

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ÇOCUĞUN AİLE İÇİNDE KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

Elif Selen BATIGÜN

568217825

İstanbul, 2019

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ÇOCUĞUN AİLE İÇİNDE KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

Elif Selen BATIGÜN

568217825

Danışman: PROF. DR. SİBEL ÖZEL

İstanbul, 2019



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

ÖZEL HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi ELİF SELEN BATIGÜN'nün MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ÇOCUĞUN AİLE İÇİNDE KORUNMASI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 8.08.2019 tarih ve 2019-25/6 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 18/.....09/.....2019

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. SİBEL ÖZEL	
2.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. MUSTAFA ERKAN	
3.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. SÜHEYLA BOZKURT	

ÖZET

Çocuğun aile içinde korunması, velâyet hakkı sahibi ana ve babanın, velâyet hakkından doğan bazı haklarını, yetkilerini ve yükümlülüklerini yerine getirmemeleri, getirememeleri veya ağır şekilde ihlal ederek, kötüye kullanmaları halinde çocuğun yetkili makamlar tarafından alınacak “koruma tedbirleri” ile korunmasını ifade etmektedir.

Çalışmamızın amacı, milletlerarası nitelikli çocuğun velâyet hakkına sahip ana ve babasından korunmasını gerektiren hallerde, kanunlar ihtilafı kurallarını incelemek ve milletlerarası usul hukukuna ilişkin meseleleri ele almaktır. Bu inceleme yapılırken öncelikle Türk maddi hukuku ve İsviçre hukukunda çocuğun yararı ilkesi çerçevesinde, velâyet kavramı, velâyetin kullanılması ve çocuğun korunmasına yönelik tedbirler ele alınmıştır. Takiben, milletlerarası özel hukuk alanında, velâyet ve çocuğun korunmasına yönelik tedbirlere uygulanacak hukuk ve konuya ilişkin milletlerarası usul hukuku meseleleri incelenmiştir. İncelememizi yaparken, 1961 tarihli Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme, 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velâyete İlişkin Hususlarda Yargı Yetkisi, Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un ilgili maddeleri ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Velayet hakkı, ebeveyn sorumluluğu, çocuğun korunması, 1996 tarihli Lahey Çocuk Sözleşmesi, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi, Brüksel II-A Tüzüğü.

ABSTRACT

The phrase, “protection of the child in the family environment” expresses the protection measures to be taken against the child’s mother or father who has parental custody over a child. In terms of taking protection measures over the child, parents having right of custody have to violate their rights, authorities, and responsibilities arising from parental custody intentionally or unconsciously.

The study aims to determine the rules of conflict of laws and to address the issues related to international procedural law in cases private international law deals with about protection of the child in his/her family. In this study, first of all, the concept of parental custody and responsibility and exercise of mentioned rights and responsibilities and protection measures for child in Turkish and Swiss substantive law in the scope of the principle of the best interest of the child, are discussed. Subsequently, in the field of private international law, the issues of conflict laws and the international procedural law on the issue of parental custody and protection of the child were examined.

In our review, the Convention on the Applicability of the Authorities in the Protection of Minors in the 1961 Convention, the 1996 Custody Responsibility and the Convention on the Protection of Children, the Law Applicable, the Convention on Recognition, Enforcement and Enforcement, the Judicial Power in the Matters Regarding Marriage and Vigilance No: 2201/2003, The relevant provisions of the Law on the Recognition and Enforcement of Decisions of the Council and the Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law are discussed in detail.

Key Words: Parental custody, parental responsibility, protection of the child, The Hague Child Convention of 1996, The Hague Convention of 1961, Brussels II-A Regulation.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT	v
KISALTMALAR CETVELİ	xiv
GİRİŞ	xvi

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDİ HUKUK ALANINDA VELAYET VE ÇOCUĞUN KORUNMASINA İLİŞKİN TEDBİRLER KAPSAMINDA ÇOCUĞUN AİLE İÇİNDE

KORUNMASI

§ BİRİNCİ KISIM

SOYBAĞININ VELÂYET HAKKINA BAĞLI HÜKÜMLERİ

I. VELÂYET KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	3
A. VELÂYET KAVRAMI	3
B. VELÂYET HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ	7
C. VELÂYET HAKKINA TABİ OLAN VE SAHİP OLAN KİŞİLER	9
D. VELÂYET HAKKINA HÂKİM OLAN TEMEL PRENSİPLER	12
1. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi	13
a. Çocuk Kavramı	13
b. Çocuğun Yararı Kavramı	14
2. Kamu Düzeni İlkesi	19
3. Velâyetin Ana ve Baba Tarafından Kullanılabilen Bir Hak Olması	19
4. Velâyet Hakkının Bölünmezliği	20
5. Velâyetin Süreli Olması	21
6. Velayetin Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Bir Hak Olması	21
7. Velayet Davalarında Çocuğun Dinlenilmesi İlkesi (Katılım İlkesi)	21
II. VELÂYET HAKKININ KAPSAMI	25
A. ÇOCUĞUN ANA VE BABASININ SÖZÜNÜ DİNLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	25

B. ÇOCUĞUN ŞAHİS VARLIĞINA İLİŞKİN HAKLARININ KULLANILMASI VE YÖNETİLMESİ.....	25
1. Velayet Hakkının Çocuğun Medeni Durumu ile İlgili Hükümleri	27
a. Çocuğa Öz Ad Koyulması	27
b. Çocuğun Yerleşim Yerinin Belirlenmesi.....	29
c. Sınırlı Ehliyetsiz ve Küçüğün Evlenmesine ve Nişanlanmasına Rıza Gösterilmesi	31
2. Çocuğun Eğitilmesi.....	31
3. Çocuğun Sağlığına Dikkat Etme Yükümlülüğü	35
C. ÇOCUĞUN MALVARLIĞINDAN DOĞAN HAKLARININ KULLANILMASI VE YÖNETİLMESİ.....	38
1. Çocuğun Mallarının Kapsamı	38
2. Ana ve Babanın Çocuğun Mallarının Yönetme ve Kullanma Hakkı	39
3. Çocuğun Mallarının Sarfı	41
4. Ana ve Babanın Kısmen ya da Tamamen Yönetim ve Kullanma Hakkına Sahip Olmadığı Çocuk Malları	42
5. Yönetimin Sona Ermesi ve Ana ile Babanın Sorumluluğu.....	43
D. ÇOCUĞUN FİİL EHLİYETİ VE TEMSİLİ.....	44
1. Çocuğun Aileyi Temsil Etmesi.....	45
2. Çocuk ile Ana ve Babası Arasındaki Hukuki İşlemler	46
III. VELAYET HAKKININ KULLANILMASI	47
A. ANA VE BABANIN ÇOCUĞUN DOĞUMU ANINDA EVLİ OLMASI HALİNDE.....	47
B. ANA VE BABANIN ÇOCUĞUN DOĞUMU ANINDA EVLİ OLMAMASI VEYA BİRLİKTE YAŞAMAYA ARA VERMELERİ HALİNDE	47
C. VELAYETİN TEVDİİ	49
D. VELAYETİN EŞLER TARAFINDAN BİRLİKTE KULLANILMASI: ORTAK VELÂYET	49
IV. VELAYETİN SONA ERMESİ	56

§ İKİNCİ KISIM

MADDİ HUKUK KAPSAMINDA ÇOCUĞUN ANA VE BABASINA KARŞI KORUNMASI

I. GENEL OLARAK	58
II. KORUMA TEDBİRLERİNİN ALINABİLMESİ İÇİN GEREKEN KOŞULLAR.....	59
A. Koruma Tedbirlerinin Alınabilmesi İçin Gereken Maddi Koşullar.....	59
B. KORUMA TEDBİRLERİNİN ALINABİLMESİ İÇİN GEREKEN ŞEKLİ KOŞULLAR.....	61
1. Koruma Tedbirlerinin Alınması İçin Başvuracak Kişiler	62
2. Koruma Tedbirlerinin Alınmasında İzlenecek Usul	64
a. Ana ve Babanın Dinlenmesi	64
b. Çocuğun Dinlenmesi	65
c. Çocuğun Dinlenebilmesi İçin Yaş Sınırı	67
d. Yasal Temsilcinin Menfaati İle Küçüğün Menfaatinin Çatışması Hali.....	69
e. Görevli ve Yetkili Mahkeme	70
II. KORUMA TEDBİRLERİNE HAKİM OLAN İLKELER.....	72
A. ÇOCUĞUN YARARININ KORUNMASI İLKESİ	73
B. TEDBİRLERİN TALİ NİTELİKTE OLMASI	73
C. TEDBİRLERİN TAMAMLAYICI OLMASI.....	74
D. TEHLİKE İLE TEDBİRİN ORANTILI OLMASI.....	75
III. MEDENİ KANUN KAPSAMINDA KORUMA TEDBİRLERİNİN ALINMASI	76
A. ÇOCUĞUN ŞAHIS VARLIĞININ KORUNMASINA YÖNELİK TEDBİRLER	76
1. Türk Medeni Kanununun 346. Maddesi Kapsamında Alınacak Basit Koruma Tedbirleri ...	76
2. Türk Medeni Kanununun 347. Maddesi Kapsamında Alınacak Koruma Önlemleri	78
3. Türk Medeni Kanununun 348. Maddesi Kapsamında Velayetin Kaldırılması Tedbiri.....	81
4. Çocuğun Malvarlığının Korunmasına Yönelik Tedbirler	85
a. Türk Medeni Kanununun 360. Maddesi Kapsamında Alınacak Tedbirler.....	86
b. Türk Medeni Kanununun 361. Maddesi Kapsamında Alınacak Tedbir	86
5. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun Korunması	87
IV. ÇOCUĞUN ÖZEL KANUNLARA GÖRE KORUNMASI.....	89

1. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu Uyarınca Çocuğun Kişi Varlığını Koruyucu Tedbirlerin Alınması	89
2. 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanununa Göre Çocuğun Korunması	90
3. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun	91

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ALANINDA VELAYET VE KORUMA TEDBİRLERİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN AİLE İÇİNDE KORUNMASI

Ş BİRİNCİ KISIM

VELAYET VE ÇOCUĞUN KORUNMASINA İLİŞKİN TEDBİRLER KONUSUNDA YABANCI UNSURLU DAVALARDA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

GENEL OLARAK.....	95
I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN TEMEL KAVRAMLARI AÇISINDAN KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ	96
A. YABANCILIK UNSURU	96
B. BAĞLAMA KONUSU VE YORUMU (VASIFLANDIRMA)	98
C. MADDİ HUKUK KURALLARINA GÖNDERME (ATIF).....	101
II. UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ	103
A. GENEL OLARAK.....	103
B. VELAYETE VE KORUMA TEDBİRLERİNE İLİŞKİN MÖHUK'TA DÜZENLENEN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI	104
1. Soybağının Hükümlerine Göre Velayete Ve Çocuğun Korunmasına Uygulanacak Hukuk.	105
a. Genel Olarak	105
b. Bağlanma Noktaları	108
2. Velayet ve Koruma Tedbirlerine Uygulanacak Hukukun Bertaraf Edildiği ve Sınırlı Uygulandığı Haller	112
a. Kamu Düzeni Müdahalesi.....	112
b. Doğrudan Uygulanan Kurallar	117
c. Milletlerarası Sözleşmeler	120

III. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER UYARINCA VELAYETE VE ÇOCUĞU KORUYUCU TEDBİRLERE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ.....	122
A. LAHEY SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN ÇEŞİTLİ KAVRAMLAR.....	122
1. Mutad Mesken	122
2. Küçük (<i>Infant</i>).....	126
3. Çocuk (<i>Child</i>)	127
4. Koruma Tedbiri (<i>Measures for The Protection of Children</i>).....	127
5. Velayet Sorumluluğu ve Bakım ve Gözetim Hakkı (<i>Parental Responsibility and Right of Custody</i>)	130
B. 1961 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNE GÖRE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ.....	131
1. Uygulama Alanı	131
2. Vasıflandırma ve Atıf	132
3. Uygulanacak Hukuk.....	133
C. 1996 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNE GÖRE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ.....	138
1. Genel Olarak 1996 Tarihli Lahey Çocuk Sözleşmesi	138
2. Sözleşme'nin Uygulama Alanı	139
a. Kişi İtibariyle Uygulama Alanı.....	139
b. Yer Bakımından Uygulanma Alanı	140
c. Konu Bakımından Uygulama Alanı.....	141
d. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması	144
3. 1996 Lahey Sözleşmesi'nde Düzenlenen Kanunlar İhtilafı Kuralları	145
a. Koruma Tedbirlerine Uygulanacak Hukuk.....	146
b. Velayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk	147
c. Çocuğun Mutad Meskeninin Değişmesi Halinde Velayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk ..	149
d. Velayetin Kullanılmasına Uygulanacak Hukuk	150
4. Sözleşme Kapsamında Düzenlenen Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Özel Durumlar	151
a. Atıf Teorisinin Etkisi	151
b. İşlem Güvenliği Kuralının Rolü	152
c. Kamu Düzeni Müdahalesinin Etkisi	153

D. DEĞERLENDİRME	153
-------------------------------	------------

§ İKİNCİ KISIM

VELAYET VE ÇOCUĞUN KORUNMASINA İLİŞKİN TEDBİRLER KONUSUNDA MİLLELERARASI USUL HUKUKUNA İLİŞKİN MESELELER

I. TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ	159
A. MÖHUK HÜKÜMLERİNE GÖRE TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ.....	160
B. 1961 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ'NDE ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİ.....	167
C. 1996 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ'NDE ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİ.....	169
1. Yetki Kurallarının Uygulama Alanı	169
a. Yer Bakımından Uygulama Alanı	169
b. Zaman Bakımından Uygulama Alanı	170
2. Sözleşme’de Düzenlenen Yetki Kuralları.....	170
a. Genel Yetki Kuralı.....	172
b. Genel Yetki Kuralının İstisnaları.....	173
aa. <i>Çocuğun Mutad Meskeninin Bulunmadığı Durumlar</i>	173
bb. <i>Uluslararası Çocuk Kaçırma Halleri</i>	173
cc. <i>Yargılama Yetkisinin Devri</i>	174
c. Acil Durumlarda ve Ülkesel Etkiye Sahip Geçici Koruma Tedbirlerinde Yetki.....	175
d. Çocuğun Türkiye’de Bulunan Malları Konusunda Yetki.....	177
D. BRÜKSEL II-A TÜZÜĞÜNDE DÜZENLENEN MAHKEMELERİN MİLLETLERARASI YETKİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	177
1. Tüzük Hakkında Genel Bilgi	177
2. Tüzük Hükümlerine Göre Milletlerarası Yetkinin Tepiti	179
a. Genel Yetkili Mahkeme.....	179
b. Çocuğa Yönelik Alınacak Tedbirler ve Geçici Tedbirlere İlişkin Yetki.....	179
c. Tüzük Hükümlerine Göre Lis Pendens.....	180

E. DEĞERLENDİRME	180
II. VELAYETE VE ÇOCUĞUN KİŞİVARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARINI TANINMASI VE TENFİZİ.....	184
A. GENEL OLARAK.....	184
B. MÖHUK HÜKÜMLERİNE GÖRE VELAYETE VE ÇOCUĞUN KİŞİVARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARININ TENFİZİ.....	185
1. Velayet ve Koruma Tedbiri Kararlarının Tenfizi İçin Aranan Şartlar	187
a. Ön Şartlar	187
b. Asıl Şartlar	191
aa. Karşılıklılık (Mütekabiliyet)	191
bb. Tenfize Konu Kararın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmemesi	192
cc. Tenfiz Edilecek Kararının Türk Kamu Düzenine Aykırı Olmaması	192
dd. Davalının Savunma Hakkının İhlal Edilmesi	196
2. Tenfiz Usulü	197
C. 1996 LAHEY SÖZLEŞMESİ'NDE VELAYETE VE ÇOCUĞUN KİŞİVARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ.....	198
1. Çocuğun Kişi ve Malvarlığını Korumaya Yönelik Tedbir Kararlarının Tanınması.....	198
2. Tanımanın Reddi	199
c. Tedbirin Talep Üzerine Tanınması veya Reddedilmesi.....	200
b. Çocuğun Şahıs ve Malvarlığını Korumaya Yönelik Tedbir Kararlarının Tenfizi.....	201
D. BRÜKSEL II-A TÜZÜĞÜNE GÖRE VELAYETE VE ÇOCUĞUN KİŞİVARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ.....	202
1. Velayete ve Çocuğun Kişi Varlığını ve Malvarlığını Koruyucu Tedbirlere İlişkin Mahkeme Kararlarının Tanınması.....	202
a. Genel Tanıma Prosedürü.....	202
b. Tanımanın Reddi Sebepleri	203
2. Velayete ve Çocuğun Kişi Varlığını ve Malvarlığını Koruyucu Tedbirlere İlişkin Mahkeme Kararlarının Tenfizi.....	204

E. DEĞERLENDİRME	204
SONUÇ	208
KAYNAKÇA.....	212
ELEKTRONİK KAYNAKLAR.....	223



KISALTMALAR CETVELİ

AB:	Avrupa Birliği
ABAD:	Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİHM:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKDK:	6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun
Art. / art.:	Article / article
AT:	Avrupa Topluluğu
AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AY:	Anayasa
AYM:	Anayasa Mahkemesi
Bkz. / bkz.:	bakınız
BM:	Birleşmiş Milletler
C.:	Cilt
ÇHDS:	Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
ÇHS:	Çocuk Hakları Sözleşmesi
ÇKK:	5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu
E.:	Esas
HD.:	Hukuk Dairesi
HMK:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	
ILB:	International Law Bulletin
İMK:	2014 tarihli İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFD:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
K.:	Karar
M. / m.	madde
MHB:	Milletlerarası Hukuk Bülteni
MÖHUK:	5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No.:	Numara

s.	sayfa
S.:	Sayı
ss.	sayfa sırası
T.:	Tarih
TBMM:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
UAD:	Uluslararası Adalet Divanı
UHDİGM:	Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü
vb:	ve benzeri
vd.:	ve devamı
Y.:	Yıl
YHGK:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB:	Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

Çocuğun çevresine karşı nasıl davranışlar sergileyeceği, sosyal ilişkilerini ne şekilde sürdürebileceği doğumdan itibaren ilk yaşlarında onu eğiten kişilerden aldığı, bir başka ifade ile, onu eğitenlerin çocuğa verdikleri sevgi, bilgi ve olanaklara bağlıdır. Çocuğun yetişme sürecinde adeta onun rehberi durumundaki ana, baba ve diğer aile bireyleri onun sosyal gelişimini doğrudan etkilerler¹. Çocukluk döneminde çocuğun sosyal ilişkilerini oluşturduğu en etkin dönem çocuğun ailesi ile birlikte geçirebildiği dönemdir. Bu nedenle sosyal açıdan topluma faydalı ve uyumlu çocukların yetişmesi konusunda çocukların ailesine büyük rol düşmektedir. Bir çocuğun sosyal açıdan uyumsuz davranışlar sergilemesinin en büyük nedeni de aileden kaynaklanan olumsuzluklardır. Sosyal davranışları çocuk açısından yetersiz olan ailelerde çocuklar, ev dışında, örneğin okulda öğretmenleri tarafından doğru ve güçlü bir motivasyonla yönlendirilseler bile, toplum içinde sosyal bir uyum gösterememektedirler².

Çocuğun dünyaya gelmesi ile beraber, ana ve babanın çocuğun fiziksel, psikolojik ve sosyal gelişimini sağlıklı bir şekilde tamamlayarak, topluma kazandırmak için gereken her şeyi yapma konusundaki görevleri de başlamaktadır. Söz konusu görev, ana ve babanın velâyet hakkından kaynaklanmaktadır. Velâyet hakkı, ana ve babaya çocuğun doğumundan ergin oluncaya kadarki dönemde kişiliğinin iyi bir şekilde gelişebilmesi için, çocuğun kendi başına hareket etme yeteneğini sağlama, eğitimi için olanaklar sağlama, sağlığını gözetme, kişi ve malvarlığını yönetme, bu konuda çocuğun her türlü çıkarlarını koruyup gereken kararları verme, sosyal hayatta onunla ilgili işlemlerde yasal temsilcisi sıfatıyla hareket etme, çocuğa öz adını koyma, yerleşim yerini belirleme gibi birçok geniş hak yetki ve görevler vermektedir. Bu işlevinden dolayı çocuğun yaşı ve olgunluğu arttıkça velayet hakkının kapsamı da daralmaktadır³.

Velâyet hakkı sahibi ana ve babanın velayetten kaynaklanan hakları, yetkileri ve yükümlülükleri gündeme gelmektedir. Çocuğun kişiliğinin gelişmesi bakımından, anne ve babasının velâyeti altında bulunduğu süredeki hayatı ve anne-babasıyla olan ilişkileri büyük rol oynamaktadır. Çocuğu genel olarak çevresindeki tehlikelerden koruyan kişiler, çocuğun anne

¹ **Gülçin Elçin Grassinger**, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, (*Tedbirler*) 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 1.

² **Yavuzer**, Çocuk ve Suç, 10. Baskı, İstanbul 2001, s. 25.

³ **Grassinger** (*Tedbirler*) s. 2.

ve babasıdır, fakat bazı durumlarda çocuğun velâyet hakkı sahibi anne ve babasına karşı korunması gerekebilir. Eğer velâyet hakkı sahibi ana ve baba çocuğa karşı söz konusu hak, yetki ve yükümlülüklerini gerektiği gibi kullanmamaları ya da yerine getirmemeleri sebebiyle çocuğun kişi varlığının gelişmemesi veya malvarlığının onun çıkarlarına uygun bir şekilde idare edilememesi söz konusu olursa, bu durumda çocuğun korunması kurumu devreye girecektir.

Velâyet hakkı sahibi ana ve babanın velâyetten kaynaklanan hak, yetki ve yükümlülüklerinin sınırı çocuğun yararındır. Dolayısıyla velâyet, hak sahibi olan ana-babanın değil, sadece çocuğun yararına hizmet ediyorsa kullanılabilen bir haktır⁴.

Velâyet aile içinde olan bir ilişki olarak düşünülse de, çocuğun toplumun bir üyesi olması sebebiyle, onun her yönüyle topluma yararlı ve sağlıklı bir birey olarak yetişmesinin sağlanması topluma karşı da üstlenilmiş bir görev ve sorumluluktur⁵. Nitekim, velâyet hakkını kullanırken büyük ölçüde bağımsız olan ana ve baba, çocuğa karşı velayet hakkından doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği takdirde velâyet hakkına dışarıdan müdahale edilmesi gündeme gelmektedir. Söz konusu müdahalenin kaynağı Milletlerarası Sözleşmeler, Anayasa ve kanuni düzenlemelerdir. Çocuğa ilişkin koruma tedbirleri alınırken, durumun toplumsal bir karakter taşıması nedeniyle, mağdurun talepte bulunması beklenmeden, kamu gücünü elinde bulunduranların re'sen harekete geçmesi de mümkündür⁶.

Çocuğun korunması, kapsamı itibariyle birden fazla hukuk dalını ilgilendiren bir konudur. Söz konusu kavramın içine velâyet altında olan ve olmayan çocukların medeni hukuk da dahil olmak üzere ceza hukuku, iş hukuku, milletlerarası özel hukuk ve idare hukuku gibi hukuk dalları hükümleri tarafından korunmaları da dahildir⁷.

⁴ **Kemal Oğuzman/ Mustafa Dural**, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 276; **Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2019, s. 328; **Rona Serozan**, Çocuk Hukuku, İstanbul 2017, s. 250; **Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina Aebi-Müller, (Breitshmid)** Basler Kommentar - ZGB I, **Honsell, Heinrich/Vogt, (Schwenzer)** 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art 296 N. 3 vd.; **Bilge Öztan**, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi 6. Bası, Ankara 2015, s. 625.

⁵ **Selma Çetiner Baktır**, Velayet Hukuku, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 28; **Grassinger (Tedbirler)** s. 3.

⁶ **Grassinger (Tedbirler)** s. 3.

⁷ **Bilgin Tiryakioğlu**, Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar, Ankara 1991, s. 62; **Serozan**, s. 35; **Grassinger (Tedbirler)** s. 4.

İki bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde, medeni hukuk ve milletlerarası özel hukuktaki soybağının velâyete ilişkin hükümleri kapsamında çocuğun korunması incelenecektir.

Medeni Hukuk hükümleri çerçevesinde, çocuğun korunması kavramı geniş anlamda gerek velâyet altındaki, gerekse vesayet altındaki çocukları kapsar. Velâyet altında olmayıp, vesayet altında olan küçüklerin korunması da, “çocuğun korunması” üst başlığının altında, velâyet altındaki çocukların korunmasının yanında ayrı bir başlık olarak incelenmektedir. Vesayet altındaki çocukların korunması hususunda, TMK vesayet hükümleri altında düzenlemeler, TMK m. 438 kapsamında düzenlenmişken; velayet altındaki çocukların korunması bakımından TMK m. 346 vd. ile m. 360 ve devamındaki tedbirler hükme alınmıştır.

Çocuğun korunması ile ilgili olarak velâyet ve vesayet altındaki çocuk bakımından yapılan ayrımın birbirleriyle karıştırılmaması için doktrinde, velâyet altındaki çocukların korunması “dar anlama çocuğun korunması” olarak ifade edilmektedir⁸.

Dar anlamda çocuğun korunması da yine kendi içinde çocuğun kişi varlığı ve malvarlığının korunması olarak ikiye ayrılmaktadır. Türk Medeni Kanununda bu ayrıma uygun olarak, TMK m. 346-348 arasında çocuğun kişi varlığının korunması; TMK m. 360, m. 361 ve m. 348’de ise çocuğu mal varlığının korunması düzenlenmiştir⁹.

Çalışmamızın birinci bölümünde; soybağının velâyete ilişkin hükümleri kapsamında, çocuğun korunmasının maddi hukuk boyutuna ilişkin; Türk Medeni Kanunu (TMK)¹⁰, çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemeler içeren özel kanunlar (5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu¹¹ ve bu Kanuna ilişkin çıkarılmış yönetmelikler¹², Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu¹³ ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun¹⁴) ve mehz İsviçre Medeni Kanununda (İMK)¹⁵ düzenlenen velayet ve çocuğun,

⁸ **Cyril Hegnauer**, Berner Komentaar, Komentaar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2 Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Bern, 1997, (*Berner Komentaar*), N. 27.02; **Grassinger** (*Tedbirler*), s. 4.

⁹ **Oğuzman/Dural**, s. 302.

¹⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG 08.12.2001 T., 24607 S.)

¹¹ RG. 15.07.2005 T., 25876 S.

¹² Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Korumucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik ve Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik RG. 24.12.2006 T., 26386 S.)

¹³ RG. 27.05.1983 T., 18059 S.

¹⁴ RG. 20.02.2012 T., 28339 S.

velâyet sorumluluğundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini gerektiği gibi kullanmayan ana ve babasına karşı korunmasına yönelik tedbirler incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise; konunun milletlerarası özel hukuk boyutu ele alınacaktır. Günümüzde sıkça rastladığımız bir durum olan farklı vatandaşlıklara sahip veya farklı ülkelerde yerleşim yerleri bulunan kişilerin evlilikleri veya birliktelikleri ile söz konusu evlilikler ve birliktelikler neticesinde, çocuk sahibi olmaları halinde, müşterek çocuklarla ilgili velâyete ilişkin ve velâyete bağlı bazı hukuki sorunların milletlerarası ortamda gündeme geldiğini görmekteyiz. Velâyet ilişkisi kurulduktan sonra, velâyet hakkı sahibi anne ve babanın, velâyet hakkından doğan yükümlülüklerini iyi bir şekilde yerine getirmemesi veya getirememesi sonucunda, çocuğu anne ve babasından korumak için bir takım tedbirlerin alınması, ülkesel açıdan zaruri olduğu gibi, uluslararası ortamda da zorunlu niteliği haizdir.

Uluslararası anlamda, çocuğun korunması açısından velâyete yönelik düzenlemeler içeren birçok uluslararası sözleşme kaleme alınmıştır. Türkiye’de oldukça hassas bir konu olan çocuğun korunması konusunda düzenlemeler ihtiva eden milletlerarası sözleşmelerin birçoğunu imzalamıştır. Bilindiği üzere, çocuk haklarına ilişkin en önemli düzenlemelerden biri, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulunca onaylanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’dir. Sözleşme’nin 25. maddesi uyarınca, *"çocuğun özel ilgi ve yardım görme hakkına sahip olduğu ve tüm çocukların, evlilik birliği dışında doğmalar dahi, aynı sosyal haklara sahip olduğu"* hükme alınmıştır. BM, çocuk haklarını tekrar düzenlemek için 26 Eylül 1924’te 78 ülke tarafından imzalanan Çocuk Hakları Cenevre Bildirgesi’ni kaleme almıştır.

Hiç şüphesiz, uluslararası alanda yapılan en önemli düzenleme, Türkiye’nin de 1995 yılında imzalamış olduğu, çocuk hakları açısından *"Magna Carta"* olarak nitelendirilen, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’dir¹⁵. Sözleşme, çocukları hakkın öznesi olarak nitelendirerek, çocuğun üstün yararı ilkesini ilk kez düzenleyen uluslararası metindir¹⁷.

¹⁵ **İsviçre Medeni Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB)**, vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2018), Kanunun tamamı için bkz., <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201801010000/210.pdf>, (Erişim Tarihi, 14.04.2019)

¹⁶ **Serozan**, s. 50.

¹⁷ Sözleşme’nin 12. ve 16. maddelerinde, *"çocuğun toplumda bir birey olarak kabul edilmelerini, çocukların yalnızca kendi yararları çerçevesinde kısıtlanabilecek bir bağımsızlığın içinde var olma, gelişme hakkına sahip olduğunu"* hükme bağlamıştır.

Milletlerarası özel hukuk alanında, doğrudan velâyeti ve çocuğa ilişkin koruma tedbirlerini düzenleyen birçok sözleşme bulunmaktadır. 2017 yılına kadar Türkiye, çocukların korunması ve velayet hukukunun milletlerarası özel hukuk boyutuyla ilgili bu milletlerarası sözleşmelerden; 1961 tarihli “Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi”¹⁸, 1980 tarihli “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”¹⁹, 1980 tarihli “Uluslararası Çocuk Kaçırımların Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi”²⁰ ve 2003 tarihli “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşme”²¹lerine taraf olmuştur.

Çalışmamızda ise, söz konusu Sözleşmelerden yalnızca 1961 tarihli 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi ayrıntılı olarak incelenecektir. Zira yalnızca söz konusu iki sözleşme velayet dışında, çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemeler ihtiva etmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümü iki kısımdan oluşmaktadır.

İlk kısımda; velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin tedbirler konusunda yabancı unsurlu davalarda uygulanacak hukukun tespiti 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun²², 1961 ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

İkinci kısımda ise; velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin tedbirler konusunda millederarası usul hukukuna ilişkin meseleler, 1961 ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmeleri, 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Yargı Yetkisi, Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü (Brüksel II a Tüzüğü)²³ ve MÖHUK hükümleri ile birlikte ele alınacaktır.

¹⁸ RG. 21.02.1983 T., 17966 S.

¹⁹ RG. 02.11.1999 T., 23864 S.

²⁰ RG. 15.05.2000 T., 23965 S.

²¹ RG. 17.11.2011 T., 28155 S.

²² RG. 12.12.2007 T., 26728 S.

²³ OJ 2003 L338/1. Tüzüğün tamamı için bkz.; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133194> (Erişim tarihi 10.04.2019)

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDİ HUKUK ALANINDA VELAYET VE ÇOCUĞUN KORUNMASINA İLİŞKİN TEDBİRLER KAPSAMINDA ÇOCUĞUN AİLE İÇİNDE KORUNMASI

Velâyet, soybağı ilişkisine dayanan bir hukuki müessesedir. Bu boyutuyla velâyet, toplum düzenini çok yakından ilgilendiren bir kurumdur²⁴. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) Aile Hukuku Kitabının İkinci Kısımında yer alan 335-351. maddeler velayet ile ilgilidir. Velâyet başlığı altındaki altıncı ayırmda üç konu düzenlenmektedir. Bunlardan ilki; genel olarak velâyetin kurulması ile ilgili olup, velâyetin kurulmasının genel koşullarını, ana ve babanın evli olması ya da olmamasına göre velâyetin kime ait olduğunu ve üvey çocuklar açısından velâyeti ele almaktadır. Velâyetle ilgili düzenlenen ikinci konu; velâyetin kapsamını yani ana ve babanın çocuklara karşı görev ve yükümlülüklerini, çocukların aile içindeki haklarını, ehliyetlerini, ana ve baba ile çocuk arasındaki hukuksal işlemleri düzenlemektedir. Üçüncü olarak; çocuğun korunması düzenlenmiş ve bu kısımda koruma önlemleri, çocukların belirli şartlar altında bir resmi kuruma yerleştirilmeleri ve velâyetin kaldırılması kaleme alınmıştır.

01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanununun velâyete ilişkin düzenlemelerinde çeşitli değişiklikler yapıldığı gözlemlenmiştir. Bu değişikliklerden önce, velâyet, çocuk üzerinde bir "hâkimiyet hakkı" olarak görülmekteydi²⁵. Yapılan değişiklikle beraber, velâyet ilişkisine, ana ve babaya tanınan görev ve yükümlülükleri ihtiva eden sorumluluk karakteri (*elterliche Sorge*) kazandırılmıştır. Aynı zamanda 01.07.2014 tarihinde yürürlüğe giren yeni İMK ile çocuğun korunması amacıyla, ebeveyn sorumluluğuna ilişkin hükümler revize edilmiştir²⁶.

²⁴ Öztan, s. 1076.

²⁵ Öztan, s. 1076.

²⁶ Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I. Basler Kommentar, (*Basler Kommentar*), Art. 1-456 ZGB, Basel, 2014, Art. 296, Nr. 8 ; Serozan, s. 250; Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aepli-Mülller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stampfli Verlag AG Bern, 2014, s. 11.

İMK 296-317. maddeleri arasında ebeveyn sorumluluğu hükümleri düzenlenmiştir²⁷. İMK m. 296/I uyarınca, velâyet, çocuğun üstün yararına hizmet eden bir hukuki müessesedir²⁸. İMK’da ebeveyn sorumluluğu hükümlerinin içerisinde, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin çocuğun korunması (*Kindesschutz*) hükümleri de 307 ila 327. maddeler arasında düzenlenmiştir²⁹.

Çalışmamızın bu kısmında; soybağının velayet hakkına bağlı hükümleri kapsamında, velâyet ve çocuğun velâyet hakkı sahibi ana ve babasına karşı korunmasına ilişkin Medeni Kanun hükümleri, mehz İsviçre Medeni Kanunu hükümleri ile beraber incelenecektir.

²⁷ **Thomas Sutter-Somm**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht (ZGB-OR), 26. Auflage, Liberalis Verlag AG, Basel 2014, s. 134-142.

²⁸ **Sutter-Somm/ Kobel**, , s. 215.

²⁹ **Sutter-Somm**, (ZGB-OR), s. 139- 142.

§ BİRİNCİ KISIM

SOYBAĞININ VELÂYET HAKKINA BAĞLI HÜKÜMLERİ

I. VELÂYET KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. VELÂYET KAVRAMI

Velâyet, soybağı ilişkisinin bir sonucu olarak, ana-babanın çocukla karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenleyen, küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlı ergin çocukların³⁰ bakımını, şahıs ve malvarlıklarının korunmasını, iyileştirilmesini ve velayet altındaki çocukların temsil edilmelerini sağlayan; bünyesinde haklar, yükümlülükler ve yetkiler barındıran, kapsamlı bir hukuki ilişki olarak tanımlanabilir³¹. Tarihi süreç içinde velâyetin tanımı ve kapsamı değişse de, temel olarak velâyet aile ile ilgili, aile içinde bir kavramdır ve maddi hukuk alanında velâyetin koruma altına aldığı süje daima çocuktur³².

³⁰ Bu noktada kural küçüklerin, istisna ise kısıtlıların velayet altına alınmasıdır. Ayrıca velayet ana, babanın yahut, sadece ana veya babanın çocuk üzerinde sahip olabileceği bir hak, yetki ve yükümlülüktür

³¹ **ZGB m. 296; Oğuzman/Dural**, s. 272; **Feyzi Necmeddin Feyzioğlu/ Cumhuriyet Özakman/Enis Sarıal**, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 503; **Selahattin Sulhi Tekinay**, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 483; **Turgut Akıntürk / Derya Ateş Karaman**, Aile Hukuku II. Cilt, 21. Baskı Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 406, 407; **Bülent Köprülü/Selim Kaneti**, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1989, s. 246; **Ziya Akıncı / Cemile Demir Gökyayla**, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 146; **Öztan**, s. 1074, 1075; **Serozan**, s. 250; **Ahmet Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 599; **Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C. III, 9. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 357; **Baygın**, s. 259; **Sevgi Usta**, Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul 2012, s. 19; **Hilal Karaca**, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015, s. 21; **Abdülkerim Yıldırım**, Türk Aile Hukuku, 1. Basım Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 251; **Çetiner Baktır**, s. 30; **Ahmet Cemal Ruhi**, Çocuk Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 755; **Tuba Birinci Uzun**, “Türk Medeni Kanununa Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı I, 2016, ss. 135-166, s. 136, 137; **Hüseyin Hatemi / Burcu Oğuztürk Kalkan**, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 179; **S. Hülya İmamoğlu**, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, AÜHFD, 54(1), 2005, ss. 165-190, s. 166; **Haluk Tandoğan**, Velayetten Doğan Kanunlar Kanun İhtilafları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 1946, s. 505; **Oğuzman/Dural**, s. 272.

³² **Selma Çetiner**, Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, ss. 25-46, s. 27; **Zeynep Özgenç**, Velayete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXII, Y. 2018, Sa. 1, s. 1 vd; **Cem Baygın**, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 259; **Cyril Hegnauer**, Berner Komentaar, Komentaar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2 Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Bern, 1997, Art. 25 § 25.03, (Berner Komentaar); **Andrea Büchler/Rolf Vetterli**, Ehe Partnerschaft Kinder, 2. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, s. 17.

Medeni Kanunda velâyet hakkının tanımı yapılmamıştır, fakat velâyetin kapsamına TMK m. 339 ve devamında değinilmiş, velâyet hakkının içeriğinden söz edilmiş ve belirli hususları kapsadığına işaret edilmiştir. Düzenlemelere bakıldığında, velâyetin çocuğun korunması ve onun yararının gözetilmesi amacıyla, haklar ve yükümlülükler içeren iki boyutlu bir hukuki müessese olduğu görülmektedir³³. Bu amacı gerçekleştirmek için velâyet hakkı sahibi ana ve babaya çocuğun şahsına ve mallarına karşı özen göstermek ve çocuğu temsil etmek konusunda çeşitli haklar, yükümlülükler ve yetkiler verilmiştir³⁴.

Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde de velâyetin tanımı yapılmamıştır.

1980 tarihli Velayete İlişkin Avrupa sözleşmesinin 1. maddesinin c bendinde, "*velâyetle ilişkin karar*" kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, "*çocuğun oturma yerini belirlemeyi içeren, çocuğun bakımına veya onunla kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin kararlar, "velâyet kararları" olarak tanımlanmıştır. (m. 1/c)*³⁵

1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme m. 1/f. 2 uyarınca, "*velâyet sorumluluğu terimi (parental responsibility), ebeveyn otoritesini veya çocuğun kişiliği veya mallarına ilişkin olarak ebeveynlerin, vasilerin veya diğer yasal temsilcilerin haklarını, güçlerini ve sorumluluklarını belirleyen herhangi bir benzer otorite ilişkisini*" ifade eder³⁶.

