOS, s. 458.

<sup>421</sup> Gunther TEUBNER, "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", *Cardozo Law Review*, Cilt: 13, Sayı: 1, 1992, s. 1443.

<sup>422</sup> PIRIE, s. 86.

<sup>423</sup> Brian Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001, s. 155.

<sup>424</sup> Max GLUCKMAN, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia (Zambia)*, Manchester University Press, Manchester, 1973, s. 164.

özüm sunmamaktadır.<sup>425</sup> “*Herhangi bir davanın yasası hâkimin kararından müteşekkildir.*”<sup>426</sup>

Hukuka, hukukun kaynaklarına, hukuki özneler ve yargı pratiğine bu şekilde yaklaştığımızda kâğıt üstündeki hukuki normlarla, belirli ölçülerde de olsa, uyumsuzluk gösteren kararların, neden ve nasıl yazılı hukuktan saptığını veya sapabildiğini daha isabetli bir biçimde analiz edebiliriz.

Çocuğun velayetine ilişkin dosyalara bakan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin bozduğu veya düzelttiği kararlara baktığımızda üç konu başlığı gözümüze çarpmaktadır: (i) çocuğun velayetinin eksik inceleme sonucunda anneye veya babaya (çoğunlukla anneye) verilmiş olması, (ii) çocuğun velayeti kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar ve (iii) boşanma sonrası çocuğun velayetini alan annenin, çocuğun kendi soyadını kullanma talebine ilişkin kararlar. Alt derece mahkemeleri ile Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin bu üç başlık altındaki hususlara ilişkin kimi kararlarında da, cinsiyet körü kanunların ve uluslararası sözleşmelerin varlığına karşın, zaman cinsiyet temelli bir değerlendirme ile karar verdiği görülmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 1 Ocak 2002 tarihinde kabulünden sonra verilen ilk kararlarda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin velayet hususunda anneyi önceleyen tavrı çok daha net bir biçimde görülmektedir. Hatta 27.05.2002 tarihli kararında:

---

<sup>425</sup> ŞAKAR, s. 30.

<sup>426</sup> Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, Stevens & Sons Limited, Londra, 1949, s. 126.

*“Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 1999 doğumlu Halil’in babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır.”<sup>427</sup>*

diyerek hassas yıllar doktrinine hâkim olan, annenin eksikliği kanıtlanmadığı sürece velayetin anneye verilmesi gerektiği yaklaşımını sürdürmüştür. Çalışmamızın önceki başlıklarında da belirttiğimiz üzere hassas yıllar doktrini Türkiye Cumhuriyeti yargı organlarında, yukarıdaki kararda olduğu gibi, “anne şefkati” kullanımıyla kendine yer bulmuştur. Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından, çocukların belirli bir yaşa kadar anne şefkatine ihtiyaç duyduğu kabul edilse bile, bu hususa ilişkin belirli bir ölçüt getirilmemiştir. Yeri geldiğinde 5 yaşındaki<sup>428</sup>, yeri geldiğinde 6 yaşındaki<sup>429</sup>, yeri geldiğinde 7 yaşındaki<sup>430</sup> ve hatta yeri geldiğinde 11 yaşındaki<sup>431</sup> çocukların anne sevgi ve şefkatine muhtaç olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’ne göre söz konusu kız çocuklar olunca çocuğun anneden göreceği yegâne şey sevgi ve şefkat değildir, anneleri kız çocukları için uygun kadın rol modeller olacaklardır. Başka

---

<sup>427</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.05.2002, 2002/6231 Esas 2002/7098 Karar. Benzer bir karar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.09.2018, 2016/21866 Esas 2018/8731 Karar.

<sup>428</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.02.2016, 2016/832 Esas 2016/3449 Karar.

<sup>429</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.09.2019, 2019/587 Esas 2019/8485 Karar.

<sup>430</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 02.11.2021, 2021/4630 Esas 2021/8036 Karar.

<sup>431</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08.06.2020, 2020/1471 Esas 2020/2663 Karar.

bir deyişle kız çocuklarına cinsiyet rollerini öğreteceklerdir: “*cinsiyetleri gereği uygun kadın rol modeline ihtiyaçlarının daha öncelikli bulunduğu ...*”<sup>432</sup>

Velayetin babaya verilmesi gerekirken anneye verildiğini tespit ettiği kararlarında da söz konusu kararları baba yönünden değil anne yönünden değerlendirmeye tabi tutmuştur. Annenin çocukla ilgilenmemesi<sup>433</sup>, annenin küçüklere karşı şiddet göstermesi ve çocukların ifadelerinde şiddet eyleminin doğrulanması<sup>434</sup> vb. sebeplerle esasında babanın çocuğun/çocukların velayetini almaya uygun olmasından ziyade annenin bu yükümlülüğü üstlenmeye uygun olmadığına vurgulandığı kararlar verilmiştir. Bu yaklaşım yaklaşık 10 sene sonra verilen bir başka kararda da sergilenmektedir:

*“Tarafların müşterek çocukları 6.5.2008 doğumlu H. G.’un velayeti davacı babaya verilmiştir. Müşterek çocuk H. G.’un anne yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı gibi, velayetin anneye verilmesi durumunda meydana gelebilecek çocuğa yönelik bir yakın tehlikenin varlığı da ispat edilmediği ...*”<sup>435</sup>

---

<sup>432</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.11.2021, 2021/7146 Esas 2021/8396 Karar.

<sup>433</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.11.2002, 2002/11520 Esas 2002/12760 Karar.

<sup>434</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.12.2003, 2003/11130 Esas 2003/16531 Karar.

<sup>435</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.10.2002, 2012/4918 Esas 2012/24349 Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15.10.2019, 2019/3838 Esas 2019/10155 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.02.2019, 2019/235 Esas 2019/1847 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.02.2019, 2019/235 Esas 2019/1847 Karar.

Bu yaklaşım sebebiyle babanın velayet için uygun ebeveyn olduğunu kanıtlaması yeterli değildir. Aynı zamanda annenin velayet için uygun ebeveyn olmadığını kanıtlamakla mükelleftir.

Hatta Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin gerekçeli kararları incelendiğinde ilk derece ve istinaf mahkemelerinin uzun zamandır baba yanında ve bakımında olan<sup>436</sup>, baba yanında kalmak istediğini doğrudan veya dolaylı bir biçimde beyan eden<sup>437</sup>, baba yanında

---

<sup>436</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 14.11.2011, 2007/2083 Esas 2007/15693 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 28.06.2022, 2022/4523 Esas 2022/6336 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08.03.2022, 2022/886 Esas 2022/2188 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.04.2021, 2021/2117 Esas 2021/3472 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2019/5178 Esas 2019/12215 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.03.2019, 2018/4570 Esas 2019/2504 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.11.2018, 2017/1988 Esas 2018/13521 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 17.10.2018, 2016/11293 Esas 2018/11293 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.05.2018, 2016/18270 Esas 2018/6623 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 07.03.2022, 2022/37 Esas 2022/2123 Karar.

<sup>437</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 14.07.2011, 2010/11911 Esas 2011/12213 Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 04.06.2014, 2014/1830 Esas 2014/12307 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.02.2017, 2015/22880 Esas 2017/1967 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2018, 2018/832 Esas 2018/2211 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.10.2020, 2020/2825 Esas 2020/4588 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 14.09.2021, 2021/4855 Esas 2021/6032 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 01.12.2021, 2021/9109 Esas 2021/8993 Karar.

kalmasının çocuğun eğitimi ve fikri gelişimi için daha iyi olacağı iddia edilen<sup>438</sup>, ilk derece mahkemesi tarafından velayeti anneye verilmesine karşın baba yanına bırakılan ve bir daha aranıp sorulmayan<sup>439</sup>, anneden veya annenin çevresindekilerden fiziksel ve psikolojik şiddet gördüğü iddia edilen ve hatta alınan sağlık raporlarında şiddet iddiaları doğrulanan<sup>440</sup> çocukların velayetinde de, söz konusu iddiaları değerlendirme gereği bile duymadan, anneye verdiği görülecektir. 19.06.2013 tarihli oldukça kısa bir kararında da

---

<sup>438</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.09.2013, 2013/2773 Esas 2013/21832 Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 07.01.2017, 2016/19767 Esas 2017/556 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15.10.2018, 2016/25378 Esas 2018/10900 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.10.2019, 2019 Esas 2019/10715 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.11.2019, 2019/6033 Esas 2019/11627 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 02.11.2022, 2022/5768 Esas 2022/8747 Karar.

<sup>439</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.01.2017, 2016/25092 Esas 2017/97 Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.06.2018, 2016/17662 Esas 2018/7967 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.03.2021, 2021/939 Esas 2021/2071 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 28.03.2022, 2022/1159 Esas 2022/2998 Karar.

<sup>440</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.03.2019, 2018/4570 Esas 2019/2504 Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.10.2021, 2021/4869 Esas 2021/7503 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 06.10.2021, 2021/5042 Esas 2021/6914 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 02.10.2018, 2016/22932 Esas 2018/10354 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.06.2017, 2016/2170 Esas 2017/7272 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 16.06.2014, 2014/7351 Esas 2014/13542 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.10.2019, 2019/3767 Esas 2019/10395 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.03.2021, 2020/6385 Esas 2021/2039 Karar.

“çocuğun velayeti üstlenebilecek durumda öz annesi mevcut iken, üvey anne ile birlikte yaşamak durumunda bırakılması üstün yararı değildir”<sup>441</sup> ifadesini kullanarak çocuğun yüksek yararı gibi oldukça zor ve karmaşık bir hususu anne ve çocuk arasındaki biyolojik bağa indirgeyen bir karar vermiştir.

Tabii ki Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin anneyi önceleyen bu tavrının belirli sınırlar içerisinde makbul bir anneliği sürdüren kadınlara yönelik olduğunu söylemek gerekir. “Annelik ideolojisi” kavramı velayet hukuku üzerine yürütülen erken dönem feminist çalışmaların en önem verdiği meselelerden biri olmuştur. Bu ideoloji, annelerden “herkesçe paylaşılan, yaygın” bazı davranış normlarını öngörür: Anneler tam zamanlı anne olmak (çocuk bakıcısı olmak) durumundadır; anneler çocuklarının çıkarını kendi çıkarının önüne koymalıdır; ve çocukları için iyi bir rol model olmalı ve onların gözünün önünde örnek bir hayat yaşamalıdır.<sup>442</sup>

Örneğin yukarıda alıntıladığımız birçok kararda çocuğun yaşı gereği anne sevgi ve şefkatine muhtaç olduğunu ileri süren Daire, 17.04.2014 tarihli bir kararında alt mahkemenin aynı gerekçeyle velayeti anneye verdiği bir kararı bozmuştur. Sebep ise

---

<sup>441</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 19.06.2013, 2012/25208 Esas 2013/17108 Karar.

<sup>442</sup> Susan B. BOYD, “Is There an Ideology of Motherhood in (Post)Modern Child Custody Law”, *Social and Legal Studies*, Cilt: 5, Sayı: 4, 1996, s. 495; Fatma İrem ÇAĞLAR GÜRGEY, “Annelik ve Hukuk”, Gülriz UYGUR & Nadire ÖZDEMİR (Editörler), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 içerisinde, ss. 395, 396.

anneninin çocuğu zaman zaman işyerine götürmek veya arkadaşlarına bırakmak zorunda kalmasıdır.<sup>443</sup> **Jacqueline Roux**’un deyişiiyle:

*“... bugün Batıda modern annenin feryatları ve tabi olduğu sınırlar, kendini dünyadan, insanlardan, siyasal hayattan sıklıkla uzaklaşmış bulmasından kaynaklanır. Bence bu bağlamda “çalışan anne” gelmiş geçmiş en büyük yanlış adlandırmalardan biridir çünkü böyle bir annenin aklının ucundan bile geçirmemesi gereken şey bebeğini veya çocuğunu işyerine götürmektir.”<sup>444</sup>*

Ayrıca heteronormativite de makbul anneliğin şartlarından biridir.<sup>445</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de eski tarihli kararlardan birinde eşcinsel bir kadına çocuğun velayeti verilmesi hususunda şu ifadeleri kaleme almıştır:

*“Böylesine marazi (hastalık derecesine varan) bir alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum meydana getirebilir. Küçüğün idrak çağına erip kişiliğı zarara uğradıktan sonra onu, anasından uzaklaştırmak hiç bir anlam taşımaz. Velayet düzenlenirken göz önünde tutulacak husus, çocuğun sadece o andaki değil, gelecekteki yararlarının dahi her yönü ile korunmasıdır. Bu bakımdan çocuk henüz kötü alışkanlıklar edinmeden gerekli tedbirin alınması zorunludur. Hal böyle olunca, küçüğün ahlaki gelişimine, öncelik ve şefkatin üstünde değer verilmesi gerekir. Öyle ise*

---

<sup>443</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 17.04.2014, 2013 Esas 2014/9293 Karar.

<sup>444</sup> ROUX, s. 172.

<sup>445</sup> BOYD, 1996, s. 495.

*"karşılaşılan iki kötülükten zarardan, hafifin tercih edilmesi" yolundaki kural gözetilerek çocuğun, babanın velayetine bırakılması uygun olur."*<sup>446</sup>

Elbette bu tarz kararlardan yalnızca babaların mağdur edildiği gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Sistem annelerden, çoğunun buna yönelik duygusal bir hazırlığı dahi yokken, sanki ellerinde sihirli bir değnek varmışçasına sağlıklı ve dengeli bir bebek yetiştirmesini bekler.<sup>447</sup> Anneliğe yönelik bu idealleştirme eğilimi bu nedenle feminist eleştirinin en önemli hedeflerinden biri olmuştur. **Roux**'un deyişiyle dünyanın gerçekleri annelerin idealleri karşılaşmasını zorlaştırırken, idealleştirme hareketi geri adım atmadan eğilimini inatla sürdürmektedir.<sup>448</sup> Söz konusu eğilim, annenin kamusal hayattan ve iş hayatından çocuğu için uzaklaşması gibi bir beklentiyi doğurmuştur:

*"2001'de İngiliz ve Amerikan medyasında duyurulan bir araştırma, en nitelikli kreşi seçmiş olsalar bile, evin dışında kurumsal bakımın çocukların gelişimi için zararlarını ortaya koymaktaydı. Yine 2000'lerin başında bir New York Times yazarı, iyi eğitilmiş ve meslek sahibi kadınların, tam zamanlı annelik kariyerine doğru yön değiştirmelerini "İş Hayatına Son Verme Devrimi" gibi dikkat çekici bir başlıkla tartışmaktaydı. 2000'lerde Amerikan medya fenomeni "anne savaşları", ABD'nin yanı sıra, Kanada ve Birleşik Krallık'ta da çalışan anneler ile çocuklarına kendisi bakan annelerin değerleri, tercihleri, davranışları ve sonuçları üzerinden hararetli bir tartışmayı tetiklemişti. Üstelik, Kanada'da 3 yaşın altında çocuğu olan kadınların %65'i, en küçük çocuğu 3-5 yaş arasında*

---

<sup>446</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.06.1982, 1982/5077 Esas 1982/5531 Karar.

<sup>447</sup> WELLDON, s. 35.

<sup>448</sup> ROUX, ss. 35, 36.

*olan kadınların %70'i, ABD'de ise okul yaşında çocuğu olan annelerin %75'i iş piyasasında.*"<sup>449</sup>

Boşanmış ve çocuk sahibi bir kadının kamusal hayatına katılımına Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bakışı, Daire'nin çocukla çocuğun velayeti kendisine verilmeyen ebeveyn arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlarında görülebilmektedir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelerde ve ulusal kodlarda da hem anne babaya hem de çocuğa tanınan ve çocuğun yüksek yararı ile menfaatleri öncelenerek bir hükme varılması gereken<sup>450</sup> bir hususta dahi Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kimi kararlarında çocuğun her hafta sonu babayla kişisel ilişki kurması adına babaya verilmesinin anneyi eve bağlayacağını söylemiştir. Kimi kararlarda görülen bu yaklaşım, boşanmış ve çocuk sahibi bir annenin çocuğundan bağımsız bir şekilde kamusal hayata katılımı olabileceğini en iyi ihtimalle görmezden gelmiş ve kararları çocuğun yüksek yararı ilkesinden ziyade yaygın biçimde kabul edilen ve normalleştirilen cinsiyet rolleri bağlamında onanmış veya bozmuştur:

*"Velayeti anneye verilen tarafların müşterek çocuğu 09.04.2012 doğumlu A. S. çok küçük olup, bu yaştaki çocuğun her hafta sonu babası ile kişisel ilişki kurulması çocuğun üstün yararına olmadığı gibi, annenin de velayet görevini*

---

<sup>449</sup> ÖZTAN, s. 96.

<sup>450</sup> Canan YILMAZ, "Yargıtay Kararları Işığında Çocukla İlişki Kurulması, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt: 35, Sayı: 1, 2015, ss. 104, 105, 111.

*yerine getirmesine engel olacağı ve anneyi her hafta sonu eve bağlayacak niteliktedir.”<sup>451</sup>*

Velayeti anneye verilen çocukla baba arasındaki kurulan kişisel ilişkiye ilişkin hükümlere baktığımızda da Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin istikrarlı ve sınırları net bir şekilde ortaya koyan kararlar verdiğini söylemek zordur.<sup>452</sup> Yine velayetin tevdi ile ilgili kararlarda olduğu gibi “anne şefkati”, “anne bakım ve şefkati” veya “anne sevgi ve

---

<sup>451</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 03.06.2014, 2013/232100 Esas 2014/12278 Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 14.01.2019, 2018/7568 Esas 2019/48 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 23.09.2019, 2019/5141 Esas 2019/8981 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.12.2020, 2020/5461 Esas 2020/6881 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15.02.2022, 2021/7803 Esas 2022/1308 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 19.09.2022, 2022/7354 Esas 2022/7130 Karar.

<sup>452</sup> İstikrarsızlık hususunda verilebilecek en net örneklerden biri şudur: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 27.01.2021 tarihli ve 2020/6320 Esas 2021/634 Karar numaralı kararında velayet kendisine verilmeyen ebeveyn ile çocuk arasında kurulacak kişisel ilişkinin kapsamını belirlemede 3 yaş standardı getirse de aynı daire, 08.06.2022 tarihli ve 2022/4239 Esas 2022/5524 Karar numaralı kararında kendi koyduğu standardı görmezden gelmiş ve karar verildiği esnada 5 yaşında olan çocuk ile babası arasında alt derece mahkemesi tarafından kurulan kişisel ilişkiyi kısıtlama yoluna gitmiştir.

şefkati” gibi kavramlara başvurarak baba ile çocuk arasında kurulan kişisel ilişkiyi somut gerekçeler ortaya koymadan kısıtlamıştır.<sup>453</sup>

Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin de yetersiz bulduğu alt derece mahkeme kararları da mevcuttur. Bazı kararlarda mahkeme yalnızca belirli bir tarih aralığında baba ile çocuk arasında yatılı olacak şekilde kişisel ilişki tayin etmiş ve hafta sonları, bayramlar, sömestr tatili, babalar günü, doğum günleri gibi özel ve kişisel ilişki kurmaya müsait zaman dilimlerini es geçmiştir.<sup>454</sup> Hatta Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.01.2018 tarihli bir kararında alt derece mahkemesinin baba ile çocuğu arasında yıl boyunca 1 gün dahi yatılı olacak şekilde kişisel ilişki tesis etmeyen kararını bozmuştur.<sup>455</sup>

---

<sup>453</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.06.2004, 2004/6596 Esas 2004/7498 Karar. Yargıtay kararlarının gerekçelerinin uzun ve detaylı olmaması da yukarıdaki çıkarımları yapmamıza sebep olan eksikliklerden biridir.

<sup>454</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.03.2011, 2011/2524 Esas 2011/4212 Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.11.2012, 2012/8204 Esas 2012/27854 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.12.2012, 2012/9113 Esas 2012/29810 Karar. Söz konusu kararlarda baba ile çocuğu arasındaki 30 ile 45 günlük yatılı olacak şekilde kişisel ilişki tesisini yetersiz bulan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.04.2017 tarihli bir kararında, karar tarihinde 3 yaşını doldurmuş olan çocuğu ile babası arasında 1-30 Temmuz tarihlerinde yatılı olacak şekilde kişisel ilişki tesis edilmesini ise uzun bulmuştur; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.04.2017, 2016/19990 Esas 2017/4696 Karar.

<sup>455</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.01.2018, 2016/9556 Esas 2018/1169 Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.04.2019, 2019/2841 Esas 2019/4275 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.03.2020, 2020/794 Esas 2020/2087 Karar; Yargıtay

Baba ile çocuk arasında yatılı olacak şekilde kişisel ilişki kurulduğunda dahi Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bu ilişkinin uzunluğu hususunda verdiği kararlarda bir istikrar olmadığı söylenebilir. Örneğin 24.09.2019 tarihli bir kararda 1-30 Temmuz aralığını kapsayan yatılı kişisel ilişkiyi uzun bulup bunu 1-10 Temmuz arasında olacak şekilde düzeltirken<sup>456</sup> başka bir kararında ise bu yatılı olacak şekilde kurulan kişisel ilişkinin uzunluğunu yetersiz bulup bu süreyi 1-31 Temmuz tarihlerini kapsayacak şekilde düzeltmiştir.<sup>457</sup>

Hem velayetin tevdi hem de çocukların velayeti kendisine verilmeyen tarafla çocuklar arasında kurulan kişisel ilişkiye ilişkin kararlardaki benzer eğilimler genelde toplumun, özelde de karar vericilerin ebeveynlik ve toplumsal cinsiyetle ilgili kabulleriyle yakından ilgilidir. Türkiye'de ebeveynlik rolleri, yani çocuğun

---

2. Hukuk Dairesi, 31.01.2022, 2021/9246 Esas 2022/780 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 02.11.2022, 2022/6453 Esas 2022/8739 Karar.

<sup>456</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.09.2019, 2019/5603 Esas 2019/9091 Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 16.01.2020, 2019/8227 Esas 2020/300 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.01.2020, 2019/5659 Esas 2020/330 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.02.2020, 2020/410 Esas 2020/1562 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 29.09.2020, 2020/3119 Esas 2020/4291 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 13.10.2020, 2020/3251 Esas 2020/4688 Karar.

<sup>457</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.11.2019, 2019/6786 Esas 2019/11202 Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2020, 2020/391 Esas 2020/1383 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.05.2021, 2021/3017 Esas 2021/3791 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 28.02.2022, 2022/92 Esas 2022/1807 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.05.2022, 2022/2271 Esas 2022/4313 Karar.

yetiştirilmesinde anne ile babanın rolleri, genel olarak toplumsal cinsiyet şemaları ile uyumlu bir görünüm sergiler, bu da çoğu zaman çocuğu yetiştirenin ve yetiştirmesi gerekenin anne olduğu bir aile yapısının oluşmasına sebep olur<sup>458</sup>:

*“Geleneksel olarak anne ve babaya biçilen roller farklı. Toplumdaki diğer kadın-erkek rolleriyle uyumlu olarak annelik ve babalık da farklılaştırılmış. Anne, anaç olan, besleyen, çocuğu koruyan, bakan, büyüten, sevgi gösteren. Babaysa ekmek getiren, kural koyan, aileyi koruyan, çekinilen. Bunların büyük kısmı fizyolojik temelleri olan davranışlar değil, toplumsal rollerle ilişkili. Yani otoritenin, kural koymanın, cezalandırmanın babaya, sevgi ve temel bakımın anneye bırakılması cinsiyetçi bir bakış açısının ürünü. Anneyi evde kalıp çocuklara bakan şefkatli ebeveyn, babayı ise evin maddi ihtiyaçlarını karşılayan sert ebeveyn olarak kavramsallaştırmak tamamen toplumsal değerlerle ilişkili.*

...