³³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 407; Çetiner Baktır, s. 29; Baygın, s. 259.

³⁴ Cengiz Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara, 2004, s. 51; Serozan, s. 251; Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, Ankara 2010, (Çocuk Hukuku) s. 236; Emine Akyüz, "Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi", Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 647 vd. (Velayet Hükümlerinin Değerlendirilmesi)

³⁵ Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (RG. 21.02.1983 T., 17966 S.) Sözleşmeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; Feriha Bilge Tanrıbilir, "Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi", (Sözleşme) MHB Yıl: 16, Sayı:1-2, 1996, s. 85.

³⁶ Sözleşme 25.04.2006 tarihli ve 6707 sayılı Kanun (RG, 05.05 2016 T., 26703 S.) ile uygun bulunmuş, 09.05.2016 tarihli ve 2016/8844 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmış ve söz konusu Karar ile Sözleşme metni, 22.05.2016 tarihli ve 29719 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Sözleşme, "Bazı Anlaşmaların Yürürlük Tarihlerinin Tespit Edilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı" (RG, 03.01.2017 T., 29937 S.) ile 01.02.2017'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye 32 devlet taraf olmuştur. Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; The Role of the authorities under the Hague Child Protection Convention (HC 96), <https://www.hcch.net> (Erişim Tarihi, 01.05.2019)

Sözlük anlamı olarak, Arapça w/y (*walāya*) kelimesinden dilimize giren velâyet sözcüğü, yakın olma, yanında olma; koruma, kollama, gözetme, sevmek ve yardım etmek anlamına gelmektedir. Geniş olarak bakıldığında velayet, genel olarak ana, baba ile çocukları arasındaki ilişkileri ifade eden bir kavramdır³⁷.

İsviçre Hukukunda 2013 yılında yapılan revizyondan sonra Temmuz 2014'te yürürlüğe giren yeni düzenlemelerle beraber, velayet hakkı *elterliche Gewalt*)³⁸ kavramı yerine ebeveyn sorumluluğu (*elterliche Sorge*) kavramına yer verilmiştir³⁹. Söz konusu kavram değişikliği, velâyet ilişkisinin ana ve baba için çocuğa karşı görevler yüklemesi ve velâyetin çocuğun yararına kullanılması zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Velâyet hakkı, ana babaya eş zamanlı olarak verdiği hak ve yükümlülüklerden dolayı bir yüküm-hak (*Pflichtrecht*) olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Velâyet hakkı sahibi ana veya baba bu hakkı kullanmakla yükümlüdür⁴¹. Buna göre velâyet, çocuğun şahıs ve malvarlığı bakımından ana ve babaya sadece haklar tanımaz; aynı zamanda onlara bir takım yükümlülükler de verir⁴². Ancak velâyetin bu özelliği, ana ve babanın üçüncü kişiler karşısında sahip olduğu anayasal bir hak olma özelliğini etkilememelidir⁴³. İMK m. 296'da ebeveyn sorumluluğunun tanımı tam olarak yapılmasa da sorumluluğun kapsamı belirlenmiştir. Buna göre, ebeveyn sorumluluğu, ana ve babaya çocuğun yararını önde tutarak, çocuğun ergin olduğu ana kadar ve istisnai hallerde ergin olduktan sonra da çocuğun şahsına, malvarlığına özen gösterme, onu koruma ve gerektiğinde temsil etme yetkisi ve yükümlülüğü sağlayan haktır⁴⁴. İMK m. 133'e göre, ebeveyn sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde hakim çocuğun yararını ön planda tutarak ve çocuğun görüşünü alarak karar verir.

³⁷ (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>; <http://www.etimolojiurkce.com> (Erişim Tarihi: 02.03.2019)

³⁸ **Tuor/Schnyder**, s. 54; **Sutter-Somm/Kobel**, s. 215.

³⁹ Velayet hakkının sadece çocuk üzerindeki bir hak, yetki olarak tanımlanması halinde, velayet hakkı kendisinden alınmış olan ana-babadan nafaka talep edilebilme imkanı ortadan kalkmış olmaktadır. Tam tersini düşünürsek; velayeti yalnızca bir yükümlülük olarak değerlendirdiğimizde, çocuk ile ebeveyn arasındaki duygusal ilişki soyutlanır ve velayet hakkı elinden alınan ebeveynin çocuğu ile kişisel ilişki kuramaması sonucu gündeme gelir. (**Çetiner Baktır**, s. 30)

⁴⁰ **Schwenzer**, *Basler Kommentar*, Art. 296, Nr. 8 ZGB. Düzenlemeye göre, velayet hakkının sorumluluk yönünü ön plana çıkarmak için ebeveyn sorumluluğu kavramının kullanılması yerinde görülmüştür; **Öztan**, s. 1073; **Serozan**, s. 251; **Sutter-Somm/Kobel**, s. 216.

⁴¹ **Schwenzer**, (*Basler Kommentar*), Art. 296, No. 3 **Hegnauer**, (*Berner Komentaar*) Art 25, § 25.03; **Serozan**, s. 250; **Öztan**, s. 1076; **Sutter-Somm/Kobel**, s. 216.

⁴² **Öztan**, s. 1074; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 406; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 341, 342; **Serozan**, s. 250; **Baygın**, s. 259.

⁴³ **Koçhisarlıoğlu**, s. 181; Aynı görüş için bkz. **Baygın**, s. 271; **Öztan**, s. 1076; **Serozan**, s. 251.

⁴⁴ **Sutter-Somm**, (ZGB-OR), s. 139- 142.

Öğretide, TMK m. 335'e bakılarak ve velâyetin niteliği esas alınarak, velâyete ilişkin değişik tanımlar yapılmıştır;

Hatemi'ye göre velâyet, ergin olmayan çocukların ve bazı durumlarda kısıtlı çocukların şahıs ve mallarının korunması açısından ve çocuğun temsili yönünden ana ve babanın sahip olduğu hak ve yükümlülüklerle donatılmış yetkiyi tanımlamak için kullanılan bir hukuki kavramdır⁴⁵.

Tandoğan'a göre velâyet, ' 'ana babanın çocuklarına karşı mükellef oldukları terbiye görevlerini iyi bir şekilde ifa edebilmelerini temin altına alabilmek için çocukların şahıs ve malvarlıkları üzerinde tanınan hakların bütünü' ' ifade etmektedir⁴⁶.

Serozan'a göre velâyet, ana ve(ya) 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 yükümlerin toplamıdır. Ayrıca velâyet, ana ve babanın "anayasal ağırlıklı bir hakkıdır"⁴⁷, ancak çocuğun üstün yararıyla ve onun katılım hakkıyla sınırlanmış öylesine özgecil ve işlevsel bir çerçeve haktır ki yüküm ögesi bu çerçevenin dışında düşünülemez. Bu anlamda yetki ile ödev iç içe geçmiştir; TMK m. 339'da bu olgunun altını çizmektedir⁴⁸.

Baktır Çetiner'e göre velâyet, aile içerisinde çocuğun himayesini temin eden, vazifeler ihtiva eden hukuki bir kurumdur⁴⁹.

Akyüz'e göre velâyet, çocuğun şahsına ve mallarına gerekli özeni göstermek ve çocuğun temsili konusunda ana ve babaya görevler yükleyen ve söz konusu görevlerin en iyi şekilde ifa edilmesi için onlara yetkiler bahşeden, asıl amacı çocuğun yararını gözetmek ve çocuğu korumak olan kurumdur⁵⁰.

⁴⁵ Hatemi /Oğuztürk Kalkan, s. 179, 180.

⁴⁶ Haluk Tandoğan, "Velayetten Doğan Kanun İhtilafları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, Ankara 1946, ss. 505-531, s. 505 vd.

⁴⁷ Serozan, s. 251.

⁴⁸ Serozan, s. 250.

⁴⁹ Baktır Çetiner, s. 28.

⁵⁰ Akyüz, s. 236.

Yargıtay'ın bazı kararlarında⁵¹ yapılan velâyet tanımına bakıldığında, velâyet, küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlı çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunması ve onların temsili konusunda kanunun ana babaya yüklediği ödevleri ve bu ödevlerin gereği olan hakların tümünü ifade etmektedir.

B. VELÂYET HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

TMK m. 335 uyarınca, velâyet çocuğun doğumu ile ana babanın sahip olduğu⁵² kişiye sıkı surette bağlı, hak niteliğinde bir mutlak haktır⁵³. Bu niteliği itibariyle, velâyet hakkı sahibi hakkını, ihlal eden herkese karşı ileri sürebilir⁵⁴. Velâyet hakkının başkasına devredilmesi mümkün olmadığı gibi, velâyet hakkından feragat edilmesi de mümkün değildir⁵⁵. Keza yasal bir sebep bulunmadıkça ana ve babadan alınamaz⁵⁶. Dolayısıyla, Medeni Kanun, velâyet hakkının çocuğun yararına kullanılmasının söz konusu olmadığı hallerde, velâyet hakkının kaldırılmasına olanak tanımıştır. (TMK m. 348) Bu çerçevede, ana-baba açısından yalnızca hak ve yetkileri değil ayrıca görevleri de içerdiği dikkate alınırsa, velâyet hakkının esasen çocuğun yararına hizmet eden, ana-baba tarafından kendi çıkarlarına kullanılamayacak bir kurum olduğu anlaşılmaktadır⁵⁷.

Söz konusu özelliklerinin yanında velâyet hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı, üzerinde tasarruf edilemeyen, devredilemeyen, mirasçılara geçmeyen ve anlaşma konusu yapılamayan bir haktır. Bu özellikleriyle, günümüzde velâyet hakkı, ana babanın kişilik haklarının bir parçası olarak, anayasal ağırlıklı bir haktır⁵⁸. Öğretide, bir kişilik hakkı olarak kabul edilen

⁵¹ Bkz; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1992/2-763 E., 117 K., 17.03.1993 T., Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2016/12457 E. 2016/11712 K. 14.06.2016 T.; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2016/5035 E. , 2016/7858 K. 12.05.2016 T. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi 14.04.2019); **Akıntürk**, s. 342; **Öztan**, s. 374; **Ömer Uğur Gençcan**, Velâyet Hukuku, Yargıtay Uygulaması, Bilimsel Açıklama ve en son İçtihatlar, Ankara 2015, s. 61.

⁵² Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2016/12457 E. 2016/11712 K. 14.06.2016 tarihli kararında da velayet hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu, ana ve baba haricinde üçüncü kişilerce kullanılabilecek haklardan olmadığı hususuna değinilmiştir. Kararın tamamı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi, 14.04.2019)

⁵⁴ **Kemal Oğuzman / Nami Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2006, s. 20; **Çetiner, Baktır**, s. 24; **Öztan**, 1075; **Dieter Hahn**, Kindheits-, Jugend- und Erziehungsrecht, Beck AG, München 2004, s. 46.

⁵⁵ **Schwenzer**, Art 296, Nr. 4; **Oğuzman/Dural**, s. 276; **Akıntürk**, s. 408 vd.; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 359.

⁵⁶ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 359.

⁵⁷ **Oğuzman/Dural**, s. 276; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 359.

⁵⁸ **Öztan**, s. 1076; **Serozan**, s. 251.

velâyet hakkı, amaca bağlı, ana ve babanın kendi yararına değil, çocuğun yararı için kullanılabilen bir haktır⁵⁹.

Velâyet kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması ve kapsamında barındırdığı görev ve sorumluluklar birlikte değerlendirildiğinde, çocuğun rızası olsa dahi, velâyet hakkından kısmen ya da tamamen feragat edilmesi mümkün değildir. Velâyet hakkının kendisinden feragat edilemeyeceği gibi, velâyet hakkının doğurduğu yükümlülüklerin herhangi birinden de feragat edilemez⁶⁰. Çocuğun rızası olsa dahi, çocuğunda bu haktan kısmen veya tamamen vazgeçmesi mümkün değildir⁶¹. Bu durumda, çocuk, kendi rızası olsa dahi velisini değiştiremez, velâyetin kaldırılması söz konusu olmadıkça⁶², velâyet taraflardan birine verilemez ve söz konusu emredici hükmün aksine sulh sözleşmesi de yapılamaz⁶³. Çocuğun evlatlık verilmesinde ve evlendirilmesinde velâyetten feragat veya velayetin devri söz konusu değildir; sadece velâyeti yasal yoldan sona erdiren durumlar söz konusudur⁶⁴.

Velâyetten feragat edilemeyeceğine ve devredilemeyeceğine ilişkin görüşün aksine, velayet hakkının kullanımının geçici bir süre için, sonradan ana ve babanın istedikleri zaman geri alma hakları saklı kalmak suretiyle, bir başkasına da verilebileceğini savunan bir görüş bulunmaktadır⁶⁵. Sosyal ve ekonomik gelişmelerle birlikte, kadının çalışma hayatına daha sık

⁵⁹ Akyüz, (Çocuk Hukuku) s. 30; Öztan, s. 1075.

⁶⁰ Baktır Çetiner, s. 43; Baygın, s. 277; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi 1993, s. 343; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 409,410. Ancak çocuğun malvarlığını kullanma, yönetme ve malvarlığından yararlanma hakkından feragat mümkündür. Ana ve babanın velayet hakkını kullanmada kendilerini yetersiz görmesi doğrultusunda velayetin kaldırılmasını veya değiştirilmesi istemlerini hâkime bildirmeleri ve hâkimin gerekli araştırmaları yaparak çocuğun menfaati doğrultusunda karar vermesi gerekir. Bu doğrultuda velâyet değiştirilebilir, kaldırılabilir veya TMK uyarınca diğer koruma önlemlerinin alınması söz konusu olabilir. (Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 31.)

⁶¹ Usta, s. 22; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 343; Ayrıca Çetiner Baktır'a göre, velâyet, kullanıldığında yeni bir hukuki durum meydana getirmeyen, mevcut hukuki bir durumu değiştirmeyen veya sona erdirmeyen bir hak olduğundan, yenilik doğurucu bir hak olarak değil; alelade bir hak kapsamında değerlendirilir. Bkz.; Baktır Çetiner, s. 23.

⁶² Ancak çocuğun malvarlığını yönetme hakkından feragat etmek mümkün olmamakla beraber; ana ve babanın çocuğun malvarlığını kullanma ve ondan yararlanma haklarından feragat etmeleri mümkün olabilmektedir. Aynı zamanda, ana ve babanın velâyet hakkının gerektirdiği görev ve yükümlülükleri icra etmekte kendilerini yetersiz görmeleri halinde, velâyetin kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin taleplerin velâyet hakkı sahibi ana veya baba tarafından hâkime bildirilmesi halinde, hâkim tarafından gereken tedbirler alınmalıdır. (Yavuz/Acar/Özen, s. 30, 31.)

⁶³ Serozan, s. 151. Gerekli araştırmalar yapılarak, somut olaya göre objektif kriterler neticesinde velâyetin kaldırılması ya da daha hafif koruma önlemlerinden birinin alınması söz konusu olabilir. (Yavuz/Acar/Özen s. 30)

⁶⁴ Çetiner Baktır, s. 43; Zeybek, s. 8.

⁶⁵ Söz konusu görüş içi bkz; Serozan, s. 252; Zeybek, s. 10; Öztan, s. 627. Bu görüşün aksine; ana ve babaya ait yetki ve yükümlülükler sadece belirli bir süre ile kısıtlı olarak söz konusu yerlere bırakıldığından, velâyet hakkının devri veya haktan feragat edilmesi söz konusu değildir. (Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması, Lagal Hukuk Dergisi, Sayı: 49, Ocak 2007, s. 87.) Ayrıca Yavuz'a göre, TMK m. 338'de

bir biçimde katılmasıyla beraber, çocuklar evde bakım sözleşmeleriyle veya bakılmak ve eğitilmek üzere yerleştirme sözleşmeleriyle gündüz bakım evlerine veya yatılı bakım ve eğitim kurumlarına bırakılabilmektedir. Bu noktada, velâyet hakkının kendisinin değil, kullanımının üçüncü bir kişiye devredildiğinin altı çizilmelidir. Velâyet hakkının kullanımının üçüncü kişiye devredilmesi halinde de ana ve babanın gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁶.

Velâyetin haklar sınıflandırmasında başkasının kişiliği üzerindeki mutlak haklardan sayılmasının çeşitli hukuki sonuçları mevcuttur. Öğretide, çocuğu koruma yükümlülüğü, mutlak haklara özgü istihkak benzeri iade istemlerinden ve haksız fiil korumasından yararlanmayı sağlayacağından, çocuğun kendisini haksız olarak alıkoyandan zorla alınması ve bu kişiden ayrıca haksız fiil tazminatının talep edilebilmesi, velayetin mutlak hak olmasının bir hukuki sonucu olarak kabul edilmektedir⁶⁷.

Velâyet hakkının mülkiyet hakkı ve mutlak hak olarak nitelendirilmesi öğretide eleştirilmektedir. Bu görüşü savunanlara⁶⁸ göre, çocuğun kişiliği üzerinde mülkiyet benzeri bir mutlak hak iddiası çocuğu nesneleştirmektedir. Modern hukukta kişilerin hakkın konusu değil, hakkın sahibi olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulsa da velayet hakkı söz konusu olduğunda kendini koruyamayacak kişiler istisna olarak kabul edilmiştir. Bu görüşü savunanlara⁶⁹ göre, velayet hakkı, ana ve babaya tanınan mutlak bir hak olmakla beraber, çocuk üzerinde bir egemenlik hakkı bahşetmemektedir.

C. VELÂYET HAKKINA TABİ OLAN VE SAHİP OLAN KİŞİLER

Velâyet hakkı, aralarında soybağının bulunmasına bağlı ana, babaya ait bir hak olarak, yalnızca çocuklar üzerinde söz konusu olur⁷⁰. TMK m. 335 hükmüne göre, kural olarak ergin olmayan çocuklar, istisnai olarak da ergin çocuklar velâyet altında bulunur. TMK m. 335 uyarınca, “Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça

velayet hakkının devredilemez nitelikte olduğuna ilişkin görüşü yumuşatan bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, üvey ana ya da babanın durum ve koşulların zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun menfaati için onu temsil edeceği düzenlenmiştir (Yavuz, s. 30)

⁶⁶ Sarı, s. 87.

⁶⁷ Baktır Çetiner, s. 54. Çocuğun ana babasının elinden haksız olarak alınması halinde, çocuğu haksız bir şekilde alıkoyan kişiye karşı İcra ve İflas Kanunu⁶⁷ m 25 uyarınca kuvvet uygulama eyleminde çocuğun üstün menfaatinin bulunması gerekir. Üstün menfaat prensibinin sağlanması amacıyla İİK m. 25’e eklenen yeni bir maddeyle ilamın icrasında bir uzmanın hazır bulunması hüküm altına alınmıştır. (Serozan, s. 252.)

⁶⁸ Serozan, s. 253.

⁶⁹ Hatemi/Kalkan, Oğuztürk, s. 155; Usta, s. 23.

⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 357.

velayet ana ve babadan alınamaz. Hakim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyet altında kalırlar.”

Ana ve babanın çocuğun bakım borcunun süresini düzenleyen TMK m. 328/I hükmüne bakıldığında, bakım borcunun çocuğun ergin olmasına kadar devam edeceği söylenmektedir. TMK m. 328/II hükmüne göre, çocuğun ergin olması yani on sekiz yaşını doldurması halinde⁷¹, eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde, çocuğun eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler.

Medeni Kanun velâyet hakkını, çocuğun soybağı ile bağlı bulunduğu ana ve baba ile çocuğu evlat edinenlere tanımıştır. Velayet hakkı, çocuk üzerinde geniş yetkiler sağladığından, velayete sahip olanların sayısının sınırlı tutulması çocuğun yararına olacaktır⁷². Soybağı ile çocuğa bağlı ana-baba ve evlat edinen dışında, üvey ana babanın ve yapay dölleme ile çocuk sahibi olan eşlerin velayet hakkına sahip olup olamayacağı da incelenmelidir.

TMK m. 335, Eski Medeni Kanunun 263. maddesindeki düzenlemeyle aynı doğrultuda, ana ve baba dışında hiç kimsenin velayet hakkına sahip olamayacağını düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre, velayet hakkının kime verileceği, çocuğun doğumu anında ana ve babanın birbirleri ile evli olup olmamalarına göre değişiklik göstermektedir.

Çocuğun ana-babası, çocuğun doğumu anında evli ise, çocuk üzerinde doğumla birlikte ana ve babanın velayet hakkı kurulmuş olacaktır. Meğer ki ana-babanın ya da ana-babadan birinin velayet hakkı doğumdan önce kaldırılmış olsun⁷³. (TMK m. 348/son) Kural olarak, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. (TMK m. 348/son) Evlilik devam etmekle beraber, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse, velayet hakkı hakim tarafından eşlerden birine verilir. (TMK m. 336/II) Velayet hakkı, evliliğin ölümle sonra ermesi halinde ise, çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olacaktır⁷⁴. (TMK m. 336/III) Bu durumda, ana ve baba için önceden verilmiş bir kısıtlılık kararı yoksa, doğumla beraber doğrudan ana ve babaya aittir. Aynı madde hükmü uyarınca, yasal bir sebep olmadıkça, velayet ana ve babadan alınamaz. Söz konusu düzenleme ile çocuğun üstün yararı gerektirmedikçe, ana ve babanın velayet hakkı kaldırılamaz ve kısıtlanamaz. Keza, ana veya babanın velayet hakkına

⁷¹ TMK m. 11'e göre erginlik, on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. ÇHDS m. 1'e göre, çocuğa uygulanabilecek kanuna göre çocuğun daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır.

⁷² Serozan, s. 254.

⁷³ Sarı, s. 83; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 357.

⁷⁴ Grassinger, (Tedbirler) s. 11, 12.

karşı yapılacak saldırılara karşı, Türk Ceza Kanununun çocuğun kaçırılması ve alıkonulması başlıklı m. 234. maddesi uyarınca⁷⁵ cezai müeyyide öngörülmüştür.

Çocuğun ana-babası, çocuğun doğumu anında evli değilse, velayet hakkı doğum ile birlikte kendiliğinden anaya aittir. (TMK m. 337/I) Fakat ananın küçük, kısıtlı, ölmüş olması, ana bakımından velayetin kaldırılma sebeplerinin ortaya çıkması ve velayet hakkının anadan alınması halinde, hâkim çocuğun menfaatine göre vasi atar veya velayeti babaya verir. (TMK m. 337/II) Ancak, velayet hakkının babaya verilebilmesi, çocuk ile babası arasında tanıma (TMK m. 295) ya da babalık davası (TMK m. 301) yoluyla soybağının kurulmuş olması halinde mümkündür⁷⁶. Çocuğun doğumu anında evli olmayan ana-baba, daha sonra evlenerek çocuk ile baba arasında da soybağı kurulduğunda, çocuk ana-babanın ortak velayeti altına girecektir⁷⁷. Nitekim, söz konusu üç durumdan birinin gerçekleşmesi tek başına yeterli olmayacaktır. Bu üç duruma ek olarak, hâkimin babanın da velayet hakkına sahip olmasını gerekli bulması ve bu doğrultuda karar vermesi gerekmektedir⁷⁸.

Velayet hakkı, kural olarak, çocuğun ergin olduğu tarihe kadar devam etmektedir. Bununla birlikte, çocuğun ergin olmasından önce, velayet hakkına sahip olan kişinin ölümü, velayet hakkının kaldırılması (TMK m. 348), boşanma halinde çocuğun ana-babaya bırakılmaması, velayet hakkının sona ermesine yol açar. Çocuk ergin olmakla birlikte kısıtlandığında, hakim kural olarak ana-babanın çocuk üzerindeki velayet hakkının devamına karar verecektir⁷⁹. Fakat, hakim gerekli görürse, kısıtlanan çocuğun vesayet altına konulmasına ve kendisine vasi atamasına da karar verebilir⁸⁰.

⁷⁵ TCK m. 234/I şu şekildedir; “Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

⁷⁶ Bkz. 2. HD., 11503 E., 12563 K 28.06.2016 T. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi 19.03.2019)

⁷⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 358.

⁷⁸ Yargıtay’ın tanıma veya babalık davası sonucu babaya soybağı ile bağlanan evlilik dışında doğan çocuğun velayetinin babaya da verilebileceğini, verilmemesi durumunda, babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı olduğuna ilişkin kararı için bkz. Yargıtay 2. HD. E. 1568, K. 2435, T. 11.03.1993, Yargıtay E. 10545, K. 11294, T. 24.11.1993 www.kazanci.com (Erişim Tarihi 19.03.2019) Söz konusu kararlarda çocuğun ana ve babasını bilme hakkı ve her ikisiyle de düzenli bir biçimde ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkını haiz olduğunu, ÇHDS m. 9/3 uyarınca taraf devletlerin bu hususlara saygı göstermeleri gerektiğine de değinilmiştir.

⁷⁹ Türk Medeni Kanunu tasarisının 335. Maddesinin 2. Fıkrasındaki “velayeti altındadırlar” ibaresi, kısıtlanan ergin çocukların velayet altında kalmaya devam ettiğinin vurgulanması gerekçesiyle, TBMM Adalet Komisyonu’nda değiştirilerek maddede “velayeti altında kalırlar” ibaresine yer verilmiştir. (**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 358, 348. dipnot)

⁸⁰ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 358.

Ana ve baba dışında evlat edinenin, üvey ana-babanın ve yapay dölleme yöntemi ile çocuk sahibi olan kişilerin velayet hakkına sahip olup olamayacağı da incelenmelidir. TMK m. 314/I uyarınca, ‘*Ana ve babaya ait olan hak ve yükümlülükler evlat edinene geçer.*’ hükmü uyarınca, evlat edinenin de çocuk üzerinde velayet hakkı vardır. Evlatlık çocuklar üzerindeki velayet hakkı da TMK m. 314/I uyarınca kanundan doğan bir velayet hakkıdır. Buna göre, ana ve babaya ait olan hakların ve yükümlülüklerin tümü evlat edinene geçer. Nitekim, evlat edinenin velayet hakkı, ana ve babanınki gibi doğum anında değil, evlat edinmeye ilişkin mahkeme kararının verilmesi ile kazanılır⁸¹.

Üvey ana ve üvey babanın ise velayet hakkı yoktur. Ancak, TMK m. 338 eşlerin ergin olmayan üvey çocuklarına karşı özen ve ilgi göstermekle yükümlü olduklarını düzenlemiştir. Söz konusu hükme göre, kendi çocuğu üzerinde velayeti kullanan eşe, diğer eş uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşulların gerekli kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları doğrultusunda temsil eder.

Günümüzde, yapay dölleme yöntemi ile çocuk sahibi olunabilmektedir. Ülkemizde de yapay döllemeye olanak tanınmış ancak Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği⁸² m. 1’e göre, bu hak yalnızca evli çiftlere verilmekte ve eşlerin kendilerine ait üreme hücrelerini kullanmaları suretiyle bu imkândan yararlanmaları mümkün olabilmektedir. Bu çerçevede eşler, üçüncü kişilerin üreme hücrelerini kullanamaz ya da evli çiftlere ait üreme hücreleri başka bir kadın vücudunda doğacak çocuk kendilerine verilmek üzere (taşıyıcı anne veya da kiralık anne) kullanılamaz. (Yönetmelik m. 18/5)⁸³ Yönetmeliğe uygun bir şekilde gerçekleştirilen yapay döllemede çocuğun ana ve babasıyla soybağına ilişkin bir sorun ortaya çıkmadığından, velayete ilişkin bir problem de gündeme gelmeyecektir.

D. VELÂYET HAKKINA HÂKİM OLAN TEMEL PRENSİPLER

Velayet hakkına ilişkin yapılan tanımlara bakıldığında, velayet hakkına hâkim olan ilkeler, çocuğun yararı gereği, çocuğun gelişimi ve yaşamı açısından hâkimin velayet davalarında dikkate alması gereken ilkelerdir. Söz konusu ilkeler; çocuğun üstün yararı ilkesi, kamu düzeni ilkesi, velayetin süreli olması, velayet hakkının bölünmezliği, velayetin ana ve

⁸¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 401.

⁸² RG T. 06.03.2010, S. 27513.

⁸³ Haluk Nomer, “Suni Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 547.

babaya bağılı olarak kullanılan bir hak olması, velayetin kişiye sıkı sıkıya bağılı bir hak olması ve velayet davalarında çocuğun görüşünün alınması ilkesidir⁸⁴.

1. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi

a. Çocuk Kavramı

Doğum ile ergin oluncaya kadarki dönemde kişi, çocuk veya TMK’da kullanılan terim ile küçüktür⁸⁵.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 1. maddesine göre;

“Bu Sözleşmenin amaçları bakımından, çocuk hakkında uygulanabilir olan kanun çerçevesinde daha erken yaşta ergin olma söz konusu olmadıkça, on sekiz yaşın altındaki her insan küçük sayılır.”

Çocuk Koruma Kanunu m. 3./b. a’da ise, çocuk için daha geniş bir tanım yapılmıştır. Buna göre; “Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamı kişi çocuktur.”

Çocuk Koruma Kanununda yapılan tanıma bakıldığında, mahkeme kararı ya da evlenme yolu ile ergin kılınmış olsa da, Kanundaki erginlik yaşına ulaşmayan kişi Kanunda düzenlenen koruma tedbirlerinden yararlanacaktır. Buna karşın, mahkeme kararı ya da evlenme yoluyla ergin kılınan çocuk, Medeni Kanundaki koruma tedbirlerinden yararlanamayacaktır. Bu doğrultuda, TMK’da düzenlenen koruma tedbirleri, velayet altındaki çocuklar için öngörölmüş olduğundan, mahkeme kararı ya da evlenme ile ergin kılınan çocuklar artık velayet altında olmayacağından, onlar bakımından uygulanmayacaklardır. Aynı nedenle, TMK kapsamında alınmış olan koruma tedbirleri, çocuğun ergin olması ile kendiliğinden kalkacaktır⁸⁶.

Cenin için de TMK’da düzenlenen çocuğun korunmasına ilişkin tedbirlerden en ağırı olan velayetin kaldırılması tedbiri TMK m. 348/son uyarınca sonuç doğuracaktır⁸⁷. Fakat TMK m. 348 dışında, TMK’da düzenlenen diğet tedbirlerden ceninin yararlanıp yararlanamayacağı ilişkin TMK’da hüküm bulunmamaktadır. Bu konunun önemli olmasının sebebi ise, anne karnında iken çocuğun koruma tedbirlerinden yararlanmasının mümkün olup olmadığının

⁸⁴ Öztan, s. 1076, 1081; Gençcan, (Velayet Hukuku), s. 81 vd.; Yıldız Abik, “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s. 3.

⁸⁵ Serozan, s. ???; Grassinger (Tedbirler) s. 51.

⁸⁶ Honsell/Vogt/Geiser (Breitschmid), Art. 310, M 15; Hegnauer (Berner Kommentar) Art. 284, N. 56; Grassinger (Tedbirler) s. 52.

⁸⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 20; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 16; Grassinger (Tedbirler) s. 52.

belirlenmesi ihtiyacının bulunmasıdır. Türk Hukuku bakımından bu sorunun cevabı için ceninin hak ehliyetini ne zaman kazanacağına bakılmalıdır.

TMK m. 28'e göre, "Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer."

"Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder."

Madde hükmünde yer alan "sağ ve tam doğum" koşulunun geciktirici mi yoksa bozucu şart mı olduğu öğretide tartışmalıdır.

Öğretide daha fazla savunulan geciktirici şart görüşü⁸⁸ uyarınca, cenin doğumdan önce henüz bir kişiliğe sahip olmayıp, annenin bir parçasıdır. Sağ ve tam doğum koşulunun gerçekleşmesi ile cenin bir kişilik kazanır. Bundan dolayı anne karnındaki çocuğa annenin izniyle her türlü tıbbi müdahalenin yapılması mümkün olacaktır. Bunun yanında ceninin koşul gerçekleşmediği sürede kişilik hakkı olmadığından, kanuni istisnalar dışında, cenine bir hakkın kazanılması ya da kullanılması için kayyım tayin edilmesi de mümkün olmayacaktır⁸⁹.

Kişiliğinin başlangıcının bozucu şartla bağlı olduğu⁹⁰ kabul edildiğinde ise, cenin, sağ ve tam doğma şartının gerçekleşmesine kadar kişilik hakkına sahip olacak, sağ ve tam doğum gerçekleşmediği takdirde kişilik hakkı sona erecektir. Sağ ve tam doğum gerçekleştiğinde ise, zaten var olan kişilik hakkı devam edecektir. Bundan dolayı, söz konusu görüş çerçevesinde ceninin TMK'daki koruma tedbirinden yararlanması, bozucu şart gerçekleşmeyip cenin sağ ve tam doğması durumunda, ana rahmine düştüğü andan itibaren kesintisiz devam edecektir⁹¹.

b. Çocuğun Yararı Kavramı

Çocuğun yararı kavramı, hukuki düzenlemelerde farklı isimlerle karşımıza çıkmaktadır. Çocuğun üstün yararı kavramı; Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 3'te "çocuğun yüksek yararı", Çocuk Koruma Kanunu⁹² m. 4/b. 4'de çocuğun yarar ve esenliği, TMK m. 305'de küçüğün yararı, TMK m. 346'da çocuğun menfaati olarak ifade edilmiştir. Öğretide de bu kavram için çocuğun esenliği⁹³, yararı⁹⁴, güvenliği⁹⁵, çocuğun kendi yararı,

⁸⁸ Söz konusu görüş için bkz.; **Akipek/Akıntürk**, s. 243; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 15; **Arpacı**, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* s. 8; **Dural/Öğüz/Gümüş** (*Kişiler Hukuku*), s. 19; **Serozan**, s. 91; **Grassinger** (*Tedbirler*) s. 54.

⁸⁹ **Grassinger** (*Tedbirler*) s. 54.

⁹⁰ Söz konusu görüş için bkz.; **Hatemi**, *Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul, 2005, B. 3, para. 5.

⁹¹ **Grassinger** (*Tedbirler*) s. 55.

⁹² RG. 15.07.2005 T., 25876 S.

⁹³ **Oğuzman/Dural**, s. 303.

üstün yararı, menfaati ⁹⁶ gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Farklı terimlerin kullanılmasına karşın, içerikleri bakımından kavramlar arasında bir farklılık bulunmamaktadır⁹⁷.

Kanunda düzenlenen söz konusu hükümler incelendiğinde görülmektedir ki, kanun koyucu velinin velayetten doğa görevlerinin çerçevesini, çocuğun yararı, menfaati kavramlarıyla çizmektedir⁹⁸.

Kendisini koruma ve sahip olduğu hakları kullanma bakımından yetersiz olan çocuğun konu olduğu her ihtilafta, onun esenliği, yararı veya menfaati kanun koyucu tarafından öncelikli olarak dikkate alınmaktadır⁹⁹.

Velayet hakkı her ne kadar ana ve babaya tanınmış bir hak olsa da, velayet hakkının asıl işlevi çocuğun korunmasıdır. Bir diğer deyişle, velayet hakkı ana ve babaya ayrıcalık sağlamak için düzenlenmiş bir hak olmaktan ziyade, çocuğun yararını güvence altına almak adına, düzenlenmiştir¹⁰⁰. Bu nedenle günümüz modern aile hukukunda, ana, baba ve çocuğun yararının çatışması halinde, çocuğun yararı üstün tutulmalıdır¹⁰¹. Dolayısıyla, görülmekte olan bir davada, tatbik edilecek yabancı hukukun çocuk yerine ana, babanın yararlarını üstün tutması kamu düzenine aykırı bir düzenleme olarak kabul edilecektir¹⁰².

Çocuğun yararı ilkesi çocuk hukukunun en temel ilkelerinden biridir¹⁰³ ve öğretide bir grup yazar tarafından öncelikle dikkate alınması gereken bir "üst norm" olarak yorumlanmaktadır¹⁰⁴. Çocuğun yüksek yararı kavramının tanımlanması; çocuğun yüksek yararını sağlamak adına hâkimin hangi ölçütleri esas alacağını ve nelere öncelik vereceğini belirlemek açısından son derece önemlidir.

⁹⁴ Serozan, s. 92; Öztan, s. 670 vd.; Baktır Çetiner, s. 32.

⁹⁵ İnan, s. 104.

⁹⁶ Grassinger (Tedbirler) s. 58.

⁹⁷ Grassinger (Tedbirler) s. 58.

⁹⁸ Grassinger (Tedbirler) s. 60.

⁹⁹ Bkz.; 2. HD. 27.03.1991 T. 2412 E., 5136 K. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 12.03.2019)

¹⁰⁰ Serozan, s. 250; Hatemi/Serozan, s. 341; Grassinger (Tedbirler) s. 59; 2. HD, T. 22.11.2001, E. 14060, K. 16341; 2. HD, T.01.02.1999, E. 14425, K. 443, <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 17.12.2018); İlknur Serdar, Birlikte Velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, İzmir 2008, s. 166.

¹⁰¹ Schwenzer, Basler Kommentaar, Art. 273, N. 6; Öztan, s. 626; Serdar, s. 166; Huysal'a göre, çocuğun yararını üstün tutarken hakim, çocuk lehine pozitif ayrımcılık yapmalıdır. (Burak Huysal, Devletler Özel Hukukunda Velayet, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 155, dipnot, 456.)

¹⁰² Günseli Gelgel, Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler, Beta, İstanbul 2012, s. 31.

¹⁰³ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de, çocuk hukuku açısından üç temel ilke benimsenmiştir. Bu ilkeler; çocuğun yüksek yararı ilkesi (m. 3), ayırım gözetmeme ilkesi (m. 2) ve çocuğun yaşama hakkıdır (m. 6).

¹⁰⁴ Serozan, s. 5; Özer Taşkın Özden, Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, Eskişehir, 2006, s. 32 vd.; Akyüz, s. 40, 41, 42; Huysal, s. 155.

Öncelikle dikkate alınan “çocuğun yararı ilkesinin” ne anlama geldiğini açıklamadan önce, ilkenin hukuksal dayanaklarını gözden geçirmek yerinde olacaktır¹⁰⁵.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3. maddesine bakıldığında, çocuğu ilgilendiren her durum ve kararda, çocuğun yararı için mümkün olan en iyi çözüm tercih edilmelidir. Sözleşme'nin 9. maddesinde ise, “*velayet ve kişisel ilişki kurma haklarının varlığı veya kuruluşu konusunda da temel ölçütün çocuğun yararı olduğu*” belirtilmiştir¹⁰⁶. Ancak Sözleşme’de çocuğun yararı kavramı tanımlanmamıştır.

Aynı şekilde, 2010 değişikliği ile Anayasa’nın 41. maddesine eklenen 3. fıkra ile çocuğun üstün yararı ilkesine vurgu yapılarak; çocuğun korunması, bakılması ve çocukla kişisel ilişki kurulması hallerinde, çocuğun yüksek yararının gözetilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir¹⁰⁷.

TMK, “çocuğun yararı” ve “çocuğun menfaati” kavramlarını eş anlamlı olarak kullanmış ve kavramların tanımını açık bir şekilde kaleme almamıştır. TMK’nın birçok maddesinde¹⁰⁸ çocuğun yararını ve menfaatini ön planda tutma ilkesi benimsenmiş olsa da, çocuğun yararı ilkesine ve çocuğun yararının korunmasına ilişkin İsviçre Medeni Kanunundaki gibi genel bir hüküm kaleme alınmamıştır¹⁰⁹.