*Annelik, bizde genelde “kutsallık”, “fedakârlık”, “cevakârlık” gibi kavramlarla birlikte anılıyor. Annelik kadının asli görevi, hatta var oluş sebebi gibi. Anneden beklenen kendisini, hayatını çocukları için feda ederek bu kutsallığı hak etmesi ve*

---

<sup>458</sup> Bilge SELÇUK, “Türkiye’de Ebeveynlik” (Söyleşen: Cogito), *Cogito Annelik Özel Sayısı*, Cilt: 1, Sayı: 81, 2015, s. 108. Bu noktada İslam hukuku ve hukukçuları tarafından çocuğun yetiştirilmesi, bakımı ve eğitilmesi gibi sorumlulukları kapsayan hidane (terbiye) ile çocuğun maddi yükümlülüklerini kapsayan velayet arasındaki ayrım her ne kadar mevcut hukukta söz konusu kavramların anlamı ve kullanımı değişse de hem toplumun hem de yargı organındaki karar vericilerin sürdürdüğü bir ayrımdır denilebilir; Sultan AKSAKAL, “Boşanmadan Sonra Çocuğun Velayeti”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2003, ss. 169, 170.

*hakkını vermesi. Bu feda, annenin kariyerinden kişiliğine kadar tüm kariyerini içerebilir. Çocuğun bakımından, yetiştirilmesine her sorumluluk annenin üzerinde. Bunun için gerekirse toplumsal hayattan kopması, çalışmayı bırakması normal karşılanıyor, hatta bekleniyor. Kadının annelik uğruna feda ettikleri artıkça annelik değeri de artıyor ama tabii bu, sözde bir değer artışı.”<sup>459</sup>*

Hatta anne figürüne ilişkin yukarıda bahsi geçen kutsallaştırma, tabiri caizse mitik bir karakteri karşımıza diker. Anneler sadece çocuklarını değil ulusu da büyütecek, sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlayacak ve yozlaşmadan koruyacaktır<sup>460</sup>:

*“Hanımlarımız ne vakit asrın talep ettiği evsafa valide olur ve: ‘Validelik en safalı ailedir’ hakikatini kabul ederlerse tardiyeden kurtuluruz, memleket ruhen ve bedenen iyi tekâmül ve teşekkül etmiş bir cemiyete malik olur.”<sup>461</sup>*

Kadınlara yüklenen rol iki aşamalıdır. Kadınlar önce anneliğin varılabilecek nihai merteye olduğunu kabul etmeli sonrasında doğurdukları çocuğu, ileride bir devlete ve ulusa hizmet edecek bir fert olacağı bilinciyle yetiştirmelidir. Hatta kadınların doğurması o kadar önemlidir ki devlet, ailelere yapılan tüm yardımlara ve sağlanan tüm kolaylıklara<sup>462</sup> rağmen aile çocuğu yine de büyütemezse yetiştirme görevini üstlenmeye dahi hazırdır:

---

<sup>459</sup> SELÇUK, ss. 111, 112.

<sup>460</sup> ROUX, s. 36.

<sup>461</sup> **Edhem Nejad**’dan aktaran DEMİRCİ-YILMAZ, s. 78.

<sup>462</sup> Cumhuriyet’in ilk yıllarında çocuk yapmanın teşvik edilmesi amacıyla vaat edilen yardımlar ve kolaylıklara ilişkin bkz. DEMİRCİ-YILMAZ, ss. 81-83.

*“Bazı kimselerden esefle duydum ve duymaktayım da: Mademki bakamayacaklar ne diye çocuk yapıyorlar. Ben de cevap veriyorum ki: Ailelerin borçları, fakir de olsalar, mümkün olduğu kadar çok çocuk yapmalarıdır. Nasıl bakılacağını hesap etmek onların değil, devletin vazifesidir.”<sup>463</sup>*

Zira çocuklar yalnızca annenin babanın değildir, çocuklar aynı zamanda *“Türk vatanının kendi malı Türk milletinin kendi varlığıdır.”<sup>464</sup>* Hatta çocuklar, devlet için o kadar değerli birer potansiyeldir ki çocukların ailelerinde emaneten durduğu bile açıkça ifade edilebilmiştir: *“Size emanet ettiğimiz bu canlı cevherleri büyük emeklerle yetiştirmek vatani bir borçtur.”<sup>465</sup>*

Ancak kadına veriliyormuş gibi görünen bu değer yukarıda belirtildiği gibi sözde bir değer artışıdır. Tüm kutsallaştırmalara, fedakâr ve cefakâr anne portrelerine ve övgülere karşın kadının değeri veya aile içinde konumunda gerçekten bir iyileşme görülmemiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 22.02.2023 tarihli soyadı kararına Muammer Topal tarafından yazılan karşı oy yazısında da erkeğe ve kadına atfedilen değer görülebilir:

*“Sonuç itibarıyla kadın ve erkeğin anatomik, fizyolojik, psikolojik ve cinsiyet farklılıkları sosyal anlamda da eşitliği imkânsız kalan bir özelliğe sahiptir. Kısacası kadın-erkek arasında yaratılış gerçekliği olarak yapısal eşitsizlik vardır.*

---

<sup>463</sup> Kazım Karabekir’den aktaran Ali ÇİFTÇİ, “Türkiye’nin Nüfus Bilgileri Işığında Kazım Karabekir’in Aile ve Nüfus Politikalarına İlişkin Görüşleri ve Bugünkü Durum”, *Aile ve Toplum*, Cilt: 5, Sayı: 19, 2009, s. 28.

<sup>464</sup> *Gülbüz Türk Çocuğu*’ndan aktaran DEMİRCİ-YILMAZ, s. 85.

<sup>465</sup> *Gülbüz Türk Çocuğu*’ndan aktaran DEMİRCİ-YILMAZ, s. 85.

*Bu durum, genel olarak toplumda konumları itibarıyla kadın ve erkeğin eşitliğine engel olarak görülmektedir. Dolayısıyla üzerinde söz söylemeye fırsat bile verilmeden kabullenilmesi gereken dogmatik bir değer olarak öne sürülse de ailede kadın/erkek eşitliği, modern hurafelerden birisidir ve ne ailede ne de toplumda huzuru, adaleti ve mutluluğu sağlayabilecek bir özelliğe sahiptir.”<sup>466</sup>*

Soyadına yönelik benzer bir akıl yürütme Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından da sergilenmiştir. 02.04.2014 tarihli bir kararında, 21.06.1934 tarihli Soyadı Kanunu’na dayanarak, alt derece mahkemesinin velayeti anneye bırakılan çocukların annenin bekarlık soyadını kullanmasının önünü açan kararı bozarken çocuğun yüksek yararı ilkesini etraflıca tartışmadan çocukların babanın soyadını bir kere almasıyla reşit olana dek o soyadını taşımakla yazgılandıklarını hükme bağlamıştır.<sup>467</sup> Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu Soyadı Kanunu’nu eşitliğe aykırı bulup iptal etmesinden sonraysa çocuğun velayeti kendisine verilen annenin çocuğun soyadının kendi bekarlık soyadı ile değiştirilmesini kabul etmiş ancak talebin kabul edilmesi için çocuğun yüksek yararı ilkesini ilgilendiren durumların oluşması gerektiğini aramış ve somut durumu incelemiştir.<sup>468</sup> Çocuğun yüksek yararı söz konusu olmadığında dahi soyadını hâlâ ataerkil bir bakış açısıyla değerlendirme, bir nevi “babalık hakkı” olarak görme yaklaşımı sürmektedir. Zira Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 20.10.2018 tarihli bir kararında bir üye karşı oy yazısında annenin, çocukların kendi bekarlık soyadını kullanması hususunda

---

<sup>466</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.02.2023, 2022/155 Esas 2023/38 Karar.

<sup>467</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 02.04.2014, 2013/23824 Esas 2014/7729 Karar.

<sup>468</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.04.2018, 2018/1306 Esas 2018/4719 Karar.

çocuğun yüksek yararını ispatlayamadığı gerekçesiyle kararın bozulması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.<sup>469</sup>

Bu noktada tartışılması gereken husus annenin, çocuğun yüksek yararına aykırı olmadığı sürece mi yoksa çocuğun yüksek yararına hizmet ettiği sürece mi kendi soyadının çocukları tarafından da taşınmasını isteyebileceğidir. İki şart arasında şüphesiz çok önemli bir nüans vardır. İlkinde eşler arası eşitlik ilkesi gereği anneye tanınan bir hak söz konusudur ancak çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği çocuğun menfaati söz konusu olduğunda annenin hakkı rafa kaldırılır. İkinci yaklaşımda ise babaya tanınan bir hak söz konusudur ancak yine çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği çocuğun menfaati söz konusu olduğunda babanın hakkı rafa kaldırılır. İkisi de şüphesiz çocuğun yüksek yararı ilkesini ve menfaatlerini gözeten bir yaklaşımdır ancak ikincisi aynı zamanda ataerkil bir yaklaşımdır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bu hususta net ve istikrarlı bir tutum sergilemektedir. Yukarıda alıntıladığımız son kararda<sup>470</sup> çocuğun, annenin soyadını kullanmasına ilişkin alt mahkeme kararını çocuğun yüksek yararı ilkesini ihlal eden bir durum oluşturmadığı için onarken, yani başka bir deyişle annenin talebini sahip olduğu bir hak olarak değerlendirirken, 22.06.2020 tarihli bir kararında alt derece mahkemesinin

---

<sup>469</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.12.2018, 2018/4826 Esas 2018/15033 Karar.

<sup>470</sup> Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 18.02.2021, 2020/5434 Esas 2020/1492 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.09.2021, 2021/4603 Esas 2021/6276 Karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.04.2020, 2022/1859 Esas 2022/3821 Karar.

kararını annenin soyadını kullanmasının çocuğun yüksek yararına hizmet etmediği gerekçesiyle bozmuştur.<sup>471</sup>

Yukarıda aktardığımız ve alıntıladığımız tüm kararlar incelendiğinde Türkiye Cumhuriyeti yargı organlarının hem kendi içlerinde hem de kendi aralarında hukuki çok merkezli<sup>472</sup> bir yapı teşkil ettiği görülecektir. Devletin resmi hukuku içinde farklı idari ve yargısal otoriteler kararlarını verirken ve gerekçelendirirken farklı kaynaklara başvurur ve söz konusu kaynakları farklı şekilde yorumlarlar. Çocuğun velayetine ilişkin kararlarda tespit ettiğimiz çatışma ve istikrarsızlık problemleri kaynaklara ve kaynakların yorumuna ilişkin söz konusu çeşitlilikten kaynaklanmaktadır diyebiliriz.

---

<sup>471</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 22.06.2020, 2020/2199 Esas 2020/3166 Karar. 16.09.2020 tarihli ve 2020/2674 Esas 2020/3825 Karar numaralı kararında da her ne kadar çocuğun, annenin soyadını taşıması gerektiğine hükmetse de kararın gerekçesinde görülebileceği üzere yukarıda ikinci yaklaşım olarak adlandırdığımız akıl yürütme sonucunda bu karara varmıştır. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 31.01.2022, 2021/9400 Esas 2022/786 Karar. Ayrıca şu da belirtilmelidir ki tarih olarak birbirine çok yakın kararların birbirleriyle çelişen yaklaşımları ortaya koyması burada toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin pozitif bir algının yargı organlarınca benimsenmeye başladığını söylememizi engellemektedir.

<sup>472</sup> İlk defa İskandinav hukuk teorisyenleri tarafından kullanılan “hukuki çok merkezlilik” kavramı devletin resmi hukuku içinde farklı idari ve yargısal otoritelerin kararlarını verirken ve gerekçelendirirken farklı kaynaklara başvurdıklarını ve söz konusu kaynakları farklı şekilde yorumladıklarını ifade etmek için kullanılmıştır; Saim ÜYE, *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 52.

Hukuk kültürünü ele alırken öne sürdüğümüz iddiamızı çalışmamızın sonuna geldiğimizde tekrar edebiliriz: Ulusal veya uluslararası düzlemde yazılı kanunları, sözleşmeleri, yönetmelikleri vb. hukuku anlamlandırma faaliyetinde birincil odak olarak kabul eden ve hukuki değişim ile pratiği iktibas, küreselleşme, entegrasyon, kodifikasyon gibi kavramlarla açıklayan yaklaşımların aksine olandan, pratikten ve aktörlerden yola çıkan hukuk kültürü çalışmaları hukuku anlamlandırma faaliyetinde çok daha faydalı bir rehber niteliği göstermektedir.

Ulusal/uluslararası kodlar ve hukuki örgütlenme/yargı örgütlenmesi elbette bir hukuk sisteminin bileşenini oluştursa da zihinlerdeki hukuk algısını ve pratikte işleyen hukuku anlamak için yetersiz kalabilmektedir. Hukukun kültürel ve ideolojik kabullerden, dahili veya harici aktörün (ailesi, memleketi, aldığı eğitim vb.) arka planından ve hukuka yönelik yaklaşımı, bakış açısı ve tutumundan bağımsız bir şekilde ele alınması mümkün değildir. Hukuk pratiği hem farklı sosyal normların hem de bu sosyal normların taşıyıcısı olan insanların mücadele içinde olduğu bir alandır.

Kültür ve kimlik kavramları yalnızca bir tanesini başımıza geçirebildiğimiz bir şapka değildir. Hukuk pratiği de bu kavramları oluşturan parçaların hem kendi içlerinde hem de diğer öznelerin kültürünü ve kimliğini oluşturan parçalara karşı daimî bir mücadele içerisindedir. Hukuk kültürü çalışmaları bu noktada bize bu mücadeleyi, mücadelenin sebeplerini, mücadelenin ayaklarını göstererek hukuka bir öz atfetmekten kendimizi sıyrabilmeyi ve hukuka ve hukuk pratiğine yönelik gerçekçi bir yaklaşımı benimseyebilmemizi sağlamakta çok önemli bir yol göstericidir.

## SONUÇ

“Giriş” bölümünde de bahsettiğimiz gibi söz konusu olgu hukuk olduğunda teori ile pratik arasındaki uyumsuzluk sıklıkla dile getirilmektedir. Cinsiyet körü “çocuğun yüksek yararı” ilkesinin kabulü ve mevcut ulusal ve uluslararası hukuki belgelerin bu ilke etrafında şekillenmesine karşın çocuğun velayetinin hâlâ çok yüksek oranlarda anneye verildiğini tespit etmemiz üzerine bu kararları ele almaya karar verdik. Zira bu durumun yabancı ülkelerde de görülmesi durumun, Türk hâkimlerinin “yanlış karar verdiği” gibi kolaycı bir izahat ile açıklanamayacağını göstermektedir.

İkinci olarak, hukuku ve hukuk pratiğinin mevcut durumunu anlamlandırabilmemizin yolunun yasama faaliyeti ya da iktibastan, uluslararası hukukun ulusal hukuk sistemlerine getirdiklerinden veya hâkim hukuki kabullerden değil, başka bir yerden geçtiğini göstermektedir. Zira hem 743 sayılı Türk Medeni Kanunu hem 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Batıcı, laik ve çağdaş kabulleri ve hükümleri içinde barındırır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti, velayet hukukunu ve çocuk haklarını ilgilendiren uluslararası sözleşmelere de taraftır. Ancak tüm bunlara rağmen hukuki kurumlar da, ve haliyle velayet de, eski ile yeni, muhafazakâr ve ilerici, İslami ve seküler, cinsiyet körü ve cinsiyetçi, hiyerarşik ve eşitlikçi arasındaki bölünmede bir mücadele alanı olagelmıştır ve elbette bu mücadele yalnızca sosyolojik-politik bir mücadele olarak kalmamış, yargı kararlarına da taşınmıştır.

Tıpkı “Giriş” bölümünün sonunda metodolojimizi aktarırken de ifade ettiğimiz gibi, amacımız çocuğun velayetine ilişkin yargı kararlarında belirli bir örüntü oluşturan kararların arkasındaki kültürel ve ideolojik nedeni ortaya koymaktır. **Friedman**’ın, yukarıda aktardığımız, bir hukuk sistemini yapısal, maddi ve kültürel öğelere ayıran yaklaşımını hatırladığımızda incelediğimiz kararlar çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti’nde kâğıt üzerindeki ve pratikteki velayet hukukunu ve velayetle ilişkili

hukuki olguları anlamlandırabilmemiz için yapısal ve maddi unsurlara bakmak ve bunlar üzerinden bir değerlendirme yapmak şüphesiz eksik kalacaktır.

Kısaca ifade etmemiz gerekirse araştırma sorumuz “çocuğun velayetine ilişkin hususlarda teori ile pratik arasında zaman zaman ortaya çıkan uyumsuzluğun sebebi nedir ve bu uyumsuzluk hukuk kültürü kavramıyla açıklanabilir mi?” idi. Bu araştırma sorusu elbette bizi başka alt sorulara ve başlıklar açmaya itti. Bu bağlamda hukuk kültürü kavramına ilişkin yaklaşım, tanım ve tartışmaları, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun iktibasına giden süreci, tarih içinde velayet hukukunda kabul edilen ilke ve yaklaşımları, çağdaş ilkeleri, hukuki metinleri ve bunların yorumlarını ve yargı kararlarını inceledik. İncelediğimiz bu tarihi süreçleri ve teorik yaklaşımları değerlendirirken feminist, anti-kolonyalist, çoğulcu ve diğer eleştirel düşüncelerden ve eserlerden yararlandık.

Yukarıdaki paragrafın başında kendimize yönelttiğimiz soruya çalışmamız boyunca “evet” cevabını vermeyi denedik. Velayet gibi hem kişilik haklarını hem de kamu düzenini ilgilendiren, cinsiyetçi normlardan fazlasıyla etkilenmiş, farklı hukuk anlayışlarının dahi kendi içinde ortaklaşamadığı, kültürel boyutu fazlasıyla geniş, kendi içinde birçok hususu barındıran bir kurumun çevresinde tartışmaların sürmesi ve çeşitli kültürel ve ideolojik yaklaşımların kuruma kendi çerçevesinden yaklaşmasını normal karşılamasak da somut durumun sebeplerini hukuk kültürü kavramını kendimize rehber edinerek anlamlandırabiliriz. Zira çocuğun velayeti ve buna ilişkin hususlar gibi hem hak hem de sorumluluk boyutu olan, çocuğun eğitimi, beslenmesi, bakımı ve birçok ihtiyacıyla ilgili olan, hangi noktada başladığı ve hangi noktada bittiği belli olmayan bir kavramın da kuşkusuz kültürel birçok boyutu vardır ve incelediğimiz yargı kararlardan tespit edebildiğimiz üzere mahkemeler ve hâkimler zaman zaman bu kültürel boyutu bir kenara koyup somut olaya tüm değerlerinden arınmış bir şekilde yaklaşmayı değil,

mevcut olan çok boyutlu kültürel olguya kendi kültürel kimlikleriyle yaklaşmayı tercih etmişlerdir.

Çalışmamızda incelediğimiz kararlardan ulaştığımız sonuçları özetlememiz gerekirse boşanma sonrası çocuğun velayetinin hangi ebeveyne verildiğine ilişkin tercihlere baktığımızda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin ve alt derece mahkemelerinin hâlâ çocuk bakımı, aile, kadının çalışması, kamusal hayata katılması, kadın ve erkek arasındaki fiziksel ve duygusal farklar ile genel olarak cinsiyet rolleri hakkında ataerkil ve muhafazakâr düşünce yapısını devam ettirdiğini ve karar verirken hâkimlerin hukukçu kimlikleri ile sahip oldukları kültürel ve ideolojik kabullerin bir çatışma içine girdiğini söyleyebiliriz. Makbul annelik kabulleri, anne ile çocuk arasında, baba ile çocuk arasında hiçbir zaman kurulamayacağı kabul edilen, özel bir bağ olduğu fikri, baba figürünün hâlâ ekonomik destek ile özdeşleştirilmesi, soyadı hususunda ataerkil yaklaşımın zaman zaman tekrardan su yüzüne çıkması, çocuğun velayetine ilişkin kabul edilen cinsiyet körü ulusal ve uluslararası hukuki belgeleri ve ilkeleri baypas edebilmektedir. Buna elbette “çocuğun yüksek yararı” ilkesinin muğlaklığının bir katkısı vardır. Söz konusu muğlaklık kültürel ve ideolojik kabullere belirli bir alan açmaktadır ancak bu durum çatışmanın asli nedeni değildir, en fazla çatışmaya uygun ortamı hazırladığı iddia edilebilir.

Ancak yine “Giriş” bölümünde belirttiğimiz gibi hem varsayımlar üzerinden büyük sonuçlara varamayacağımızı, varmamamız gerektiğini hem de yukarıda bahsettiğimiz çatışmada her zaman kültürel ve ideolojik kabullerin bir zafer kazanmadığını söylememiz gerekir.<sup>473</sup> Kültürel ve ideolojik kabulleri kimliklerinin bir

---

<sup>473</sup> Çalışmamızın konusu itibarıyla kültürel ve ideolojik kabullerin zafer kazandığı kararlar ilgi alanımızı oluşturmuş ve ağırlıkla bu kararlara atıf yapmış olsak da Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin, özellikle son yıllarda cinsiyet eşitliğini, “çocuğun yüksek yararı”

parçası olan hâkimler, hukukçu kimliklerini bir kenara bırakmış değildir. Şapka benzetmesine tekrardan başvurarak şunu söyleyebiliriz: Kültür sadece bir tanesini başımıza geçirebileceğimiz bir şapka değildir. Elbette hem Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nde hem de alt derece mahkemelerinde görev alan hâkimler bu kararları verirken muhtemelen değişen ağırlıklarla da olsa hukukçu kimliklerini gözetirler. Zaten ortada bir çatışma olduğunu söylememizin sebebi budur. Kültürel kimliği oluşturan öğeler kolayca bir kenara bırakılabilecek şeyler değildir.

Çalışmamız boyunca birçok kez gördüğümüz gibi hukuk kültürü çalışmaları çeşitli zıtlıkları (dahili/harici hukuk kültürü, küreselleşme/ulusal hukuk, ulusal hukuk/hukuki çoğulluk vb.) gündemine almış ve çeşitli olguların mücadele/müzakere içindeki boyutuna işaret etmiştir. Ancak hem İngiliz Kültürel Çalışmaları ile birlikte şekillenmeye ve gelişmeye başlayan çağdaş kültür çalışmalarının kültür hem de **Hoecke** ve **Warrington**'ın, çalışmamızda da zaman zaman başvurduğumuz, hukuk kültürü yaklaşımında görülebileceği üzere çelişkiler sadece birbirinin karşısında konumlanmış iki olgu arasında değildir. Büyük veya küçük bir topluluk ve hatta kendi başına bir birey dahi çok çeşitli çelişkileri ve çekişmeleri içinde barındırır. Bu çalışmalar aynı hukuki aktörlerin, kısa zaman dilimleri içerisinde dahi neden birbiriyle çelişen, istikrarsız karar verdikleri hususunda açıklayıcıdır. Hukukun nesnesi olmuş somut bir olaya yaklaşımın, içinde birçok tartışmalı hususu ve soruyu barındırdığını ve bunların kültür ve hukuk kültürü kavramıyla ilgisini gösterirler.