İsviçre hukukunda ise, çocuğun menfaati ve çocuğun yararı kavramları keskin bir şekilde birbirlerinden ayrılmıştır. Ebeveyn sorumluluğu hükümlerinde yer alan çocuğun menfaati (*Kindesinteresse*) kavramı, çocuğun yararı kavramının yalnızca bir boyutunu oluşturmaktadır¹¹⁰. Buna göre çocuğun yararı kavramının üç boyutlu olduğu kabul

¹⁰⁵ Gelgel, s. 30.

¹⁰⁶ Huysal, s. 155.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.; Serozan, s. 68; Gelgel, s. 30.

¹⁰⁸ TMK m. 339/I’ye bakıldığında, “çocuğun yararı” kavramı yerine “çocuğun üstün menfaati” kavramının kullanıldığı görülmektedir. TMK m. 339/I uyarınca, ana ve baba çocuğun eğitimi ve bakımı konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygular. Yine soybağının hükümlerini düzenleyen TMK m. 325/I ve velayete ilişkin vasi atanmasını düzenleyen TMK m. 337/II’de, çocuğa ilişkin koruma yöntemlerini düzenleyen TMK m. 346 ve velayetin değiştirilmesini düzenleyen m. 349’da çocuğun menfaati kavramına değinilmiştir.

¹⁰⁹ Kaynak İMK’nın 301 maddesinin 1. fıkrasına göre, çocuğun menfaati kavramının en geniş şekli ile kullanıldığı ifade edilmiştir. Bu fıkarda genel itibarıyla, ana-babanın çocuğun menfaatini gözetecikleri, böylece, velayet hakkının icrasında her açıdan çocuğun menfaatlerini dikkate alarak, onun gelişimini ve esenliğini kendi imkanlarının elverdiği ölçüde en iyi şekilde gerçekleştirecekleri ifade edilmiştir. Ayrıca, İMK m. 302’de de velayet hakkı sahibi ana veya babanın açıkça çocuğun zihinsel, bedensel ve ahlaki gelişimini sağlamakla yükümlü oldukları vurgulanmıştır. Madde metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201801010000/210.pdf>, (Erişim Tarihi, 15.04.2019)

¹¹⁰ Sutter-Somm/Kobel, s. 230.

edilmektedir. Bunlar; çocuğun korunması, bakımı ve menfaatleridir¹¹¹. Çocuğun yararı kavramı, çocuğun sosyal, ekonomik ve hukuki yararını kapsamaktadır¹¹². Çocuğun yararı, velayet hakkının kullanılmasında ve düzenlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken en temel kavramdır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 129 III 250¹¹³ kararına bakıldığında, velayet hakkı ana ya da babaya verilirken ve velayetin tevdi söz konusu olduğunda, çocuğun yararının araştırılmasını ve velayetin değiştirilmesi halinde çocuk için olumsuz bir durumun oluşup oluşmadığının incelenmesi üzerinde durmuştur¹¹⁴.

Çocuğun yararının kapsamının belirlenmesi de önemli bir konudur. TMK uyarınca, çocuğun yararının kapsamı açıkça ortaya konulmamıştır. Buna karşın, TMK m. 182'de yer alan düzenleme, yararın kapsamı hakkında bize ipucu vermektedir. Boşanma halinde, ana ve babanın haklarını düzenleyen TMK m. 182/2 hükmü uyarınca, *“Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur.”*

Çocuğun yararı, çocuğun yaşı, yaşadığı çevre ve bulunduğu sosyal şartlara göre değiştiği için göreceli ve varsayıma davalı bir kavramdır¹¹⁵. Bu nedenle öğretilde “çocuğun yararı kavramının tanımlanamazlığı” sorunu gündeme gelmektedir. Çocuğun yararına ilişkin genel bir tanımlamanın yeterli olmaması, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklanması, şartlarının neler olduğunun, tüm uygulama alanını kapsayacak şekilde tarif edilmesini ve açıklanmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan, öğretilde, çocuğun yararı kavramının tanımlanamayacağı, yalnızca tarif edilebileceği kabul edilmektedir¹¹⁶.

Hegnauer, çocuğun yararını; çocuğun kişiliğinin her boyutuyla; psikolojik, ruhsal, fizyolojik, sosyal ve hukuksal yönlerden en iyi şekilde gelişebilmesi ve bu şekilde bir gelişmenin gerçekleştirilebilmesi için gereken şartların sağlanması olarak tarif etmiştir¹¹⁷. İnan ise, çocuğun yararı, menfaati veya güvenliğini, somut bir durumda, çocuğun maddi, manevi, ve sosyoekonomik bütünlüğünün korunması, yetiştirilmesi, kültürel haklarının ve eğitim,

¹¹¹ **Mehmet Köksal**, “Çocuğun Menfaati” Konusunda Türk, Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, c. I, Ankara 2017, s. 358.

¹¹² **Abik**, s. 21, 22.

¹¹³ **ATF 129 III 250** kararı için bkz. www.admin.ch. (Erişim Tarihi: 05.02.19)

¹¹⁴ Ayrıca bkz. **ATF 100 II 76**, www.admin.ch, (Erişim Tarihi 05.02.19)

¹¹⁵ **Grassinger (Tedbirler)** s. 58.

¹¹⁶ **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 450, **Grassinger (Tedbirler)** s. 58.

¹¹⁷ **Hegnauer**, (*Berner Kommentaar*) art. 283, N. 67, N. 68.

öğretiminin sağlanması olarak ifade etmiştir¹¹⁸. Bir başka görüş ise, çocuğun menfaatinde anlaşılması gerekenin, çocuğun yetişkin biri olması halinde kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için nasıl bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar alan kişinin de aynı yönde karar verebilmesi olduğunu ifade etmektedir¹¹⁹.

Yargıtay kararlarında da çocuğun yararı veya menfaati yerine, çocuğun bedeni fikri ahlaki gelişmesinden söz edilmekle, menfaat kavramının kapsamı belirlenmektedir¹²⁰.

Çocuğun yararı kavramının uygulanma alanının bu denli geniş olması, çocuğa yönelik tehlikelerin ve bu tehlikelerin yarattığı sonuçların değişiklik göstermesi, aile yapılarının ve çocuğun yaşadığı çevre şartlarının birbirinden oldukça farklı özelliklere sahip olması gibi nedenlerle çocuğun sağlıklı gelişimini tehlikeye sokan durumların tümünü kapsayacak şekilde genel bir tanımlama yapılamamaktadır. Örneğin, çocuğun ruhsal gelişiminin sağlıklı olduğunun ne anlama geldiği, fizyolojik gelişimi tehlikede olan çocuğun ihtiyaçlarının belirlenmesi gibi hususlar her somut olay açısından farklılık göstermektedir. Somut olay esas alınarak yapılacak her tespit, hukukçuların genel hukuk bilgisini aşan, pedagojik, psikolojik, sosyolojik ve tıbbi bilgilerin varlığını gerekli kılmaktadır¹²¹.

Genel bir değerlendirme yapıldığında, çocuğun yararı, çocuğu ilgilendiren her iş ve davada göz önünde bulundurulması gereken, çocuğun yaşına, fiziksel, zihinsel, ahlaksal, psikolojik ve fizyolojik gelişimine, çocuğun isteklerine ve mutluluğuna, çeşitli çevresel etmenlere (sosyoekonomik koşullar vb.) çevresindeki kişilerle ilişkilerine ve çocuğun yakınlarının yorum ve görüşlerine göre belirlenen, göreceli bir ölçüt olarak tanımlanabilir¹²². Buna göre, velayete ilişkin bir davada çocuğun yararı göz önünde tutularak, yetkili ve görevli mahkeme tarafından bir hüküm tesis edileceği TMK velayet hükümlerine de bakıldığında açıktır.

Çocuğun yararını, menfaatini belirlerken, eğer çocuk bir aile içinde yaşıyor ise, birlikte yaşadığı aile bireylerinin yararlarının ve menfaatlerinin de çocuğunki ile birlikte değerlendirilmesi gerekecektir. Çocuğun yararı veya menfaati, aile bireylerinin ortak yararlarından ayrı olarak değerlendirilemez, nitekim aile ortamında olağan karşılanan hayat

¹¹⁸ İnan, s. 712.

¹¹⁹ Grassinger (Tedbirler) s. 59.

¹²⁰ 2. HD. 27.12.2004 T., 14629/2003 E., 15838/2004 K. (Karar için bkz.; www.kazanci.com/ Erişim Tarihi 13.07.2019); Grassinger (Tedbirler) s. 59; Köseoğlu, s. 299.

¹²¹ Grassinger (Tedbirler) s. 58.

¹²² Özge Yücel, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2013, ss. 117-137, s. 5.

tarzı, çocuğun geniş anlamda sağlıklı gelişimine engel teşkil etmediği takdirde çocuğun yararına veya menfaatine aykırı olarak kabul edilmeyecektir¹²³. Sonuç olarak, çocuk üzerinde koruma tedbirlerinin alınması için; velinin yalnızca velayetten doğan görev ve yükümlülükleri yerine getirmemesi yeterli olmayacaktır; velinin davranışlarının ayrıca çocuğun yararını, menfaatinin tehlikeye düşürmesi gerekmektedir. Örneğin; ailenin yaşadığı yerden ayrılıp, bir başka yere taşınmaları halinde bu durumun özellikle çocuğun gelişimi için bir tehlike yaratması söz konusu değilse, çocuğun sosyal çevresinden kopması ve sosyal gelişiminin zedelenmesi gibi sebeplerle koruma tedbirlerine başvurulamayacaktır. Aynı şekilde, tüm bireyleri sağlıksız beslenen bir ailede çocuğun sağlığı tehlikeye düşmediği sürece, tek başına çocuğun sağlıksız beslenmesi çocuğun yararına veya menfaatine aykırılık olarak değerlendirilemez¹²⁴.

2. Kamu Düzeni İlkesi

Velayet hakkı kamu düzeninden olduğundan, hâkim bir taleple bağlı olmaksızın, re'sen araştırma yaparak, karar vermek zorundadır¹²⁵. Bu durum, velayet konusunda çocuğun üstün yararının ön planda olmasının bir sonucudur¹²⁶. Bu doğrultuda velayete ilişkin davaların yargılama ve infaz aşamasının en kısa şekilde tamamlanması gerekmektedir. Velayet davalarında resen araştırma ilkesi uygulanmaktadır¹²⁷.

3. Velâyetin Ana ve Baba Tarafından Kullanılabilen Bir Hak Olması

Velâyet hakkı, evliliğin devam ettiği süre içerisinde, velayetin kaldırılmasını gerektiren herhangi bir sebep olmadığı takdirde, münhasıran çocuğun soybağı ile bağlı olduğu ana ve baba tarafından “birlikte” kullanılır¹²⁸.

¹²³ **Emine Akyüz**, *Hakimin Velayet Hakkına Müdahalesi*, Ankara 1974, s. 55.

¹²⁴ **Grassinger (Tedbirler)** s. 61. ,

¹²⁵ Hukuk Genel Kurulu, 2014/1047 E. , 2016/171 K kararı uyarınca, ‘*Velayetin kaldırılması eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi, kamu düzeniyle ilgili olup, hâkimin re'sen harekete geçtiği ve re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu işlerdendir. (HMK. m. 385/2).*’ www.kazanci.com (Erişim Tarihi, 13.04.2019)

¹²⁶ **Gençcan**, (*Velayet Hukuku*) s. 81. Nitekim, Hukuk Genel Kurulunun 14.06.2017 gün ve 2017/2-1887 E., 2017/1196 K. sayılı kararında da velayetin düzenlenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu, usulü kazanılmış hak ilkesinin istisnasını oluşturduğu benimsenerek kamu düzeni ilkeye vurgu yapılmıştır. **Hukuk Genel Kurulu**, 2017/1575 E., 2018/672 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi 06.02.19)

¹²⁷ HGK 6.3.2013 T. 2012/2-794 E. 2013/310 K. ‘*... Velayete ilişkin davalar kamu düzeninden olup, bu nitelikteki davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulandığından, davanın açılmasından ve hatta hükmün verilmesinden sonra doğan ve gelişen olayları ileri sürülmesi usule aykırı değildir...*’ <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 17.12.2018)

¹²⁸ **Gençcan**, s. 91; **Baktır Çetiner**, s. 34; **Öztan**, s. 627; **Akıntürk/Ateş Karman**, s. 408. Velâyetin sadece ana ve baba tarafından kullanılabilmesine ve ana baba dışında üçüncü kişiler tarafından kullanılamayacağına ilişkin

TMK uyarınca, ana ve babanın sahip olduğu velâyet hakkı bir bütün olarak ebeveynlere verilir. Eski Medeni Kanun'un 263. maddesi uyarınca, ana ile babanın velâyet hakkına ilişkin bir konuda uyuşmazlık yaşamaları halinde, babanın sözünün reyine üstünlük tanınmaktaydı. Yeni TMK'da bu ayırım ortadan kaldırılmış ve ana ve babanın velâyet konusunda eşit söz hakkı olduğu kabul edilmiştir¹²⁹.

4. Velâyet Hakkının Bölünmezliği

Velâyet hakkının bölünmezliği, velâyet hakkının kapsamında olan, ana ve babaya verilmiş yetki ve yükümlülüklerin ana ve baba arasında bölüştürülemeyeceğini ifade eden bir ilkedir¹³⁰. Velâyet hakkı evlilik birliği içerisinde ana ve baba tarafından beraber kullanıldığından, bölünmez bir niteliktedir. (TMK m. 336/I) Velayetin kaldırılması söz konusu değilse, velâyet hakkının taraflardan birine devredilmesi mümkün değildir. (TMK m. 335/I)

Ana ve baba, velâyet hakkının verdiği tüm yetkileri ve yüklediği tüm sorumlulukları beraber yerine getirir. Örneğin; ananın çocuğun bakımını, babanın ise çocuğun eğitimini üstlenmesi şeklinde bir paylaşım yapılması¹³¹ ya da, çocuğun belirli bir yaşa kadar anaya daha sonra babaya bırakılması; ilkbahar, yaz ayları anneye; kış ve sonbahar ayları ise babaya bırakılması gibi bir durum söz konusu olamaz. Zira velâyet hakkının çocuğun yararına kullanılması gerektiği düşünüldüğünde, çocuğun yararının özellikle küçük yaşlarda düzenli bir hayatı gerektirmesi nedeniyle, velâyetin boşanma ve ayrılık hallerinde bir süre anneye; bir süre babaya bırakılması çocuk açısından sakıncalı sonuçlar doğurabilir¹³².

Öğretide yer alan bir başka görüş¹³³ ise, velâyetin bölünebileceğine yöneliktir. Bu görüş uyarınca, velayet hakkının bir süre anaya bir süre ise babaya verilebilmesi mümkündür. Kanaatimizce bu görüş çocuğun yararı ilkesine uygun düşmeyecektir. Ancak çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda velâyetin değiştirilmesi, yani velayetin bir eşten alınıp

Yargıtay kararları için bkz; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi. 27.06.2005 T., 7730 E., 9943 K.; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.05.2005 T., 5550 E., 7649 K, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi 05.02.19)

¹²⁹ Gençcan, s. 99.

¹³⁰ Baktır Çetiner, s. 47.

¹³¹ Bkz Yargıtay, 2. HD, T. 17.12.2007, E. 2007/16702, K. 2007/17570, "...Velâyetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz. Mahkemece, velayetin babadan kaldırılması isteğine ilişkin dava reddedilmiş, velayet babada bırakılmıştır. Velâyet babada bırakıldığı halde, Türk Medeni Kanunu'nun 346. maddesi koşulları gerçekleşmemişken babanın velayeti fiilen kullanamaması sonucuna münfer olarak çocukların öğrenimlerini davacı (anneanne)'nin yanında sürdürmelerine karar verilmesi doğru bulunmamıştır..." <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi 05.02.2019)

¹³² Baktır Çetiner, s. 47.

¹³³ Söz konusu görüş için bkz. Şakir Berki, Türk Medeni Kanununda Velayetin Çocuğun Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, Ankara 1970, s. 11.

diğerine verilmesi mümkün olabilir. Hukuk Genel Kurulu Hukuk Genel Kurulu 2017/1899 E., 2018/1052 K sayılı kararında, velayetin bölünemeyeceği fakat, koşulların değişmesi (TMK m.183, 349, 351/1) veya velâyetin değiştirilmesini gerektiren haklı bir sebebin bulunması hâlinde mahkemece velayetin değiştirilmesine karar verilebileceği ifade edilmiştir¹³⁴.

5. Velâyetin Süreli Olması

TMK m. 335/I uyarınca, velayet hakkı, çocuk ergin olana kadar ana ve babaya aittir. Öğretide, velâyet hakkının kural olarak, çocuğun doğumuyla ve hatta ana rahmine düştüğü anda başladığı kabul edilmektedir. TMK m. 335/II ‘ye göre, kısıtlanan ergin çocuklar da vasi atanmasına karar verilmediği takdirde velâyet altında kalmaya devam ederler¹³⁵. Söz konusu istisna dışında velâyet hakkı sürelidir. Yasal bir sebep olmadıkça çocuk ergin oluncaya kadar, velayetin ana ve babadan alınması mümkün değildir. (TMK m. 335/I)

Kanunda düzenlenen haller ile erginlik kazanma halinde de velayet sona erecektir. Çocuğun 18 yaşını doldurması ile velayet sona ereceği gibi, çocuğun mahkeme kararı ile ergin kılınması veya evlenerek ergin sayılması hallerinde de ana ve babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı son bulacaktır¹³⁶.

6. Velayetin Kişiyne Sıkı Sıkıya Bağlı Bir Hak Olması

Önceki bölümlerde değindiğimiz üzere velayet hakkı, kişiyne sıkı sıkıya bağlı bir hak olup başkasına devredilemeyen, mirasçılara geçmeyen ve feragat edilmeyen bir haktır.¹³⁷

7. Velayet Davalarında Çocuğun Dinlenilmesi İlkesi (Katılım İlkesi)

Ortak hayata son verilmesi ve ayrılık hallerinde hâkim velayeti eşlerden birine verilebilir. (TMK m. 336/II) Ayrıca, ana ve babanın boşanması halinde de velayet eşlerden birine bırakılır. (TMK m. 336/III) Söz konusu düzenlemelerde velayetin birlikte yaşamaya ara verilmesi, ayrılık ve boşanma hallerinde ana veya babadan birine verileceğini düzenlemiş, fakat gerek Medeni Kanunda, gerekse sair kanunlarda çocuğun kendisiyle ilgili konularda bilgilendirilmesi ve çocuğun görüşünün alınması hususları açıkça düzenlenmemiştir. Aynı zamanda, velayet hakkının hangi yöntem ve ölçütlerle eşlerden birine verileceği hususu da kanunlarda açıkça düzenlenmemiştir.

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hukuk Genel Kurulu, 2017/1899 E. , 2018/1052 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi 06.02.2019)

¹³⁵ **Baktır Çetiner**, s. 43; **Serozan**, s. 251

¹³⁶ **Baktır Çetiner**, s. 43.

¹³⁷ **Baktır Çetiner**, s. 43; **Öztan**, s. 627; **Serozan**, s. 252; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 409;

İMK'da çocuğun velayet ve koruma tedbirlerinin alınmasına ilişkin davalarda dinlenilmesi hususu açıkça düzenlenmiştir. İMK m. 133/II'ye göre, hakim, çocuğun yüksek yararı için önemli olan bütün durumları değerlendirerek, ebeveynlerin ve çocuğun görüşünü alarak ebeveyn sorumluluğuna ilişkin ebeveynlerin haklarını ve yükümlülüklerini düzenler. Çocukla ilgili koruma kararı verilmeden önce çocuğun dinlenmesini ve görüşünün alınmasını düzenleyen 314. maddeye göre, çocuğun yaşı ve diğer önemli sebepler engel olmadığı takdirde, çocuk, vesayet makamı veya vesayet makamının uygun bulduğu bir üçüncü kişi tarafından dinlenecektir¹³⁸.

Velayetin kapsamını belirleyen TMK m. 339/III'te ana ve babanın önemli konularda çocuğun düşüncesini göz önünde tutmaları gerektiğine değinilmiştir. Söz konusu hüküm geniş yorumlandığında, velayet davaları ekseninde, çocuğun dinlenebilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

TMK m. 339 hükmünün geniş yorumlanması dışında, velayet davalarında çocuğun dinlenmesi hususu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre;

“Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere, çocuğun yaşı, olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.

Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun doğrudan veya bir temsilci ile veya uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa özellikle sağlanacaktır.”

Yargıtay, çocukla ilgili verdiği tüm kararlarında Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. Maddesinin uygulanması gerektiğini belirtmek suretiyle, bu ilkenin sadece uygulamada değil teoride de yer almasını sağlamıştır¹³⁹.

Ayrıca, Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3 uyarınca, idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen her çocuk, adli merci önünde, kendisini ilgilendiren davalarda; bilgi alma, danışılma, görüş bildirme ve görüşlerinin uygulanmasından doğacak olası sonuçlardan ve her türlü kararın olası sonuçlarına ilişkin bilgilendirilme hakkına sahiptir. Aynı hususlar

¹³⁸ **Tuor/Schynder**, s. 77.

¹³⁹ **Gençcan**, s. 1576. Bu doğrultuda verilen Yargıtay kararları için bkz.; HGK, 01.10.2003 T., 2/513 E., 521 K.; 2. HD. 28.03.2018 T., 2016/1162 E., 2018/4087 K.; 2. HD., 20.02.2007 T, 2045 E., 2362 K.; 2. HD, 09.12.2003 T., 11130 E., 16513 K.; 2. HD., 08.11.2005 T., 12496 E., 15273 K. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi 23.05.2019)

Çocuğun Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi¹⁴⁰ m. 12/b’de de ifade edilmiştir¹⁴¹.

Çocuğun velayet davalarında dinlenmesi hiç şüphesiz ki çocuğun yararı ve isteği ile sınırlıdır¹⁴². Çocuğun dinlenilmesi, çocuğun yararının doğru bir şekilde belirlenmesi için gereklidir¹⁴³. Hâkim, takdir yetkisini kullanarak çocuğun yararının neyi gerektirdiğini değerlendirerek velayet hakkının hangi eşe verileceğine karar verecektir¹⁴⁴.

Yargıtay, çocuğun davada dinlenmesi konusunda, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin¹⁴⁵ 12. maddesine ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerine atıf yaparak, iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda, görüşlerini, isteklerini ifade etmeye olanak tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesinin gerektiğine değinmiştir. *Bu nedenle ortak çocuk ...’un idrak çağına ulaştığı dikkate alınarak, müşterek çocuğun eğitim, kültür, yaşam imkânları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, velayet hakkına ilişkin tercihinin kendisine sorulması ve çocuk için psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan heyetten (4787 s. Kanun m. 5) çocuğun ana ve baba yanındaki barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirir içerikte sosyal inceleme raporu alınması ve tüm delillerle beraber değerlendirilip eşlerden hangisinin yanında kalmasının çocuğun menfaatine olacağı saptanıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekir*¹⁴⁶.

Görüldüğü üzere Yargıtay, iç hukuka göre idrak yeteneğini haiz çocukların velayete ilişkin davalarda dinlenebileceği yönünde bir görüşe sahiptir¹⁴⁷.

Çocukların velayet davalarında dinlenilmesi için yaş sınırı konusunda Türk Hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay, verdiği tüm kararlarda çocuğun dinlenilmesi

¹⁴⁰ Çocuğun Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, RG., 01.12.2001 T., 24305 S.

¹⁴¹ **Grassinger** (*Tedbirler*) s. 85; **Huysal**, s. 156; **Köle**, s. 148.

¹⁴² **Usta**, s. 149.

¹⁴³ **Serozan**, s. 202; **Gelgel**, s. 32; **Huysal**, s. 157.

¹⁴⁴ **Oktay/Özdemir**, s. 1237, 1238.

¹⁴⁵ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, RG 27.05.1995 T., Karar Sayısı: 9476423, 22184 S.

¹⁴⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2018/2881 E., 2018/14419 K., 12.12.2018 T. Kararın tamamı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi 07.02.2019) Aynı konuda verilmiş bir diğer Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay Genel Kurulu, 16.03.2012 K., 2011/2-284 E., ‘‘(... Tarafların müşterek çocuğu Beste, 27.04.1998 doğumlu olup, halen davacı baba ile yaşamaktadır. 26.05.2009 tarihli oturumda dinlenen ve idrak çağında olduğu anlaşılan Beste, velayetinin babasına verilmesini istemiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12.. ve Çocuk Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. Ve 6. maddeleri ve toplanan tüm deliller ile birlikte değerlendirilerek davanın kabulü ile velayetin davalı anadan alınarak davacı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.’’) <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 07.02.2019)

¹⁴⁷ **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 222; **Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem**, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, İstanbul 2017, s. 267 vd.

gerekliliğini sürekli vurgulamakla birlikte, dinleme içi belirli bir yaş sınırı koymamıştır¹⁴⁸. Bununla birlikte, Yargıtay kararlarındaki somut olaylar dikkate alındığında, sekiz yaş ve üzeri çocukların dinlendiği görülmektedir. Ancak bu durumdan Yargıtay'ın sekiz yaş altındaki çocukların dinlenilmemesi gerektiği kanaatinde olduğuna ilişkin bir hüküm çıkarılamaz¹⁴⁹.

Velayetin eşlerden birine bırakılmasında mahkemenin dikkate alacağı unsurlar konusunda da TMK'da hüküm bulunmamaktadır. Her somut olayın kendi içinde değişiklik gösterdiği düşünüldüğünde, çocuğun yararı gereği, ana ve babanın sosyoekonomik durumları, çocuğun görüş ve istekleri, eşlerin çocukla iletişimi, çocuğa karşı ilgileri, bakımına katkıları ve çocuğun yaşı gibi unsurlar göz önünde bulundurularak velayet hakkının hangi eşe bırakılacağına ilişkin değerlendirme yapılmalıdır¹⁵⁰.

Yargıtay'ın güncel olarak verdiği kararlara bakıldığında, velayete karar verirken Yargıtay'ın çeşitli unsurları göz önünde bulundurduğunu görmekteyiz¹⁵¹. Buna göre; "Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m.1; TMK m.339/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m.4/b) ilkesidir. Çocuğun üstün yararını belirlerken onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. 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 üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür."

¹⁴⁸ HGK, 01.10.2003 T., 2/513 E., 521 K.; 2. HD. 28.03.2018 T., 2016/1162 E., 2018/4087 K.; 2. HD., 20.02.2007 T., 2045 E., 2362 K.; 2. HD., 09.12.2003 T., 11130 E., 16513 K.; 2. HD., 08.11.2005 T., 12496 E., 15273 K. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi 23.05.2019) Ayrıca bkz. **Grassinger (Tedbirler)** s. 88 vd.

¹⁴⁹ Yaş ile ilgili Yargıtay'ın kararlarına konu olan olaylara baktığımızda; 2. HD. 03.04.2003 T., 3393 E., 4801 K. kararında, küçüğün 10 yaşında ve idrak çağında olduğu kabul edilmiştir. 2. HD. 06.03. 2003 T., 1779 E., 2976 K., karardan anlaşıldığı üzere, mahkemede dinlenilmesi gerektiği ifade edilen çocuk dava açıldığı sırada yaklaşık 9 veya 10 yaşındadır. (**Gençcan**, s. 1587, 1579); 2. HD. 08.04.2003 T., 2139 E., 5117 K. kararında 1988 doğumlu ve görüşlerini açıklama olgunluğuna sahip çocuğun dinlendiği ifade edilmiştir. Karar tarihi dikkate alındığında, dinlenen çocuğun dava açıldığı sırada 12 yaşında olduğu görülmektedir. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 23.05.2019)

¹⁵⁰ **Naz Elif Köle**, "Velayet Hakkına, Birlikte Velayet Kavramına, Velayet Davalarında Çocuğun Dinlenmesine Kısa Bir Bakış", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 91, Sayı 6, Yıl 2017, ss. 141-157, s. 147.

¹⁵¹ Bkz. 2. HD., E. 2016/22821 K. 2018/9412 T. 18.9.2018; 2. HD., E. 2015/23244 K. 2017/2392 T. 7.3.2017; 2. HD., E. 2016/23674 K. 2016/16251 T. 20.12.2016; <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi, 01.05.2019)

II. VELÂYET HAKKININ KAPSAMI

Velayet hakkını haiz ana ve babanın hakları, yetkileri ve yükümlülükleri ile çocuğun velayet hakkını haiz ana, babasına karşı olan yükümlülükleri genel olarak TMK m. 339'da düzenlenmiştir. TMK m. 339 ve devamındaki hükümler değerlendirildiğinde, velayet hakkının içeriğinde bazı hak ve yükümlülüklerin bulunduğu görülmektedir. Nitekim, velayet hakkının kullanılmasında, temel gayenin çocuğun yararlarının korunması olduğu TMK m. 339/I'de düzenlenen, “ana ve baba, çocuğun, bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygular” hükmü ile belirtilmiştir¹⁵².

A. ÇOCUĞUN ANA VE BABASININ SÖZÜNÜ DİNLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TMK m. 339/II'ye göre, velayet hakkının kapsamında çocuğun ana ve babasını sözünü dinleme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Ana ve babanın velayetten kaynaklanan haklarının kullanılması ve görevlerinin yerine getirilmesi, önemli ölçüde, çocuğun ana ve babasının talimatlarına uymasına bağlıdır¹⁵³. Çocuğun ana, babasının sözünü dinleme yükümlülüğü ergin olana kadar devam eder. Söz konusu yükümlülük çocuğun yaşı ilerledikçe ve çocuk bağımsızlık kazandıkça azalacaktır. Çocuğun ana ve babasının sözünü dinlemesi de, velayet hakkının çocuğun yararına kullanılması ile sınırlıdır¹⁵⁴. Dolayısıyla, çocuk ana ve babasının kişilik hakkına aykırı veya kendi yararına aykırı nitelikteki talimatlarına uymakla yükümlü değildir¹⁵⁵. Ayrıca, çocuk, ana ve babasının hukuka, ahlaka ve adaba aykırı emirlerini yerine getirmek zorunda değildir¹⁵⁶. Böyle durumlarda, TMK m. 346 ve devamı hükümlerine göre koruma tedbirlerinin alınması gündeme gelir¹⁵⁷.

B. ÇOCUĞUN ŞAHIS VARLIĞINA İLİŞKİN HAKLARININ KULLANILMASI VE YÖNETİLMESİ

Kişi varlığı genel olarak; kişinin özel hayatı, vücut bütünlüğü, şerefi, haysiyeti, itibarı, saygınlığı, sağlığı, özel hayatının gizliliği, adı, soyadı, eseri, sözleri, ekonomik serbestliği ve özgür olma hakkını içine alan bir kavramdır¹⁵⁸. Görüldüğü üzere, maddi değerler yanında manevi değerlerde kişilik hakkının bir parçasını oluşturmaktadır.

¹⁵² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 360.

¹⁵³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 360.

¹⁵⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 360.

¹⁵⁵ Köprülü/Kaneti, s. 248; Oğuzman/Dural, s. 280; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 360.

¹⁵⁶ Oğuzman/Dural, s. 280; Öztan, s. 1109.

¹⁵⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 360.

¹⁵⁸ Baktır/Çetiner, s. 28.

ÇHDS'nin ön sözünde, ‘‘Çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içindeki bir aile ortamında yetişmesinin gerekliliğine.’’ değinilmiştir.

Çocuğun öz adı, yerleşim yeri, eğitimi, özel yaşamı, çevresindeki insanlarla ilişkilerinin belirlenmesi, sağlığı, gözetimi, tüm bakım ve eğitim yetkileri ve ödevleri velayetin manevi boyutuna dahildir. (TMK m. 339-341)¹⁵⁹ Bu kapsamda, ana ve babanın, çocuğun kişiliğine karşı velayet hakkından doğan görevleri; çocuğun fiziksel, ruhsal, ahlaki ve sosyal açıdan sağlıklı bir birey olarak toplumda yer edinebilmesi için gerekli olan ilgi, sevgi ile beraber çocuğa terbiye vermek, eğitmek, gerekli ve yeterli eğitim ve öğrenim olanaklarını çocuğa sunmak, yetişmesini sağlamak, çocukla ilgili kararlarda onun yararını ve kişilik haklarını göz önünde bulundurmak olarak özetlenebilir. Velayet sahibi ana baba, bu görevlerini sosyal, kişisel ve ekonomik imkanları ve yetenekleri dahilinde yerine getirmekle yükümlüdür¹⁶⁰.

TMK ana ve babanın çocuğun şahsı ile ilgili görev, yetki ve hakları m. 339-341 arasında düzenlemiştir; bunun yanı sıra TMK m. 21 çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesini, TMK m. 118 ve m. 126'da ana ve babanın çocuğun evlenmesini ve nişanlanmasına rıza göstermesini, TMK m. 23 ise genel olarak çocuğun kişilik haklarına saygı gösterilmesini düzenlemiştir.

Çocuğa karşı velayet hakkı ana ve baba tarafından da bazı tedbirlerin alınması mümkündür. Zira ana ve baba çocuğu koruma konusunda ilk sırada yükümlülüğü olan kimselerdir. Ana ve babanın çocuğu koruma yetkisinin sınırını yalnızca çocuğun yararı ve katılım ilkesini vurgulayan TMK m. 339 ve özel yasalar belirlemez. Aynı zamanda, çocuğun herhangi bir asgari yaş haddine tabi tutulmaksızın yararlanabileceği anayasal temel hakların sınırlandırılmasında geçerli olan ölçülülük ilkesi (*Verhältnismäßigkeit*) belirler¹⁶¹. Ölçülülük ilkesi genel olarak, kamu hukukunda etkili olan bir ilke olmasına karşın, çocuğun kişi varlığına ilişkin tedbirlerin alınması hususunda da etkili olan bir ilkedir. Çocuğun anayasal özgürlüklerinin ancak ölçülülük ilkesi uyarınca kısıtlanabileceğini göz önünde bulundurursak, ana ve babanın velayet hakkını kullanırken alınacak tedbirin, şekli ve ağırlığı, tedbirin onu gerektiren sebeple uyumlu ve orantılı olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, tedbir ve tehlike arasında uygun bir dengenin sağlanması zorunludur. Anlatılanlar doğrultusunda, çocuğu korumak amacıyla ana ve babanın çocuğun yararı ile sınırlı olarak çocuğu bir süre için odasına

¹⁵⁹ Serozan, s. 260.

¹⁶⁰ Grassinger (*Tedbirler*) s. 18; Hausheer/Geier/Aebi- Müller, s. 282.

¹⁶¹ Serozan, s. 260.; Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Auflage, Bern, 1999, s. 111.

kapatması, çocuk istemese dahi zorunlu eğitimini almak üzere eğitim kurumlarına göndermesi, ve çevresindeki bazı kimselerle görüşmesini engellemesi, alınabilecek olası tedbirlere örnek olarak gösterilebilir¹⁶².

1. Velayet Hakkının Çocuğun Medeni Durumu ile İlgili Hükümleri

a. Çocuğa Öz Ad Koyulması

Çocuk Hakları Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 7/I uyarınca, çocuk doğumundan itibaren isim hakkını haizdir. Bu hükme göre, her çocuk bir öz ada ve soyada sahip olmalıdır. Nitekim, soyadı öz ad ile beraber kişinin ve onun ailesi ile olan bağının bireyselleştirilmesi ne belirginleşmesi hususu için önemlidir¹⁶³.

TMK m. 339/son uyarınca, çocuğun adını ana ve babası koyar. Ancak ana ya da babadan biri, velayet hakkına sahip ise, çocuğun adını velayet hakkına sahip ana veya baba koyacaktır. Hükümün düzenleniş yeri nedeniyle ana ve babanın isim koymasını velayete bağlı bir hak olarak nitelendirebiliriz.¹⁶⁴ Bu hükme göre, çocuğa isim seçmek ve koymak ana ve babaya ait bir görevdir. Çocuğun yararına ilişkin bir aykırılık gündeme gelmediği takdirde ve ismin sosyal hayatta gerçekleştirmesi gereken işlevi yerine getirmesi halinde ana ve baba isim konusunda istedikleri gibi tercihte bulunabilirler.¹⁶⁵ Buna göre, isim koyarken ana ve babanın çocuğun yararına uygun olarak davranmaları gerekmektedir. Çocuğa alay konusu yapacak veya utanacağı ve çocuğun kişi varlığını ve hayatını olumsuz yönde etkileyecek isimlerin verilmemesi gerekir.¹⁶⁶ Ayrıca öğretide çocuğun yararına aykırı olabilecek bir başka durum olan ideolojik isimlerin de konulmamasına ilişkin görüş mevcuttur¹⁶⁷.

Alman ve İsviçre Hukuklarına göre isim, çocuğun kimliğini ve cinsiyetini ortaya koymalıdır. Cinsiyeti belli etmeyen bir ad yalnızca cinsiyeti belli eden bir adla beraber verilebilir¹⁶⁸. Türk Hukukuna bakıldığında, bu şekilde bir sınırlamanın olmadığı görülmektedir.

¹⁶² **Hegnauer**, (*Berner Kommentar*) Art 275 § 47, **Hegnauer**, (*Kindesrechts*) s. 111,112; **Hausheer/Geier/Aebi-Müller**, s. 282.

¹⁶³ **Hegnauer**, (*Kindesrechts*) s. 111; **Hausheer/Geier/Aebi-Müller**, s. 282.

¹⁶⁴ **Akıntürk**, s. 423; **Dural/Oğuz/Gümüş**, s. 329; **M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir**, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Filiz Kitabevi İstanbul 2018, s. 93; **Aksi görüş için bkz.**; **Öztan**, s. 653; **Berki**, s. 39, Bu görüşe göre isim koyma velayete ilişkin bir hak değildir.

¹⁶⁵ **Hegnauer**, (*Berner Kommentaar*), Art 275 § 47; **Hausheer/Geier/Aebi-Müller**, s. 282.

¹⁶⁶ **Grassinger** (*Tedbirler*) s. 25.

¹⁶⁷ **Reyhan Huriye Öztürk**, “Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Sahsı Bakımından Sonuçları” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000, s.104

¹⁶⁸ **Hegnauer**, (*Kindesrechts*) s. 116; **Hausheer/Geier/Aebi-Müller**, s. 282.

Bu durumda Türk Hukukunda çocuğa isim konulmasında esas alınacak tek sınırlama çocuğun yararadır.

Çocuğun yararları ile çatışan bir isim verilmesi durumunda, çocuğun katılım hakkını düzenleyen Çocuk Hakları Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 12 hükmü gereği, çocuğun kendisine verilen ismi değiştirmesine izin verilmelidir.

Çocuğa öz ad koyulması, TMK m. 339/son hükmünün düzenleniş yeri nedeniyle velayet hakkına bağlıdır¹⁶⁹. Çocuğun soyadı ise, esas olarak, soybağının velayet hakkına bağlı olmayan hükümleri arasında düzenlenmiştir. TMK m. 321 uyarınca, '*Çocuk, ana ve baba evli ise, ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak ana, önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa, çocuk ananın bekârlık soyadını taşır.*'" Ana ve babanın boşanması veya ölmesi durumunda çocuğun soyadı yine ailenin soyadı olarak kalacaktır¹⁷⁰. Buna rağmen çocuğun soyadının velayet hakkı kapsamında değerlendirildiği durumlar bulunmaktadır.