Hukuk kültürü kavramı çalışmamızda da belirttiğimiz gibi savunucusu kadar eleştirmeni de olan bir kavramdır. Bu eleştirilere çalışmamızın kapsamını fazlasıyla

---

ilkesini ve ulusal ve uluslararası hukuki belgeleri gözetken kararlarının ağırlığının arttığını belirtmemiz gerekir.

genişleteceği için yer vermemiş olsak da eleştirilerin genel olarak kavramın muğlaklığı ve çok anlamlılığı etrafında şekillendiğini soyleyebiliriz. Ancak, tıpkı kültür kavramında olduğu gibi, hukuk kültürü kavramının uygulanacağı ve teste tabi tutulacağı örneklem fazla geniş tutulmadığı sürece kullanışlı bir kavram olduğu söylenebilir. Bizim çalışmamız için de hukuk kültürü kavramının genellemelere varan sonuçlara yol amaması, bireye veya topluluğa karşı bütünleyici bir yaklaşıma sahip olmaması, değişkenleri yakalayabilmesi ve doğrusal olmayan ilerleme, gerilemeleri ve sapmaları tespit ve analiz etmek için faydalı ve kullanışlı bir kavram olduğuna ve çocuğun velayetine ilişkin yargı kararlarında yazılı hukuk ile pratik arasındaki uyumsuzluğun sebeplerini bu kavram ışığında aıklayabildiğimize inanıyoruz.

## KAYNAKÇA

ABRAMOWICZ Sarah, “English Child Custody Law, 1660-1839: The Origins of Judicial Intervention in Paternal Custody”, *Columbia Law Review*, Cilt: 5, Sayı: 9, 1999, ss. 1344-1392.

ACAR Ali, “The Concept of Legal Culture with Particular Attention to the Turkish Case”, *Ankara Law Review*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2006, ss. 143-153.

ADORNO Theodor W. & HORKHEIMER Max, “Kültür Endüstrisi: Kitlelerin Aldatılışı Olarak Aydınlanma” (Çeviren: Nihat ÜLNER), ADORNO Theodor W., *Kültür Endüstrisi & Kültür Yönetimi* (Çevirenler: Nihat ÜLNER & Mustafa TÜZEL & Elçin GEN), İletişim Yayınları, İstanbul, 2007 içerisinde, ss. 47-108.

AKAL Cemal Bâli, *Hukuk Nedir?*, Zoe Kitap, İstanbul, 2021.

AKGÜN Mustafa Yaşar, “Medenî Kanun’un Kabulünün 72’nci Yılında Tarihi Gelişimi Açısından Türk Özel Hukuku ve Medenî Kanun”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 1998, ss. 887-970.

AKSAKAL Sultan, “Boşanmadan Sonra Çocuğun Velayeti”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2003, ss. 167-190.

ARTIS Julie E., “Judging the Best Interests of the Child: Judges’ Accounts of the Tender Years Doctrine”, *Law & Society Review*, Cilt: 38, Sayı: 4, 2004, ss. 769-806.

ASIMOW Michael & MADER Shannon, *Law and Popular Culture: A Course Book*, Peter Lang Publishing, New York, 2013.

ATKINSON Jeff, “The Current Face of Best Interests”, *Family Advocate*, Cilt: 26, Sayı: 3, 2004, ss. 18-21.

AYDIN Mehmet Akif, “Türkiyenin Hukuki Modernleşmesi”, *Modernleşme, İslâm Dünyası ve Türkiye* (Hazırlayan: İslâmî İlimler Araştırma Vakfı), Ensar Neşriyat, İstanbul, 2000 içerisinde, ss. 337-349.

AYİTER Ferit, “Yabancı Kanunların Alınması ve Milli Hukuk”, *Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944 içerisinde, ss. 170-215.

BAER Marc, “Death in Hippodrome: Sexual Politics and Legal Culture in the Reign of Mehmet IV”, *Past & Present*, Cilt: 210, Sayı: 1, 2011, ss. 61-91.

BAKTİR ÇETİNER Selma, *Velayet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

BALCI Emine, “Yeşilçam’dan Popüler Hukuk Kültürüne Mesajlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 112, 2014, ss. 323-354.

BANAKAR Reza & KEYVAN Ziaee, “İran: İki Hukuk Kültürünün Çatışması?” (Çeviren: Seda KALEM), BANAKAR Reza, *Hukuk ve Toplum Çalışmaları: İran Üzerine Yazılar* (Çevirenler: Ali ACAR & Kasım AKBAŞ & Seda KALEM), Pinhan Yayınları, İstanbul, 2021 içerisinde, ss. 97-127.

BANAKAR Reza, “İran Hukuku ve Toplumunda Çelişkili Düzenler ve İkili Düşünme” (Çeviren: Kasım AKBAŞ), BANAKAR Reza, *Hukuk ve Toplum Çalışmaları: İran Üzerine Yazılar* (Çevirenler: Ali ACAR & Kasım AKBAŞ & Seda KALEM), Pinhan Yayınları, İstanbul, 2021 içerisinde, ss. 21-54.

BANAKAR Reza, “The Politics of Legal Cultures”, *Retfærd: The Nordic Journal of Law and Justice*, U of Westminster School of Law Research Paper No. 10-01, 2008, ss. 37-60.

BARTLETT Katharine T., “Child Custody in the 21st Century: How the American Law Institute Proposes to Achieve Predictability and Still Protect the Individual Child’s Best Interests”, *Willamette Law Review*, Cilt: 35, Sayı: 3, 1999, ss. 467-484.

BATTS Rachel, “Contested child custody and visitation: A plight for children”, *Educational Horizons*, Cilt: 58, Sayı: 2, 1979-1980, ss. 91-96.

BAUMAN Zygmunt, *Kimlik* (Söyleşi: Benedetto VECCHI) (Çeviren: Mesut HAZIR), Heretik Yayıncılık, Ankara, 2019.

BAXI Upandra, “Conflicting Conceptions of Legal Cultures and Conflict of Legal Cultures”, *Journal of the Indian Law Institute*, Cilt: 33, Sayı: 2, ss. 173-188.

BENDA-BECKMANN Keebet von, “Forum Shopping and Shopping Forums: Dispute Processing in a Minangkabau Village in West Sumatra”, *Journal of Legal Pluralism*, Cilt: 19, Sayı: 1, 1981, ss. 117-159.

BENEDEK Elissa P. & BROWN Catherine F., *Boşanma ve Çocuğunuz: Çocuğunuzun Boşanmanızla Başetmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz?* (Çeviren: Serap KATLAN), HYB Yayıncılık, Ankara, 1997.

BERMAN Harold J., *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Traditions*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1983.

BIEL Łucja & SOSONI Vilemini, “EU Legal Culture and Translation in the Era of Globalisation: The Hybridisation of EU Terminology on the Example of Competition Law”, VOGEL Friedemann, *Legal Linguistics Beyond Borders: Language and Law in a World of Media, Globalisation and Social Conflicts: Relaunching the International Language and Law Association (ILLA)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, içerisinde, ss. 207-228.

BİLGİŞİN Şevket Memedali, “İnkilâpçı (Mahmut Esat Bozkurt) ve Türk Hukukunda İnkilâp”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 1944, ss. 315-321.

BLACK Donald J., “The Mobilization of Law”, *Journal of Legal Studies*, Cilt: 2, Sayı: 1, 1973, ss. 125-149.

BLACKSTONE William, *Commentaries on The Laws of England: Book I of the Rights of Persons*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

BLANKENBURG Erhard, “Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 46, Sayı: 1, 1998, ss. 1-41.

BOURDIEU Pierre, “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field (İngilizceye Çeviren: Richard TERDIMAN), *Hastings Law Journal*, Cilt: 38, Sayı: 5, 1987, ss. 814-853.

BOYD Susan B., “Can Child Custody Law Move Beyond the Politics of Gender”, *Law and Domestic Relationships in the Twenty-First Century*, Cilt: 49, Sayı: 1, 2000, ss. 157-168.

BOYD Susan B., “Is There an Ideology of Motherhood in (Post)Modern Child Custody Law”, *Social and Legal Studies*, Cilt: 5, Sayı: 4, 1996, ss. 495-521.

BOZKURT Gülnihal, “Atatürk’ün Hukuk Alanında Getirdikleri”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 22, 1991, ss. 45-54.

CAENEGEM R. C. Van, *Özel Hukuk Tarihi: Giriş* (Çevirenler: Ali ACAR & Caner BİRDAL & İbrahim Doğan TAKAVUT & O. Vahdet İŞSEVENLER & Zeynep ARSLAN), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2022.

CAN Cahit, *Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Tarihi Açısından Resepsiyon*, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1982.

CASSESE Sabino, “The Globalization of Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Cilt: 37, Sayı: 4, 2005, ss. 973-993.

CHURCH, JR Thomas W., “Examining Local Legal Culture”, *American Bar Foundation Research Journal*, Cilt: 10, Sayı: 3, 1985, s

CİHAN Erol, “Atatürk Hukuk Devrimi Üzerine”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 48, Sayı: 1-4, 1983, ss. 183-194.

CİHAN Erol, “Atatürk İnkılabı Yorumları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1981, ss. 119-127.

COTTERRELL Roger, “The Concept of Legal Culture”, NELKEN David (Editör), *Comparing Legal Cultures*, Londra ve New York, Routledge, 1997 içerisinde, ss. 13-31.

COTTERRELL Roger, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Çeviren: Saim ÜYE), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020.

CUADRA Bernardo, “Family Law—Maternal and Joint Custody Presumptions for Unmarried Parents: Constitutional and Policy Considerations in Massachusetts and Beyond”, *Western New England Law Review*, Cilt: 32, Sayı: 3, 2010, ss. 599-659.

ÇAĞLAR GÜRGEY Fatma İrem, “Annelik ve Hukuk”, UYGUR Gülriz & ÖZDEMİR Nadire (Editörler), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 içerisinde, ss. 376-399.

ÇAKIR Nagehan, *Boşanma Sonrası Ortak Velâyet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ÇELEBİ Özgün, “Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt: 79, Sayı: 1, 2020, ss. 28-77.

ÇETİNER Selma, “Velayet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 3, 2017, ss. 25-46.

ÇİFTÇİ Ali, “Türkiye’nin Nüfus Bilgileri Işığında Kazım Karabekir’in Aile ve Nüfus Politikalarına İlişkin Görüşleri ve Bugünkü Durum”, *Aile ve Toplum*, Cilt: 5, Sayı: 19, 2009, ss. 25-39.

DEL LUCA Louis F. & LEVASSEUR Alain A., “Impact of Legal Culture and Legal Transplants on the Evolution of the U.S. Legal System”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 58, Sayı: 1, 2010, ss. 1-29.

DEMİRCİ-YILMAZ Tuba, “Osmanlı ve Erken Cumhuriyet Dönemi Türkiye Modernleşmesinde Annelik Kurguları”, *Cogito Annelik Özel Sayısı*, Cilt: 1, Sayı: 81, 2015, ss. 66-90.

DORFMAN Ariel, *The Empire’s Old Clothes: What the Lone Ranger, Babar, and Other Innocent Heroes Do to Our Minds*, Duke University Press, Durham and London, 2010.

DOUZINAS Costas, “Konuşmanın Yasası: Çıplak, Teolojik ve Kozmopolit Egemenlik Üzerine”, DOUZINAS Costas, *Yasanın Arzusu: Estetik, Etik, Psikanaliz* (Çevirenler: Ezgi DUMAN & İbrahim Şahin ATEŞ), Dipnot Yayınları, Ankara, 2022 içerisinde, ss. 101-133.

DWYER James G., “Parents' Religion and Children's Welfare: Debunking the Doctrine of Parents' Rights”, *California Law Review*, Cilt: 82, Sayı: 6, 1994, ss. 1371-1447.