Günümüzde boşanmanın ardından çocuğun velayetinin anaya verilmesi üzerine, ananın kendi soyadını çocuğuna verme istemiyle açtığı davalara çok sık rastlanmaktadır. Söz konusu duruma ilişkin yargı mercilerinin iki farklı yaklaşımının bulunduğunu söyleyebiliriz. Bunlardan ilki olan Yargıtay'ın görüşüne göre; TMK m. 321 uyarınca, evlilik birliği devam ederken doğan çocuk ailenin soyadını alır ve soyadı, "soybağına ilişkin bir husus" olduğu için, bu kapsamda değerlendirilir. Bu gerekçeyle, çocuğun soyadının, velayet hakkı sahibi ananın soyadı olarak değiştirilmesine ilişkin mahkemeye iletilen talepler reddedilmelidir. İkinci görüş olan Anayasa mahkemesinin görüşü ise; velayeti anaya verilen çocuğun ananın soyadını alamamasını Anayasa m. 20'de yer verilen aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa m. 10'da teminat altına alınan eşitlik ilkelinin ihlali olarak değerlendirildiği yönündedir. Keza konuya ilişkin Anayasa Mahkemesinin *Ayten Yıldırım* kararında¹⁷¹, Avrupa İnsan Hakları

¹⁶⁹ Akıntürk, s. 423; Dural/Oğuz/Gümüş, s. 329; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 93.

¹⁷⁰ Akıntürk/Akipek/Ateş, s. 442.

¹⁷¹ AYM, Başvuru No:2014/1826, Karar Tarihi:: 20/07/2017., <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 07.02.2019) Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesinin Ayten Yıldırım kararında, "Başvurucu anne, boşanma davasının ardından velayet hakkı tanınan çocuğun soyadının Ankara 15. Aliye Hukuk Mahkemesinde açtığı davada; 2525 sayılı Soyadı Kanunu m.4/II'de yer verilen 'Evliliğin feshi ya da boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa dahi babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.' Şeklinde kaleme alınan hükmünün Anayasa Mahkemesinin 08.12.2011 T., E. 2010/119, K. 2011/165 sayılı kararı ile iptal edildiğini ve bahsedilen iptal hükmü sonrasında velayeti anaya verilen çocuğun soyadının ana tarafından değiştirilmesinin önünde bir engel kalmadığını ileri sürerek çocuğuna kendi soyadının verilmesini mahkemeden istemiştir. Başvurucu anne, boşanma davasından sonra babanın çocukla ilgilenmediğini ve müşterek çocuğun velayeti kendinde olmasına rağmen çocukla soyadlarının farklı olmasından dolayı seyahat ve konaklamalar sırasında zorluklar yaşadığını; her seferinde mahkeme kararını ibraz etmek zorunda kaldığını ve bu durumun kendilerini manevi açıdan çeşitli sıkıntılara soktuğuna..." değinmiştir.

Mahkemesinin *Cusan ve Fazzo* ve İtalya kararıyla¹⁷² aynı doğrultuda bir karar vermiş ve çocuğun soyadını sadece babanın belirlemesini, Anayasa m. 20'nin güvence altına almış olduğu aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak, Anayasa m. 10 ile güvence altına alınan eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi olarak nitelendirerek ve kararın bir örneğinin yeniden inceleme yapılmak üzere Ankara 15. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Öğretide, Anayasa Mahkemesinin çocuğun soyadını velayet hakkı kapsamında değerlendirdiği kararlar, Türk pozitif hukuku ile çeliştikleri gerekçesiyle eleştirilmektedir. Çocuğun soyadının TMK "Soybağının Hükümleri" başlığı altında düzenlenen 321. madde de yer almasına karşın, Mahkemenin konuyu velayet hükümlerine göre değerlendirmesidir¹⁷³. Yargıtay'ın ilgili kararlarına da bakıldığında çocuğun aile soyadı velayet hakkının kapsamında değil, soybağıyla ilgili bir kavramdır¹⁷⁴.

b. Çocuğun Yerleşim Yerinin Belirlenmesi

TMK m. 21/I hükmüne göre, velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının yerleşim yeridir. Ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun yerleşim yeri, kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde, çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır¹⁷⁵. Çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi velayet davasında yetkili mahkemeyi tespit etmek açısından da önem taşımaktadır¹⁷⁶.

Çocuk, vesayet altında ise vesayet makamının bulunduğu yer çocuğun yerleşim yeri olacaktır. (TMK m. 21/II)

Çocuğun yerleşim yeri, bir öğretim kurumuna devam etmek için bir yerde bulunması halinde veya eğitimi, sağlığı, bakımı veya ceza kurumuna konulması ile değişmez. (TMK m. 22) Henüz ergin olmamış çocuğun, ana ve babasının vereceği rıza ile velayeti altında olan kişilerden farklı bir yerde yaşaması ve çalışması halinde, kendi seçtiği yerin yerleşim yeri

¹⁷² "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çocuğun soyadını sadece babanın soyadının belirlemesi esasına ilişkin gerekçenin, cinsiyet ayrımcılığı yasağına aykırı olduğu gerekçesi ile annenin AİHS m.8 uyarınca aile hayatına saygı hakkının, AİHS m.14 ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir." Kararın tamamı için bkz. *Cusan and Fazzo v. Italy* - 77/07, Case Law No: 170, Judgment 7.1.2014, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim Tarihi: 07.02.2019)

¹⁷³ **Başak Başoğlu**, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8 Sayı:1 Yıl 2017, ss.351-378, s. 355.

¹⁷⁴ İlgili bazı kararlar için bkz. Yargıtay HGK E. 2013/18-464, K. 2013/1698, T. 25.12.2013; Yargıtay HGK E. 2013/18-1755, K. 2013/1039, T.13.03.2015 <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 09.02.2019)

¹⁷⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 361.

¹⁷⁶ İlgili karar için bkz. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 2018/5672 E. , 2018/8055 K.; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 2018/5873 E. , 2018/8079 K.

olacağı kabul edilmektedir.¹⁷⁷ Bir başka deyişle, velayet hakkı sahibi ana, babanın rızası çocuğun kendi yerleşim yerini seçebilmesi açısından gereklidir.

Ana ve babanın evli olması ve ortak bir yerleşim yerine sahip olmaları halinde, velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yerinin ana ve babasının yerleşim yeri olacağı açıktır. (TMK m. 339/IV; m. 185/III; m. 186/I) Serozan, TMK m. 21/I'de yer alan düzenlemenin çocuğun yararı ilkesi ile bağdaşmayacağını düşünmektedir, çocuğun sürekli, kesintisiz bir şekilde bulunduğu yerin yerleşim yeri olarak kabul edilmesinin daha yerinde bir çözüm olacağını belirtmektedir¹⁷⁸.

Ana ve baba evli olup ortak yerleşim yerine sahip olmayabilir. Evlilik birliği devam ettiği sürece eşler farklı yerleşim yerlerine sahip olabilirler. TMK m. 21, eşlerin ortak yerleşim yerine sahip olmamaları halinde, çocuğun yerleşim yerinin neresi olacağını açıkça düzenlememiştir. Keza, TMK m. 21 eşlerin ortak yerleşim yerine sahip olmamaları halini evliliğin sona ermesi haline mahsus olarak düzenlemiştir. Eşlerin evlilik birliği devam ederken ortak yerleşim yerine sahip olmamaları değişik nedenlerden ötürü ortaya çıkmış olabilir. Örneğin, eşler ülkenin farklı şehirlerinde memur olarak görev yapıyor olabilirler. Böyle bir durumda eşlerin, çocuğun yararını göz önünde bulundurarak, çocuğun kimin yanında kalacağına kendilerinin karar vermeleri gerektiği söylenebilir. (TMK m. 336/I; m. 339/I) Söz konusu ortak karar sonucunda çocuğun kaldığı eşin yerleşim yeri, çocuğun yerleşim yeri olarak kabul edilir¹⁷⁹.

Boşanma davasında hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verebilir. (TMK m. 170) Hâkim tarafından ayrılık kararı verildiğinde, evlilik birliği devam etse de, bu aşamada evlilik birliğinin askıya alınması söz konusudur. Gerek boşanma, gerekse ayrılık kararında hâkim, müşterek çocuğun hangi ebeveynin yanında kalacağına ilişkin karar verir. Ayrılık kararı verildiğinde, eşlerin velayet hakkı devam ettiğinden, çocuğun yerleşim yeri çocuğun hukuka uygun olarak bırakıldığı ebeveynin yerleşim yeri olarak kabul edilir. (TMK m. 21) Hâkimin ayrılık kararı verirken çocuğun hangi eşe bırakılacağı hususunda karar vermeyi ihmal ettiği durumlarda, TMK m. 21/I uygulanarak, çocuğun oturma yeri, çocuğun yerleşim yeri sayılır.

¹⁷⁷ Elvan Zeybek, Velayet Hakkının Kullanılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 23; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 411.

¹⁷⁸ Rona Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, s. 476.

¹⁷⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.448.

c. Sınırlı Ehliyetsiz ve Küçüğün Evlenmesine ve Nişanlanmasına Rıza Gösterilmesi

TMK m. 118 ve m. 126 uyarınca, ana ve babanın velayet hakkından doğan bir başka yetkisi de çocuğun evlenmesine ve nişanlanmasına rıza göstermektir¹⁸⁰. Ana ve baba çocuğun menfaati hilafına çocuğun evlenmesine ve nişanlanmasına rıza göstermekten kaçınırsa, TMK m. 128 uyarınca çocuk mahkemeye başvurarak hâkimin onayını alabilir.

2. Çocuğun Eğitilmesi

Velayet hakkına sahip ana, baba için çocuğun eğitilmesi, hem hak, hem de göre olarak düzenlenmiştir. Çocuğun eğitilmesi, genel eğitim verilmesi ile beraber, çocuğun mesleki ve dini eğitiminin sağlanmasını da kapsar¹⁸¹. Ana ve babanı bu görevi TMK m. 340'da düzenlenmiştir. Hükme göre, “ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar.” Hükümde belirtildiği üzere, çocuğun yetiştirilmesi için alacağı eğitim, bir yandan ana ve babanın ekonomik olanaklarına bağlıdır. Diğer yandan, çocuğun eğitimi ve bireysel yetenekleri ve eğilimlerine bağlı olarak gerçekleştirilebilecektir¹⁸².

Çocuğun yetiştirilmesi için alması gereken genel eğitimin yanında, ana ve baba, çocuğa mesleki eğitim sağlamakla da yükümlüdür. TMK m. 340/II hükmüne göre, “ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürlü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlarlar.

- **Çocuğun Genel Eğitimi:** TMK m. 340'ta genel eğitimin ne olduğuna ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Öğretide genel eğitim, ana babanın çocuğa kendi kendine toplumsal yaşamda yer edinebilmesi için temel bilgi ve beceri kazandırması ve söz konusu toplumsal yaşam içerisinde diğer bireylerle beraber yaşamının verdiği bazı sorumlulukların bilincini aşılması şeklinde tanımlanmaktadır¹⁸³. Ana ve baba çocuğun alacağı eğitimin niteliğine karar vermekle ve çocuk için en uygun eğitimi seçmekle yükümlüdür. Çocuğun alacağı eğitimin niteliği belirlenirken çocuğun yararı dikkate alınmalıdır¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Grassinger, (Tedbirler) s. 48.

¹⁸¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 361; Usta, s. 121; Aslan, s. 7.; “Çocuğun manevi ve fikri değerleri içerisinde yer alan ve söz konusu değerlerin ortam, koşul ekseninde daha ileri seviyeye taşınmasını konu edinen eğitim hakkı da çocuğun kişi varlığının korunması gerekliliğinin bir parçasını oluşturmaktadır.” YHGK 16.03.2012 T., E. 2011/4-687, K. 2012/26, <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 02.02.2019);

¹⁸² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 361; Grassinger (Tedbirler) s. 25.

¹⁸³ Usta s. 126; Zevkliler, s. 1122; Çelikel/Erdem, s. 44.

¹⁸⁴ Abik, s. 38.

Genel eğitimin içerisinde çocuğun öğrenim hakkının da değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁸⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, çocuğun okul eğitimi alması hususunda karar alma hakkı ana ve babaya ait değildir. Anayasa. 42/I uyarınca, sosyal bir hak olarak, kimse eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamaz; Anayasa m. 42/V uyarınca, eğitim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur; eğitimin zorunlu olması, aynı zamanda eğitimin parasız olmasını gerektirir. (ÇHBS m. 28) Çocuğun eğitim hakkı aynı zamanda İlköğretim ve Eğitim Kanununda da düzenlenmiştir.

- **Çocuğun Mesleki Eğitimi:** Mülga Medeni Kanun, velayet altındaki çocuğun mesleki eğitimini ayrı bir madde olarak düzenlemişken, yeni Kanunda çocuğun mesleki eğitimi, çocuğun genel eğitimi başlığı altında düzenlenmiştir¹⁸⁶. Söz konusu düzenlemeye göre, ana ve baba, çocuğun kişisel özelliklerini dikkate alarak, onun yeteneklerini ve eğitimini gözeterek, genel eğitimin yanında, meslek eğitimini de sağlamakla yükümlü kılınmışlardır. Çocuğun mecburi eğitimini tamamlamasının ardından, onun yeteneklerini geliştirici, eğilim ve arzusuna göre uygun meslek olanağının sağlanması da ana baba için bir yükümlülüktür. Ana babanın bu görevini yerine getirmemesi halinde, çocuğun kendisine meslek eğitimi verilmesini ebeveynlerinden talep etme hakkı bulunmaktadır¹⁸⁷.

Çocuğun eğilimi olmadığı halde ya da başka bir meslekte başarılı olabileceği açıkça anlaşılıyorsa, ana ve babanın çocuğu kendi mesleklerini yapmaya devam etmeye zorlaması, velayet hakkının açıkça kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁸.

Çocuğa bir meslek kazandırıldıktan sonra, ana ve babanın ikinci bir meslek eğitimi alması için çocuğa karşı bir yükümlülüğünün olup olmadığı ise tartışmalıdır. Velinin çocuğa gerekli okul ve mesleki eğitim olanağı sağlaması, çocuğun bu süreçten sonra bir meslek edinme imkânı bulması anlamına gelmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de çocuğun ikinci meslek eğitimi almayı talep etme hakkını, ilk mesleki eğitimi ile bir iş bulma olanağı edinememe şartına bağlamıştır¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 413.

¹⁸⁶ 1926 tarihli 743 sayılı Medeni Kanun (RG. 04.04.1926 T., 339 S.) m. 265'e bakıldığında, sadece çocuğun mesleki eğitimini düzenleyen bir özel hüküm bulunmaktaydı. 2002 tarihli değişiklikle, Türk Medeni Kanunu, mehzaz İsviçre Medeni Kanununun 1976 tarihli değişiklikten sonraki metni ile uyumlu hale getirilmiştir. (Grassinger (Tedbirler) s. 26.)

¹⁸⁷ Akyüz, Armağan, s. 660.

¹⁸⁸ Velidedeoğlu, s. 373; Usta, s. 128.

¹⁸⁹ Grassinger (Tedbirler) s. 32, 33.

Ana, baba ve çocuk arasında, çocuğun alacağı mesleki eğitim bakımından görüş ayrılığı yaşanır ve bir uzlaşmaya varılmazsa, çocuğun bu konuda vereceği karara üstünlük tanınır ve çocuğun isteklerine ve eğilimlerine, ana ve babanın bu konudaki isteklerine göre öncelik verilir¹⁹⁰. Nitekim çocuğun kendi yeteneklerini ve kapasitesini belirleyememesi halinde, kendi verdiği karar ile kendi yararına ters düşen, menfaatlerini gerçekleştirmekten uzak seçimler yapması halinde, çocuğun isteklerine bir sınır çizilmesi gerekir¹⁹¹.

Öğretide, eğer çocuğun velayeti bir tarafa bırakılmış ise, çocuğun mesleki eğitimine, velayetin kendisine bırakıldığı tarafın çocuğun yararını gözeterek karar vermesi gerektiği savunulmaktadır¹⁹². Velinin kararı neticesinde, çocuğun aleyhine sonuçların meydana gelmesi halinde, velayet hakkına sahip olmayan tarafın her zaman itiraz etme hakkı bulunmaktadır¹⁹³.

- **Engelli Çocukların Genel ve Mesleki Eğitimi:** TMK m. 340 uyarınca, ana ve baba, bedensel veya zihinsel açıdan eğitimleri için özel ihtimam gereken çocuğa gereken özeni göstermek, çocuğun kişisel özelliklerine uygun genel ve mesleki eğitimi almalarını kendi olanakları ölçüsünde sağlamakla yükümlüdürler¹⁹⁴.

ÇHS m. 23 uyarınca, taraf Devletler, engelli çocukların hayat şartları bakımından koruyucu sıhhi bakım, tıbbi bakım, psikolojik ve işlevsel tedavileri için yardımcı olma ve çocuğun topluma kazandırılması için gerekli çabayı sağlamakla yükümlüdür. ÇHS m. 23'ü esas alarak Anayasa m. 42 ve m. 61'de özel eğitime ihtiyacı olanlar için gerekli tedbirlerin alınması hususu hükme bağlanmıştır.

Söz konusu hükümlere uygun olarak Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu m. 9/b ve j'de korumaya, bakıma ve yardıma ihtiyacı olan çocukların korunması, bakımı ve yetiştirilmesi için gereken hizmetlerin yürütülmesine, ayrıca, engelliler için gerekli sosyal hizmet kuruluşlarının kurulup işletilmesine ilişkin hüküm yer almaktadır. Aynı zamanda, özel eğitime muhtaç çocuklar için 1983 yılında 2916 sayılı Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar Kanunu çıkarılmış, ancak Kanun 1997 yılında çıkarılan 573 sayılı Kanun Hükmünde Kararname¹⁹⁵ ile yürürlükten kaldırılmıştır. 573 sayılı KHK m. 4/g uyarınca, ailelerin özel eğitimin her türlü boyutuna katılmalarının esas olduğu ifade edilmiştir.

¹⁹⁰ Öztan, s. 651.

¹⁹¹ Grassinger (Tedbirler) s. 33.

¹⁹² Öztan, s. 651; Akyüz, s. 142..

¹⁹³ Baktır Çetiner, s. 64.

¹⁹⁴ Grassinger (Tedbirler) s. 34.

¹⁹⁵ R.G :23011, 06/06/1997 T.

- **Çocuğun Dini Eğitimi:** Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı da velayet hakkı sahibi ana ve babaya aittir. (TMK m. 341/I) Çocuğun dini eğitiminin kapsamında, dinin seçilmesi ve buna uygun eğitim verilmesi hususları da yer almaktadır¹⁹⁶. Bu kapsamda ana babanın kendi dünya görüşlerine göre herhangi bir dini eğitim vermeden yetiştirmeleri de mümkündür. Kural olarak, çocuklarını kendi dini görüşlerine göre yetiştirmek hakkına sahip olsa da, ana, babanın gerek dinin seçilmesi, gerekse dini eğitim verme yöntemi ya da dini eğitimin değiştirilmesi hakkının sınırını velayet hakkının amacı belirler¹⁹⁷. Buna göre, velayet hakkını haiz ana ve baba, çocuğun dini eğitim alıp almayacağına, dini eğitim alması durumunda ne şekilde bir eğitim alacağına TMK m. 340/I'de yer alan ilkeler çerçevesinde bizzat karar verecektir¹⁹⁸.

Çocuğun dini eğitimini sağlama velayete bağlı bir hak olduğundan, çocuğun velayet hakkına sahip ana babasından ayrı olması, bir başka aile veya kurum bünyesinde yaşıyor olması halinde de dini eğitim sağlama hakkı sadece velayet hakkı sahibi ebeveynde olacaktır. Dini eğitim verme hakkının sadece velayet hakkına sahip eşe ait olması özellikle eşlerin farklı inançlara sahip olmaları halinde önem kazanmaktadır¹⁹⁹.

Öğretide hâkim olan görüş uyarınca velayet hakkını haiz olmayan taraf, çocuğun dini eğitimine ilişkin karar verme hakkına da sahip değildir. Bu durumda, velayet hakkına sahip olmayan fakat çocukla kişisel ilişki sürdürme hakkına sahip eşin, çocuğun yararına aykırı olmadan, çocuğun ruhsal gelişimini olumsuz etkilemeden kendi dini veya mezhebine ilişkin öğretileri çocuğuyla paylaşmasında bir sakınca olmamalıdır²⁰⁰. Nitekim dini eğitim verme hakkı velayete bağlı bir hak olduğundan, velayetin değişmesi halinde çocuğa verilen dini eğitimin niteliğinin de değişmesi mümkündür²⁰¹.

Velayet hakkına sahip ana babanın çocuğa mutlaka bir dini eğitim vermek zorunda olup olmadığı hususu da tartışmalıdır. Bu durumda öğretide çocuğa mutlaka bir dini eğitim verilmesi gerektiğini, aksi takdirde çocuğun hâkime şikâyetinde bulunması durumunda, TMK m.

¹⁹⁶ Oğuzman/Dural, s. 361.

¹⁹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 361.

¹⁹⁸ Grassinger (Tedbirler) s. 36; Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1992/2-763 E., 117 K. 17.3.1993 T., kararında, “...Din ahlak ve mesleki terbiyede; öğretim kurumlarıyla birlikte aileye önemli görev verilmiştir. Medeni Kanunun 264/2, 265 ve 266. Maddeleriyle ana babaya verilen bu görevlerle eğitim kurumlarının benimsediği düşünce ve ilkeler arasında sıkı sıkıya ve vazgeçilmesi mümkün olmayan bir ilişki vardır.” şeklinde ifade edilmektedir. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları, MHB Sayı 1-2, Yıl 1996, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/99592>, (Erişim Tarihi, 14.04.2019)

¹⁹⁹ Baktır/Çetiner, s. 66; Akıntürk, s. 426.

²⁰⁰ Baktır/Çetiner, s. 66.

²⁰¹ Öztan, s. 202.

346 anlamında tedbirlere başvurulacağını benimseyen bir görüş mevcuttur²⁰². Bu görüşe karşı olarak, çocuğa bir dini eğitim verilmemesi gerektiğini, dolayısıyla çocuğun kendi dinini kendisinin seçmesi gerektiğini savunan bir görüş mevcuttur²⁰³. Söz konusu madde hükmünün mutlaka çocuğa dini eğitim verilmesi olarak değil, çocuğa velinin isteği halinde hiçbir dini eğitimin verilmemesi olarak yorumlanması gerektiğini savunan bir görüşte mevcuttur²⁰⁴.

3. Çocuğun Sağlığına Dikkat Etme Yükümlülüğü

Ana ve baba çocuğun sağlığına dikkat etmekle yükümlüdür. ÇHS m. 24'e göre çocuk en iyi sağlık düzeyine kavuşma tıbbi bakım ve iyileştirme hizmetleri veren kuruluşlardan yararlanma hakkına sahiptir.

Çocuğun sağlığına dikkat etme konusunda velayet hakkı sahibi ana ve babanın çocuğun geçireceği tıbbi müdahaleler konusunda çocuğun yararını göz önünde bulundurarak rıza gösterme veya göstermeme hakkı bulunmaktadır. Bu noktada, ana ve babanın hangi durumlarda tıbbi müdahaleye rıza göstereceği ve çocuğun ayırt etme gücünün bu konuda belirleyici olup olmadığı önem arz etmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği²⁰⁵ m. 4/f. g uyarınca; tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi ifade etmektedir. Bu kapsamda tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişi (hekim) tarafından, fiziksel ve psikolojik hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ve hastalık niteliğini taşımayan şikayetleri (örneğin, hamilelik esnasındaki şikayetler, estetik ameliyatlar) önlemek, teşhis etmek, iyileştirmek ya da bunların etkisini hafifletmek amacıyla insan vücuduna yapılan müdahaleleri kapsamaktadır²⁰⁶. Daha geniş bir tanıma göre, tıbbi müdahale, insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahaledir. Tıbbi müdahaleye örnek olarak; teşhis, tedavi, önleme amaçlı müdahaleler, ilaç yazılması, tahliller (laboratuvar, röntgen vb.), estetik cerrahi, psikiyatrik müdahale, yaşayan organ bağışçısından organ alınması,

²⁰² Akyüz, s. 44; Cansel, s. 139.

²⁰³ Söz konusu görüş için bkz; Serozan, s. 64; Öztan, s. 653.

²⁰⁴ Bkz.. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 330; Öztan, s. 653; Oğuzman/Dural, s. 279; Buna karşın, hükmün velinin çocuğa dini eğitim vermemesi, çocuğu dinsiz bir birey olarak yetiştirmesi ve din aleyhinde telkinlerde bulunması konusunda özgür olduğu şeklinde yorumlanamayacağını savunan görüş için bkz. Akıntürk/Ateş Karaman, s. 426.

²⁰⁵ RG. 01.08.1998 T., 23420 S.

²⁰⁶ Badur, s. 24; Şenocak, s. 66.

yumurta bağışı çerçevesinde bir kadına yapılan müdahaleler, tüp bebek tedavisi ve adli muayene verilebilir²⁰⁷.

Biyotıp Sözleşmesi²⁰⁸ m. 6/II’de rıza yeteneği olmayan küçüklerin yasal temsilcilerinin rızası ile tıbbi müdahale görebileceği düzenlenmiştir. Biyotıp Sözleşmesi’nde rıza gösterme yeteneği tanımlanmadığı gibi, bu yeteneğe sahip olmayan kişiler açıkça sayılmamıştır. Buna karşın, Sözleşme’nin Açıklayıcı Raporu’nun 41. Paragrafında kişilerin rıza yeteneğinin olmama sebebinin yaş küçüklüğü ya da akıl hastalığı, zayıflığı olabileceği ifade edilmiştir²⁰⁹. Sözleşme’nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında ise, küçüğün görüşünün, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde belirleyici olacağı belirtilmiştir. Sözleşme’nin m. 6. maddesinin beşinci fıkrasına göre, yasal temsilci tarafından verilen rızanın ilgili kişinin (küçüğün veya kısıtlının) daha fazla yararı için, her zaman geri çekilebileceği ifade edilmiştir. Biyotıp Sözleşmesi’nin 6. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, tıbbi müdahaleye rıza gösterecek yasal temsilci, Sözleşme’nin 5. maddesine uygun bir şekilde aydınlatılmalıdır²¹⁰.

Türk Hukukunda ise, küçüğün rıza ehliyeti konusunda, Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) m. 24/I uyarınca, “Hasta küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcisinden izin alınır.” Hastanın velisinin hazır bulunmadığı hallerde ya da ifade gücünün olmadığı hallerde ise bu şart aranmaz. (HHY m. 24/I) Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır. (HHY m. 24/II) Dikkat edileceği üzere, HHY kapsamında ayırt etme gücüne sahip olan küçükler ve olmayanlar arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bununla birlikte, “Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi” ifadesi, bazı küçük ve kısıtlılar için yasal temsilcinin iradesinin yeterli olduğu anlamına gelse de, bunun mevhumu muhalifinden, bazı küçük ve kısıtlılar açısından yasal temsilcilerinin rızasının yeterli olmadığı sonucuna varılabilmektedir²¹¹.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun²¹² (TŞSTİDK) m. 70 uyarınca, tıbbi müdahalelere rıza göstermek için küçüğün ayırt etme gücünün olması gerektiği ifade edilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun ana babasına tıbbi müdahale bakımından

²⁰⁷ **Hakeri Gökcan**, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 43.

²⁰⁸ RG. 9.12.2003 T., 25311 S.

²⁰⁹ **Badur**, s. 109.

²¹⁰ **Hasan Seçkin Ozanoğlu**, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara 2003, s. 72.

²¹¹ **Badur**, s. 111.

²¹² RG. 04.04.1928 T., 1219 S.

bilgi alma hakkı bulunmaktadır²¹³. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun tıbbi müdahale geçirmesi halinde, olası bir tıbbi müdahaleye karar verme yetkisi, çocuğun ana ve babasına aittir. Söz konusu hakkın tanınması TMK m. 339 ve m. 340 çerçevesinde çocuğun bakımını, eğitimi ve kişiliğinin gelişimini sağlama hak ve yükümlülüğünü yerine getirebilmek açısından zaruridir²¹⁴.

Bu noktada, çocuğun tıbbi müdahaleler için karar verebilecek ayırt etme gücüne ve olgunluğa sahip olup olmaması konusunda bir ayırım yapılmıştır. Medeni Kanunumuzda ise kişilerin hangi yaşa kadar ayırt etme gücüne sahip olmadıklarına ilişkin belirli bir yaş sınırı içeren bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumun sonucu olarak, kişilerin ayırt etme gücüne sahip olup olmadıklarının tespiti her somut olayın özelliklerine göre farklılık göstermektedir²¹⁵. Zira İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda²¹⁶, yaşın ayırt etme gücüne etkisi yönünden kesin bir ölçüt olarak kabul edilemeyeceğini, bunun belirlenmesinde her somut olaya ayrı ayrı bakılması gerektiği ifade edilmiştir²¹⁷.

Türk Hukukunda öğretide, çocuğun tıbbi müdahaleye rızası konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Helvacı'ya göre, yalnızca ergin ve olgun çocuklar tıbbi müdahale altına alınma konusunda tek başlarına rıza gösterebilirler. Söz konusu erginlik ve olgunluk 18 yaşında kazanılır, buna göre; kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların özelliği gereği, tıbbi müdahaleye rızanın bizzat çocuk tarafından açıklanabilmesine karşın, yasa koyucunun m. 70'te düzenlediği üzere tıbbi müdahalelerin önemini göz önünde bulundurarak, söz konusu meselede yasal temsilcinin rızasının alınması gerekmektedir²¹⁸. Zevkliler'e göre de sezgin küçük ve kısıtlıların tıbbi müdahale altına alınması için yasal temsilcilerinden rıza alınması gerekir²¹⁹. Bu doğrultuda, ana

²¹³ Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 26 uyarınca, 'Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır.'

²¹⁴ Şenocak, s. 79.

²¹⁵ Örneğin, 8 yaşındaki bir çocuğun kırtasiyeden alışveriş yapma konusunda ayırt etme gücüne sahip olduğu varsayılsa da, aynı çocuğun tıbbi müdahale görme konusunda ayırt etme gücüne sahip olduğu söylenemez. Bu doğrultuda bkz.; Dural/Öğüz, s. 55; Arpacı, s. 22.

²¹⁶ BGE 43 II 208.

²¹⁷ Hausheer/ Müller- Aebi, s. 49, 50. Diğer taraftan bazı hukuk sistemlerinde kişilerin hangi yaştan itibaren ayırt etme gücüne sahip olabilecekleri özel olarak hükme bağlanmıştır. Örneğin, Alman Hukukunda, Alman Medeni Kanunu m. 104'e göre, çocukların yedi yaşında ayırt etme gücüne sahip oldukları hükme bağlanmıştır. (Cees Van Dam, European Tort Law, Oxford University Press 2006, s. 270.) Avusturya Hukukunda 'da yedi yaşını dolduran çocuklar ayırt etme gücünü haiz kabul edilmektedirler. (Öztan, s. 69.)

²¹⁸ Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, Legal, İstanbul 2017, s. 107.

²¹⁹ Aydın Zevkliler, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", DÜHFD, S. 1, 1983, s. 21.

ve babanın hekimle yaptığı tedavi sözleşmesi öğretide üçüncü kişi yararına yapılan sözleşme olarak nitelendirilmektedir²²⁰.

Başka bir görüş uyarınca²²¹, tıbbi müdahaleye rıza göstermenin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması hasebiyle, sınırlı ehliyetsiz küçüklerinde tıbbi müdahalenin bizzat muhatabı olarak bu konuda rıza göstermeleri şarttır. Bu görüşe göre, tıbbi müdahaleye alınacak küçüğün rızasının da yasal temsilcinin yanında alınmasıyla işlem hukuka uygun hale gelecektir. Bu durumda, tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için küçük ve ebeveynlerinin iradelerinin örtüşmesi gerekmektedir²²². TMK m. 16 uyarınca ayırt etme gücünü haiz küçükler, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcilerine ihtiyaç duymaksızın kullanabilirler. Kişiye yapılan tıbbi müdahalelere rıza vermenin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu öğretide genel olarak kabul görse de, küçüğün rızasının yanında yasal temsilcisi olan ana ve babanın rızasının aranmasına ilişkin görüşün temelinde küçüğün korunması düşüncesi yatmaktadır²²³.

C. ÇOCUĞUN MALVARLIĞINDAN DOĞAN HAKLARININ KULLANILMASI VE YÖNETİLMESİ

1. Çocuğun Mallarının Kapsamı

Çocuk mallarını, ölüme bağlı bir tasarrufla veya sağlar arası bir hukuki işlem ile kazanabilir²²⁴. Çocuğun mallarının kapsamına çocuğun serbest malları dışında kalan bütün malları girmektedir²²⁵. Çocuğun mallarının kapsamına; kanundan doğan gelir ve gelir benzerleri, hukuki işlem ve eylemler sonucunda elde edilen kazançlar, tazminat alacakları, çocuğa yapılan bağışlamalar, çocuğun kendi emeği ile kazandığı mal ve kazançlar, yardım nafakası alacağı ve sigortadan doğan alacak ve tazminat alacakları girmektedir.²²⁶ Ayrıca çocuk malları, maddi değeri olan bütün hakları; taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet haklarını, sınırlı ayni hakları, alacak haklarını ve fikri ve sınai hakları da kapsamaktadır²²⁷.

²²⁰ Şenocak, , s. 71.

²²¹ Şenocak, s. 75; Öztan, (*Şahsın Hukuku*), s. 121; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 106.

²²² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 106.

²²³ Şenocak, s. 75; Öztan, (*Şahsın Hukuku*), s. 121.

²²⁴ Söz konusu kazanımlar; çocuğa intikal eden miras (TMK m. 495 vd.), kendi lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar (TMK m. 517 vd.) ve sağlar arası kazandırmalardır.

²²⁵ Akıntürk/Ateş, s. 421; Şeref Ertaş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı 2007, s. 391 vd.; Serozan, s. 266.

²²⁶ Breitschmid, PN. 1 Art. 318 ZGB; Baktır Çetiner, s. 282; Baktır Çetiner, s. 80; Öztan, s. 681; Serozan, s. 265; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s. 299.

²²⁷ Baygın/Doğan, 380; Hegnauer, (*Berner Kommentar*) Art. 28.02 ZGB.

Çocuğun malları üzerinde yapılan bütün hukuki işlemleri kapsayan yönetim hakkı, çocuğun serbest malları dışındaki malları üzerindedir Ana ve babanın üzerlerinde yönetim ve kullanma haklarının bulunmadığı ya da üzerlerinde bu haklardan sadece birine sahip olduğu mallara çocuğun serbest malları denir²²⁸. Serbest malların kapsamına kazandırmalar, çocuğun saklı payı ve çocuğa meslek ve sanat için verilen mallar ve çocuğun kişisel kazancı girmektedir. (TMK m. 357, m. 358, m. 359)

2. Ana ve Babanın Çocuğun Mallarının Yönetme ve Kullanma Hakkı

Çocuk mallarının yönetilmesi, ana ve baba için hem hak, hem de yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Ana ve baba bu haktan feragat edemezler, malların yönetiminde üçüncü kişilerin görüşlerini alabilirler veya malların yönetimini üçüncü kişilere bırakabilirler²²⁹.

Çocuğun mallarının yönetilmesine ilişkin genel kural TMK m. 352/I'de düzenlenmiştir. Buna göre, “ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece, çocuğun mallarını yönetme, hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak, hesap ve güvence vermezler.” Belirtmek gerekir ki; ana, babanın hesap verme ve güvence verme zorunluluklarının bulunmaması, yönetim hakkını sınırsız, kontrolsüz veya kendi çıkarları için kullanabilecekleri anlamına gelmemektedir²³⁰. Ayrıca, ana ve baba, yönetme hakkına sahip olduğu zilyedliğinde bulunan çocuk mallarını da kullanabilirler. (TMK m. 354) Yönetim hakkının kullanılması, yönetimin kapsamına giren mallar üzerinde, fiili egemenliği de gerektirdiği için, ana ve baba çocuğun mallarının fer'i zilyedi konumundadırlar²³¹.

Ana ve baba bu yükümlülüklerini yerine getirmezlerse²³² hâkim çocuk mallarının korunması için müdahale eder. (TMK m. 352/II)

Ana ve babanın yönetim hakkı, TMK m. 357-360 hükümlerindeki istisnalar bir yana bırakılırsa, çocuğun doğum anında sahip olduğu ve sonradan kazandığı bütün mallarını kapsar²³³. Çocuk mallarını yönetme hakkı, malların yönetilmesine ilişkin tüm hukuki işlemleri yapma yetkisini verir²³⁴. Vasiden farklı olarak, ana, babanın çocuk mallarındaki tasarrufları

²²⁸ Ertas, s. 391 vd.

²²⁹ Öztan, s. 684.

²³⁰ Akıntürk, s. 415, 416; Öztan, s. 685.

²³¹ Velidedeoğlu, s. 376.

²³² Örneğin, çocuğun mallarını kendi yararına kullanmak ve çocuğun ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmek, velayet hakkının ihmalkar davranışlarla savsaklandığını ve hatta kötüye kullanıldığını gösterir. 2. HD. T. 17.04.1979, E. 1979/3041, K. 1979/3262. www.lexpera.com/ (Erişim Tarihi, 31.03.2109)

²³³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 364; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s. 300.

²³⁴ Oğuzman/Dural, s. 284; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 364.

için, kural olarak, hakim iznine ihtiyaçları yoktur²³⁵. (TMK m. 342/III) Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetirken, hakimden izin almayacakları gibi, çocuklarının görüş ve reylerini de almak zorunda değildirler. Ancak TMK m. 339 hükmü doğrultusunda “ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağını tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.” Hüküm doğrultusunda ana ve baba çocuklarının yaşı, olgunluğu ve idrak kabiliyetine göre çocuklarını yapılacak işlemler konusunda aydınlatır ve görüşlerini alırlar²³⁶.

Ana ve babanın çocuğun mallarını yönetirken çocuğun yararını gözetmeleri gerekmektedir. Çocuğun malvarlığının korunması amacıyla, çocuğun mallarını; korumak, değerlendirmek ve çoğaltmak için gerekli tedbirler alınmalıdır²³⁷, bu anlamda ana ve baba çocuk adına üçüncü bir kişiye kefil olamaz, vakıf kuramaz ve konusu büyük miktarlar olan bağışlarda bulunamazlar²³⁸. (TMK m. 449) Çocuğun mallarını yönetmekle yükümlü olan velayet sahibi ana ve baba, söz konusu yükümlülüklerini en iyi şekilde yerine getirmekle yükümlüdürler, velayet hakkı devam ettiği sürece, ana ve baba çocuğun mallarını bu doğrultuda en iyi şekilde korumalı, bunu yaparken sadakat ve özen göstermelidirler.²³⁹

Çocuk ile ana, babanın menfaatlerinin çatışması halinde, çocuğa bir kayyım atanır²⁴⁰. (TMK m. 426/b. II) Çocuğun yararı için ana ve babanın yönetim yetkisine TMK m. 345 uyarınca önemli bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, menfaat çatışması, çocuk ile ana ve babası arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak, çocuk ile üçüncü şahıslar arasında yapılacak ve çocuğu borç atına sokacak bir işlemde kaynaklanıyorsa, kayyım atanmasına karar verilir ve aynı zamanda hâkimin onayı aranır. Atanan kayyım, temsil kayyumu niteliğinde olması hasebiyle çocuğu belirli hukuki işlemlerde temsil edecektir²⁴¹. Söz konusu şartlar gerçekleşmediği takdirde ana ve baba çocuğu, çocuğun yararına olmayan hukuki işlemlerle bağlayamazlar²⁴². (TMK m. 345)

²³⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 364.

²³⁶ Hegnauer, (*Kindesrechts*) s. 231; Baygın/Doğan, 386; Akyüz, 156.