EBELS-DUGGAN Kyla, “Awarding Custody: Children’s Interests and the Fathers’ Rights Movement” *Public Affairs Quarterly*, Cilt: 24, Sayı: 4, 2010, ss. 257-278.

EHRlich Eugen, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri* (Çeviren: Artun MİMAR), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019.

EISEL Deborah, “Can Fathers be ‘Mothers’? What lawyers and mental health professionals really think about fathers and custody”, *Family Advocate*, Cilt: 15, Sayı: 3, 1993, ss. 62-67.

EMİROĞLU Haluk, “Roma Hukuku’nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye’de Hukuk Resepsiyonu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 51, Sayı: 3, 2002, ss. 85-96.

ERDEM AKÇAY Ebru, “Expanding Women’s Rights versus Conserving the Traditional Family in the Civil Code Amendment Debates in Turkey”, *Middle Eastern Studies*, Cilt: 49, Sayı: 1, 2013, ss. 76-91.

ERICKSON Nancy S., “The Feminist Dilemma Over Unwed Parents’ Custody Rights: The Mother’s Rights Must Take Priority”, *Minnesota Journal of Law & Inequality*, Cilt: 2, Sayı: 2, 1984, ss. 447-472.

ERNAUX Annie, *Yalın Tutku* (Çeviren: Yaşar AVUNÇ), Can Yayınları, İstanbul, Nisan 2022.

EWALD William, “Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 43, Sayı: 4, 1995, ss. 489-510.

FITZPATRICK Peter, *The Mythology of Modern Law*, Routledge, Londra ve New York, 1992.

FRAIBERG Selma, *Every Child’s Birthright: In Defense of Mothering*, Bantam Books, New York, 1977.

FRANCK Thomas M., “The Legal Culture and the Culture Culture”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Cilt 93, Sayı: 24-27, 1999, ss. 271-278.

FRANK Jerome, *Law and the Modern Mind*, Stevens & Sons Limited, Londra, 1949.

FRIEDMAN Lawrence M. & SCHEIBER Harry N., “Legal Cultures and the Legal Profession”, *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*, Cilt: 48, Sayı: 5, 1995, ss. 6-13.

FRIEDMAN Lawrence M., “Hukuk Kültürü ve Toplumsal Gelişme” (Çeviren: M. Tefik ÖZCAN), *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 14, 1996, ss. 27-36.

FRIEDMAN Lawrence M., “Is There a Modern Legal Culture?”, *Ratio Juris*, Cilt: 7, Sayı: 2, 1994, ss. 117-131.

FRIEDMAN Lawrence M., “Law, Lawyers, and Popular Culture”, *Yale Law Journal*, Cilt: 98, Sayı: 8, 1989, ss. 1579-1606.

FRIEDMAN Lawrence M., “Legal Culture and the Welfare State”, Gunther TEUBNER (Editör), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, New York ve Berlin, 1988 içerisinde, ss. 13-27.

FRIEDMAN Lawrence M., “The Concept of Legal Culture: A Reply”, NELKEN David (Editör), *Comparing Legal Cultures*, Routledge, New York, 2016 içerisinde, ss. 33-39.

FRIEDMAN Lawrence M., “The Concept of Legal Culture: A Reply”, NELKEN David (Editör), *Comparing Legal Cultures*, Routledge, Londra ve New York, 1997 içerisinde, ss. 33-39.

FRIEDMAN Lawrence M., “The Concept of the Self in Legal Culture”, *Cleveland State Law Review*, Cilt: 38, Sayı: 4, 1990, ss. 517-534.

FRIEDMAN Lawrence M., “The War of the Worlds: A Few Comments on Law, Culture, and Rights”, *Case Western Reserve Law Review*, Cilt: 47, Sayı: 2, 1997, 379-387.

FRIEDMAN Lawrence M., “Two Faces of Law”, *Wisconsin Law Review*, Cilt: 13, Sayı: 1, 1984, ss. 13-35.

FRIEDMAN Lawrence M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975.

FRIEDMAN Lawrence M., *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

FRIEDMAN Lawrence M., *Yatay Toplum* (Çeviren: Ahmet FETHİ), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2002.

GALLAGHER Marry E., “Mobilizing the Law in China: ‘Informed Disenchantment’ and the Development of Legal Consciousness”, *Law & Society Review*, Cilt: 40, Sayı: 4, 2006, ss. 783-816.

GARAPON Antoine, “French Legal Culture and the Shock of ‘Globalization’”, *Social & Legal Studies*, Cilt: 4, Sayı: 1, 1995, ss. 493-506.

GEERTZ Clifford, “Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective”, GEERTZ Clifford, *Local Knowledge: Further Essays on Interpretive Anthropology*, Basic Books, New York, 1983 içerisinde, ss. 167-234.

GESSNER Volkmar, “Global Legal Interaction and Legal Cultures”, *Ratio Juris*, Cilt: 7, Sayı: 2, 1994, ss. 132-145.

GLIDEWELL NADOLSKI Dora, “Ottoman and Secular Civil Law”, *International Journal of Middle East Studies*, Cilt: 8, Sayı: 4, 1977, s. 528.

GLUCKMAN Max, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia (Zambia)*, Manchester University Press, Manchester, 1973.

GOGOL Nikolai, *Dead Souls* (İngilizceye Çeviren: Bernard Guilbert GUERNEY), Yale University Press, New Haven ve Londra, 1996.

GÜÇLÜ İdris, *Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri: Teknik-Yaklaşım-Uygulama*, Nika Yayınevi, Ankara, 2021.

Sarah L. H. GRONNINGSATER, “‘On Behalf of His Race and the Lemmon Slaves’: Louis Napoleon, Northern Black Legal Culture, and the Politics of Sectional Crisis”, *Journal of the Civil Law Era*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2017, ss. 206-241.

HAFIZOĞULLARI Zeki, “Laiklik ve Türk Hukuk Devrimi”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 35, 1996, ss. 503-526.

HECKER Dafna, “Men’s Groups as a New Challenge to the Israeli Feminist Movement: Lessons from the Ongoing Gender War over the Tender Years Presumption”, *Israel Studies*, Cilt: 18, Sayı: 3, 2013, ss. 29-40.

HILL KAY Herma, “No-Fault Divorce and Child Custody: Chilling out the Gender Wars”, *Family Law Quarterly*, Cilt: 36, Sayı: 1, 2002, ss. 27-47.

HOECKE Mark van & WARRINGTON Mark, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 47, Sayı: 3, 1998, ss. 495-536.

HOLMES, JR. Oliver Wendell, *The Common Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 2019.

HONSELL Heinrich, “Amerikan Hukuk Kültürü” (Çeviren: Murat TOPUZ), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 3-4, 2010, ss. 355-373.

HOOKS Bell, *Feminizm Herkes İçindir: Tutkulu Politika* (Çevirenler: Aysel YILDIRIM & Ece AYDIN & Berna KURT & Şirin ÖZGÜN), BGST Yayınları, İstanbul, 2022.

HUNT Murray, “The Human Rights Act and Legal Culture: The Judiciary and the Legal Profession”, *Journal of Law and Society*, Cilt: 26, Sayı: 1, 1999, ss. 86-102.

IŞIKTAÇ Yasemin, “Türk Hukuk Devriminin Felsefesi”, *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (İLKE)*, Atatürk’ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83 Yılı Özel Sayısı, 2006, ss. 117-131.

İMAMOĞLU Selma Hülya, “Ana Baba ve Çocuk Arasında Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesinin Dikkate Alınması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 70, Sayı: 3, 2021, ss. 841-865.

İMAMOĞLU Selma Hülya, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 54, Sayı: 1, 2004, ss. 165-190.

İNAN Ali Naim, “Çocuk Hakları Beyannamesi İlkelerinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 1968, ss. 201-219.

JHERING Rudolph von, *The Struggle for Law* (İngilizceye Çeviren: John J. LALOR), Callaghan and Company, Chicago, 1915.

JULIOS-CAMPUZANO Alfonso de, “Legal Cultures and Globalization: Methodological Premises for a Cosmopolitan Law”, *ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie /Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Cilt: 94, Sayı: 4, 2008, ss. 498-511.

KAPLAN Stanley F., “Tender Years Presumption”, *The Family Law Newsletter*, Cilt: 16, Sayı: 2, 1975, ss. 8-12.

KAYAK Sevgi, “Türk Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanındaki Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, İstanbul, 2012, ss. 55-62.

KELLY Joan B., “The Determination of Child Custody”, *The Future of Children*, Cilt: 4, Sayı: 1, 1994, ss. 121-142.

KILIÇOĞLU Ahmet M., “Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, ss. 1717-1757.

KIRMIZI Hüseyin, *Yasa’dan Buyruk’a: Hak Kuramları ve Aleviler*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021.

KISAKÜREK Necip Fazıl, *Reis Bey*, Büyük Doğu Yayınları, İstanbul, 2008.

KLAFF Ramsay Laing, “The Tender Years Doctrine: A Defense”, *California Law Review*, Cilt: 70, Sayı: 2, 1982, ss. 335-372.

KLARE Karl E., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, Cilt: 14, Sayı: 1, 1998, ss. 146-188.

KLAUS Marshall H. & KENNEL John H., *Maternal-Infant Bonding: The Impact of Early Separation or Loss on Family Development*, C. V. Mosby Publishing Company, Missouri, 1976.

KOÇKAR Aylin İlden, “Günümüzde Anne Olmak: Bağlanma Teorisi ve Kadının Çalışması Arasındaki Dengenin İncelenmesi”, *Cogito Annelik Özel Sayısı*, Cilt: 1, Sayı: 81, 2015, ss. 207-218.

KOLOŞ Umut, “Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 24. Kitap* (Hazırlayanlar: Hayrettin ÖKÇESİZ & Gülriz UYGUR & Saim ÜYE), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002 içerisinde, ss. 119-136.

KURKCHIYAN Marina, “Russian Legal Culture: An Analysis of Adaptive Response to an Institutional Transplant”, *Law & Social Inquiry*, Cilt: 34, Sayı: 2, 2009, ss. 337-364.

KÜR Pınar, *Asılacak Kadın*, Can Yayınları, İstanbul, 2016.

LEVY-BRUHL Henri, *Hukuk Sosyolojisi* (Çeviren: Hüsnü DİLLİ), İletişim Yayınları, İstanbul, 1991.

MACAULAY Stewart, “Popular Legal Culture: An Introduction”, *The Yale Law Journal, Symposium: Popular Legal Culture*, Cilt: 98, Sayı: 8, 1989, ss. 1545-1558.

MACHURA Stefan & LITVINOVA Olga, “Reflections of Legal Culture in Television Comedy: Social Critique and Schadenfrude in the US Series ‘Fraiser’”, *International Journal for the Semiotics of Law*, Cilt: 34, Sayı: 7, 2021, ss. 89-109.

MASON Mary Ann, “The Roller Coaster of Child Custody Law over the Last Half Century”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Cilt: 24, Sayı: 2, 2012, ss. 451-466.

MAVİ Ömer, “İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 74, 2008, ss. 269-281.

McCANN Michael & HALTOM William, “On Analyzing Legal Culture: A Reply to Kagan”, *Law & Social Inquiry*, Cilt: 31, Sayı: 3, 2006, ss. 739-755.

MCCARTHY Francis Barry, “The Confused Constitutional Status and Meaning Parental Rights”, *Georgia Law Review*, Cilt: 22, Sayı: 4, 1988, ss. 975-1033.

MCNEELY Cynthia, “Lagging Behind The Times: Parenthood, Custody and Gender Bias in the Family Court”, *Florida State University Law Review*, Cilt: 25, Sayı: 4, 1998, ss. 891-956.

MENSKI Werner, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

MERRY Sally Engle, “Legal Pluralism”, *Law & Society Review*, Cilt: 22, Sayı: 5, 1988, ss. 869-896.

MEZEY Naomi, “Law As Culture”, *The Yale Journal of Law & Humanities*, Cilt: 13, Sayı: 1, ss. 35-67

MICHAELS Ralf, “Legal Culture”, makale Basedow, Hopt ve Zimmermann editörlüğünde Oxford University Press’ten çıkacak olan *Oxford Handbook of European Private Law* kitabında yer alacaktır.

MILLER David J., “Joint Custody”, *Family Law Quarterly*, Cilt: 13, Sayı: 3, 1979, ss. 345-412.

NEGRI Antonio & HARDT Michael, *İmparatorluk* (Çeviren: Abdullah YILMAZ), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2015.

NELKEN David, “Using the Concept of Legal Culture”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, Cilt: 29, Sayı: 1, 2004, ss. 1-26.

NICHOLSON Caroline MA, “Globalisation v Glocalisation: No Contest; Legal Comparison, Mixed Legal Systems and Legal Pluralism”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Cilt: 45, Sayı: 2, 2012, ss. 258-274.

OGUS Anthony, “The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2002, ss. 419-434.

OĞUZ Arzu, “Türk Medeni Hukuku’nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü”, *Ankara Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, ss. 195-205.

OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU Cihan, “İsviçre Medeni Kanunu’nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Resepsiyonuna Uzanan Sürece İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, İstanbul, 2012, ss. 45-54.

ÖKÇESİZ Hayrettin, “Hukuk Kültürünün Yapısını “Nomos - Physis” (Toplum – Kültür – Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 19, Sayı: 1, 2003.

ÖNKAL Güncel & SILİ Ayşegül, “Yasaların Toplumsal Kökeni: İthal Dayatmacılık/Yerel Pratikler”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 24. Kitap* (Hazırlayanlar: Hayrettin ÖKÇESİZ & Gülriz UYGUR & Saim ÜYE), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002 içerisinde, ss. 172-180.

ÖRSTEN ESİRGİN Seda, “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri”, *Adalet Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 6263, 2019, ss. 429-480.

ÖZDEMİR Nadire, *Kültürel Savunma: Dönüştürücü Adalet Yaklaşımıyla Bir Değerlendirme*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2021.

ÖZTAN Bilge & ÖZTAN Fırat, “Boşanmada Velayetin Tevdii”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2016, ss. 473-495.

ÖZTAN Bilge, “Medeni Kanun’un Kabulünün 70’inci Yılında Aile Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, ss. 79-125.

ÖZTAN Ece, “Annelik, Söylem ve Siyaset”, *Cogito Annelik Özel Sayısı*, Cilt: 1, Sayı: 81, 2015, ss. 91-107.

ÖZTÜRK Barış Can, *Birlikte Velayet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

PIRIE Fernanda, *Hukuk Antropolojisi: Kabile, Kadı, Yargıç* (Çeviren: Sedat ERÇİN), Fol Yayınları, Ankara, 2022.

POSOS DEVRANİ A. Elif & KESİCİ İpek, “Yeni Medya Araştırmalarında Yöntemler ve Araçlar Ne Kadar Yeni? Türkiye’deki Lisansüstü Tezlere Dair Bir Meta Analiz Çalışması”, *Selçuk İletişim*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2020, ss. 273-293.

POSTMAN Neil, *Çocukluğun Yokoluşu* (Çeviren: Kemal İNAL), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1995.

POTTER Pitman B., “Riding the Tiger: Legitimacy and Legal Culture in Post-Mao China”, *The China Quarterly*, Cilt: 1, Sayı: 138, 1994, ss. 325-358.

REIDY Thomas J. & SILVER Richard M. & CARLSON Alan, “Child Custody Decisions: A Survey of Judges”, *Family Law Quarterly*, Cilt: 23, Sayı: 1, 1989, ss. 75-87.

ROBERTS Simon, “After Government? On Representing Law without the State”, *The Modern Law Review*, Cilt: 68, Sayı: 1, 2005, ss. 1-24.

ROSALTO Renato, *Culture and Truth: The Remaking of Social Analysis*, Beacon Press, Boston, 1993.

ROSE Jacqueline, *Anneler: Sevgi ve Zulüm Üzerine Bir Deneme* (Çeviren: İlgin YILDIZ), Alfa Kitap, İstanbul, 2022.

ROSS Richard J., “The Legal Past of Early New England: Notes for the Study of Law, Legal Culture, and Intellectual History”, *The William and Mary Quarterly*, Cilt: 50, Sayı: 1, 1993, ss. 28-41.

ROTH Pinchas, “Legal Strategy and Legal Culture in Medieval Jewish Courts of Southern France”, *AJS Review*, Cilt: 38, Sayı: 2, 2014, ss. 375-393.

RUIZ-RESA Josefa-Dolores, “Legal Culture on Justice and Truth: The Tribunals of Inquiry about Bloody Sunday”, *The Age of Human Rights Journal*, Cilt: 1, Sayı: 15, 2020, ss. 73-104.

SACK Laura, “Women and Children First: A Feminist Analysis of the Primary Caretaker Standart in Child Custody Cases”, *Yale Journal of Law and Feminism*, Cilt: 1, Sayı: 4, ss. 291-328.

SAHLINS Marshall, *Batı'nın İnsan Doğası Yanılsaması: Batı'da Hiyerarşinin, Eşitliğin ve Anarşinin Yüceltilmesinin Uzun Tarihi Üzerine Düşünceler ve İnsanlık Durumuna İlişkin Bazı Kavrayışlar Üzerine Karşılaştırmalı Notlar* (Çevirenler: Emine AYHAN & Zeynep DEMİRSÜ), Bgst Yayınları, İstanbul, 2021.

SAHLINS Marshall, *Tarihsel Metaforlar ve Mitsel Gerçeklikler: Sandwich Adaları Krallığı'nın erken Dönem Tarihinde Yapı* (Çeviren: Taylan DOĞAN), BGST Yayınları, İstanbul, 2014.

SANTILLI Laura E. & ROBERTS Michael C., “Custody Decisions in Alabama before and after the Abolotion of the Tender Years Doctrine”, *Law and Human Behavior*, Cilt: 14, Sayı: 2, 1990, ss. 123-137.

SANTOS Boaventura de Sousa, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

SARAT Austin, “Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence”, *Law & Society Review*, Cilt: 11, Sayı: 3, 1977, ss. 427-488.

SAVIGNY Friedrich Carl von, *Çağımızın Yasana ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine* (Çeviren: Ali ACAR), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018.

SCHMITT Carl, *Siyasi İlahiyat* (Çeviren: A. Emre ZEYBEKOĞLU), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002.

SCHMITT Carl, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum* (İngilizceye Çeviren: G. L. ULMEN), Telos Press Publishing, New York, 2006.

SCOTT Elizabeth S. & EMERY Robert E., “Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of The Best-Interests Standard”, *Law and Contemporary Problems*, Cilt: 77, Sayı: 1, 2014, ss. 69-108.

SCOTT Elizabeth S., “Pluralism, Parental Preference, and Child Custody”, *California Law Review*, Cilt: 80, Sayı:3, 1992, ss. 615-672.

SELÇUK Bilge, “Türkiye’de Ebeveynlik” (Söyleşen: Cogito), *Cogito Annelik Özel Sayısı*, Cilt: 1, Sayı: 81, 2015, ss. 108-116.

SERDAR İlknur, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, ss. 739-781.

SEROZAN Rona & BAŞOĞLU Başak & KAPANCI Berk, “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, 2016, ss. 531-560.

SEROZAN Rona, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

STEELMAN David C., “What We Learned About Court Delay, ‘Local Legal Culture’, and Caseflow Management Since the Late 1970s?”, *The Justice System Journal*, Cilt: 19, Sayı: 2, 1997, ss. 145-166.

SFEIR George N., “Basic Freedoms in a Fractured Legal Culture: Egypt and the Case of Nasr Hamid Abu Zayd”, *Middle East Journal*, Cilt: 52, Sayı:3, 1998, ss. 402-414.

SMITH Kevin P. & REYNOLDS Andrew, “Introduction: the archeology of legal culture”, *World Archeology*, Cilt: 45, Sayı: 5, 2013, ss. 687-698.

STEEL Sean, *Having Your Cake and Eating It Too: The Law and Politics of Child Custody in Canada*, Calgary Üniversitesi Siyasi Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2001.

SYNDER Francis, “Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law”, *European Law Journal*, Cilt: 5, Sayı: 4, 2002, ss. 334-374.

ŞAKAR Muzaffer, *Kadıdan Hâkime: Bir Mesleğin Yolculuğu*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021.

ŞİRİN Memduh Cemil, “Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış”, *Çocuk ve Medeniyet*, Cilt: 4, Sayı: 8, 2019, ss. 219-240.

TAMANAHA Brian Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

TAŞ Erhan, “Kabul Sürecinde Türk Medeni Kanunu’na Yönelik Bazı Eleştiriler”, *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 16, 2018, ss. 649-670

TEUBNER Gunther, “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, *Cardozo Law Review*, Cilt: 13, Sayı: 1, 1992, ss. 1143-1462.

TOKUŞ Aylin, *Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

TOPUZKANAMIŞ Engin, “Alışkanlık ve Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 26. Kitap (Hazırlayanlar: Hayrettin ÖKÇESİZ & Gülriz UYGUR & Saim ÜYE), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 içerisinde, ss. 415-421.

USLU Ateş, *Siyasal Düşünceler Tarihine Giriş: Tarih Yazımı, Temel Yaklaşımlar ve Araştırma Yöntemleri*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2017.

USTA Sevgi, *Çocuk Hakları ve Velayet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

ÜÇÖK Coşkun, “Hukuk Devriminin Nedenleri”, *Belleten*, Cilt: 52, Sayı: 204, 1988, ss. 1003-1012.

ÜÇÜNCÜ Muhammet Kürşat, “Hukuk ile Kültür İlişkisi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 28, 2016, ss. 353-388.

ÜMİT ATILGAN Eylem, “The Concept of Equity and an Empirical Research on the Perception of Turkish Judges About Judicial Interpretation and Equity, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 64, Sayı: 2, 2015, ss. 507-530.

ÜYE Saim, *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, “Türk Medeni Kanunu ve İdarecilerimiz”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 1943, ss. 18-30.

VIEL Tanguy, *Ceza Kanunu 353. Madde* (Çeviren: Mehmet Emin ÖZCAN), İletişim Yayınları, İstanbul, 2022.

WATSON Alan, “Legal Change: Sources of Law and Legal Culture”, *University of Pennsylvania Law Review*, Cilt: 131, Sayı: 5, 1983, ss. 1121-1157.

WELLDON Estela V., *Anne: Melek mi, Yosma mı?: Anneliğin İdealleştirilmesi ve Alçaltılması* (Çevirenler: Semra KUNT AKBAŞ & Can KURULTAY), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2019.

WILLIAMS Raymond, *Marxism and Literature*, Oxford University Press, Oxford ve New York, 1997.

WITTGENSTEIN Ludwig, *Kesinlik Üstüne + Kültür ve Değer* (Çeviren: Doğan ŞAHİNER), Metis Yayınları, İstanbul, 2020.

YAĞCIOĞLU Sedat, *Taş Dile Geldiğinde: Kürt Çocukların Çocukluk Deneyimleri ve Toplumsal Gösterilenin Kurucu Rolü*, NotaBene Yayınları, Ankara, 2014.

YEE Jacqueline W., “Child Custody Decisions: Should the Best Interests of the Child Standart Be the Primary Determinant”, *Wayne Law Review*, Cilt: 65, Sayı: 1, 2019, ss. 175-196.

YILMAZ Canan, “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla İlişki Kurulması”, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt: 35, Sayı: 1, 2015, ss. 103-141.

YILMAZ İhsan, “Secular Law and the Emergence of Unofficial Turkish Islamic Law”, *Middle East Journal*, Cilt: 56, Sayı: 1, 2002, ss. 113-131.