²³⁷ Öztan, s. 685.

²³⁸ Öztan, s. 694; Oğuzman/Dural, s. 283; Tekinalp, s. 296; Baygın, s. 390.

²³⁹ Öztan, s. 694; Serozan, s. 267; Baygın, s. 392. Konu ile ilgili Yargıtay kararı için bkz; 1. HD, E. 2009/2480, K. 2009/6034 <https://0214cks4d-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2009-2480-k-2009-6034-t-26-5-2009> (Erişim Tarihi: 17.12.2018)

²⁴⁰ Helvacı, s. 25.

²⁴¹ Oğuzman/Dural, s. 513, Gümüş, s. 211; Yücel, s. 124.

²⁴² Serozan, s. 268.

Evli oldukları süre içerisinde ana ve baba çocuğun mallarını beraber yönetirler. Evliliğin sona ermesi halinde ise, velayet hakkına sahip olan eş, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır. (TMK m. 353) Velayet hakkına sahip olmayan eş bakımından, yönetim hakkının son bulması halinde, çocuğun mallarını hesabıyla birlikte ergin çocuğa vasisine veya kayyımına devrederler. (TMK m. 362) Bu şekilde çocuğun yararı sürekli olarak korunabilecektir²⁴³.

TMK m. 354 uyarınca ana ve baba kusurları sebebiyle velayet hakları kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler. Ana ve babanın sahip olduğu kullanım hakkı, çocuğun bakımı, eğitiminde yapılan giderler gibi çeşitli giderlerin karşılığında kendilerine çocuğun mallarının özüne zarar vermeden ve amacına uygun bir şekilde kullanılmak kaydı ile tanınan bir haktır²⁴⁴. Ana ve baba çocuğun lehine olmak kaydıyla söz konusu haklarından feragat edebilirler²⁴⁵.

Çocuğun mallarını kullanma hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen, kişiye sıkı sıkıya bağlı ve üçüncü kişilerce kullanılamayan ve başkalarına devredilemeyen bir haktır²⁴⁶. Bunun yanında, kullanma hakkı, yönetme hakkından farklı olarak ana ve babanın elinden alınamamaktadır. Kanun metnine bakıldığında, çocuk yararına aykırı uygulamalarda bulunulması hali dahi kullanma hakkının ana ve babadan alınmasına neden olmamaktadır. Ana ve baba kusurları sebebiyle velayet hakları kaldırılmadıkça söz konusu haklarını kullanabileceklerdir. Bir başka deyişle, kullanım hakkı ana ve baba tarafından birlikte, çocuğun ergin olması dolayısıyla velayetin sona ermesine kadar kullanılır, velayet hakkının kaldırılması söz konusu ise velayetin neden kaldırıldığı hususu kullanım hakkının sona ermesinde belirleyici bir rol oynayacaktır; ana ve babanın kusurlu davranışları nedeniyle velayet sona erdiği takdirde kullanım hakkı da sona erecektir²⁴⁷.

3. Çocuğun Mallarının Sarfı

TMK m. 355/I uyarınca, çocuğun mallarının ya da gelirlerinin ana ve baba tarafından sarfı mümkündür. Hükme göre, “ana ve baba, çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak

²⁴³ Öztan, s. 694; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 425; Baygın, s. 387.

²⁴⁴ Öztan, s. 690; Kılıçoğlu, s. 151; Huysal, s. 25; Baygın, s. 416.

²⁴⁵ Oğuzman/Dural, s. 284, 285; Baktır Çetiner, s. 85; Öztan, s. 690; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 427.

²⁴⁶ Öztan, s. 689.

²⁴⁷ Baktır Çetiner, s. 85; Yargıtay 2. HD, T. 08.05.1997, E. 1997/4971, K. 4953, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi, 12.02.2019)

üzere sarf edebilirler.”²⁴⁸. Buna karşın, çocuk mallarından elde edilen gelirlerden yukarıda belirtilen harcamalar karşılandıktan sonra geriye bir şey kalırsa, söz konusu gelir fazlası çocuk mallarına katılacaktır. (TMK m. 355/II)

Çocuk mallarının kısmen sarfına ilişkin olarak ise, TMK m. 356, çocuk mallarının niteliğine göre bir düzenleme getirmektedir. Bir kere, olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler, çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir. (TMK m. 356/I) Buna karşın, ana ve babanın, çocuğun diğer mallarını sarf etmesi için hakimın izni gerekli görülmüştür²⁴⁹. TMK m. 356/II’ye göre, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk bulunuyorsa, hakim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisi tanıyabilir²⁵⁰.

Esas olarak çocuk mallarının korunması ve harcanmasında en önemli nokta, çocuğun yararı ve çıkarlarının korunmasıdır. Söz konusu ilke TMK m. 327/I’de açıkça ifade edilmiş ve çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması ile ilgili tüm harcamaların ana ve baba tarafından karşılanacağı belirtilmiştir. Ana ve baba söz konusu giderleri kendi kazançları ve malvarlıkları ile karşılamalı, çocuğun malvarlığını kullanmamalıdır.²⁵¹ Ancak TMK m. 327/II, m. 355 ve m. 356 uyarınca, ana, baba kendi gelirleri ile masraflarını karşılayamıyor ise, çocuğun mallarını kullanabilirler.

4. Ana ve Babanın Kısmen ya da Tamamen Yönetim ve Kullanma Hakkına Sahip Olmadığı Çocuk Malları

TMK m. 357-359 hükümlerinde belirli malların ana ve babanın yönetim ve kullanma hakkının kapsamı dışına çıkarıldığı görülmektedir. Bunlar; TMK m. 357 hükmünün kenar başlığında da belirtildiği üzere, çocuğun serbest malları olarak nitelendirilmektedir. Bunlar; çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmalar, saklı pay, meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazançlardır²⁵².

²⁴⁸ Yargıtay, 2. HD 22.4.2010 T. 2009/3578 E. 2010/8083 K. “...Velayete ilişkin hüküm kesinleşmiş olup, davaya konu kira alacağı istemi ise Mayıs -Aralık 2006 dönemine ilişkin olup, o tarih itibarıyla velayetin kullanma hakkı anne ve babaya aittir. Öte yandan Türk Medeni Kanununun 360 ve devamı maddeleri uyarınca açılan bir dava da bulunmamaktadır...” <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi: 22.2.2019)

²⁴⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 365.

²⁵⁰ Kılıçoğlu, s. 287.

²⁵¹ Ahmet Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, Ankara: T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, 2003), s. 130. (Kadın ve Çocuk Hakları)

²⁵² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 364, 365.

TMK m. 357/I'e göre, ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla, çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendilerine sarfedemezler²⁵³. Hükme göre, çocuğa yapılan kazandırmalar açısından bir ayırım yapılmıştır. Çocuğa yapılan kazandırma, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılması şeklinde ise, bu kazandırmaların gelirinin ana ve baba tarafından kendi menfaatlerine sarf edilmesinin engellenmesi için, bu hususun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Bunun dışındaki kazandırmalar ise, gelirinin ana ve baba tarafından kendi menfaatlerine sarf edilmesinin engellenmesi için, kazandırmayı yapanın bu yönde irade beyanının bulunması gerekmektedir²⁵⁴. Bu beyan en geç, kazandırmanın yapıldığı anda gerçekleşmiş olmalıdır²⁵⁵. Bu nitelikteki kazandırmalar da, ana ve babanın yönetim hakkının kapsamında bulunur. Ancak, kazandırmayı yapan, kazandırma sırasında açıkça belirtmek suretiyle, yapılan kazandırma üzerinde ana ve babanın yönetim hakkı da kaldırılabilir. (TMK m. 357/II)

TMK m. 358'e göre, ölüme bağlı tasarruf yoluyla, çocuğun saklı payı, ana ve babanın yönetimi dışında bırakılabilir. Miras bırakan, saklı payın yönetimini bir üçüncü kişiye bırakmışsa, miras bırakanın tasarrufunda, bu kişinin belirli zamanlarda sulh hakimine hesap vermesini öngörmesi de mümkündür²⁵⁶.

Çocuğun meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazancının durumu, TMK m. 359 hükmü ile düzenlenmiştir. Çocuk, ana ve babasıyla aynı evde yaşasın ya da ayrı otursun, ana ve baba tarafından bir meslek ya da sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetim ve bunlardan yararlanma hakkı, çocuğa aittir. Ancak, çocuk, ana ve babasıyla aynı evde birlikte yaşıyor ise, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebileceklerdir²⁵⁷.

5. Yönetimin Sona Ermesi ve Ana ile Babanın Sorumluluğu

Ana ve babanın yönetim hakkı, velayetin sona ermesi ya da yönetimin ana ve babadan alınması (TMK m. 361) nedeniyle sona erdiğinde, çocuk mallarının hesabıyla birlikte, ergin olan çocuğa, çocuk vesayet altında ise, vasisine veya yönetimin kayyımına devredilmesi söz konusu ise kayyımına devredilmesi gerekir. (TMK m. 362)

²⁵³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 365.

²⁵⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 365.

²⁵⁵ Oğuzman/Dural, s. 287.

²⁵⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 365.

²⁵⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 366.

TMK m. 363'e göre, "ana ve baba, çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar." Buna göre, ana ve babanın sorumluluğu, ana ve babanın yönetim hakkının ortadan kalkması ile malları devretmeleri halinde son bulacaktır²⁵⁸.

Bu noktada, ana ve babanın sorumluluğu açısından iki sınırlama öngörülmektedir. Bu sınırlamalardan ilki, ana ve babanın, dürüstlük kuralına uygun olarak, başkasına devrettikleri malların yerine yalnızca aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlü olmalarıdır. (TMK m. 363/II) Diğer ise, ana ve babanın kanuna uygun olarak çocuk veya aile için yaptıkları harcamalardan dolayı tazminatla yükümlü tutulmamalarıdır. (TMK m. 363/III)

D. ÇOCUĞUN FİİL EHLİYETİ VE TEMSİLİ

Velayet hakkı sahibi ana, baba çocuklarını velayet hakkı çerçevesinde üçüncü kişilere karşı temsil ederler²⁵⁹. TMK m. 343/I'e göre, "Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir." TMK m. 342/III'e göre, "Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler, velayetteki temsile de uygulanır." Bu durumda, tam ehliyetli olmayan çocuk adına yapılacak işlemlerde, çocuğun temsili bakımından, kural olarak vasiinin kısıtlıyı temsil etmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır²⁶⁰. Ancak, vesayet altındaki kişinin temsili açısından, TMK m. 462 ve TMK m. 463'de belirtilen işlemlerde vesayet ve denetim makamından izin alma zorunluluğu, velayet altında olan küçüklerin temsili bakımından söz konusu değildir²⁶¹.

Velayet altındaki çocuğun yasal temsilcisi, velayet hakkına sahip ana ve babadır. (TMK m. 342/I) Velayet hakkına sahip ana ve babanın her ikisi de veli sıfatını taşırlar. Ana, babadan yalnızca biri velayet hakkına sahipse, yasal temsilci velayet hakkına sahip ana ya da baba olacaktır.

Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti belirlenirken, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse, tam ehliyetsiz; ayırt etme gücüne sahipse, sınırlı ehliyetsiz statüsündedir. Bu doğrultuda, yasal temsilci olan ana, babanın çocuğu temsil yetkisi, duruma göre, tam ehliyetsizlerin temsil edilmesine ya da sınırlı ehliyetsizlerin temsil edilmesine yönelik esaslara tabi olacaktır²⁶². Buna göre, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı, yani tam ehliyetsiz olduğu durumlarda çocuk

²⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 366.

²⁵⁹ Baktır Çetiner, s. 78; Hatemi/Serozan, s. 355.

²⁶⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 362.

²⁶¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 362.

²⁶² Dural/Öğüz, s. 78 vd., 85 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 362.

tek başına hukuki işlem yapamaz, bu nedenle çocuğun yasal temsilcisi olan ana, baba hukuki işlemlerin geçerli olması için çocuk adına ve hesabına bizzat söz konusu işlemleri yapmalıdır. Ayırt etme gücünü haiz yani sınırlı ehliyetsiz çocuk ise, yasal temsilcilerinin rızası ile hukuki işlem yapabilir ve borç altına girebilirler. Sınırlı ehliyetsiz çocuklar kendilerini borç altına sokmayan ve kazandırıcı işlemleri tek başlarına da yapabilirler²⁶³.

Ana ve babanın birlikte velayet hakkına sahip olduğu hallerde, çocuğun temsili de ana ve baba tarafından birlikte gerçekleştirilecektir. Bir başka deyişle, çocuk adına yapılacak hukuki işlemlerde her ikisinin de rızasının bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. (TMK m. 342/II) Anılan söz konusu hüküm çerçevesinde, üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunun, diğer eşin işleme rızasının bulunmadığını bildiğinin ya da gereken özeni gösterseydi bilebilecek durumda olduğunun ispatlanması gündeme gelmedikçe yapılan işlem geçerli olacaktır²⁶⁴. Bu durumda üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmadığı belirlenirken, yapılan işlemin niteliği her somut olaya göre dikkate alınmalıdır²⁶⁵.

Ana ve babanın, yasal temsilci sıfatıyla çocuk adına yaptığı hukuki işlemlerden doğan borçlardan, ana ve babanın çocuk malları üzerindeki haklarına bakılmaksızın, çocuk kendi malvarlığı ile sorumludur. (TMK m. 343/II) Buna göre, çocuk yalnızca ana, babanın çocuğu temsilen gerçekleştirdiği hukuki işlemlerden doğan borçların dışında, diğer borçlarından da kendi malvarlığı ile sorumludur²⁶⁶.

Hiç şüphesiz, ana ve baba çocuk adına hukuki işlem yaparken çocuğun yararı ilkesi doğrultusunda hareket etmelidirler.²⁶⁷ Çocuğun yararının dışında ana ve baba tarafından yapılan işlemlerde temsil yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Temsil yetkisinin aşılması durumunda, iyiniyetli üçüncü kişiler temsil yetkisini aşan kişiden talepte bulunabilirler²⁶⁸.

1. Çocuğun Aileyi Temsil Etmesi

TMK m. 344 hükmü, belirli şartlarla, çocuğa aile birliği için yaptığı işlemlerle ana babasını borç altına sokma olanağı tanımaktadır. TMK m. 344'e göre, velayet altındaki çocuk, ayırt etme gücüne sahip olduğu takdirde, ana ve babanın rızasıyla aile adına hukuki işlemler

²⁶³ Oğuzman/Dural, s. 293; Öztan, s. 654; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 418; Baygın, s. 297; Helvacı, s. 69.

²⁶⁴ Kılıçoğlu, s. 137, 138; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 363.

²⁶⁵ Öztan, s. 363

²⁶⁶ Oğuzman/Dural, s. 295.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 363.

²⁶⁷ Oğuzman/Dural, s. 293; Öztan, s. 655.

²⁶⁸ Serozan, s. 184.

yapabilecekler²⁶⁹. Anılan hükme göre, çocuğun aileyi temsil etmesi için, ayırt etme gücünü haiz olması ve ana, babanın çocuğa temsil yetkisi tanımış olmaları yeterlidir. Tanınan yetki çerçevesinde yapılan hukuki işlemlerden ötürü ana ve babanın borç altına girmesi söz konusu olmaktadır.

2. Çocuk ile Ana ve Babası Arasındaki Hukuki İşlemler

TMK m. 345'e göre, "Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hakimin onayına bağlıdır."

TMK m. 345 kapsamında, hem çocuk ile ana baba arasında yapılan ya da ana babanın çocuğu temsilen kendileriyle yaptığı işlemler hem de çocuğun veya çocuk adına ana babanın üçüncü kişilerle yaptığı ve çocuğu ana ve baba yararına borç altına sokan işlemler yer almaktadır²⁷⁰. Bu durumlarda, ana-baba ve çocuk arasında menfaat çatışması bulunduğu düşünülerek, yapılan işlemin çocuğu borç altına sokabilmesi için işleme bir kayyımın katılması ve hakimin onayı aranmıştır. Ana-babanın çocuğa ait bir malı satın almaları birinci duruma; çocuğun ana-babanın borcuna teminat göstermesi (ipotek tesis etmesi) ikinci duruma örnek olarak gösterilebilir²⁷¹.

Belirtmek gerekir ki, bu niteliği taşıyan borçlandırıcı işlemler gibi, tasarruf işlemlerinin geçerliliği de aynı şartlara tabidir²⁷².

TMK m. 345 hükmünün amacı, çocuk ile ana-baba arasında ortaya çıkabilecek menfaat çatışmasının engellenmesi olduğundan, böyle bir çıkar çatışmasının bulunmadığı hallerde, TMK m. 345'in uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ana-babanın çocuğa yaptığı bağışlamaların durumu da bu şekilde değerlendirilmelidir²⁷³.

²⁶⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 363.

²⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 363.

²⁷¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 364.

²⁷² Oğuzman/Dural, s. 296; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 419, 420; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 364.

²⁷³ Oğuzman/Dural, s. 296; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 364.

III. VELAYET HAKKININ KULLANILMASI

A. ANA VE BABANIN ÇOCUĞUN DOĞUMU ANINDA EVLİ OLMASI HALİNDE

Türk Medeni Kanunu sistematğine bakıldığında, çocuk üzerindeki velayet çocuğun doğumu anında ana ve babasının evli olup olmamasına göre belirlenmektedir. Kural olarak, çocuğun doğum anında ana ve baba evli ise kanundan doğan velayet hakkı ana ve baba tarafından beraber kullanılır. Hiç şüphesiz, bunun için, ana ve babanın veya herhangi birinin velayet hakkının, doğumdan önce mahkeme kararı ile kaldırılmamış olması gerekmektedir.

İsviçre hukukunda, velayet hakkının kullanılması ana ve babanın evli olup olmamasına göre farklılık göstermektedir. İMK m. 297/I evli ana, babanın ebeveyn sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre, evli ana ve baba çocuğa karşı birlikte sorumludurlar²⁷⁴.

B. ANA VE BABANIN ÇOCUĞUN DOĞUMU ANINDA EVLİ OLMAMASI VEYA BİRLİKTE YAŞAMAYA ARA VERMELERİ HALİNDE

Çocuğun doğum anında ana ve babasının evli olmaması halinde, TMK m. 337/I uyarınca çocuğun velayeti *ipso iure* şekilde anada olacaktır. Söz konusu hükümde doğum anında ana ve babası evli olmayan çocuğun velayetinin ana ve baba tarafından ortak kullanılmak istenmesi hali hükme alınmamıştır. Çocuğun korunması bakımından, doğum anında ana ve babası evli olmayan çocuğun babası ile soybağı kurulduğu takdirde, velayet birlikte kullanılmak isteniyorsa, bu konuda kanundaki boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerektiği ve hâkimin takdir yetkisinin sınırının çocuğun yararı ilkesi olduğu söylenebilir²⁷⁵. Ancak, ananın velayet hakkının mahkeme kararıyla kaldırılmış olması, ananın küçük ve yahut kısıtlı olması veya ölmesi söz konusuysa, çocuğun babası ile soybağının kurulmuş olması koşuluyla çocuğun velayetinin hâkim tarafından babaya bırakılması söz konusu olabilir. (TMK m. 337/II)

Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri halinde velayet hakkının nasıl kullanılacağı TMK m. 336/II uyarınca hükme bağlanmıştır. Buna göre, "*ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim velayeti eşlerden birine verebilir.*" Bu hükme göre, hâkim,

²⁷⁴ Sutter-Somm/Kobel, s. 216; Büchler/Vetterli, s. 170.

²⁷⁵ Serdar, s. 169, 193.

birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde, sadece çocuğun himayesini değil, velayet hakkını da eşlerden birine verebilir²⁷⁶. Ancak, öğretide madde hükmünün uygulanmasının istisnai nitelikte olduğunu ve hükümden çekinceli olarak yararlanılabileceğini belirten görüşler mevcuttur²⁷⁷. Madde hükmünün uygulanabileceği bir duruma örnek vermek gerekirse; eşlerin oturduğu yerlerin mesafe olarak birbirine çok uzak olması, eşlerin velayet hakkından kaynaklanan yükümlülüklerini sorumluluk bilinci ile yerine getirmemeleri ve eşlerin müşterek çocukla ilgili meseleler hakkında birbirlerini haberdar edecek durumda olmamaları veya olamamaları, velayetin eşlerden birine verilmesini gerektirebilir²⁷⁸. Söz konusu hükme çekinceli yaklaşılmasının nedeninin altında, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde eşlerin yeniden bir arada yaşamaya karar verme ihtimallerinin olması düşüncesi yatmaktadır²⁷⁹.

İsviçre hukukunda ise, çocuğun doğduğu anda evli olmayan ve çocuk dünyaya geldikten sonra boşanan ana ve babanın velayet hakkını nasıl kullanacakları ise, İMK'nın 298 ve 298a maddelerinde düzenlemiştir²⁸⁰. Buna göre, boşanma kararının ardından velayet tek bir eşe bırakılabileceği gibi, şartlar sağlandığında hâkim, eşlerin birlikte velayet hakkına sahip olmalarına da hükmedebilir. Velayetin kazanılması ve sürdürülmesi bakımından eşler arasında bir anlaşmazlığın bulunduğu hallerde (İMK m. 298b; m. 298c; m. 298d) ve ayrıca çocuğun bakım ve gözetim hakkının hangi eşe verileceği noktasında (İMK m. 133/I,II; m. 298/II) çocuğun yararı ölçütü ile hâkim karar verecektir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde İsviçre mahkemelerinin uygulaması genel olarak çocuğun sadece bir tarafın himayesi altına bırakılması şeklindedir. Çocuğun velayeti konusunda kesin bir kararın verilmesi boşanma kararından sonrasına bırakılmaktadır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda ayrılık kararı verilmesi sonucunda eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri halinde velayetin ortak kullanımına devam

²⁷⁶ **Canan Yılmaz**, Türk ve İsviçre Hukuklarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 169.

²⁷⁷ **Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina Aebi-Müller, (Breitschmid)** Basler Kommentar - ZGB I, **Honsell, Heinrich/Vogt, (Schwenzer)** 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, s. 935, 936; **Cyril Hegnauer/Peter Breitschmid**, Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Bern 2000, § 21, §29.

²⁷⁸ **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Breitschmid)** (Basler Komentaar) s. 936; **Hegnauer/Breitschmid**, § 21, §29; **Yılmaz**, s. 169.

²⁷⁹ **Yılmaz**, s. 169.

²⁸⁰ **Sutter-Somm/Kobel**, s. 217.

edilmektedir²⁸¹. Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde velayetin eşlerden birine verilmesi ancak belirli şartlar oluştuğunda mümkün olabilir²⁸².

C. VELAYETİN TEVDİİ

Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayet hakkına beraber sahiptirler. (TMK m. 335) Ancak, TMK m. 336/III uyarınca, kanun koyucu boşanma anında çocuğun velayetini eşlerden birine tevdi etmelidir. Öğretide, hükümde kural içi boşluk bulunmadığı ve kuralın emredici olduğu kabul edilmektedir²⁸³. Hâkim tevdi kararını verirken, velayet kendisine verilmeyen taraf ve çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ve bu tarafın çocuğun bakım ve eğitim masraflarına katılmasına ilişkin karar verecektir.

Düzenlemede velayetin anaya mı, yoksa babaya mı verileceği hususunda hâkime geniş bir takdir yetkisi (TMK m. 4) sunulduğu görülmektedir. Hâkim bu durumda somut olayı, güncel koşullara göre değerlendirerek, tarafları ve olayın koşullarını ayrı ayrı inceleyerek, Kanunda öngörülmemiş olmasına karşın “çocuğu dinleyerek” karar verir. Hâkim çocuğun yararını korumaya olağanüstü önem vererek karar vermelidir²⁸⁴. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir²⁸⁵.

Çocuğa ilişkin söz konusu sorunların çözümü kamu düzeninden olduğu için hâkim bu konularda tarafların talepleri olmaksızın re’sen karar verir ve tarafların yapmış olduğu olası bir anlaşmayla bağlı olmaz²⁸⁶.

D. VELAYETİN EŞLER TARAFINDAN BİRLİKTE KULLANILMASI: ORTAK VELÂYET

Türk Medeni Kanununa bakıldığında, velayete ilişkin üç temel kural olduğu görülmektedir; Buna göre;

- TMK m. 336 uyarınca, ana ile baba evlilik birliği devam ederken velayeti birlikte kullanırlar.

²⁸¹ Yılmaz, s. 169.

²⁸² Ayrılığın öngörülen süresinin çok uzun olması ve eşlerin görüşlerinde velayetin bir tarafa bırakılması yönünde olması gibi sebeplerle ayrılık kararı sırasında velayet hakkı eşlerden birine verilebilir. Söz konusu karar çocuğun yararı gözetilerek alınır. (Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, (Breitschmid), (Basler Kommentaar), s. 936.)

²⁸³ Öztan, (Velayetin Tevdii), s. 9.

²⁸⁴ Öztan, (Velayetin Tevdii), s. 10.

²⁸⁵ Gençcan: s. 222; Gençcan, , s. 159; 2HD., 29.5.2007, 13787/9038, Gençcan s. 159; 2 HD.28.9.1995, 8706/9558, Gençcan, s. 159.

²⁸⁶ Akkaya, s. 87.

- Evlilik birliği içinde dünyaya gelmeyen çocuğun velayeti ise anneye aittir (TMK m. 337/I)²⁸⁷.
- Evliliğin boşanma kararı ile son bulması halinde ise velayet anaya veya babaya bırakılır (TMK m. 336/II)²⁸⁸.

Ortak yaşama son verilmesi halinde ya da boşanma davası devam ederken, ana ve babanın velayeti birlikte kullanmaya devam etmesi mümkün olmakla birlikte, boşanma davası sonucunda ana ve babanın velayeti birlikte kullanmaya devam edip edemeyeceği hususu ortak velayetin incelenmesi bakımından önemlidir²⁸⁹.

TMK hükümlerine bakıldığında ortak velayete ilişkin bir düzenlemenin olmadığını görmekteyiz. Bu noktada, ortak velayetin incelenmesi bakımından TMK m. 336/II uyarınca, boşanma sonrasında velayetin eşlerden birine bırakılması gerektiği düşünülse de Yargıtay'ın güncel kararları doğrultusunda ortak velayetin Türk hukukunda kabul edildiğini görmekteyiz.

Öğretide, TMK m. 336/III ve m. 182/II hükümlerini değerlendirerek boşanma sonrasında ortak velayetin kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Boşanma sonrasında ana ve babanın velayeti birlikte kullanmasının mümkün olmadığı, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin ana veya babadan birine verileceğini kabul eden görüşün²⁹⁰ yanı sıra; Türk hukukunda boşanma sonrası velayetin ortak kullanımının mümkün olduğunu savunan bir görüş de mevcuttur²⁹¹.

Öğretide ortak velayetin kabul edilmemesi gerektiğini savunan yazarlar, TMK'da ortak velayete ilişkin bir düzenleme bulunmamasından dolayı, Türk hukukunda ortak velayetin kabul edilmediğini ve Kanun'da bir düzenleme olmamasından dolayı, velayetin boşandıktan sonra eşler arasında bölüştürülmesinin mümkün olmayacağını savunmaktadırlar²⁹². Ayrıca, bu görüşe göre, eşlerin boşanma protokolü ile boşandıktan sonra velayeti birlikte kullanacaklarına

²⁸⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 407, 408; Kılıçoğlu, s. 501.

²⁸⁸ Kılıçoğlu, s. 501.

²⁸⁹ Serdar, s. 169.

²⁹⁰ Dural / Ögüz / Gümüş, s. 140; Akıntürk / Ateş Karaman, s. 408; Baktır Çetiner, s. 48; Aydın Zevkliler/ M. Beşir Acabey / K. Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s. 94; Kılıçoğlu, s. 501; Nevzat Özdemir, Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003, s. 163.

²⁹¹ Serozan, s. 255; Serozan, (Soybağı) s. 773; Bilge Öztan, 'Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu', Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Editör: Sabih Arkan/Aynur Yongalık, Ankara Turhan Kitabevi, 2006, s. 253; Akyüz, (Çocuk Hukuku) s. 231; Çelikel/Erdem, s. 735; Koçhisarlıoğlu, s. 230; Grassinger, (Tedbirler), s. 12; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, dp. 86. Ayrıca bkz. Hatemi/Kalkan/Oğuztürk, s. 179.

²⁹² Dural / Ögüz / Gümüş, s. 140; Baktır Çetiner, s. 48; Kılıçoğlu, s. 502.

ilişkin yapacakları bir anlaşma da geçersiz olacaktır²⁹³. Hâkim boşandıktan sonra velayeti ana ya da babadan birine tevdi edecektir. TMK m. 336/II ile m. 182/II'yi beraber değerlendirerek Türk hukukunda boşanma halinde eşlerden sadece birinin velayet hakkına sahip olabileceğini savunan bu görüşe göre, TMK m. 336/II hükmü emredicidir²⁹⁴.

Öğretide ortak velayetin kabul edilmesi gerektiğini savunan görüş uyarınca, boşanma halinde çocuk üzerinde ortak velayetin devam etmesi yönünde hâkimin karar vermesi, çocuğun korunması düşüncesiyle, çocuğun yararı ilkesinin bir gereğidir²⁹⁵. Ayrıca anayasal eşitlik ilkesi (Anayasa m. 10), hem de Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 9. maddesinin 1. fıkrasında²⁹⁶ yer alan çocuğun ana ve babasından ayrılmama hakkı gereği, ortak velayete karar verilebilmesi gerekir²⁹⁷. Serozan'a göre, temel hakları ihlal eden TMK m. 336 ve m. 337 hükümleri açıkça Anayasa'ya aykırıdır.

Ortak velayetin kabul edilmesi, sosyal ilişkileri velayet hakkını ortak olarak kullanabilmek açısından uygun olan ebeveynler açısından değerlendirilmelidir. Aksi takdirde çocuğun yararına hizmet eden bir uygulamadan söz edilemez. Ebeveynler boşandıktan sonra, ana ve babanın velayet haklarını adeta boşanmamışlar gibi ortak bir şekilde kullanmalarının çocuğun gelişmesi konusunda olumlu olacağı yönünde kanaat getirilirse, ortak velayete ilişkin hâkimin karar vermesinde sakınca olmayacaktır²⁹⁸.

TMK m. 336/III'te ana ve babanın boşanması halinde, velayeti ortak kullanmaya devam etme talebi bakımından bir kanun boşluğu doğduğu ve söz konusu boşluğun amaca uygun yorum yöntemi veya hâkimin takdir yetkisi ile doldurulabileceği de savunulmaktadır²⁹⁹. Söz konusu amaçsal yorumun ve hâkimin takdir yetkisinin de sınırı, çocuğun yararı ilkesidir. Bu görüşü savunanlara göre, TMK m. 166/III uyarınca, anlaşmalı boşanma protokolünde,

²⁹³ **Hatemi/Kalkan/Oğuztürk**, s. 179.

²⁹⁴ Öztan'a göre, TMK m. 336/III hükmünde kural içi boşluk yoktur. **Bilge Öztan/Fırat Öztan**, "Boşanmada Velayetin Tevdi" Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 2016, 473-495, s.483.

²⁹⁵ **Serozan**, s. 203.

²⁹⁶ Madde hükmüne göre, ayrılığın çocuğun yararına olduğu yolunda karar verilmedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar.

²⁹⁷ **Serozan**, s. 255, 256; **Grassinger (Tedbirler)**, s. 12.

²⁹⁸ **Grassinger**, (Tedbirler), s. 12.

²⁹⁹ Amaca uygun yorum sistemi ile boşluğun doldurulması gerektiğini benimseyen görüş için bkz. **Bilge Öztan**, "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 260; **Koçhisarlıoğlu**, s. 229-230. Hâkimin takdir yetkisi ile boşluğun doldurulması gerektiğini savunan görüş için bkz. **Serdar**, s. 184.

müşterek çocuk üzerinde velayetin ortak kullanılması kararlaştırıldığında, hâkimin bu yönde karar vermesi halinde velayetin birlikte kullanılabileceği ifade edilmektedir³⁰⁰.

Ortak velayetin uygulanması ile çocuk ve ebeveynlerin yararı bakımından mutlak anlamda olumlu sonuçların alınması beklenemez. Ebeveynler arasında açık bir çatışma hali var ise, ana ve baba birbirlerine karşı düşmanca hisler besliyorsa ve ailede şiddet geçmişi var ise, bu durumlarda ortak velayetin çocuğun yararına hizmet etmesi söz konusu olamaz. Ancak taraflar anlaşmalı olarak boşanmış, ve kendi menfaatlerinden çok müşterek çocuklarının yararını gözetmek düşüncesi ile hareket ediyorlarsa, ortak velayetin çocuğun yararını daha fazla gözetken bir uygulama olacağını söyleyebiliriz³⁰¹.

Yargıtay, bölge adliye mahkemeleri ve ilk derece mahkemelerinin son dönemlerde verdikleri kararlarda ortak velayete ilişkin talepleri kabul ettikleri görülmektedir. Uygulamada, ortak velayetin kabulüne ilişkin verilen ilk karar, İzmir 4. Aile Mahkemesi tarafından verilmiştir³⁰². Hâkim, anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan ebeveynlerin müşterek velayet talebini, çocuğun üstün yararı ilkesine dayanarak kabul etmiştir. Yargıtay'ın ortak velayete ilişkin uygulamalarına bakıldığında, 2016 Mart ayına kadar, boşanma kararının ardından velayetin taraflarca ortak kullanılmasının kararlaştırılmayacağı ve velayetin bir tarafa bırakılacağına yönelik TMK hükmünün emredici olduğu yönünde kararları bulunmaktaydı³⁰³. Bu nedenle ortak velayete ilişkin yabancı ülke mahkemelerinde alınan kararların tenfizine ilişkin talepler, Türk mahkemeleri tarafından reddedilmekteydi³⁰⁴.

³⁰⁰ Serdar, s. 184; Baygın, s. 268.

³⁰¹ Aslı Bayata Canyaş, "Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts", International Journal of Law, Policy and Family, Cilt: 27, Sayı:3, Yıl: 2013, s. 323.

³⁰² İzmir 4. Aile Mahkemesinin vermiş olduğu 25.05.2009 tarihli, E. 2009/448, K. 2008/470 sayılı kararın tamamı için bkz. Serdar, s. 171vd.

³⁰³ Yargıtay'ın bu yöndeki bazı kararları için bkz.; HGK., E. 2013/2352 K. 2015/1710 T. 19.6.2015; 2. HD., E. 2015/626 K. 2015/12665 T. 15.06.2015; 2. HD., E. 2012/26881 K. 2013/12305 T. 02.05.2013, <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi, 30.04.2019) Yargıtay 2. HD., E. 2011/1648 K. 2011/2977 T. 22.02.2011

³⁰⁴ "Çocuk boşanma kararı verilmesinden sonra doğduğuna, ana ve babanın evliliği bundan sonra kesinleşen boşanma kararıyla hitam bulduğuna göre ana ve babanın kanundan doğan velayeti birlikte kullanmalarına artık olanak yoktur. Velayetin kullanılması sonradan da ana veya babadan birine verilmemiş olduğundan bu çocuğun velayeti, hakim tarafından bir düzenleme yapılincaya kadar askıdadır." 2. HD., E. 2011/1648 K. 2011/2977 T. 22.02.2011, <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi, 29.04.2019)

³⁰⁴ "Davacı yabancı mahkemeden verilen boşanmaya ilişkin kararın tenfizini istemiştir. Michigan Eyaleti mahkemesi tarafların boşanmalarına karar vermiş ve karar kesinleşmiştir. Tenfizi istenilen ilamda 9.11.2001 doğumlu küçük C.'in velayeti ana babanın her ikisi üzerinde bırakılmasına karar verilmiştir. Evlilik devam ettiği sürece ana-baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermek zorundadır. (TMK.md.336) Yabancı mahkemenin çocukların velayetini yazılı şekilde düzenlemesi Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUK. mad. 38/c) Bu nedenlerle mahkemenin

2016 yılında, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu konuda görüş değişikliği yaparak, ortak velayetin mümkün olmadığına ve ortak velayetin kamu düzenine (*ordre public*) aykırı olduğuna ilişkin kararlarının aksine, ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediğine hükmetmiştir. *Davada taraflar İngiliz vatandaşıdır. Davacı baba, evlilik dışı doğan 24/10/2003 doğumlu ortak çocuk...’un velayetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velayetin ortak düzenlenmesini istemiştir.*

Kararda, Türk hukukunda ortak velayete ilişkin bir düzenlemenin olmamasının, ortak velayetin Türk kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmesine neden olmayacağı ifade edilmiştir. Yargıtay, Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye³⁰⁵ Ek 7 Nolu Protokolün³⁰⁶ 5. maddesi uyarınca, eşlerin evlilik bakımından, evlilik birliği içerisinde ve evlilik sona erdikten sonra kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşit olduklarına da değinmiştir³⁰⁷.

Yargıtay’ın son yıllarda verdiği, ortak velayetin kamu düzenine aykırı nitelikte olmadığını kabul eden kararları dışında, Türk Hukukunda gerek Medeni Kanunda, gerekse sair mevzuatlarda ortak velayeti düzenleyen herhangi bir hükmün olmadığı görülmektedir. Bu bakımdan, ortak velayet hakkında İsviçre Hukukunda düzenlenen hükümleri incelemek yerinde olacaktır.

İsviçre Hukukunda, İMK'nın velayete ilişkin hükümlerinde çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurarak, çocuğun korunması amacıyla 2013 yılında yapılan revizyon, 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, ana ve babanın medeni durumundan tamamen bağımsız olarak çocuk üzerinde kural olarak ortak velayet İMK

velayet düzenlemesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde isabetsizlik yoktur.” 2. HD., E. 2006/2773 K. 2006/9267 T. 12.6.2006, <https://www.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi, 29.04.2019)

³⁰⁵ RG. 19.03.1954/8662 - Son Değişiklik T. 08.08.2006.

³⁰⁶ 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (6684 S.) 10.03.2016’da yürürlüğe girmiştir. (RG 25.03.2016 T., 20664 S.) Kanunun tam metni için bkz https://0214cks4d-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/Appendix/LAW_TR/RG801Y2016N29664K6684_154401920_1.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2019)

³⁰⁷ “Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan “11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol”, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol’ün 5. maddesine göre, “Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir”. 2. HD., E. 2016/15771 K. 2017/1737 T. 20.2.2017 <https://www.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi, 29.04.2019)

m. 296 uyarınca kabul edilmiştir. Ortak velayet, İsviçre Medeni Kanununda istisnai olarak, sıkı şartlara bağlı olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, boşanan eşlerin ortak velayet talepleri artış göstererek; 2000 yılında ortak velayet talebinde bulunan eşlerin oranı %15 iken, 2010 yılında söz konusu oran %40'a yükselmiştir³⁰⁸.

İsviçre Medeni Kanununda 2014 yılında yapılan değişikliklerin gerekçesine bakıldığında, velayet kurumunun çocuğun yararına hizmet ettiği ve her çocuğun ana ve babasının ortak bakımı ve sorumluluğu altında olmaya hakkı olduğu hususu ve ana, babası evli olmayan çocuğun ebeveynleri açısından velayet hakkına ilişkin ayrımcılığın önlenmesi üzerinde durulmuştur³⁰⁹. İMK m. 296, velayet hakkının öncelikle çocuğun yararına hizmet etmesi gerektiğini düzenlemiştir. İMK m. 296/II ise, ana ve babanın "*medeni durumlarından bağımsız olarak*" velayete ortak bir şekilde sahip olabileceklerini düzenlemiştir³¹⁰. Hükümde, çocuğun doğum anında ana, babanın evli olmaması veya ana, babanın çocuk doğduktan sonra boşanmış olması halinde çocuğun yararı için en iyi velayet düzenlemesinin yapılması hedeflenmiştir³¹¹.

Ana babası evli olmayan çocuk bakımından ortak velayet İsviçre hukukunda kural olarak kabul edilmiştir³¹². Fakat, ana ve babası evli olmayan çocuk üzerinde ortak velayetin kazanılması, ana ve babanın yetkili makamlara başvurmasına bağlıdır. Ana ve babanın ortak velayete ilişkin bir bildirimde bulunmaması halinde çocuğun velayeti münhasıran anaya ait olacaktır. (İMK m. 298a/V) Ortak velayetin tesis edilmesi çocuğun yararı amacıyla yapıldığından, bildirim yapmadan önce ana ve baba çocuk koruma makamından görüş isteyebilirler³¹³. (İMK m. 298a/III)

İMK m. 298a/I uyarınca, mahkeme kararıyla ya da tanıma yoluyla soybağı kurulduğunda, ortak velayet hakkında karar verilmemiş ise, ebeveynlerin ortak beyanı ile ortak velayet kurulur. Ebeveynler söz konusu talebi çocuğun yerleşim yeri çocuk koruma makamına yaparlar. (İMK m. 298/IV) İMK m. 298c'ye göre, çocuğun yararı gereği, velayetin sadece anada olması veya anadan alınıp babaya verilmesi gerekmiyorsa, hakim babalık hükmü ile

³⁰⁸ **Schwenzer/Keller**, s. 460; **Tuor/Schynder**, s. 81, 84.

³⁰⁸ **Hausheer/ Geiser/Aebi-Müller**, (*Basler Kommentar*) , s. 936; **Schwenzer/Keller**, s. 460.

³⁰⁹ Ortak Velayete İlişkin İsviçre Medeni Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Gerekçesi (16.11.2011, FF 2011 8025), FF 2011 8025, s. 8049, (<https://www.admin.ch/ch/i/ff/2011/8025.pdf>, Erişim tarihi, 28.01.2019)

³¹⁰ **Yılmaz**, s. 171.

³¹¹ **Yılmaz**, s. 170.

³¹² FF 2011 8025, s. 8040, (<https://www.admin.ch/ch/i/ff/2011/8025.pdf>, Erişim tarihi, 28.01.2019)

³¹³ **Ingeborg Schwenzer/Tomie Keller**, Recent Developments in Swiss Family Law, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 35, Issue: 1, 1-28, 2014, s.21.

beraber yapılan eşlerin ortak beyanı ile ortak velayete karar verir. Bu durumda, hakim kural olarak velayeti ana veya babadan birine verecek; istisna olarak çocuğun yararını dikkate alarak ortak velayete karar verecektir³¹⁴.

Ortak velayet beyanının içeriğine bakmak gerekirse, ebeveynler çocuğun sorumluluğunu, çocukla kişisel ilişki kurulmasını, çocuğun gözetimini üstlendiklerini ve çocuğun bakımına ve iâşesine katılım konularında anlaştıklarını belirtirler³¹⁵. Ebeveynlerin söz konusu hususlarda anlaştıklarını beyan etmeleri yeterlidir, anlaşmanın içeriğine değinmeleri gerekmemektedir. Bir ebeveynin ortak velayet bildirimi bulunmaktan kaçınması durumunda, diğer ebeveyn çocuk koruma makamından ortak velayete ilişkin talepte bulunabilir. (İMK m. 298b/I) Çocuğun yararı ilkesi doğrultusunda çocuk koruma makamı velayetin akıbetine ilişkin karar verecektir.

Çocuğun korunması bakımından ortak velayetin benimsenmesi, ana ve babası evli olmayan çocuk üzerindeki velayet bakımından, evli olmayan babaya karşı ayrımcılığın önüne geçilmesi açısından da önemlidir. Değişikliğin gerekçesinde belirtildiği üzere, velayete ilişkin Türk hukukunda da hala mevcut olan düzenlemenin ana ve babası evli olmayan çocuk bakımından ayrımcılığa neden olduğu ifade edilmektedir³¹⁶. Doğum anında ana ve babası evli olmayan çocuğun velayeti bu durumda doğrudan anaya verilecek ve baba velayeti anadan almaya hak kazanmadığı takdirde velayet hakkından mahrum kalacaktır³¹⁷. Bu durumda, babaya belirli bir süre ile sınırlı olmak kaydıyla çocuğu görme ve çocukla ilgili bilgi sahibi olma hakkı verilmektedir³¹⁸. Ayrıca gerekçede, uygulamada boşanma halinde çocuğun velayetinin anaya bırakıldığı hallerin, babaya bırakıldığı hallere göre oransal olarak daha fazla olduğu ifade edilmiştir³¹⁹.

Değişikliğin gerekçesine bakıldığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu bir şekilde, çocuk üzerinde velayetin ortak bir şekilde kullanılmasının önemine değinilmiştir. Avrupa Konseyine üye ülkelerin de bu konuda aynı doğrultuda görüş beyan ettikleri görülmüştür. Bu çerçevede, çocuk ile ana, babası arasındaki ilişki çocuğun doğum anından itibaren başlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 uyarınca, ebeveynler ve çocuk

³¹⁴ **Schwenzer/Keller**, s. 21; FF 2011 8025, s. 8053, (<https://www.admin.ch/ch/i/ff/2011/8025.pdf>, Erişim tarihi, 28.01.2019)

³¹⁵ FF 2011 8025, s. 8040, (<https://www.admin.ch/ch/i/ff/2011/8025.pdf>, Erişim tarihi, 28.01.2019)

³¹⁶ FF 2011 8025, s. 8036, (<https://www.admin.ch/ch/i/ff/2011/8025.pdf>, Erişim tarihi, 28.01.2019)

³¹⁷ FF 2011 8025, s. 8035, (<https://www.admin.ch/ch/i/ff/2011/8025.pdf>, Erişim tarihi, 28.01.2019)

³¹⁸ FF 2011 8025, s. 8036, (<https://www.admin.ch/ch/i/ff/2011/8025.pdf>, Erişim tarihi, 28.01.2019)

³¹⁹ FF 2011 8025, s. 8048, (<https://www.admin.ch/ch/i/ff/2011/8025.pdf>, Erişim tarihi, 28.01.2019)

arasındaki ‘‘aile ilişkisi’’, ana babasının medeni durumundan bağımsız olarak çocuğun doğum anından itibaren kurulmaktadır. Çocuğun ana babasının evlenmemiş olması veya boşanmış olması durumunda da çocuk için aile ilişkisinin devamlılığı son derece önemlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına bakıldığında³²⁰, ana ile evli olmayan babanın çocuk üzerinde ortak velayete sahip olamaması, Sözleşmenin 8. maddesi ile beraber değerlendirildiğinde m. 14 anlamında ayrımcılığa neden olan bir uygulama olarak değerlendirilmiştir. Yine de belirtmek gerekir ki, ortak velayete ancak çocuğun yararına olduğu takdirde hakimın hükmetmesi yerinde olacaktır. Bu noktada, çocuğun yararının kapsamının, çocuğun bütün haklarını kapsayan, kendini geliştirme hakkının, özgür ve onurlu bir biçimde kullanılmasının sağlanması olduğu ifade edilmektedir. Çocuğun yararı hakkında karar verecek kişinin, çocuk eğer bir yetişkin olsa idi, kendi yararı doğrultusunda nasıl bir karar verebileceğini dikkate alarak bir sonuca varması gerekmektedir³²¹.

Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1984 tarihli, 84 (4) sayılı, ebeveynlerin velayete ilişkin sorumlulukları hakkında vermiş olduğu tavsiye kararının 6. İlkesine göre³²², boşanan eşler, çocuklarının velayeti için protokol yapabilirler ve hakim bu protokolü dikkate alarak karar verebilir. Bu noktada hakim takdir yetkisini kullanarak eğer ortak velayet kararı çocuğun yararına hizmet ediyorsa, ortak velayete hükmedecektir.

IV. VELAYETİN SONA ERMESİ

Velayet hakkının son bulmasının bir çok nedeni olabilir. Söz konusu nedenlerden bazıları kanundan kaynaklanarak velayet hakkının kendiliğinden son bulmasını sağlarlar.

Bu sebeplerden bazıları; çocuğun Medeni Kanun kapsamında ergin olması (m. 11/I); çocuğun mahkeme kararı veya evlenme yoluyla ergin kılınması (m. 11/II, m. 12), çocuğun

³²⁰ Bkz.; Zaunegger ve Almanya ve Sporer-Avusturya, AİHM Zaunegger-Almanya, <http://curia.europa.eu> (Erişim Tarihi 11.03.2019); AİHM, Sporer-Avusturya, <http://curia.europa.eu> (Erişim Tarihi 11.03.2019)

³²¹ Grassinger, (Tedbirler) s. 63 vd.; Usta, s. 138.

³²² "Evliliğin sona ermesi ya da ana ve babanın ayrılması halinde, sürece müdahalede bulunulması talep edilen yetkili makam, velayet hakkının kullanılması konusunda karar vermelidir. Yetkili makam, velayet hakkının kullanımını anne baba arasında paylaşmak ya da, ana-babanın rızasının bulunduğu durumlarda, bu hakkın ortaklaşa kullanılmasını karara bağlamak suretiyle, durumun gerektirdiği uygun önlemleri almalıdır. Bu hususta karar verirken yetkili makam, çocukların menfaatine aykırı olmamak kaydıyla, ana ve baba arasında sonuca bağlanmış herhangi bir mutabakatı dikkate almalıdır."

28 Şubat 1986 tarihli Tavsiye kararının tamamı için bkz.; www.euromed-justice-iii.eu/ (Erişim tarihi 09.05.2019)

ölmesi, velayet hakkını haiz ana veya babanın ölmesi, çocuğun evlat edinilmesi, nesebin reddi veya evlatlık ilişkisinin sona ermesi olarak sayılabilir³²³.

Bu durumlarda velayet hakkı Kanundan kaynaklanan nedenlerle, kendiliğinden son bulmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki, velayet hakkına sahip olan ana veya babanın ölmesi haline ilişkin bir ayrım bulunmaktadır. Buna göre, ana ve baba evli iken, eşlerden birinin ölmesi durumunda velayete, sağ kalan eş tek başına sahip olabilirken (TMK m. 336/III); ana ile babanın evli olmaması veya boşanmış olmaları halinde, çocuğun velayetine sahip olan eşin ölmesi halinde, velayetin diğer eşe kendiliğinden geçmesi söz konusu olmaz. Bu durumda sağ kalan eşin, mahkemeye başvurup çocuğun velayetinin kendisine verilmesini talep etmesi gerekmektedir³²⁴.

Kanundan kaynaklanan velayetin kendiliğinden son bulması sebeplerinin yanında, velayetin mahkeme kararı ile sona ermesine neden olan durumlar ise; velayet hakkı sahibi ebeveynlerin boşanması, evliliğin butlanına karar verilmesi ve velayetin TMK m. 348 kapsamında kaldırılmasıdır.

Velayet hakkı sahibi ebeveynlerin boşanması ve evliliğin butlanına karar verilmesi halinde, hakim TMK m. 336 uyarınca çocuğun velayetini eşlerden birine verebilir. Bu doğrultuda, hakim çocuğun velayetini eşlerden birine vereceğinden, diğer eş yönünden velayet hakkı son bulmaktadır. Yargıtay'ın son yıllarda içtihat değişikliğine gitmesi ile beraber, boşanma ve ayrılık gündeme geldiğinde de ananın ve babanın, çocuğun velayeti bakımından hak ve yükümlülükleri beraber ortak bir şekilde kullanmaya devam edebileceğinin mümkün olduğunu da unutmamak gerekir. TMK m. 348 kapsamında velayetin kaldırılması tedbiri ise, ikinci kısımda ayrıntılı olarak, ayrı bir başlık altında incelenecektir.

³²³ Öztan, s. 1195 vd.

³²⁴ Öztan, s. 1196.

§ İKİNCİ KISIM

MADDİ HUKUK KAPSAMINDA ÇOCUĞUN ANA VE BABASINA KARŞI KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Çocuğun gelecekte bağımsız ve kendi ayakları üzerinde durabilen bir birey olabilmesi için, küçük yaştan itibaren, sosyal, bedensel, ruhsal, ahlaki ve zihinsel gelişimini destekleyecek eğitimi alması gerekir. Çocuk, bu gelişimini kendi başına gerçekleştirebilme imkanına sahip olmadığından veli, çocuğun ihtiyaçlarını gereği gibi karşılama görevini velayet hakkı nedeniyle üstlenmiştir³²⁵.

Velayet hakkı sahibi ana, babanın çocuğun malları ve kişiliği üzerinde oldukça geniş yetki ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Velayet hakkının ana ve babaya sağladığı haklar, yukarıda da ifade edildiği gibi, çocuğun yetiştirilmesi ve çıkarlarının korunmasına yöneliktir ve daima velayet hakkının kullanılmasında çocuğun yararının gözetilmesi gerekir. Velayet hakkına sahip olan kişilerin, çocuk ile yakın hısımlık ilişkisini göz önünde tutan kanun koyucu, her ne kadar, velayet hakkı sahibi ana ve baba için vesayette olduğu gibi bir kamu denetimi öngörmemiş ise de, velayet hakkının çocuğun yararına kullanılmadığı hallerde hakime, çocuğun korunması için gerekli önlemleri alma imkanı tanımıştır³²⁶. Bu bakımdan çocuğun sağlıklı gelişmesini ve yetişmesini sağlama yalnızca ana, babanın görevi değil, Devletin de görevidir. Bu husus, Anayasa'nın 41. maddesinde;

“Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”

ve Anayasa m. 61/IV uyarınca;

“Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.”

şeklinde açıkça belirtilmiştir.

³²⁵ Grassinger (Tedbirler) s. 7.

³²⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 367; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 437; Grassinger (Tedbirler) s. 99; Baygın, s. 319.

Kanun koyucu kural olarak, ana ve babanın velayet hakkını en iyi biçimde icra edeceklerini, yetki ve görevlerini çocuğun menfaatlerini gözeterek kullanacaklarını kabul etmiştir. Nitekim işin tabiatı gereği, çocuğun kendi ana, babası kadar ona yeterli sevgi, ilgi, bakım ve gözetim gösterecek başka bir kişi düşünülemez. Bu nedenle, ana ve baba velayet hakkından doğan yükümlülüklerini yerine getirirken, vasilerden farklı olarak daha bağımsız hareket edebilme imkanına sahip kılınmışlardır. Veli sıfatıyla ana ve baba, velayet haklarını icra ederken vasilerden farklı olarak, herhangi bir denetime tabi değildirler³²⁷.

Bununla beraber, yapılan kanuni düzenlemelerde velinin velayet hakkından doğan görevlerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmeme ihtimali de göz ardı edilmemiştir. Çocuk, hak ehliyetini kazandığı andan itibaren, kişiliğinin ve mallarının korunması ve gelişmesinin sağlanması ile ilgili sorumluluk velisine ait olmaktadır. Bu sorumluluğunun gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi sonucunda çocuk ile velisi arasındaki ilişkiye uygulama ve yaptırım gücünü Anayasa ve Milletlerarası Sözleşmelerden alan Medeni Kanun'daki çocuğun korunmasıyla ilgili hükümler uygulama alanı bulacaktır³²⁸.

Bu kapsamda alınacak tedbirlerin çocuğun kişiliğine ilişkin tedbirler ve çocuğun mallarına ilişkin tedbirler olarak ayırmak mümkündür. Söz konusu tedbirleri ayrıntılı olarak incelemeden önce, koruma tedbirlerinin alınabilmesi için gereken maddi koşullar, şekli koşullar ve koruma tedbirlerine hakim olan ilkeler incelenecektir.

II. KORUMA TEDBİRLERİNİN ALINABİLMESİ İÇİN GEREKEN KOŞULLAR

A. Koruma Tedbirlerinin Alınabilmesi İçin Gereken Maddi Koşullar

Dar anlamda çocuğun korunması konusunda, hakim alacağı tedbirler, velayet hakkını hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen ana ve babaya karşı olacaklarından, öncelikle kendilerine tedbir uygulanacak ana ve babanın velayet hakkına sahip olmaları gerekir³²⁹. Eğer

³²⁷ Grassinger (Tedbirler) s. 8.

³²⁸ Grassinger (Tedbirler) s. 8, 99; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 437; Baygın, s. 319

³²⁹ Grassinger (Tedbirler) s. 8. Gülçin Elçin Evgen, *Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler*, MHB, Yıl: 35, Sayı: 1, 2015, s. 99. Koruyucu aile yanında bulunan çocukların aileyle arasında velayet ilişkisi bulunmadığından, TMK m. 346 vd. hükümleri uygulanamaz. Bu bakımdan sadece Koruyucu Aile Yönetmeliğindeki (RG. 14.12.2012 T., 28497 S.) hükümler uygulanabilecektir. Koruyucu ailenin yanlarına yerleştirilen çocuğa karşı görev ve yükümlülükleri Yönetmeliğin 15. maddesinde düzenlenmiştir. Evgen'e göre, koruyucu aileye karşı da hakime koruma tedbirleri konusunda çok geniş takdir yetkisi (TMK m. 4) veren, TMK m. 346 ve devamındaki hükümlerin uygulanabilmesi gerekmektedir. (Evgen, s. 99)

ana ve babadan biri velayet hakkına sahip değilse, ona karşı TMK m. 346 ve devamındaki tedbirlerin uygulanması söz konusu olmayacaktır³³⁰. Velayet hakkına sahip olan ebeveynin/ebeveynlerin belirlenmesi, koruma tedbirlerinin uygulanmasında, veli sıfatını taşıyabilecek tarafı tespit etmek açısından önem taşımaktadır³³¹.

İkinci olarak, koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için, velayetten doğan görevlerin yerine getirilmemiş olması gerekir³³². Velayet hakkı sahibi ana ile babanın, velayet hakkından doğan hak, yetki ve görevlerini kanunun amacı dışında, çocuğun yararına aykırı düşecek şekilde kullanması durumunda, velayet görevini gerektiği gibi kullanmamasından söz edilecektir³³³.

Velayet görevinin hangi hallerde gereği gibi yerine getirilmemiş olduğu, çocuğun yararına aykırılığın ne surette gerçekleştirildiğini ortaya koyabilmek amacıyla velayet hakkının kapsamındaki hak, yetki ve görevlere çalışmamızın önceki bölümlerinde değinmiştik. Ana ve babanın değinilen hak, yetki ve yükümlülüklerle aykırı bir şekilde çocuğun kişi ve mal varlığını tehlikeye uğratması veya uğratabilme ihtimali olması halinde TMK m. 346 ve devamında düzenlenen çocuğun korunması hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Üçüncü olarak, velayet hakkı sahibi ana ve babanın velayet hakkından doğan hak ve yükümlülüklerini yerine getirmemeleri nedeniyle çocuğun menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü veya tehlikeye düşme olasılığının bulunması gerekmektedir³³⁴. Belirtmek gerekir ki, çocuğun menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düşmesinde ana ve babanın kusurlu olmaları gerekmez. Ana ve babanın kusurlu olmaları, alınacak tedbirin niteliği açısından etkili olur³³⁵.

Kanun, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, hangi önlemlerin alınacağını belirtmemiş, “uygun” tedbirlerin alınması konusunda hakime takdir yetkisi vermiştir. Hakim, TMK m. 4 hükmü çerçevesinde, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak, gerekli tedbirleri alabilecektir. Bu çerçevede, özellikle, ana ve babaya belirli yönde davranışta bulunma ya da belirli davranışlardan kaçınma yönünde talimat verilmesi yer almaktadır.

³³⁰ **Bereitschmid** (*Basler Kommentar*), Art. 307, N.1; **Hegnauer**, (*Berner Kommentar*) Art. 283, N. 56.

³³¹ **Grassinger** (*Tedbirler*) s. 11.

³³² **Grassinger** (*Tedbirler*) s. 17.

³³³ **Grassinger** (*Tedbirler*), s. 18.

³³⁴ **Hegnauer**, (*Berner Kommentar*) Art. 283, N. 37; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 367; **Oğuzman/Dural**, s. 303; **Akyüz** (Hakimin Müdahalesi) s. 53; **Honsell/Vogt/Geiser**, 307, N. 6,7.

³³⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 367; **Oğuzman/Dural**, s. 302; **Grassinger** (*Tedbirler*), s. 48, 49.

Söz konusu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir ederken de hakim, somut olayın özelliklerin ve çocuğun ihtiyaçlarını dikkate alacaktır. Sınırlayıcı olmamak kaydıyla, çocuğun beslenme, sağlık, eğitim ihtiyaçlarının karşılanamaması, gereksiz ve amaçsız şekilde cezalandırılması, çocuğa karşı küçük düşürücü biçimde davranılması, çocuğu uygun olmayan davranışlara zorlanması, hakimin tedbir almasını gerektiren durumlara örnek olarak gösterilebilir³³⁶.

B. KORUMA TEDBİRLERİNİN ALINABİLMESİ İÇİN GEREKEN ŞEKLİ KOŞULLAR

Hakim, koruma tedbirlerine ilişkin karar verirken iki ana ilkeyi göz önünde bulundurmalıdır. Bunlardan ilki, hakimin zaman geçirmeden derhal tedbir almasıdır³³⁷. Çocuk henüz zarar görmeden önce, hakimin, çocuğa yönelik tehlikenin ciddiyetini fark edip, hemen gerekli tedbiri alması, çocuğun yararı açısından en iyi çözümdür. Tehlike ortaya çıkıp, çocuğun kişiliği veya malları zarar gördükten sonra alınacak tedbir, tedbirden beklenen gerçek sonucun etkisini azaltacaktır³³⁸. Çocuk Koruma Kanunu m. 9’da da söz konusu husus hüküm altına alınmıştır. ÇKK m. 9’a göre, acil koruma altına alınmasını gerektiren bir durumun varlığı halinde çocuğun, Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından bakım ve gözetim altına alınacağı ve gözetim karar alındıktan sonra, acil koruma tedbirlerinin alınması için çocuk hakimine başvurulacağı düzenlenmiştir.

Nitekim, uygulamada karşılaşılan olaylara bakıldığında, çocuğun gelişimini engelleyen, yararını tehlikeye sokan durumlar çoğu zaman çocuk üzerinde olumsuz etkilerini göstermeye başladıktan sonra fark edilmektedir. Bundan dolayı hakimin, tedbirleri uygulanması için derhal harekete geçmesi ve dava sürecini etkin ve hızlı olarak sonuçlandırması gerekir³³⁹.

Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin 7. maddesine göre;

“Bir çocuğu ilgilendiren davalarda, adli merci gereksiz gecikmeyi engellemek için çabuk hareket etmeli, kararlarının süratle uygulanmasını garanti edecek düzenlemeler

³³⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 367, 368; Oğuzman/Dural, s. 303; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 436, 437.

³³⁷ Grassinger (Tedbirler), s. 78.

³³⁸ Grassinger (Tedbirler)s. 78.

³³⁹ Hegnauer, (Berner Kommentar) Art. 283, N. 45; Bereitschmid (Basler Kommentaar), Art. 314/314a, N. 6; Grassinger (Tedbirler) s. 78.

sağlanmış olmalıdır. Adli merci acil durumlarda gerektiğinde derhal uygulanabilir kararlar almaya yetkilidir.”

İkincisi ise, ölçülülük ilkesinin bir sonucu olarak, hakimin somut olay bakımından ana, babanın haklarını ve ailenin yapısını mümkün olduğu ölçüde en hafif derecede etkileyecek tedbire karar vermesi gerekliliğidir³⁴⁰.

Çocuğun kişiliği ve malları bakımından onun yararını ve esenliğini tehlikeye sokacak durumlar çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Koruyucu tedbirin alınmasını gerektirecek durumların her bir somut olay açısından farklılık gösterebilmesinden dolayı, TMK m. 346 ve devamındaki hükümlerde hakime oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır³⁴¹. Hakim, takdir yetkisini kullanırken ana, baba ile çocuğun menfaatlerini tartarak, hangi tedbiri uygulaması gerektiğine karar verecektir. Yalnızca çocuğun menfaatleri her zaman için daha ziyade korunması gereken menfaat olarak, öncelik hakkına sahip olacaktır³⁴².

1. Koruma Tedbirlerinin Alınması İçin Başvuracak Kişiler

Çocuğun kişiliğinin veya mallarının tehlikeye düşmesi halinin ciddi olması durumunda hakim, zararın doğmasını beklemeden, tehlikeyi bir an önce ortadan kaldıracak tedbirleri almalıdır. Hakimin harekete geçebilmesi için çocuğun yararının tehlikede olduğunu gören “her ilgili kişinin” derhal mahkemeye başvurması gerekir. Hakim kendisine yapılan tüm başvuruları ciddi olarak incelemelidir³⁴³.

Hakime başvuracak kişilerin başında ilk olarak çocuk ve çocuğun ana ve babası gelir³⁴⁴. Çocuğun bizzat hakime başvurması, genellikle ana babasına karşı bunu yapabilecek güce sahip olamaması sebebiyle oldukça zordur. Nitekim bir çok durumda, ana ve babanın velayet görevlerini yerine getirme konusundaki yetersizlikleri nedeniyle çocuğun yararının tehlikeye düştüğü göz önünde bulundurulacak olursa, onların beraber veya yalnızca birinin bizzat mahkemeye başvurması (velayetini diğer eşten alınması talebi haricinde) ihtimali ile de çok sık karşılaşılmamaktadır.

³⁴⁰ Grassinger (Tedbirler) s. 79.

³⁴¹ Hegnauer, (Berner Kommentar), Art. 283, N. 28, 40.

³⁴² Hegnauer, (Berner Kommentar) Art. 283, N. 28, 40.

³⁴³ Grassinger (Tedbirler), s. 80.

³⁴⁴ Hegnauer, (Berner Kommentar) Art. 283, N. 27, 63; Oğuzman/Dural, s. 302; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 335; Grassinger (Tedbirler) s. 80.

İlgili kişiler, çocuk ile birebir ilişki içinde oldukları için onun tehlike altında olduğunu fark edebilecek olan , örneğin; çocuğun öğretmeni, doktoru, akrabaları³⁴⁵, tanıdıkları, bunun dışında çocuğun tehlikeye maruz kaldığını tespit eden, çocuğun terk edilmiş ya da kötü bir durumda olduğu kendisine ihbar edilen savcı veya çocukla ilgili diğer kişiler olabilirler³⁴⁶. Savcı, çocuğun korunması ile ilgili bir talep veya şikayetle karşılaştığında, ilgili mahkeme hakimine durumu ihbar edebilir³⁴⁷. İlgili kişinin mutlaka bir gerçek kişi olması gerekmemektedir. Çocuğun terk edilmek niyetiyle bırakıldığı kurum veya çocuğun ihmal edildiğini gören sivil toplum örgütleri de, tüzel kişilikleri olsun ya da olmasın, mahkemeye, çocuk hakkında koruma tedbiri alınması için başvurabilirler³⁴⁸.

Koruma tedbirine ilişkin karar verecek mahkemeye başvurulmadan, hakimnin durumu öğrenmesi oldukça zordur. Bununla birlikte, tedbir kararı vermeye yetkili hakimnin, çocuk için koruma tedbiri alınması gerekliliğini, örneğin; görülmekte olan bir başka dava sebebiyle veya kendisine yapılan başvuru ya da sair surette öğrenmesi halinde, çocuğun yararının mutlak olarak korunması esas olduğundan, resen harekete geçmesi gerekmektedir³⁴⁹.

Hakimin resen harekete geçebilmesi ve resen araştırma ilkesi bütün koruma tedbirleri bakımından geçerli olan bir ilkedir³⁵⁰. Türk Hukukunda kamu yararının gerekli kıldığı hallerde, keza çekişmesiz yargının söz konusu olduğu durumlarda hakim kendiliğinden harekete geçer³⁵¹. (HMK m. 382/I/c)

Hakimin, talep olmaksızın görevi gereği tedbir kararının alınması için harekete geçme gerekliliği, Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca;

³⁴⁵ 2. HD, 11.03.1974 T. 1496 E., 1412 K. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi 20.06.2019), Yargıtay kararında, babaannenin velayetin kaldırılmasına ilişkin talebi yerinde görülmüştür.

³⁴⁶ **Grassinger (Tedbirler)** s. 81.

³⁴⁷ **Hakkı Özlü**, Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Ankara 2002, s. 135; **Grassinger**, s. 81.

³⁴⁸ **Grassinger (Tedbirler)** s. 81.

³⁴⁹ **Hegnauer**, (*Berner Kommentar*) Art. 227, N. 24; **Bereitschmid** (*Basler Kommentar*), Art. 307., N. 11; **Köprülü/Kaneti**, s. 259; Çelik, s. 281; **Oğuzman/Dural**, s. 318; **Akıntürk**, s. 449; **Baktır Çetiner**, s. 91; **Grassinger (Tedbirler)** s. 81; 2. HD. 23.02.2004 T., 938 E., 2099 K.; 2. HD. 22.06.1999, 6847 E., 7169 K. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi 20.06.2019). Kararlarda, çocukların korunmasının kamu düzeni ile ilgili olduğu, bu nedenle, velayetin kaldırılma sebebini öğrenen hakimnin, re'sen koruma için yeterli tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir. Aynı yönde, 2. HD. 02.04.1992 T., 3650 E., 3888 K.; 2. HD. 12.02.1998 T., 698 E., 1454 K. .

www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi 20.06.2019)

³⁵⁰ **Grassinger (Tedbirler)** s. 82.

³⁵¹ **Bereitschmid** (*Basler Kommentar*), Art 314, N. 5; **Grassinger (Tedbirler)** s. 82; Koruma tedbirleri alınırken, hakimnin resen araştırma yapma ilkesi söz konusu olduğundan tarafların ikrarları hakimi bağlamaz, yemin teklif edilmez. (**Baki Kuru**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 2018, s. 365.)

“Bir çocuğu ilgilendiren davalarda, çocuğun esenliğinin ağır bir tehlike altında olduğunun iç hukuk tarafından belirlendiği durumlarda, adli merciinin resen harekete geçme yetkisi bulunmaktadır.”

2. Koruma Tedbirlerinin Alınmasında İzlenecek Usul

Ana ve babanın, velayetten doğan görevlerini gereği gibi yerine getirip getirmediğini, çocuğun yararının tehlikeye düşüp düşmediğini, hangi koruyucu tedbire başvurulacağını tespit etmek güç olduğu kadar, büyük bir sorumluluk gerektiren bir karardır. Bundan dolayı, hakim, hükmünü vermeden önce, büyük bir dikkatle tüm delilleri resen araştırarak değerlendirecektir³⁵².

Koruma tedbirlerinde resen harekete geçme ve araştırma ilkesi geçerli olduğundan (HMK m. 385/II) hakim, dava konusuyla ilgili araştırmaları bizzat yapması, karara etkili olabilecek bütün bilgi ve belgeleri dikkate alması ve yalnızca tarafların sundukları belgelerle hareket etmemesi gerekir³⁵³.

Koruma tedbirlerinin uygulanması bakımından, hakime geniş takdir yetkisi tanınmış olması, yeknesak bir uygulamayı güçleştirebilir. Bundan dolayı, hakim, koruma tedbirini alırken olabildiğince kendi hayat ve düşünce tarzını bir kenara bırakarak, somut olayın koşulları çerçevesinde konunun uzmanı kişi ya da kurumların görüşlerine de başvurarak, öğreti ve mahkeme kararlarını dikkate alarak, objektif karar vermelidir³⁵⁴.

a. Ana ve Babanın Dinlenmesi

Koruma tedbiri kararı verilmeden önce ana ve babanın dinlenmesi gerekir³⁵⁵.

Ana ve baba birlikte velayet hakkına sahip ise, her birinin ayrı ayrı dinlenmesi gerekir³⁵⁶. Ana ve babanın dinlenmesi, hakime somut olay hakkında genel bir bakış açısı sunması ve alınacak tedbirin belirlenmesi bakımından faydalı olacaktır³⁵⁷. Hakim, ana ve

³⁵² Grassinger (Tedbirler), s. 82.

³⁵³ Grassinger (Tedbirler) s. 82.

³⁵⁴ Hegnauer, (Berner Kommentar) Art. 283, N. 34; Grassinger (Tedbirler) s. 83.

³⁵⁵ Bereitschmid (Basler Kommentar), Art. 314, 314a, N. 4; Grassinger (Tedbirler) s. 83. Velayet hakkına sahip olmayan ebeveynler, tedbir kararına muhatap olmadığından, dinlenmeleri şart değildir. Fakat somut olaya göre, şartlar gerektiriyorsa, onların da dinlenmesi uygun olacaktır. (Bereitschmid (Basler Kommentar) Art. 314, 314a, N. 4; Hegnauer, (Berner Kommentar) Art. 283, N. 248; Grassinger (Tedbirler) s. 83.)

³⁵⁶ Hegnauer, (Berner Kommentar) Art. 288, 299, N. 27.

³⁵⁷ Grassinger (Tedbirler) s.84.

babanın da yardımıyla, çocuk, ana ve baba ilişkisine zarar vermeyecek en uygun tedbirleri almaya çalışacaktır³⁵⁸.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 6/I uyarınca,

“Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci bu kararı almadan önce; çocuğun yüksek yararına uygun olarak karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi almalıdır.”

b. Çocuğun Dinlenmesi

Hakim, çocuğun yararının tehlikeye düşüp düşmediğini tespit etmek ve tehlikenin önlenmesi veya sonlandırılması için hangi tedbirin uygulanacağına karar vermek için çocuğu da dinlemelidir. Ana, babanın dinlenmiş olması, çocuğun dinlenilmesini gereksiz kılmaz³⁵⁹. Koruma tedbirleri alınırken çocuğun dinlenmesi hususu TMK’da düzenlenmemiş olmasına karşın, mehz İMK’da koruma tedbirleri alınırken çocuğun dinlenmesine yönelik özel bir hüküm bulunmaktadır³⁶⁰. (İMK m. 314/II) Daha önceki bölümde de değindiğimiz üzere TMK m 339’da ana ve babanın çocuğun gerek kendisiyle, gerekse aile hayatıyla ilgili konularda yaşının ve olgunluğunun mümkün kıldığı ölçüde görüşünü almaları gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak, çocuk ile ilgili bir karar alınırken mahkeme tarafından da çocuğun görüşünün alınması gerektiği söylenebilir³⁶¹. Çocuk dinlenirken, çocuğun yararının zedelenmemesine önem verilmelidir. Çocuğun dinlenmesi, hakim tarafından bizzat yapılabileceği gibi, gerekli görülmesi durumunda, uzman kişilerden yardım alınarak da gerçekleştirilebilir³⁶².

Hatırlatmak gerekir ki, Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ni 12. maddesi uyarınca, görüşlerini oluşturma yeteneğini haiz olan çocuğun, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada doğrudan ya da bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dolaylı olarak dinlenilmesi sağlanmalıdır. Koruma tedbiri alınırken çocuğun dinlenmesi hususu bakımından velayet davalarında hakim olan ilkeler geçerlidir. Çocuğun Çocuk

³⁵⁸ Grassinger (Tedbirler) s. 84.

³⁵⁹ Grassinger (Tedbirler) s. 82.

³⁶⁰ Grassinger (Tedbirler) s. 84; Saibe Oktay Özdemir, Boşanma Davalarında Çocuğa İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, s. 1226; Baygın, s. 234; Gülçin Elçin Grassinger, “Medeni Kanun Hükümleri Kapsamında Çocuğun Aile İçerisinde Velisine Karşı Korunması”, (Aile) I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi, Yetişkin Bildirileri Kitabı, C. I, İstanbul 2011, s. 122.

³⁶¹ Grassinger (Tedbirler) s. 85; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, UNICEF, 2. Baskı, Cenevre 2003, s. 44.

³⁶² Kılıçoğlu, s. 142; Köseoğlu/Kocaağa, s. 517, 518.

Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 12 kapsamında dinlenilmesinde esasında iki temel amaç vardır. Birinci temel amaç, çocuğun kişiliğine önem verilmesidir. Gerek milletlerarası sözleşmelerde, gerekse, kanuni düzenlemelerde, çocuğun görüş, istek ve ihtiyaçlarının, çocuğun bir “kişi” olarak hukuk düzenleri tarafından dikkate alınmasının sonucudur. İkinci temel amaç ise, hakimın hüküm vermesi bakımından, somut olayı anlamasını kolaylaştırmaktır. Ayrıca, çocuğun iradesinin belirlenmesi açısından da onun dinlenmesi önemlidir³⁶³.

BMÇHDS m. 12 ile birlikte, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 3’e göre, yeterli idrak gücüne sahip olan çocuğun, kendisini ilgilendiren davalarda, kendisine danışılmasını isteme ve görüş bildirme hakkı vardır³⁶⁴. Buna göre, çocuğun yeterli idrak gücüne sahip olup olmadığına iç hukuk karar verecektir. Zira mezkur hükümde, iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğun dinlenilmesinden bahsedilmektedir.

TMK’da çocuğun görüşlerine önem verilmesi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun olgunluğu göz önünde tutularak onu ilgilendiren konularda görüşünün alınmasına ilişkin 339. madde hükmü, gerekse, çocuklara ilişkin kaleme alınan milletlerarası düzenlemeler dikkate alındığında, velayet hakkına ilişkin çocuğun korunması amacıyla alınacak tedbirlerin belirlendiği davalarda, öncelikle çocuğa dava konusu olaya ilişkin görüş, duygu ve düşüncelerini açıklama imkanı tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır³⁶⁵.

Mehaz İMK m. 314 uyarınca, çocukla ilgili koruma tedbiri kararı verilmeden önce, çocuğun yaşı ya da diğer önemli sebepler mevcut olmadığı müddetçe, vesayet makamının veya vesayet makamının görevlendirdiği üçüncü kişinin çocuğu bizzat dinleyebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Aynı hükümde, çocuğun ayırtım gücünü etkileyecek küçük yaşta olması veya diğer önemli sebeplerin mevcudiyeti halinde çocuk dinlenmeyecektir.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)³⁶⁶ ise koruma tedbirlerinin alınması hususunda çocuğun dinlenilmesini açıkça düzenlemiştir³⁶⁷. ÇKK m. 13/II uyarınca, Tedbir

³⁶³ Grassinger (Tedbirler) s. 86.

³⁶⁴ 2. HD. 12.12.2004 T., 12681 E., 14932 K.; 2. HD. 20.11.2006 T., 7797 E., 15997 K.; 2. HD. 16.06.2005 T., 8216 E., 9351 K. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 12.03.2019); Grassinger, (Aile), s. 122; Baygın, s. 324; Köseoğlu/Kocağa, s. 516.

³⁶⁵ 2. HD. 17.05.2007 T., 7507 E., 8284 K. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 12.03.2019); Grassinger (Aile), s. 122; Köseoğlu/Kocağa, s. 506.

³⁶⁶ RG, 15.07.2005 T., 25876 S.

³⁶⁷ Grassinger, (Tedbirler) s. 314 vd.

kararının verilmesinden önce yeterli idrak gücüne sahip olan çocuğun görüşü alınır, ilgililer dinlenebilir, çocuk hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenmesi istenebilir. Çocuğun mağdur veya fail sıfatı taşıdığına, Çocuk Koruma Kanunu çerçevesinde dinlenilmesi ve görüşünün alınması, çocuğun içinde bulunduğu psikolojik duruma bakılarak gerçekleştirilmelidir, aksi takdirde bu durum çocuğa yarardan çok zarar verebilir. Bu durumda, her somut olay kendi içinde değerlendirilerek, çocuğun konuşmasına uygun bir ortamda çocuğun görüşlerine başvurulmalıdır³⁶⁸. Nitekim korumak istenilen ve amaçlanan husus çocuğun yararadır; çocuğun dinlenilmesi, çocuğa zarar verecekse veya alınacak kararlar bakımından hiçbir etkisi ve yararı bulunmuyorsa, çocuğun görüşlerine başvurulmamalıdır³⁶⁹.