Barbara YNGVESSON, “Law in Social Settings: Rethinking Popular Legal Culture”, *The Yale Law Journal*, Cilt: 98, Sayı: 8, 1989, ss. 1689-1709.

YOUF Dominique, “Çocuğun Hukuki Statüsü Hakkında”, *Çocuk ve Medeniyet*, Cilt: 4, Sayı:8, 2019, ss. 67-86.

YÜCEL Özge, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2013, ss. 117-137.

YÜKSEL Mehmet, “Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 26. *Kitap* (Hazırlayanlar: Hayrettin ÖKÇESİZ & Gülriz UYGUR & Saim ÜYE), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 içerisinde, ss. 491-508.

YÜKSEL Murat, “Hukuk Kültürü”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1-2, ss. 283-312.

## İNTERNET KAYNAKLARI

“Ferdî Özbeğen, hayatını paylaştığı Hilmi Mutlu’yu evlat edinmişti”, *T24 Bağımsız İnternet Gazetesi*, 05.07.2015, <https://t24.com.tr/haber/ferdi-ozbegen-hayatini-paylastigi-hilmi-mutluyu-evlat-edinmisti,301909>.

“Alevî hukuku yargıdan döndü”, *HaberTürk*, 07.07.2010, <https://www.haberturk.com/yasam/haber/530031-alevi-hukuku-yargidan-dondu>.

“Ekuador’da bir baba, çocuklarının velayetini kazanmak için cinsiyetini değıştirdi”, *Sputnik Türkiye*, 08.01.2023, <https://sputniknews.com.tr/20230108/ekvadorda-bir-baba-cocuklarin-velayetini-kazanmak-icin-cinsiyetini-degistirdi-1065520291.html>.

“Mahkeme Alevî Dedesini Haksız Buldu”, *Milliyet*, 07.07.2010, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/mahkeme-alevi-dedesini-haksiz-buldu-1260461>.

“Video shows ‘Italians take down an EU flag and replace it with an Italian flag’ after the 2022 national election.”, *Politifact*, 26.09.2022, <https://www.politifact.com/factchecks/2022/sep/28/instagram-posts/video-italian-demonstrators-removing-european-unio/>.

<https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zleşme>.

*Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol,*  
<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>.

DOUZINAS Costas, “Adikia: On Communism and Rights”, *Critical Legal Thinking*, 30.10.2010, <https://criticallegalthinking.com/2010/11/30/adikia-on-communism-and-rights/>.

*Evlenme ve Boşanma İstatistikleri, 2022,*  
<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2022-49437#:~:text=Kesinle%C5%9Fen%20bo%C5%9Fanma%20davalar%C4%B1%20sonucunda%202022,%2C3%C3%BC%20babaya%20verildi>.

*Genel Yorum No. 14: Çocuğun Yüksek Yararı Hakkının Öncelikli Olarak Dikkate Alınması (Madde 3, Paragraf 3),*  
<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>.

*Genel Yorum No. 5 (2003): Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Uygulanmasına Yönelik Genel Önlemler (Maddeler 4, 42, ve 44, Paragraf 6),*  
<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>.

*Genel Yorum No. 6 (2005): Kendi Menş e Ülkeleri Dış ında Refakatsiz ve Ailelerinden Ayrı Düş müş Çocuklara Dair Uygulamalar,*  
<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>

*Genel Yorum No. 8 (2006): Çocukların Bedensel Cezalardan ve Cezalandırmanın Zalimce veya Aşağılayıcı Diğer Biçimlerinden Korunma Hakkı (Diğerlerinin Yanı Sıra Maddeler 19, 28 (2) ve 37),*  
<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>.

## **YARGI KARARLARI**

Anayasa Mahkemesi, 22.02.2023, 2022/155 Esas 2023/38 Karar.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.05.2022, 2020/3-133 Esas, 2022/658 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.06.1982, 1982/5077 Esas 1982/5531 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 28.09.1995, 1995/8706 Esas, 1995/9558 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.05.2002, 2002/6231 Esas 2002/7098 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.10.2002, 2012/4918 Esas 2012/24349 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.11.2002, 2002/11520 Esas 2002/12760 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.12.2003, 2003/11130 Esas 2003/16531 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.06.2004, 2004/6596 Esas 2004/7498 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.03.2011, 2011/2524 Esas 2011/4212 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 14.07.2011, 2010/11911 Esas 2011/12213 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 14.11.2011, 2007/2083 Esas 2007/15693 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.10.2012, 2012/4918 Esas 2012/24349 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.11.2012, 2012/8204 Esas 2012/27854 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.12.2012, 2012/9113 Esas 2012/29810 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 19.06.2013, 2012/25208 Esas 2013/17108 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 02.04.2014, 2013/23824 Esas 2014/7729 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 17.04.2014, 2013/25123 Esas 2014/9293 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 03.06.2014, 2013/23100 Esas 2014/12278 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 04.06.2014, 2014/1830 Esas 2014/12307 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 16.06.2014, 2014/7351 Esas 2014/13542 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.02.2016, 2016/832 Esas 2016/3449 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.01.2017, 2016/25092 Esas 2017/97 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 17.01.2017, 2016/19767 Esas 2017/556 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.02.2017, 2015/22880 Esas 2017/1967 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.04.2017, 2016/19990 Esas 2017/4696 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.06.2017, 2016/2170 Esas 2017/7272 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.12.2017, 2016/9148 Esas, 2017/15188 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.01.2018, 2016/9556 Esas 2018/1169 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2018, 2018/832 Esas 2018/2211 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.04.2018, 2018/1306 Esas 2018/4719 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.05.2018, 2016/18720 Esas 2018/6623 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.06.2018, 2016/17662 Esas 2018/7967 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.09.2018, 2016/21866 Esas 2018/8731 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 02.10.2018, 2016/22932 Esas 2018/10354 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15.10.2018, 2016/25378 Esas 2018/10900 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 17.10.2018, 2016/11293 Esas 2018/11293 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.12.2018, 2018/4826 Esas 2018/15033 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 14.01.2019, 2018/7568 Esas 2019/48 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.02.2019, 2019/235 Esas 2019/1847 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.03.2019, 2018/4570 Esas 2019/2504 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.04.2019, 2019/2841 Esas 2019/4275 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.09.2019, 2019/587 Esas 2019/8485 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 23.09.2019, 2019/5141 Esas 2019/8981 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.09.2019, 2019/5603 Esas 2019/9091 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15.10.2019, 2019/3838 Esas 2019/10155 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.10.2019, 2019/3767 Esas 2019/10395 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.10.2019, 2019/6499 Esas 2019/10715 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.11.2019, 2019/6786 Esas 2019/11202 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.11.2019, 2019/6033 Esas 2019/11627 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.12.2019, 2019/5178 Esas 2018/12215 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 16.01.2020, 2019/8227 Esas 2020/300 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.01.2020, 2019/5659 Esas 2020/330 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2020, 2020/391 Esas 2020/1383 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.02.2020, 2020/28 Esas 2020/1504 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.02.2020, 2020/410 Esas 2020/1562 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.03.2020, 2020/794 Esas 2020/2087 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08.06.2020, 2020/1471 Esas 2020/2663 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 22.06.2020, 2020/2199 Esas 2020/3166 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 16.09.2020, 2020/2674 Esas 2020/3825 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 29.09.2020, 2020/3119 Esas 2020/4291 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.10.2020, 2020/2825 Esas 2020/4588 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 13.10.2020, 2020/3251 Esas 2020/4688 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.12.2020, 2020/5461 Esas 2020/6881 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.01.2021, 2020/6320 Esas 2021/634 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 18.02.2021, 2020/5434 Esas 2021/1492 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.03.2021, 2020/6385 Esas 2021/2039 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.03.2021, 2021/939 Esas 2021/2071 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.04.2021, 2021/2117 Esas 2021/3472 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 24.05.2021, 2021/3017 Esas 2021/3791 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 14.09.2021, 2021/4855 Esas 2021/6032 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.09.2021, 2021/4603 Esas 2021/6276 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 28.09.2021, 2021/5485 Esas 2020/6569 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 06.10.2021, 2021/5042 Esas 2021/6914 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.10.2021, 2021/4869 Esas 2021/7503 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 02.11.2021, 2021/4630 Esas 2021/8036 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.11.2021, 2021/7146 Esas 2021/8396 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 01.12.2021, 2021/9109 Esas 2021/8993 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 31.01.2022, 2021/9246 Esas 2022/780 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 31.01.2022, 2021/9400 Esas 2022/786 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15.02.2022, 2021/7803 Esas 2022/1308 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 28.02.2022, 2022/92 Esas 2022/1807 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 07.03.2022, 2022/307 Esas 2022/2123 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08.03.2022, 2022/886 Esas 2022/2188 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 28.03.2022, 2022/1159 Esas 2022/2998 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.04.2022, 2022/1859 Esas 2022/3821 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.05.2022, 2022/2271 Esas 2022/4313 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08.06.2022, 2022/4239 Esas 2022/5524 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 28.06.2022, 2022/4523 Esas 2022/6336 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 19.09.2022, 2022/7354 Esas 2022/7130 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08.10.2022, 2022/5317 Esas 2022/8886 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.10.2022, 2022/8540 Esas 2022/7905 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.10.2022, 2022/5556 Esas 2022/8640 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 02.11.2022, 2022/6453 Esas 2022/8739 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 02.11.2022, 2022/5768 Esas 2022/8747 Karar.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 14.12.2022, 2022/8474 Esas 2022/10463 Karar

## **ÖZET**

“Çocuğun Velayetine İlişkin Yargı Kararlarının Hukuk Kültürü Bağlamında Değerlendirilmesi” başlıklı bu tez hukuk kültürü perspektifinden çocuğun velayetine ilişkin yargı kararlarını incelemektedir. Mevzuat ve yargı pratiği arasındaki uyumsuzluk tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de göz ardı edemeyeceğimiz bir gerçektir. Özellikle hukukun tanımı, amacı, hukuku anlamlandırma, hukukun kültürel ve ideolojik boyutu gibi gerçekler bir ülke sınırları içerisinde tatbik edilen hukuku anlamlandırabilmemiz ve doğru bir şekilde inceleyebilmemiz için oldukça önemlidir. Biz de bu amaçla birinci bölümde kültür, hukuk kültürü, iktibas ve kanunlaştırma gibi kavramları açıklayıp, inceledikten sonra ikinci bölümde velayete ilişkin yargı kararları özelinde hem bu yargı kararlarını ilk bölümde ortaya koymaya çalıştığımız kavramsal çerçeve ile incelemeye çalışacak hem de hukuktan ne anlamamız ve bu kavramı nasıl tanımlamamız gerektiği hususunda bir sonuca varmaya çalışacağız.

### **Anahtar kelimeler**

Kültür, hukuk kültürü, velayet, yargı pratiği, modernite, iktibas, medeni kanun.

## **ABSTRACT**

This thesis, titled “Assessment of Judicial Decisions Regarding Child Custody in the Context of Legal Culture”, examines judicial decisions regarding child custody from the perspective of legal culture. The inconsistency between legislation and judicial practice is a fact that we cannot ignore in our country as well as in the rest of the world. In particular, facts such as the definition of law, its purpose, making sense of law, and the cultural and ideological dimensions of law are very important for us to make sense of the law applied within the borders of a country and to analyze it correctly. For this purpose, after explaining and examining the concepts such as culture, legal culture, reception, and enactment in the first part, we will try to analyze these judicial decisions in the second part with the conceptual framework that we tried to put forward in the first part, and what we should understand from law and how this concept should be explained, and we will try to conclude that how we should define it.

### **Key words**

Culture, legal culture, custody, judicial practice, modernity, reception, civil law.

## **TEŞEKKÜR**

Yüksek lisans çalışmalarım nedeniyle tarafıma “2210-A Genel Yurtiçi Yüksek Lisans Burs Programı 2020/1” kapsamında burs veren Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na (TÜBİTAK) teşekkür ederim.