Tedbirin derhal alınması gereken bir durumun mevcut olması halinde, çocuğun yararı da zaman geçirilmeden tedbirin uygulanmasını gerektiriyorsa, çocuğun dinlenmesi sonraya bırakılabilir. Böyle durumlara örnek vermek gerekirse, çocuğun bir an önce okula yollanması ya da tıbbi tedavi görmesi gibi hallerde tedbir derhal alınmalı ve çocuğun dinlenmesi sonraya bırakılmalıdır. Çocuğun yararının korunması, fiziksel, psikolojik ve ruhsal gelişiminin tehlikeye düşmesinin engellenmesi ve tehlikenin sonlandırılması bakımından, ana ve babanın sahip olduğu velayet hakkının sınırlandırılmasına karar verilirken, öncelikle çocuğun düşünceleri ve istekleri öğrenilmelidir³⁷⁰.

c. Çocuğun Dinlenebilmesi İçin Yaş Sınırı

Çocuğun korunmasına ilişkin tedbirler alınırken, uluslararası sözleşmeler ve Yargıtay içtihatlarına göre idrak çağına gelmiş bulunan çocuğun görüşüne başvurulması gerekmektedir³⁷¹.

Koruma tedbiri alınırken çocuğun kaç yaşından itibaren dinlenebileceğine ilişkin kaynak İMK'da bir hüküm mevcut değildir. Ancak İsviçre Hukukunda genel eğilim çocuğun altı yaşından itibaren dinlenilebileceği yönündedir³⁷².

Türk Hukukunda ise, Yargıtay, velayet davaları ile benzer şekilde çocuğun korunması ile ilgili verdiği tüm kararlarda, çocuğun dinlenilmesi gerektiğini sürekli vurgulamakla birlikte,

³⁶⁸ **Gülçin Elçin Grassinger**, ‘‘Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar’’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s. 841. (‘Çocuğun Menfaati’)

³⁶⁹ **Grassinger**, (Çocuğun Menfaati) s. 843.

³⁷⁰ **Helmut Henkel**, Die Anordnung von Kindesshutzmassnahmen germ. Art 307 rev. ZGB, Diss, Zurich 1977, s. 170; **Grassinger** (Tedbirler) s. 87.

³⁷¹ Hukuk Genel Kurulu 2017/1575 E. , 2018/672 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi 28.02.2019)

³⁷² **Grassinger** (Tedbirler) s. 88.

belirli bir yaş sınırı koymamıştır³⁷³. Bununla birlikte, Yargıtay kararlarındaki somut olaylara bakıldığında, sekiz yaş ve üzeri çocukların dinlenildiği görülmektedir³⁷⁴. Ancak Yargıtay’ın verdiği kararlarda en az sekiz yaşındaki çocukların dinleneceğinin kabul edilmiş olmasının, bu yaşın altındaki çocukların dinlenmesinin mümkün olmadığı anlamında yorumlanmaması gerektiğini savunan bir görüş mevcuttur³⁷⁵.

Çocuk, hakim tarafından görevlendirilen bir kişi (Örneğin; çocuk psikoloğu, psikiyatristi veya pedagog) tarafından dinlenmelidir. Hakim de ayrıca çocuğu dinleyebilir. Çocuğun dava sırasında dinlenmemesi, eksik inceleme yapıldığından, hükmün bozulma sebebi olarak kabul edilmektedir³⁷⁶.

Çocuğu ilişkin koruma tedbiri kararı verilirken, duruşmalar süresince, ona yönelik tehlikenin önlenmesi için, özellikle velayet hakkı sahibi ana ve babadan kaynaklanan sebeplerin

³⁷³ 2. HD., E. 2015/7900 K. 2015/9060 T. 4.5.2015, www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 5.07.2019) Kararda; “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12.; Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri, iç hukuk bakımından idrak çağında bulunan çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Velayet, çocukları ilgilendiren konuların en önemlilerindendir. Bu durumda, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan inceleme ve rapor istenip, davacı annenin barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumuna göre çocukların sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması, idrak çağında bulunduğu anlaşılan çocukların uzman eşliğinde duruşmada dinlenmesi ve diğer deliller de göz önüne alınarak velayet konusunda bir karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay’ın aynı doğrultuda vermiş olduğu bazı kararlar için bkz.; 2. HD., E. 2006/534 K. 2006/3240 T. 13.3.2006; 2. HD., E. 2018/7798 K. 2019/169 T. 15.1.2019; 2. HD., E. 2008/16521 K. 2009/2881 T. 23.2.2009; 2. HD., E. 2018/5795 K. 2018/11487 T. 18.10.2018; 2. HD., E. 2018/4268 K. 2018/9711 T. 20.09.2018, , www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 5.07.2019)

³⁷⁴ Çocuğun yaşı ile ilgili olarak Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlara bakıldığında; 2. HD., E. 2018/7798 K. 2019/169 T. 15.1.2019, www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 5.07.2019), Kararda; mahkemenin 18.02.2016 tarihli kararıyla 2004 doğumlu ortak çocuk Ali’nin velayeti anneye verilmiştir. Dairemizin 21.12.2017 tarihli kararıyla idrak çağında bulunan çocuğun bizzat dinlenerek velayeti konusunda karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk karar bozulmuştur. 12.06.2018 tarihli duruşmada dinlenen Ali, babası ile kalmak istediğini, babası ile mutlu olduğunu ifade etmiştir. Velayetin düzenlenmesinde asıl olan çocuğun üstün yararadır. Çocuğun üstün yararı belirlenirken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Dosya kapsamından, çocuğun tercihinin üstün yararına aykırı olduğuna yönelik, bir başka deyişle baba yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi sebep ve delil bulunmamaktadır. Velayetin babaya verilmesinde çocuğun yararına aykırı bir husus kanıtlanmadığına göre; ortak çocuk Ali’nin tercihi ve üstün yararı esas alınıp velayetinin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. 2. HD., E. 2006/534 K. 2006/3240 T. 13.3.2006, , www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 5.07.2019), Kararda; Velayetin kaldırılması istenen idrak çağında küçük A.1998 doğumlu olup halen davalı annesinin yanında öğrenim görmektedir. Çocuk, duruşmada dinlenmiş; annesinin yanında İstanbul’da kalmak istediğini açıklamıştır. Anayasa, yasalar ve çocuklarla ilgili tüm uluslararası sözleşmelerde “çocuğun üstün yararının” korunması gereği önemle vurgulanmıştır. Durumun değişmesi halinde çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir. 2. HD., E. 2018/5626 K. 2018/10626 T. 4.10.2018, www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 5.07.2019) Kararda; küçüğün 10 yaşında idrak çağında olduğu kabul edilmiştir.

³⁷⁵ Gençcan, s. 1578; Grassinger (Tedbirler), s. 90.

³⁷⁶ Grassinger (Tedbirler), s. 90.

varlığı söz konusuysa, çocuğun ana ve baba ile aynı ortamda kalmaması için hakimın tedbir kararı niteliğinde, çocuğun geçici olarak bir yakının yanına veya kamu kurumuna yerleştirilmesine hükmetmesi TMK’da düzenlenmemiş olsa da uygun olacaktır. Nitekim hakimın her hâlükârda mümkün olabilecek en kısa zamanda uygun tedbir kararını vermesi, çocuğun yararının sağlanabilmesi için gereklidir³⁷⁷.

Belirtmek gerekir ki, mahkemenin TMK m. 346 ve m. 347’ye dayanarak bir çocuk hakkında verdiği koruyucu tedbir kararı yalnızca koruma talep eden çocuklar bakımından etkili olacaktır. Bir diğer deyişle, bir ailenin birden fazla çocuğunun varsa, yalnızca tehlikeye maruz kalan çocuk bakımından koruyucu tedbirlere hükmedilebilecektir³⁷⁸. Ancak TMK m. 348/son ve İMK m. 311 uyarınca, velayetin kaldırılması tedbiri kararda aksi belirtilmedikçe, mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsamaktadır.

Hakim, koruma tedbirlerini alırken talepte bulunan tarafın ileri sürdüğü hukuki dayanak ve isteklerle bağlı olmadığından, dava açan tarafın istediği tedbire değil, kendi uygun gördüğü tedbire hükmedecektir³⁷⁹.

d. Yasal Temsilcinin Menfaati İle Küçüğün Menfaatinin Çatışması Hali

TMK m. 426/I uyarınca, bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa, vesayet makamı ilgisinin isteği üzerine veya re’sen temsil kayyumu atanır. Önceki bölümlerimizde değindiğimiz üzere, TMK m. 345 uyarınca, çocuk ile ana veya baba ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi bir kayyımın katılmasına ve hakimın onayına bağlıdır. İki yasal düzenleme arasındaki temel fark; TMK m. 345’de ana ve babanın menfaati ile çocuğun menfaatinin çatışması bir hukuki işlemde kaynaklanırken; TMK m. 426’da yaşanan menfaat çatışmasının bir işin görülmesinden kaynaklanmasıdır.

Ana ve baba ile çocuğun menfaatinin çatıştığı, fakat söz konusu menfaat çatışmasının bir hukuki işlemde kaynaklanmadığı hallerde, TMK m. 426 uygulanacaktır. TMK m. 426 kapsamında, çocuğu temsil etmek amacıyla bir temsil kayyumu atanır. Kayyımın atanması, talep üzerine olabileceği gibi, re’sen de gerçekleştirilebilir.

TMK m. 426’da değinilen “iş”, TMK m. 345’in kapsamının dışında kalan tüm hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri maddi fiilleri de içine almaktadır. Ana ve babanın yasal temsilci

³⁷⁷ Grassinger (Tedbirler), s. 91.

³⁷⁸ Hegnauer, (Berner Kommentar) Art. 272. N. 106, Art. 273, N. 107.

³⁷⁹ Grassinger (Tedbirler), s. 92.

sıfatına sahip oldukları hallerde, kendilerinin de mirasçı olduğu bir mirasın mevcut olması halinde, çocuk adına mirasın reddedilmesi, kendilerinin veya diğer mirasçıların miras payında artışa sebep oluyorsa, çocuğa TMK m. 426 uyarınca temsil kayyımı atanacaktır. Benzer şekilde, nesebin reddi davasında, ayırt etme gücünü haiz olmayan çocuğun davada taraf olması gibi hallerde çocuğun menfaatinin korunması bakımından, çocuğa temsil kayyumu atanacaktır³⁸⁰.

e. Görevli ve Yetkili Mahkeme

21.07.2003 tarih ve 2003/5960 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren Türk Medeni Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü³⁸¹ 3. maddesi uyarınca,

“Türk Medeni Kanununun 346 ve 347 nci maddelerinde belirtilen durumlarda hakim, çocuğun korunması için onun bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir. Bu halde, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun 22 nci maddesine göre ilgili mahkemeden korunma kararı alınır.

Korunma kararı alınamaması halinde çocuk hakkında 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 161 inci maddesi ile 1580 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesinin ilgili hükümlerine göre gerekli önlemler alınır.”

Hükümde değinilen 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu³⁸² m. 22’ye göre,

“Korunmaya ihtiyacı olan çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre Kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir kararı 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa göre yetkili ve görevli mahkemece alınır. Bu karar için gerekli belgeler Kurumca düzenlenir ve ilgili mahkemeye gönderilir.

Haklarında derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahkeme kararı alınıncaya kadar, bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda veya aile yanında mahalli mülki amirin onayı alınmak suretiyle bakım altına alınır.

Sosyal hizmet kuruluşlarının kendisine teslim edilen çocuk hakkında yapacağı inceleme sonucunda hazırlayacağı raporda, 5395 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi uyarınca

³⁸⁰ Baygın, s. 310, 311; Öztan, s. 664 vd.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 419.

³⁸¹ RG. 10.08.2003 T., 15195 S.

³⁸² RG. 27.05. 1983 T., 18059 S. Bu Kanunun adı "Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu" iken, 3.6.2011 tarihli ve 633 sayılı KHK'nin 35 inci maddesiyle "Sosyal Hizmetler Kanunu" olarak değiştirilmiştir.

çocuğun derhâl korunma altına alınmasını gerektiren bir durum olmadığı ve ailesine teslim edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığı kanaatine varması hâlinde mülki idare amirinin onayı ile çocuk ailesine teslim edilebilir.”

Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, TMK m. 346 ve devamındaki koruma tedbirleri bakımından görevli mahkemenin Aile Mahkemeleri Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun³⁸³ 4. Maddesinin birinci bendi uyarınca, aile mahkemeleri olduğu görülmektedir. Aile mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ise, aynı Kanunun 2. maddesine göre, asliye hukuk mahkemeleri görevli olacaktır. Bu doğrultuda, TMK m. 346 ve m. 347’de düzenlenen koruma tedbirlerinin alınmasında ve kaldırılmasında görevli mahkemenin aile mahkemeleri veya asliye hukuk mahkemeleridir.

Nitekim boşanma davası sürerken, çocuğun korunması için tedbir alınmasına gerek duyulduğu hallerde, davaya bakmakta olan hakim gerekli önlemleri alabilecektir³⁸⁴.

TMK m. 346 ve m. 347, hakimın resen harekete geçtiği HMK m. 382/I-c’deki durumlardan sayılmaktadır³⁸⁵. Bu bakımdan, TMK m. 346’daki tedbirlere ve m. 347 uyarınca çocuğun koruma amaçlı koruyucu aile veya bir kuruma yerleştirilmesine ilişkin karar verilmesi çekişmesiz yargıya tabidir³⁸⁶. Ayrıca, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi (tevdii) ve kaldırılan velayetin geri verilmesi, HMK m. 382/II-13’e göre çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmektedir. Buna göre, TMK m 346 ve 347’de düzenlenen önlemlerle ilgili HMK m. 384’e göre “*talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin Türkiye’de sakin olduğu yer mahkemesi*” yetkili olacaktır.

TMK m. 348’de düzenlenen velayetin kaldırılması davası, aile hakimi tarafından basit yargılama usulü ile görülür. (4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4/b.1) Söz konusu dava, tarafların yaşam alanlarının incelenmesini gerektiren ve uzman görüşünün alınmasını gerekli kılan bir davadır³⁸⁷. HMK m. 382/II/13 uyarınca, velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi, kişiler hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işi olarak kabul

³⁸³ RG. 18.01.2003 T., 24997 S.

³⁸⁴ Grassinger (Tedbirler), s. 93.

³⁸⁵ Kuru/Budak, s. 32.

³⁸⁶ Kuru, s. 68 vd.

³⁸⁷ Gençcan, (Velayet), s. 438, 439.

edilmiştir. Zira, velayetin kaldırılması davasında sübjektif hakkın yokluğu söz konusudur³⁸⁸. HMK m. 384/I'e göre, çekişmesiz yargı işlerinde talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü³⁸⁹ 4. Maddesinin ikinci fıkrasına göre, hakim, ana ve babanın, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri halinde, Türk Medeni Kanununun 360 ve 361 inci maddelerinde öngörülen önlemleri alır ve gerekli işlemleri yapar³⁹⁰.

Buna göre, çocuğun mallarının korunmasına ilişkin TMK m. 360 ve m. 361'deki tedbirlerin alınmasında görevli mahkeme aile mahkemeleri, yetkili mahkeme ise, velayet hakkı sahibi ana veya babanın yerleşim yeri veya eşlerden birinin ölmesi halinde sağ kalan veya velayet hakkı kendisine verilen eşin yerleşim yeridir. Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeri olduğundan, çocuğun yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olacaktır³⁹¹. (TMK m. 21/I)

II. KORUMA TEDBİRLERİNE HAKİM OLAN İLKELER

Hakimin hangi koruyucu tedbiri alacağını belirlerken, göz önünde bulundurması gereken ilkeler vardır. Söz konusu ilkelerin başında, çocuğun yararının korunması ilkesi gelir. Keza tedbirlerin alınma amacı, çocuğun yararının ve gelişmesinin tehlikeye düşmesini önlemek veya söz konusu tehlikenin vereceği zararları en az seviyede tutmaktır. Hakimin alacağı koruma tedbirleri tali niteliktedir ve ana ile babanın velayet haklarından doğan yükümlülüklerini tamamlamayı hedefler. Hakim, çocuğun karşılaştığı tehlikeye yönelik en

³⁸⁸ **Kuru**, s. 69; Buna karşın, Yargıtay'ın vermiş olduğu 2005 tarihli bir kararda, hasımsız olarak evrak üzerinden koruma kararı verilemeyeceğine hükmedilmiştir. Karar için bkz.; 2. HD. 09.05.2005 T., 2004/4976 E., 2005/7463 K., www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 22.05.2019); **Gençcan**, (Velayet), s. 1566.

³⁸⁹ RG, 10/08/2003 T., 25195 S.

³⁹⁰ Çocuğun babasının ölümü üzerine, nüfus müdürlüğünce küçüğün mallarının korunması istemi ile ihbarda bulunulduğu, çocukların annesinin ise sağ olduğu anlaşılmıştır. Dosya kapsamından, küçüğün annesi ...'nın nüfus kayıtlarına göre MERNİS adresinin "... Mah. Küme Evleri ... Blok No:... ../" olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, uyuşmazlığın ... Aile Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir." 20. HD. 2017/590 E., 2017/1341 K., 20/02/2017 T. <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi, 19.05.2019)

³⁹¹ 2. HD., E. 2017/4277 K. 2018/13381 T. 22.11.2018; 20. HD., E. 2019/828 K. 2019/1857 T. 18.3.2019; 20. HD., E. 2018/5858 K. 2018/8063 T. 10.12.2018; 20. HD., E. 2019/390 K. 2019/1389 T. 4.3.2019. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 29.07.2019)

uygun tedbiri seçmelidir. Bunu yaparken hakim, tehlike ile tedbir arasında orantı olmasına dikkat etmelidir.

A. ÇOCUĞUN YARARININ KORUNMASI İLKESİ

Daha önceki bölümlerimizde de değindiğimiz üzere, velayet hakkı, doğası gereği velayet hakkı sahibi ana ile babaya değil, çocuğa yarar sağlama amacıyla ortaya çıkmıştır. Bundan dolayı, ana ile baba sahip oldukları velayet hakkını kullanırken çocuğu yararını düşünmekle yükümlüdür. Çocuğun yararı, ana ve baba tarafından korunmakla beraber, hukuki olarak, gerek özel, gerekse kamu hukuku alanlarında ve uluslararası anlaşmalar ile koruma altına alınmıştır. Çocuğun yararının ana ve babası tarafından gerektiği şekilde korunmaması durumunda hakim, gereken koruma tedbirlerini alır ve çocuğun yararının korunmasını sağlar³⁹². Eğer ana ve baba, söz konusu tehlikeyi kendi imkanları ile önlemek için gereken önlemleri almış ise, hakim müdahalede bulunmaz³⁹³. Zira hakimin görevi bu noktada, ana ve babanın koruyamadığı yararı korumaktır. Değinilmesi gereken bir başka önemli nokta ise, hakim tarafından verilen koruyucu tedbirlerin amacının, velayet hakkından doğan yükümlülüklerini gerektiği gibi kullanamayan ana ve babayı cezalandırmak olmadığıdır³⁹⁴. TMK ve diğer özel Kanunlarda düzenlenen bütün koruyucu tedbirlerin amacı çocuğun yararının korunmasıdır. TMK m. 346-349 hükümleri uyarınca çocuğun korunmasına ilişkin koruma tedbirlerini düzenlemiştir. Alınacak koruma tedbiri yalnızca çocuğun menfaatlerini korumayı ihmal eden, velayet hakkından doğan hak ve yükümlülükleri çocuğun aleyhine kullanarak çocuğun menfaatlerini tehlikeye sokan ebeveyne yönelik olacaktır³⁹⁵.

B. TEDBİRLERİN TALİ NİTELİKTE OLMASI

Alınacak tedbirler tali bir karaktere sahiptir. Tedbirlerin tali nitelikte olması; hakimin söz konusu tedbirleri yalnızca ana ve babanın çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesini engelleyememeleri halinde alacağı anlamına gelmektedir. Ana ve baba velayet hakkından

³⁹² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 367; Oğuzman/Dural, s. 301 vd.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 436; Öztan, s. 670; Baygın, s. 319; Akyüz (Velayet), s. 135; Grassinger (Tedbirler) s. 99.

³⁹³ Baygın, s. 320; ; Grassinger (Tedbirler) s. 100; Akyüz (Velayet), s. 135.

³⁹⁴ Grassinger (Tedbirler) s. 99; Akyüz (Velayet), s. 135.

³⁹⁵ Zeybek, s. 65, 66; Oğuzman/Dural, s. 302; Grassinger (Tedbirler) s. 105.

doğın yükümlölükleri gereği gibi yerine getirip, gerekli tedbirleri alırsa hakimin tedbirleri alma yönünde karar vermesi söz konusu olmayacaktır³⁹⁶.

Tedbirlerin tali nitelikte olması, ana ve babanın kendi imkanları ile önlem alabildikleri hallerde hakimin müdahale etmemesinin yanı sıra; hakimin alacağı tedbirin derecesini belirlemesi hususunda da dikkate alması gereken bir ilkedir. Buna göre, hakim, hafif bir tedbir ile olası veya mevcut tehlikeyi önleyebilecek ya da bertaraf edebilecek ise, daha ağır bir tedbire başvuramaz³⁹⁷. Tedbirin derecesini ayarlarken hakim, olası veya mevcut tehlikenin özelliklerini, çocuğa verebileceği veya verdiği zararları dikkate alır ve hükmedebileceği tedbirler arasında durumu en etkili şekilde engelleyebilecek olanları seçer.

TMK’da düzenlenen çocuğın korunmasına ilişki hükümler kaleme alınırken tedbirlerin tali niteliği göz önünde bulundurulmuştur. Buna göre;

- TMK m. 346’da düzenlenen genel nitelikteki tedbirler, çocuğın karşılaştığı veya karşılaşacağı tehlikeyi önlemek için yeterli değil ise, TMK m. 347’de belirtilen özel nitelikteki tedbirlere karar verilebilir.

- TMK m. 347’de düzenlenen tedbirlerin yeterli olmayacağı görüldüğu takdirde, TMK m. 348’de düzenlenen en ağır tedbir olan velayetin kaldırılması tedbirine başvurulur.

Hakim tarafından alınabilecek koruyucu tedbirler, en hafiften, en ağıra doğru düzenlenmişt olup; kanun koyucunun iradesi, hakimin alacağı tedbire karar verirken Kanundaki sırayı takip etmesi yönündedir.

C. TEDBİRLERİN TAMAMLAYICI OLMASI

Hakimin alacağı tedbirler, ana ve babanın, çocuğın tehlikeye düşen yararını koruyamadıkları takdirde söz konusu olurlar. Tedbirler, ana ve babanın velayet haklarının gerektirdiği yükümlölükleri yerine getirmedeki eksikliklerini tamamlamayı amaçlar. Bu doğrultuda, hakim tarafından alınacak tedbirler, tamamlayıcı niteliği haizdirler. Ana ve babanın velayet haklarının gerektirdiği yükümlölükleri yerine getirmedeki eksikliklerini fark ederek tamamlamaları veya söz köz konusu eksikliklerin üçüncü bir kişi tarafından tamamlanması halinde, çocuğın yararının tehlikeye düşmesi hali önlenir veya bertaraf edilirse, hakimin koruyucu tedbirlere hükmetmesi söz konusu olmaz³⁹⁸.

³⁹⁶ Grassinger (Tedbirler) s. 100; Baygın, s. 321; Akyüz (Velayet), s. 135; İmamoğlu, s. 196.

³⁹⁷ Grassinger (Tedbirler) s. 101; Akyüz (Çocuk), s. 78

³⁹⁸ Akyüz (Çocuk), s. 77; İnan, s. 19; İmamoğlu, s. 195; Grassinger (Tedbirler) s. 102.

D. TEHLİKE İLE TEDBİRİN ORANTILI OLMASI

Hakimin alacağı tedbirin ağırlığını belirleyecek olan unsur, ana ile baba tarafından bertaraf edilmeyen veya önlenemeyen, çocuğun karşı karşıya kaldığı tehlikedir. Bir başka deyişle, hakim, alacağı önlemi, çocuğun içinde bulunduğu tehlikenin büyüklüğüne göre belirler.

Çocuğun korunmasına ilişkin tedbirler İMK'da 307 ila 315b maddeleri arasında düzenlenmiştir. İMK'nın çocuğun korunmasına ilişkin tedbirler (*Kindesschutzmassnahmen*) başlıklı bölümüne bakıldığında, çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi halinde (*Bei Gefährdung des Kindeswohls* veya *Kindeswohlgefährdung*), ölçülü ve uygun tedbirlerin alınması (*Geeignete Massnahmen*) gerektiği belirtilmiştir³⁹⁹. Hakimin alacağı tedbirler, tehlike ile orantılı, tehlikeyi önleyecek boyutta tedbirler olmalıdır. Fakat alınan tedbir o durumda alınabilecek en hafif tedbir olmalıdır. Çocuğun yararını ve gelişimini tehdit eden durumun basit bir tehlike olduğu hallerde, hakimin uygulanmasına karar vereceği tedbir de hafif olmalıdır⁴⁰⁰. Bir başka deyişle, alınacak tedbir, tedbir alınmasına neden olan tehlikeyi önleyebilecek veya bertaraf edebilecek tedbirler arasında en hafif nitelikteki tedbir olmalıdır⁴⁰¹.

Alınan hafif tedbirden sonuç alınamaz ise, hakim daha ağır bir koruma tedbiri almaya karar verebilir⁴⁰². Aynı zamanda hakim tehlikenin tek bir tedbir ile önlenemeyeceğine karar verirse, aynı anda birden fazla tedbir uygulayabilir⁴⁰³.

Alınacak tedbirin çocuğun karşılaşacağı tehlike ile orantılı olması, aynı zamanda tehlikeye ilişkin tedbirin, tehlike büyümeden, en kısa zamanda alınmasını da gerektirir⁴⁰⁴. Hakimin tedbir alma konusunda gecikmesi halinde, basit bir koruma tedbiri ile önlenebilecek veya bertaraf edilebilecek bir tehlikenin büyüyerek, daha ağır bir tedbir ile bertaraf edilebilecek hale gelmesi, çocuk ile ana, baba arasındaki aile ilişkisinin onarılamayacak şekilde zedelenmesine neden olabilir.

³⁹⁹ Tuor/Schnyder, s. 68; Sutter-Somm/Kobel, s. 230.

⁴⁰⁰ İnan, s. 19; Akyüz (*Velayet*), s. 135; İmamoğlu, s. 195; Akyüz (*Çocuk*), s. 80; Baygın, s. 320, 321; Grassinger (*Tedbirler*) s. 103.

⁴⁰¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 367; Oğuzman/Dural, s. 301 vd.; Öztan s. 671; Serozan, s. 262; Akyüz (*Velayet*), s. 135; 301 Grassinger (*Tedbirler*), s. 104; Akyüz (*Çocuk*), s. 78, 79.

⁴⁰² Sutter-Somm/Kobel, s. 229; Serozan, s. 262; Öztan, s. 670; Oğuzman/Dural, s. 301 Grassinger (*Tedbirler*), s. 104

⁴⁰³ Grassinger (*Tedbirler*) s. 103; Baygın, s. 321, 322.

⁴⁰⁴ Grassinger (*Tedbirler*), s. 104.

Ayrıca, TMK m. 347’de düzenlenen koruyucu aile ya da kuruma yerleştirme ve m. 348’de düzenlenen velayetin kaldırılması tedbirleri dışında, çocuğun korunmasına ilişkin alınan tedbirin, velayet hakkının kullanımını engellememesi gerekir⁴⁰⁵.

III. MEDENİ KANUN KAPSAMINDA KORUMA TEDBİRLERİNİN ALINMASI

A. ÇOCUĞUN ŞAHİS VARLIĞININ KORUNMASINA YÖNELİK TEDBİRLER

Ana ve babanın velayet hakkından doğan yükümlülüklerini gerektiği gibi kullanamamaları halinde çocuğun kişilik varlığı tehlikeye düşerse, hakim bu konuda tedbir kararı vermelidir. Söz konusu tedbirler TMK m. 346 ve m. 347’de, aynı zamanda Çocuk Koruma Kanununda düzenleme alanı bulmuştur. TMK m. 346 ve 347’de belirtilen durumlarda hakim, çocuğun korunması için onun bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir.

1. Türk Medeni Kanununun 346. Maddesi Kapsamında Alınacak Basit Koruma Tedbirleri

TMK m. 346’ya göre, “*çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.*” Söz konusu tedbirin aile mahkemesi tarafından alınabilmesi için, ana ve babanın tehlikeye çare bulamaması veya buna güçlerinin yetmemesi gerekmektedir⁴⁰⁶. Madde hükmünde bahsedilen tehlikenin gerçekleşmiş olması gerekmez; çocuğun menfaatini tehlikeye düşürebilecek olası bir durumun varlığı da tedbirlerin alınmasını gerektirir. Ana ve babanın önlemleri almamakta kusurlu olması şart değildir⁴⁰⁷.

Alınacak tedbirlerin neler olduğuna bakacak olursak, TMK m. 346’da alınacak tedbirlerin neler olduğu açıkça ifade edilmediğinden, öğretide hakimın takdir yetkisinin (TMK

⁴⁰⁵ 2. HD 2007/16702 E., 2007/17570 K. sayılı kararı şu şekildedir; “...Velâyetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velâyet görevlerine müdahale olunamaz. Mahkemece, velâyetin babadan kaldırılması isteğine ilişkin dava reddedilmiş, velâyet babada bırakılmıştır. Velayet babada bırakıldığı halde, Türk Medenî Kanunu'nun 346. maddesi koşulları da gerçekleşmemişken babanın velayeti fiilen kullanamaması sonucuna müncer olacak şekilde çocukların öğrenimlerini davacı anneannenin yanında sürdürmelerine karar verilmesi doğru bulunmamıştır...” <https://www.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi 28.02.2019)

⁴⁰⁶ Oğuzman/Dural, s. 302; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 436; Grassinger (Tedbirler) s. 108; Çelik, s. 49.

⁴⁰⁷ Oğuzman/Dural, s. 303; Öztan, s. 671; Grassinger (Tedbirler) s. 67, 68; Akıntürk/Ateş Karaman, s.436; Akyüz, s. 170; Baygın, s. 321.

m. 4) devreye gireceği savunulmaktadır⁴⁰⁸. Alınabilecek tedbirlerin neler olabileceği konusunda mehz İsviçre Medeni Kanunu ve Çocuk Koruma Kanununda yer alan tedbirler yol gösterici niteliktedir⁴⁰⁹. Hakim bu durumda, tedbirlerin kanundaki sıralaması en hafif tedbirden, en ağıra doğru olduğundan, m. 347 ve m. 348'deki tedbirler kadar ağır olmasa da, tehlikeyi sonlandıracak yeterlilikte bir tedbirin uygulanmasına hükmetmelidir.⁴¹⁰ Bu noktada alınabilecek tedbirlerin neler olacağını gözden geçirmek yerinde olacaktır.

İlk olarak; hakim, İsviçre Medeni Kanununda m. 346'nın karşılığı olan m. 307/III uyarınca öğüt verme, uyarıda bulunma ve talimat verme tedbirini de uygulayabilir. Söz konusu tedbirler kapsamında ebeveynlere öğüt verebilir, tedbirin yeterli olmayacağı kanaatine varırsa ebeveynlere çocuğun menfaatine ilişkin karşı karşıya kaldıkları tehlike konusunda uyarıda bulunabilir veya ebeveynlere talimat verebilir⁴¹¹. Uyarıda bulunması, öğüt vermeden farklı olarak ana ve babanın velayetten doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri ve söz konusu yetki ve yükümlülüklerini ciddiye almamaları ve çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesinin gündeme gelmesi halinde daha ağır tedbirler alacağı anlamına gelmektedir⁴¹². Uyarının da yetersiz kaldığı durumlarda hakim ana ve babaya talimat verir. Hakim, gerekli tedbirlerin alınması ve söz konusu tedbirlerin alınma usulüne ilişkin yol gösterir. Tüm bu tedbirlerin yetersiz kalması halinde hakim ilk olarak denetçi, sonrasında ise danışman atanmasına karar verir (İMK m. 307/III)⁴¹³. Bu şekilde hakim verilen kararları uygulanıp uygulanmadığını denetleyebilir. TMK m. 346 kapsamında atanacak denetçi, hakime belirli aralıklarla rapor verebilir ve hakimi daha ağır tedbirleri alınıp alınmaması gerektiği hususunda bilgilendirebilir⁴¹⁴. TMK . 346'nın kaynağı olan 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu m. 283'te, çocuğun yararı için denetçi ve danışman atanmasının çocuğun menfaatinin en yüksek seviyede korunması için önemli olduğu vurgulanmıştır⁴¹⁵. Ayrıca TMK'da düzenlenmeyip, İsviçre Medeni Kanununda düzenlenen kayyımlik tedbiri bulunmaktadır. Buna göre çocuğun kişilik haklarının korunması ile ilgili iki tür kayyımlığın düzenlendiğini görmekteyiz. Bunlar; 1)

⁴⁰⁸ Grassinger (Tedbirler) s. 111; Öztan, s. 672; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 437; Oğuzman/Dural, s. 306.

⁴⁰⁹ Grassinger (Tedbirler) s. 111.

⁴¹⁰ Grassinger (Tedbirler) s. 111, 112.

⁴¹¹ Oğuzman/Dural, s. 306; Grassinger (Tedbirler) s. 113; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 436vd.; Baktır Çetiner, s. 135; Baygın, s. 328, 329, 330.

⁴¹² Baktır Çetiner, s. 135; Grassinger (Tedbirler) s. 114; Baygın, s. 328.

⁴¹³ Oğuzman/Dural, s. 304; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 436; Baktır Çetiner, s. 135; Grassinger (Tedbirler) s. 114.

⁴¹⁴ Grassinger (Tedbirler) s. 115.

⁴¹⁵ Baktır Çetiner, s. 135; Öztan, s. 674; Grassinger (Tedbirler) s. 119; Tekinay, s. 499vd.; Baygın, s. 330, 331.

çocuğun menfaatinin korunmasına yönelik kayyımlık (İsviçre Medeni Kanunu m. 308); 2) babalığın tespitinin düzenlenmesi için atanan kayyım'dır (İsviçre Medeni Kanunu m. 309)⁴¹⁶

İkinci olarak; Çocuk Koruma Kanununa ilişkin çıkarılmış Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin⁴¹⁷ 12. ve devamı maddelerinde, alınacak tedbirlerin işlevleri ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmıştır. Mahkeme m. 346 kapsamında hangi tedbirlerin alınabileceği noktasında 12. ve devamındaki maddelerdeki tedbirlere bakarak hangi tedbirin uygulanacağına karar verebilir. Söz konusu tedbirlere çalışmamızın sonraki bölümlerinde değinilecektir. Yönetmeliğe göre alınacak tedbirler; danışmanlık tedbiri (m.12), eğitim tedbiri (m.13), bakım tedbiri (m.14), barınma tedbiri (m. 15) ve sağlık tedbiri (m. 16) olarak sayılabilir. Hakim, geniş takdir yetkisini kullanarak söz konusu tedbirlerin alınmasına da hükmedebilir.

2. Türk Medeni Kanununun 347. Maddesi Kapsamında Alınacak Koruma Önlemleri

TMK m. 347/I'e göre, *çocuğun bedensel veya zihinsel gelişiminin tehlike altında olması ya da çocuğun manevi açıdan terk edilmiş olması* hallerinde çocuğun aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi söz konusudur. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, aileyi çocuğa karşı koruyan bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, çocuğun aile ile beraber kalması ailenin huzurunu katlanması beklenemeyecek ölçüde bozuyorsa ve söz konusu durum için başka bir çare yoksa birinci fıkradaki tedbirin alınması ana, baba veya çocuk tarafından talep edilebilir.(TMK m. 347/II)⁴¹⁸ Ayrıca, Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi m. 19/I uyarınca, *“Taraflar Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmâl ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.”* Ayrıca 20. maddenin 1. fıkrasına göre; *“Geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, Devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahiptir.”*⁴¹⁹

⁴¹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 188, 189; Grassinger (Tedbirler) s. 123.

⁴¹⁷ RG, 24.12.2006, 26386 S.

⁴¹⁸ Konu ile ilgili Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 3. HD, T. 6.12.2010, E. 2009/17801, K. 2010/20421, <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi, 2.05.2019); Öztan, s. 677; Oğuzman/Dural s. 304.

⁴¹⁹ Sözleşmenin 20. Maddesinin 2. Ve 3. Fıkraları şu şekildedir;

Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin tehlike altında bulunması, genel olarak ana ve babanın velayet hakkından doğan çocuğa bakma, sağlığına dikkat etme, eğitime ve gelişimine gereken özeni gösterme gibi yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde çocuğun yaşıtları ile karşılaştırıldığında gereken bedensel ve zihinsel gelişmeyi göstermemiş olma halini ifade eder⁴²⁰. Bu duruma örnek vermek gerekirse; çocukla ilgili alınacak kararlarda çocuğun yaşı ve olgunluğu görüş bildirmeye yeterli olsa da çocuğa hiç söz hakkı verilmemesi, çocuğun aile içinde fiziksel şiddet görmesi, cinsel, psikolojik ve bedensel istismara maruz kalması, ana ve babanın çocukla gerektiği ölçüde ilgilenmemeleri; eğitim almasını sağlamamaları, gelişimi için gerekli ilgi ve alakayı göstermemeleri, özel bakım gerektiren çocuğun bakımı konusunda ebeveynlerin çaresiz kalmaları veya ihmalkar davranışları (TMK m. 347/I); tam tersi olarak, çocuğun değişik nedenlerle toplumsal hayata uygun, normal davranışlar sergileyememesi, ebeveynlerine karşı cinsel ve fiziksel saldırılarda bulunması, çocuğun kendini kontrol edememesi, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı olması veya intihara eğilimli davranışlar göstermesi (TMK m. 347/II), TMK m. 347/I ve II kapsamında tedbirlerin uygulanmasını gerektirir⁴²¹. Ebeveynlerin ihmalkar davranışları nedeniyle manen terk edilmiş olduğunu hisseden, aile içinde sosyal hayata katılamayan, ana ve babasıyla iletişim kuramayan çocuk, okul hayatında, arkadaş çevresinde, öğretmenleri ile de iletişim kopukluğu yaşayarak, sosyal hayata uyum sağlama konusunda zorluklar yaşamaktadır. Çocuğun bulunduğu sosyal çevreye uyum sağlayamaması, çocuğu yalan söylemeye, uyuşturucu madde alışkanlığı kazanmaya ve suç işlemeye yönlendirebilir⁴²². Aile hakimi bu durumda olan bir çocuğa ebeveynlerin yardımcı olmadıklarını görürse, çocuk bakımından zararın gerçekleşmiş olduğunu kabul ederek, derhal

“(2)Taraflar Devletler bu durumdaki bir çocuk için kendi ulusal yasalarına göre, uygun olan bakımı sağlayacaklardır.

(3)Bu tür bakım, başkaca benzerleri yanında. bakıcı aile yanına verme, İslâm Hukukunda kefalet (kafalah), evlât edinme ya da gerekiyorsa çocuk bakımı amacı güden uygun kuruluşlara yerleştirmeyi de içerir. Çözümler düşünülürken, çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliğin korunmasına ve çocuğun etnik, dinsel, kültürel ve dil kimliğine gereken saygı gösterilecektir.”

⁴²⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 437; Oğuzman/Dural, s. 307; Öztan, s. 1150; Dural/Öğüz/Gümüş s. 336; Tekinay, 503; Baygın, s. 335 vd; Çelik, s. 46; Hülya İmamoğlu, “Çocuğun Kişiliğinin Ana ve Babaya Karşı Korunması”, AÜHFD, Y, 2005, C. 54, S. 2, Ankara, s. 198

⁴²¹ Oğuzman/Dural, s. 305, 307; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 438; Grassinger (Tedbirler) s. 143; Çelik, s. 262; Akyüz, s. 171 vd; Baygın, s. 334; Öztan, s. 675; Evgen, s. 99.

⁴²² Öztan, 677, 678; Oğuzman/Dural, s. 307vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 336; Grassinger (Tedbirler) s. 142.

TMK m. 347 uyarınca çocuğu ailesinin yanından almalı ve kuruma yerleştirilmelerine hükmetmelidir⁴²³.

TMK m. 347'ye göre, çocuğun şartlar oluştuğunda koruyucu aile veya bir kuruma bırakılması gerektiği düzenlenmiştir. Nitekim, söz konusu hüküm çocuğun yararı için uygun bir yere bırakılmasını amaçlamaktadır. Çocuğun yaşı ve idrak kabiliyeti göz önünde bulundurularak ergin olmaya yakın yaşta olan küçüğün bağımsız bir konutta oturabilmesine de karar verilebilmelidir⁴²⁴. TMK her ne kadar çocuğun bir aile yanına yerleştirilmesi gerektiğinin altını çizse de, çocuğun yararı ve somut olay göz önünde bulundurularak, çocuğun manevi olarak yanında olabilecek, gereken bakımı ve ilgiyi gösterebilecek bir kişinin veya kişilerin yanına bırakılması da mümkün olmalıdır⁴²⁵.

Çocuğun herhangi bir sebeple kamu korumasına alınması veya koruyucu aile yanına yerleştirilmesi kendi ailesiyle olan ilişkisini engellememelidir. Aynı zamanda, çocuğun kamu kurumuna yerleştirilmesi halinde, ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri, aile yaşamının vazgeçilemez bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Ana, baba ve çocuğun birlikte yaşamamaları, ortak yaşama son vermeleri veya çocuğun kamu koruması altında bir kurumda bulunması sonrasında aile yaşamına saygı gereği ailenin yeniden birleşmesine yönelik tedbirler çocuğun yararı için alınmalıdır⁴²⁶. Eğer TMK m. 347 gereği, çocuk koruyucu ailenin yanına yerleştirildiğinde ve uzun yıllardır orada kaldığı bir durumda, çocuğun ailesi velayet hakkına dayanarak çocuğu koruyucu ailenin yanından geri almak isterlerse, hakim, çocuğun yararını dikkate alarak, velinin söz konusu talebini reddedebilir⁴²⁷. Çocuğun yanında yaşadığı koruyucu aileye alışması, beraber yaşadığı kişilerle iyi iletişim kurmuş ve yakınlık sağlamış olması ve kendi ailesine yabancılaşmış olması (kendi ailesine karşı hiçbir manevi yakınlık hissetmemesi) hallerinde çocuğun öz ailesinin yanına dönmesi çocukta onarılamaz nitelikte kalıcı zararların ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir⁴²⁸. Evgen'e göre, TMK m. 347'ye, tedbir kararının

⁴²³ **Grassinger**, s. 143; **Tekinay**, s. 502 vd; **Usta**, s. 451; Ayrıca bkz.; 2. HD., E. 2016/23869 K. 2017/303 T. 12.1.2017; 2. HD., E. 2011/19607 K. 2012/17214 T. 21.6.2012; 20. HD., E. 2015/12494 K. 2015/9464 T. 15.10.2015, <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi 2.05.2019)

⁴²⁴ **Evgen**, s. 99.

⁴²⁵ **Evgen**, s. 99.

⁴²⁶ Bu yöndeki AİHM kararları için bkz.; *Olsson* vs. İsveç, B. No: 10465/83, 24/3/1988, § 59; *B. vs. Birleşik Krallık*, B. No: 9840/82, 8/7/1987, § 60; *Hokkanen* vs. Finlandiya, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55; *Berrehab* vs. Hollanda, B. No: 10730/84, 21/6/1988, § 21; *Gluhakovic* vs. Hırvatistan, B. No: 21188/09, 12/4/2011, §§ 56, 57), , <https://0214cksdı-y-https-www-lexpera-com-tr-proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/anayasa-mahkemesi/k-2013-6382-t-9-3-2016-1>, (Erişim Tarihi, 01.05.2019)

⁴²⁷ **Evgen**, s. 99.

⁴²⁸ **Evgen**, s. 100.

kaldırması konusunda (çocuğun koruyucu aileden alınıp, çocuğun ailesinin yanına dönmesine karar verilmeden önce) hakim bu durumun çocuğun psikolojisi açısından güçlük yaratmayacağına dair kanaat getirmiş olmasına ilişkin bir hüküm eklenmelidir⁴²⁹. Nitekim çocuğu alışmış olduğu koruyucu ailesinin yanından alıp, istemediği bir ortam olan öz ailesinin yanına koymak çocuğu derinden yaralayabilir.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında, çocuğa yönelik TMK m. 347 kapsamında sağlanan tedbirler geçici önlem niteliği taşıdığından, uygun şartlar oluştuğunda ailenin bütünlüğünü sağlamak adına, tedbirin sonlandırılması gerekir. Çocuk kamu kurumundayken de ‘*ana, baba ve çocuğun birbirleriyle kolaylıkla ve düzenli olarak görüşmelerinin önüne engeller konulduğu takdirde, aile üyeleri arasındaki bağlar zayıflayacak ve başarılı bir şekilde yeniden bütünleşmeleri gittikçe zorlaşacaktır. Bu kapsamda, “uygun şartlar oluşur oluşmaz” aileyi yeniden bir araya getirme şeklindeki pozitif yükümlülük, kamusal makamların ilgili koruma tedbirinin başlamasından itibaren artan bir gayret ve özen göstermelerini zorunlu hâle getirmektedir.*’ Bununla birlikte ailenin mevcut durumunun çocuğun sağlık ve güvenliği açısından uygun olmadığı kanıtlandığı durumlar dışında, çocuğun menfaati de doğal ailesi ile bağlarının sürdürülmesini gerektirmektedir. Söz konusu bağlantının kesilmesi, çocuğun adeta köklerinden koparılması anlamına gelmektedir. Bu nedenle çocuğun üstün menfaati de söz konusu bağlantının yalnızca olağanüstü ve istisnai durumlarda engellenmesini gerektirmektedir. Belirtilen kişisel bağın korunması veya yeniden tesisi için tüm imkânlar kullanılmalıdır. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Hokkanen/Finlandiya, § 58; Maire/Portekiz, B. No: 48206/99, 26/9/2003, § 71)’⁴³⁰

3. Türk Medeni Kanununun 348. Maddesi Kapsamında Velayetin Kaldırılması Tedbiri

TMK m. 348 kapsamında velayet hakkının kaldırılması yalnızca fiil ehliyetine sahip olan ana ve baba için söz konusudur. Ergin olmayan veya kısıtlı ana, babanın velayet hakkı, TMK m. 296/II uyarınca kanun gereği bulunmamaktadır⁴³¹. TMK m. 429 gereği ana, babaya

⁴²⁹ Evgen, s. 100.

⁴³⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı - 2. B., B. 2013/6382 T. 9.3.2016, <https://0214eksdi-y-https-www-lexpera-com-tr-proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/anayasa-mahkemesi/k-2013-6382-t-9-3-2016-1>, (Erişim Tarihi, 01.05.2019)

⁴³¹ Hegnauer, (Berner Kommentar) Art. 25. N. 8; Bereitschmid (Basler Kommentar), Art. 312, § 2 ZGB; Büchler/Vetterli, s. 249.

yasal danışman atanması gerekirse, velayet hakkı son bulmayacaktır⁴³². TCK m. 53/I/a,e uyarınca, hüküm giymiş olan ana, babanın mahkumiyet sonucunda velayet, vesayet veya kayyımlığa ilişkin hakları, koruma tedbirleri kapsamında son bulmaktadır. Bu durumda hakkında mahkumiyet kararı verilen kişinin hakları diğer eşe geçecektir. Hakkında mahkumiyet kararı verilen kişi eğer velayet hakkına tek başına sahip ise, çocuğa vasi atanır⁴³³.

TMK m. 348 kapsamında velayet hakkının kaldırılması için gereken şartlar, ana ve babanın birlikte velayet haklarının kaldırılmasında ve velayetin o anda ana veya babada bulunması halinde uygulanır⁴³⁴.

Velayet hakkı kaldırıldığında, velayet hakkına bağlı tüm hak, yetki ve yükümlülükler diğer eşe veya vasiye intikal eder⁴³⁵.

Velayet hakkı kaldırılrsa dahi, ana, babanın nafakaya ilişkin yükümlülükleri, çocuk ile ilgili bilgi alma hakları ve çocukla kişisel ilişki kurma hakları devam edecektir⁴³⁶.

Çocuğun korunmasına ilişkin diğer tedbirlerden sonuç alınamazsa, ya da tedbirlerin yetersiz olacağının önceden anlaşılması halinde, hakim TMK m. 348’de belirtilen durumlarda velayetin kaldırılmasına karar verir. Bu durumlar;

- Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.
- Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamasıdır.

Doktrinde velayetin kaldırılmasına ilişkin gerekli olan şart ise, çocuğun menfaatinin tehlikede olmasıdır. Çocuğun menfaatinin tehlikede olması ise çocuğun fiziki ve psikolojik gelişiminin kalıcı olarak tehlikede olması şeklinde ifade edilmektedir⁴³⁷.

Ana ve babanın velayet hakkı kapsamındaki yükümlülüklerini (TMK m. 339-344) ihlal etmesi hususunda kusurları aranmamaktadır⁴³⁸. Söz konusu yükümlülükleri ihlal etmek objektif bir olgu olarak nitelendirilmiş ve velayetin kaldırılması için gerekçe olarak kabul edilmiştir. Velayetin kaldırılması TMK m. 348 uyarınca sayılan sebeplere dayanarak çocuğun menfaatini tehlikeye sokan bir sebebe dayanabilir; fakat velayetin kaldırılması çocuk için alınabilecek en

⁴³² Öztan, s. 644.

⁴³³ Öztan, s. 641; Akıntürk, s. 428.

⁴³⁴ Büchler/Vetterli, s. 250.

⁴³⁵ Bereitschmid (Basler Kommentar), Art. 312, Nr. 1 ZGB; Akıntürk, s. 428; Öztan, s. 641 vd.

⁴³⁶ Bereitschmid, (Basler Kommentar), Art. 312, Nr. 1 ZGB; Öztan, s. 641

⁴³⁷ Bereitschmid, (Basler Kommentar), Art. 312, Nr. 3 ZGB; Büchler/Vetterli, s. 249.

⁴³⁸ Grassinger (Tedbirler) s. 48.

ağır önlem olduğundan, her durumda velayetin kaldırılması özel bir sebebe dayanmalıdır⁴³⁹. Madde hükmünün birinci fıkrasında ve benzeri sebepler ibaresini kullanarak kanun koyucu söz konusu sebeplerin sınırlı sayıda olmadığını ifade etmiştir. Ancak velayet hakkının ana ve babaya yüklediği görevleri yerine getirmesini engelleyen süreklilik gösteren her türlü sebep velayetin kaldırılmasını gerektirir⁴⁴⁰. Örneğin, ana ve babanın kısıtlanması çocuğun yararını tehlikeye düşüren bir durum olarak kabul edilebilir ve velayetin kaldırılmasını gerektirebilir⁴⁴¹.

Ana ve babanın velayetten doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri hususunda süreklilik şartı aranmaktadır⁴⁴².

Velayetin kaldırılmasının ardından kaldırılma nedeninin ortadan kalkması halinde velayetin iadesi gündeme gelecektir⁴⁴³.

Yargıtay'ın velayetin kaldırılma sebeplerini, TMK uyarınca sayılan sebeplerle sınırlı tutmadığı görülmektedir. Kanunda sayılmayan nedenlerle Yargıtay'ın önüne gelen velayetin kaldırılması taleplerine de bakıldığında Yargıtay'ın velayetin kaldırılması yönünde karar verdiği görülmektedir.

Mahkeme içtihatlarına bakıldığında velayetin kaldırılması, değiştirilmesi ve çocuğun aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi tedbirlerine son çare olarak başvurulması gerektiği yönünde kararlar verildiği görülmektedir. Mahkeme tarafından belirlenen bazı kriterlerle beraber mümkün olduğu surette çocukların alıştıkları aile ortamının değiştirilmemesine, kardeşlerin birbirlerinden ayrılmamalarına dikkat edilmeli, velayet hakkının verileceği ebeveynin yanında kalmasının çocuğun fiziksel, psikolojik, ahlaki olarak gelişimine engel teşkil edip etmediği bakımından somut ve inandırıcı delillerin mevcut olup olmadığına bakılmalıdır⁴⁴⁴.

⁴³⁹ Oğuzman/ Dural, s. 313; Öztan, s. 643; Akıntürk, s. 441

⁴⁴⁰ Öztan, Aile Hukuku, s. 644.

⁴⁴¹ Oğuzman/ Dural, s. 314, 315. Ana veya babanın kısıtlanması velayetin kendiliğinden kaldırılmasını sağlamaz, hakim bu doğrultuda karar vermesi gerekir. Ayrıca ana, babaya yasal danışman atanması halinde velayetin kaldırılması kesin olarak gerekli değildir. Bu doğrultuda çocuğun yararının korunması amacıyla hakim karar vermesi gerekir.

⁴⁴² Öztan, Aile Hukuku, s. 643.

⁴⁴³ TMK m. 351 şöyledir; “Durumun değişmesi hâlinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir.

Velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışa hâkim, re'sen ya da ana veya babanın istemi üzerine velâyeti geri verir.”

⁴⁴⁴ Söz konusu ilkeler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.10.2010 gün ve 2010/2-501 E. 2010/492 K.; 23.11.2011 gün ve 2011/2-547 E. 2011/695 K.; 16.03.2012 gün ve 2011/2-884 E. 2012/197 K. ile 06.03.2013 gün ve 2012/2-794 E. 2013/310 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir. <https://www.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi 28.02.2019)

Öncedende belirtildiği üzere, mahkeme tarafından velayet hakkı düzenlenirken ilk olarak göz önünde bulundurulması gereken husus çocuğun yararını korumak ve geleceğini teminat altına almak olduğu için, çocuğun bedensel ve psikolojik gelişmesini olumsuz yönde etkileyen ve hatta engelleyen, geçici nitelikte olmayan her şey, mevcut tehlikenin büyüklüğü, ve tehlikenin yol açacağı telafisi zor sonuçlar göz önünde bulundurularak karar verilmelidir⁴⁴⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına bakıldığında da, velayet hakkının kaldırılmasının tehlike ile orantılı olup olmadığına bakıldığını görmekteyiz⁴⁴⁶. Kararlarda esas alınan bir diğer ölçüt ise, çocuğun korunması için alınan önlemler ile beklenen durumun kaçınılan sonucu ortadan kaldıracak nitelikte olmasıdır⁴⁴⁷. Örneğin, ev içi şiddet gören bir çocuk hakkında İMK m. 311/I uyarınca, "çocuğun bizzat şiddetin kurbanı olması veya yalnızca, ev içi şiddete tanık olması halinde velayetin kaldırılması tedbiri uygulanmaktadır." İsviçre Hukukunda velayetin kaldırılması, çocuk koruma tedbirleri sisteminde en son çözüm olarak nitelendirilmektedir⁴⁴⁸. Bu nedenle uygulamada Federal mahkeme ev içi şiddet durumunda ilk olarak daha hafif tedbirler olan kişisel ilişki kurma hakkını engelleme kararı veya yerleşim yerinin belirlenmesi hakkını kaldırmakta, en son çare olarak velayetin kaldırılmasına hükmetmektedir⁴⁴⁹. İsviçre Federal Mahkemesinin başka bir kararında, uzun süreli hapis cezasına çarptırılan babanın, velayet hakkının kendisinden alınması yerinde bulunmuştur⁴⁵⁰. Kararın gerekçesinde çocuğun babasının hapse girmesi neticesinde manen terk edilmiş hissetmesi ihtimaline değinilmiş ve çocuğun fiziksel ve mental açıdan ihmal edilmesinin, ona bakmakla yükümlü ebeveynlerin sorumluluklarını yerine getirmemesinin, çocuğun gelişimine olumsuz etkilerinin üstünde durulmuştur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, çocuğun bakımının ihmal edilmesi, manen terk edilmesi, "pasif çocuk istismarı" olarak tanımlanır ve çocuğun gelişimini tamamlaması, yetiştirilmesi için gerekli temel ihtiyaçlarının karşılanması konusundaki ihmalkar davranışları ifade eder⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017/2448 E. , 2018/1131 K.; Hukuk Genel Kurulu 2017/1575 E. , 2018/672 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi 28.02.2019)

⁴⁴⁶ **Breitschmid**, (*Basler Kommentar*), Art. 307, Nr. 4 vd. ZGB; **Büchler/Vetterli**, s. 251.

⁴⁴⁷ **Breitschmid**, (*Basler Kommentar*), Art. 307, Nr. 4 vd. ZGB; **Büchler/Vetterli**, s. 252.

⁴⁴⁸ **Yılmaz**, s. 172.

⁴⁴⁹ **Yılmaz**, s. 172.

⁴⁵⁰ ATF, 119 II 9, para. 9, Karar Tarihi: 05.03.1993, www.admin.ch. (Erişim Tarihi: 05.02.19)

⁴⁵¹ **Baktır Çetiner**, s. 101; **Akyüz**, s. 358vd.

Velayet hakkı sahibi ana ve baba, anlaşmalı boşanma sırasında bir protokolle, velayetin kaldırılmasına ilişkin eşlerin dava açamayacağını kararlaştıramazlar⁴⁵². Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2014 tarihli kararında, “*Protokolde yer alan "velayetin kaldırılması ve kişisel ilişkinin genişletilmesi davası açılmayacağına" ilişkin medeni hakları kullanmaktan feragate ilişkin taahhütler, medeni hakları kullanma ehliyetinden önceden vazgeçme niteliğinde olup, Medeni Kanununun 23'ncü maddesine ve çocukların yüksek yararlarına açıkça aykırıdır.*” şeklinde, söz konusu hususun çocuğun menfaatlerine aykırı olduğu gerekçesiyle hakim tarafından reddedilmiştir⁴⁵³.

Aile hakiminin, velayetin kaldırılması yönünde karar verebilmesi için, velayetin ana-babaya verildiği tarihten sonra velayetin kaldırılmasını gerektirecek haklı bir sebebin ortaya çıkması gerekmektedir. Hakim söz konusu talebi değerlendirirken “çocuğun üstün yararını” dikkate almalıdır.

Ana ve babanın yeniden evlenmesi halinde, velayetin kaldırılması kural olarak söz konusu değildir⁴⁵⁴. (TMK m. 349) Buna göre, velayet hakkı sahibi ana veya babanın yeniden evlenmesi, tek başına velayetin kaldırılması için bir neden teşkil etmemektedir. Bu durumda, velayetin değiştirilmesi için; ananın veya babanın çocuğa karşı velayet hakkından doğan sorumluluklarını savsaklaması, gereken ilgiyi göstermemesi ve velayet hakkı sahibi olmayan diğer ebeveynle çocuğun kişisel ilişki kurmasını engellemesi gibi velayetin değiştirilmesini gerektiren bir hale ilişkin delil bulunması gerekmektedir. Eğer, ana ve babanın, velayet hakkından doğan görevlerini ve yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal ettiği ve çocuğa karşı yeterli ilgi ve alakayı göstermediği deliller ile ispat edilirse, velayetin kaldırılmasına karar verilir⁴⁵⁵.

4. Çocuğun Malvarlığının Korunmasına Yönelik Tedbirler

Ana ve babanın velayet hakkından doğan bir diğer yükümlülüğünün de çocuğun mallarının korunmasını sağlamak olduğunu önceki bölümlerde belirtmiştik. TMK m. 352/I'e göre, çocuğun malvarlığına ilişkin velayet hakkına sahip ana ve babanın en önemli yetkilerinden biri çocuğun malvarlığının yönetilmesidir. Nitekim, TMK m. 352/II uyarınca, ana ve babanın söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde hakim müdahale hakkı

⁴⁵² Mehmet Erdem, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 136.

⁴⁵³ 2. HD., E. 2013/11644 K. 2014/1866 T. 4.2.2014. <https://www.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi 28.02.2019)

⁴⁵⁴ Konuyla ilgili Yargıtay kararı için bkz.; Y. 2.HD. T. 13.01.2014, E. 2013/13402, K. 2014/1 kararın tamamı için bkz.; www.kazanci.com (Erişim Tarihi, 24.04.2019)

⁴⁵⁵ Gençcan, (Velayet), s. 436.

bulunur⁴⁵⁶. Madde metninde, hakimın velayet hakkına sahip ebeveynlerin çocuğun malvarlığını yönetme yetkisine müdahale edebileceği belirtildiği halde, hakimın hangi tedbirleri alarak çocuğun malvarlığının yönetilmesine ilişkin yetkiye müdahale edeceği açıkça belirtilmemiştir. Bu noktada hakime uygulanacak tedbiri belirleyebilme hakkı veren geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Nitekim, hakimın çocuğun malvarlığının korunmasına ilişkin hükmedeceği tedbire karar verirken sınırı, değindiğimiz tedbirlere hakim olan ilkeler olacaktır.

a. Türk Medeni Kanununun 360. Maddesi Kapsamında Alınacak Tedbirler

Hakimin çocuğun mallarının korunmasına yönelik tedbire hükmedebilmesini sağlayan madde TMK m. 360/I'dir. Buna göre, ana baba çocuğun mallarını yönetmekte herhangi bir yeteri kadar özen göstermezlerse, hakim malların korunması için uygun tedbirleri alır. Ebeveynlerin yönetim hakkını kullanırken çocuğun yararına aykırı tutum ve davranışlar sergilemesi halinde söz konusu tedbirlere başvurulabilir.

TMK m. 360'ta değinilen tedbirlerin uygulanması için velayet hakkı sahibi ana veya babanın kusurlu olması gerekmez⁴⁵⁷. Ana, babanın ilgisiz, bilgisiz ve tecrübesiz olması halinde, veya kolayca üçüncü kişilerin etkisinde kalarak çocuğun malvarlığını zarara uğratmaları söz konusuysa, hakim tedbir alınmasını gerekli görebilir⁴⁵⁸. Herhangi bir sebeple, çocuğun malvarlığını tehlikeye sokacak veya sokması muhtemel bir durumun varlığı halinde, hakim uygun önlemleri çocuğun korunması amacıyla almalıdır⁴⁵⁹.

b. Türk Medeni Kanununun 361. Maddesi Kapsamında Alınacak Tedbir

TMK m. 360/II'de düzenlenen tedbirlerin alınması halinde tehlike giderilememiş ise, veya söz konusu tedbirlerin alınmasının işe yaramayacağı baştan itibaren anlaşılıyorsa, TMK m. 361/I'de yer alan tedbire başvurulur. Söz konusu tedbire göre, velayet hakkı sahibi ana babadan, çocuğun mallarının yönetilmesine ilişkin yetki alınır ve yetkiler bir kayyıma intikal eder⁴⁶⁰.

Çocuğun mallarının yönetim yetkisinin ana, babadan alınıp kayyıma verilmesi velayet hakkını etkilemez. Kayyım sadece çocuğun mallarını yönetir, velayet hakkını iktisap etmez⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ Oğuzman/Dural, s. 308; Yargıtay 2. HD, T. 02.04.2001, E. 2001/3771, K. 5058, <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 10.103.2019)

⁴⁵⁷ Oğuzman/Dural, s. 309; Öztan, (Aile Hukuku), s. 698

⁴⁵⁸ Baygın, s. 434, 435.

⁴⁵⁹ Oğuzman/Dural, s. 699.

⁴⁶⁰ Yargıtay, 2. HD, T. 19.6.2008, E. 2008/9252, K. 2008/9027, <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 10.103.2019)

⁴⁶¹ Öztan, Aile Hukuku, s. 700.

5. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun Korunması

Çocuk ile kişisel ilişki kurulması, velayet hakkına sahip olmayan veya çocuğun kendilerinden alındığı ana ve baba bakımından TMK m. 323-324 hükümlerinde, üçüncü kişiler açısından ise TMK m. 325 hükmünde düzenlenmiştir. Bu özelliğiyle kişisel ilişki kurma hakkı soybağının velayet hakkına bağlı olmayan hükümleri arasında yer almaktadır⁴⁶².

TMK m. 323'e göre, ana ve babadan her biri, velayeti altında olmayan ya da velayeti kendisine bırakılmayan çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkını haizdir. TMK m. 182/I uyarınca, hakim takdir yetkisini kullanarak ana ve babanın kişisel ilişki kurmalarına karar verir. Hem ana-babanın, hem de üçüncü kişileri çocuk ile kişisel ilişki kurmaları ancak mahkeme kararıyla gerçekleşebilir⁴⁶³. Dolayısıyla, bir mahkeme kararı ile çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılınca kadar, velayet hakkına sahip ana ya da babanın veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında çocukla kişisel ilişki kurulamaz. (TMK m. 326/III)

Kişisel ilişki kurma hakkı, velayet hakkı gibi ana ve babanın kişilik hakkıdır⁴⁶⁴. Bu niteliğinde dolayı bu hak, devredilemez ve haktan feragat etmek söz konusu olamaz⁴⁶⁵. TMK m. 182/II uyarınca, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin hakim tarafından düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Aynı zamanda söz konusu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. (TMK m. 182/II)

Ebeveynlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri halinde, ebeveynlerin velayet hakları kural olarak devam ettiğinden, hakim TMK m. 197/IV uyarınca, çocuğun himayesinin bırakılmadığı eş ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasını resen düzenleyecektir⁴⁶⁶. Ebeveynlerin ayrılık veya boşanma kararı olmaksızın fiilen ayrı yaşamaları halinde de çocukla kişisel ilişki kurulmasını fiilen ayrı yaşayan eşlerden birinin talep etmesi mümkündür⁴⁶⁷.

⁴⁶² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 349.

⁴⁶³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 349.

⁴⁶⁴ Ebru Ceylan, "Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları", Doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul Ocak 2006, s. 165.

⁴⁶⁵ Ebru Ceylan, "Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", (Çocuğun Korunması) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 349-375, s. 367.

⁴⁶⁶ Yılmaz, s. 184.

⁴⁶⁷ 2. HD., E. 2014/26913, K. 2014/25876, T. 17.12.2014, karar için bkz.; Yılmaz, s. 184.

Ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, ana ve babanın hiç evlenmemesi, boşanması, ayrılmalarına karar verilmiş olması ya da ana-babadan birinin velayet hakkının kaldırılmış olması gibi durumlarda gündeme gelmektedir.

Ana ve baba dışında üçüncü kişilerinde, çocukla kişisel ilişki kurabilmeleri mümkündür. Bu noktada özellikle hısımların “olağanüstü durumlarda” ve çocuğun menfaatine uygun olduğu ölçüde, velayet hakkının doğurduğu görevlerin yapılmasını engellemediği müddetçe kişisel ilişki kurabileceği düzenlenmiştir. (TMK m. 325) Olağanüstü hallerin neler olabileceği TMK m. 325’te açıkça düzenlenmemiştir. Yargıtay kararlarına bakıldığında, olağanüstü hallere örnek olarak; ana ve babanın ölmüş olması⁴⁶⁸, çocuğun ana veya babasıyla aralarında husumet bulunması⁴⁶⁹, diğer çocuğun güvenliğinin ciddi şekilde tehlike altında olması⁴⁷⁰ gibi durumlar verilebilir.

Çocuk üzerinde velayet hakkı bulunmayan ana ve babayla kişisel ilişki kurma konusunda, çocuğun yararı ilkesi ve çocuğun görüşünün alınması ilkesi dikkate alınmalıdır⁴⁷¹. Çocuk ile ana-baba arasında kişisel ilişki kurulmasında; çocuğu yaşı, sağlığı, kişisel ilişki kuracağı bireyle olan sosyal ilişkileri, ana-babanın yaşam tarzı, çalışma süreleri, izin günleri, ana-babanın çocuğa karşı tutum ve davranışları, ana-babanın yaşadıkları ortam ve ana-babanın görüşleri de önem taşımaktadır⁴⁷².

TMK m. 324, bir yandan, ana-baba açısından çocukla kişisel ilişki kurma hakkının kullanılmasının sınırlarını belirlemiş, öte yandan bu sınırların aşılmasının söz konusu olduğu durumlarda kişisel ilişki kurma hakkının reddedilebilmesini ve kişisel ilişki kurma hakkının sona erdirilmesini öngörmüştür⁴⁷³.

Kişisel ilişki kurma hakkının mutlak bir hak olmaması hasebiyle, çocuğu ziyaret hakkı çocuğun üstün yararını ihlal edici nitelikteyse, kişisel ilişki kurma hakkı, sınırlandırılabilir ve

⁴⁶⁸ 2.HD. T. 17.09.2014, E. 2014/10752, K. 2014/17568, <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 10.103.2019)

⁴⁶⁹ 2.HD. T. 14.5.2014, E. 2014/3856, K. 2014/11160, <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 10.103.2019)

⁴⁷⁰ **Ceylan**, (*Çocuğun Korunması*) s. 368.

⁴⁷¹ **Öztan**, s. 1029.

⁴⁷² Kişisel ilişki kurmak isteyen babanın çocuğa cinsel taciz ve istismar suçu sebebiyle ceza mahkemesinde yargılanması devam etmekte ise, şimdilik babaya kişisel ilişki hakkı tanınmamasının çocuğun yararına olacağına ilişkin görüş için bkz.; Y. 2.HD. T. 12.12.2013, E. 2013/14900, K. 2013/29383, <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 10.103.2019) Buna karşın ana ve babanın sadece tutuklu olmaları kural olarak çocuklarıyla kişisel ilişki kurma haklarını engellememektedir. Düzenli bir kişisel ilişki kurulması çocuğun yararı için de gerekli ve önemlidir. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz.; Y. 2.HD. T. 13.09.2012, E. 2012/995, K. 2012 /21266, <http://kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 10.103.2019)

⁴⁷³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 351.

en son çare olarak, tamamen reddedilebilir ya da kaldırılabilir⁴⁷⁴. Bu duruma örnek vermek gerekirse, ziyaret hakkının kötüye kullanılması, ebeveynin yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihmal etmesi, çocuğa ilgi göstermemesi, gibi hallerde ziyaret hakkının çocuğa yarardan çok zarar getirdiğini söyleyebiliriz⁴⁷⁵.

Üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurulması hususunda da aynı sınırlar geçerlidir⁴⁷⁶. (TMK m. 325)

IV. ÇOCUĞUN ÖZEL KANUNLARA GÖRE KORUNMASI

1. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu Uyarınca Çocuğun Kişi Varlığını Koruyucu Tedbirlerin Alınması

Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen çocuğun kişilik varlığının korunmasına ilişkin tedbirlerin yanı sıra, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu uyarınca çocuğun kişi varlığını koruyan tedbirler düzenlenmiştir. Söz konusu tedbirler 5. maddede, beş bent halinde sayılmıştır.

ÇKK'da tedbirler, Medeni Kanundaki tedbirlerle paralel olarak hafif tedbirlerden ağır olanlara doğru sıralanmıştır. İlk tedbirler çocuğun aile yanında tutularak çocuğun bakımından sorumlu kişilere çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, eğitimi ve geliştirilmesine ilişkin sorunların çözümüne ilişkin yol göstermesi amacıyla bir danışmanın görevlendirilmesi şeklindedir. Söz konusu tedbir TMK m. 346'da düzenlenen tedbir ile eşdeğer özelliktedir⁴⁷⁷.

ÇKK uyarınca alınabilecek bir diğer tedbir ise eğitim tedbidir. Keza, söz konusu tedbirin amacı çocuğun eğitim almasını sağlamaktır. Bu noktada, çocuk gündüzlü veya yatılı eğitim kurumlarına gönderilerek eğitime sürekli şekilde devam eder⁴⁷⁸.

ÇKK m. 5, TMK m. 347 ile eşdeğer bir tedbir öngörerek, velayet sahibi ana ve babanın ebeveynlik görevlerini herhangi bir sebeple yerine getirmezlerse, çocuğun resmi veya özel bir bakım kurumuna veya koruyucu aile yanına yerleştirilerek bakılmasını konu alan bir bakım tedbidir⁴⁷⁹. Yine ÇKK m. 5 uyarınca, çocuğu sağlığının korunması ve tedavi edilmesi için geçici veya sürekli tıbbi tedavisinin yapılması amacıyla sağlık tedbiri alınabilir. Söz konusu

⁴⁷⁴ Yılmaz, s. 201; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 352.

⁴⁷⁵ Yılmaz, s. 201.

⁴⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 352; Ceylan, (Çocuğun Korunması) s. 370; Ayrıca bkz.; YİBK, 18.11.1959 T., 12/29 S. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi 02.06.2019)

⁴⁷⁷ Akyüz (Çocuk), s. 148; Grassinger (Tedbirler) s. 121.

⁴⁷⁸ Akyüz (Çocuk) s. 148; Grassinger (Tedbirler) s. 121

⁴⁷⁹ Grassinger (Tedbirler) s. 121.

tedbir kapsamına uyuşturucu madde bağımlısı çocukların rehabilitasyonunu ve tedavisini de almaktadır⁴⁸⁰. Ayrıca korunmaya ihtiyacı olan ve psikolojik, ruhsal hastalıkları olan çocuklar hakkında da sağlık tedbirine karar verilebilir⁴⁸¹.

Hayatını devam ettirebilmesi için yeterli, gerekli ve sağlıklı koşullara sahip olmayan çocuklu kimselere veya yaşamsal tehlike altında bulunan hamile kadınlara ve söz konusu kişilerin çocuklarına uygun barınma yeri sağlanmasına yönelik barınma tedbiri alınır⁴⁸².

ÇKK m. 37 uyarınca suça sürüklenmiş korunmaya muhtaç çocuk hakkında denetim tedbiri alınması öngörülmüştür. Denetim görevini yerine getirmesi için bir yönetim görevlisi atanır.

ÇKK m. 8'e göre, çocuğun menfaati bakımından, çocuk, ana, baba, vasisi veya çocuğun beraber yaşadığı kimselerin bulunduğu yer çocuk mahkemesi tarafından tedbir kararı alınır.

Tedbir kararı alan hakim, tedbirin uygulandığını üç aylık periyodlarla inceletir. (ÇKK m. 8/II)

2. 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanununa Göre Çocuğun Korunması

Kanunda “korunmaya ihtiyacı olan çocuk” ifadesi; ana veya babası bulunmayan, hem ana, hem babası bulunmayan, ana veya babası belli olmayan, hem ana, hem babası belli olmayan, ana ya da babası veya her ikisi tarafından terkedilen, ihmal edilen; ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkol ve uyuşturucu kullanımına teşvik edilen her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız ve başı boş bırakılan çocukları için kullanılan bir kavramdır⁴⁸³. Engelli çocuklar ise, doğuştan veya doğumdan sonra herhangi bir hastalık veya kaza sonucu, bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal becerilerini çeşitli seviyelerde kaybetmesi sebebiyle normal yaşamını devam ettiremeyen; korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyacı olan çocuklardır.

Alınacak koruma kararlarına ilişkin görevli mahkeme, aile mahkemesi, aile mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise, çocuğun bulunduğu yer mahkemesidir⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ **Akyüz (Çocuk)** s. 149; **Ali Naim İnan**, Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, s. 21; **Grassinger (Tedbirler)** s.121.

⁴⁸¹ Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik (RG 24.12.2006 T., 26386 S.) m. 16.

⁴⁸² **Akyüz (Çocuk)** s. 149; s.121; **İnan**, s. 21.

⁴⁸³ **Ruhi**, s. 201.

⁴⁸⁴ 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 6/II, ÇKK m. 7/VII.

3. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

08.03.2012 tarih ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun,⁴⁸⁵ “şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunmasını ve söz konusu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınabilecek tedbirlere ilişkin usul ve esasları” düzenlemektedir. (6284 sayılı Kanun m. 1/I)

Hakim tarafından verilecek koruyucu ve önleyici koruma tedbiri kararları ise, 6284 sayılı Kanunun 4. ve 5. maddeleri uyarınca düzenlenmiştir. Buna göre hakim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları; işyerinin değiştirilmesi, kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi TMK'daki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması, Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi.”dir (6284 sayılı Kanunu m. 4) Hakim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları ise; şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması, Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi, korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması, çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması,Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması, korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi, korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi, bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi, silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi, korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları

⁴⁸⁵ RG. 20.03.2012 T., 28239 S.

yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması.”dır. (6284 sayılı Kanun m. 5)



İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ALANINDA VELAYET VE KORUMA TEDBİRLERİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN AİLE İÇİNDE KORUNMASI

Konumuz kapsamında, velayet ve velayet hakkı sahibi ana, babanın velayet sorumluluğundan doğan hak ve yükümlülüklerini iyi kullanmamaları ya da kullanamamaları halinde alınacak tedbirlerin ya da çocuğun şahıs ve malvarlığının korunması için alınacak acil tedbirlerin maddi hukuk boyutunun incelenmesinin ardından, çalışmamızın ikinci bölümünde konunun yabancılik unsuru barındıran milletlerarası özel hukuk boyutu incelenecektir.

Türk mahkemelerinin önüne gelen velayete ve çocuğun korunmasına ilişkin tedbirlere ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıkların sayısının gün geçtikçe artması nedeniyle, bu meselenin milletlerarası özel hukuk boyutunun incelenmesi oldukça önem arz etmektedir.

İki kısımdan oluşan ikinci bölümümüzde, ilk kısımda; velayete ve velayete ilişkin koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk, ikinci kısımda ise konumuza ilişkin usul hukuku meseleleri olan; milletlerarası yetki ve tanıma-tenfiz konuları ele alınacaktır.

Velayet ve velayet hakkından kaynaklanan çocuğun korunmasına ilişkin uygulanacak hukuk, usul hukukuna ilişkin meseleler birçok milletlerarası Sözleşme’de ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda (MÖHUK)⁴⁸⁶ düzenleme alanı bulmuştur. Çalışmamızda ise konumuza ilişkin MÖHUK, 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi⁴⁸⁷ (1961 tarihli Lahey Sözleşmesi) hükümleri ve 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve

⁴⁸⁶ RG, 12.12.2007 T., 26728 S.

⁴⁸⁷ Sözleşme, 05.10.1961’de imzaya açılmış, 04.01.1977 T. 2029 S. Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş, Sözleşmenin konulan çekincelerle birlikte onaylanması Dışişleri Bakanlığı’nın 08.11.1982 T., ve KMEH-V-I-LDK-X-1978 S. Yazısı üzerine 31.05.1963 tarihli ve 244 S. Kanunun 3. Maddesine göre Bakanlar Kurulu tarafından 22.11.1982 tarihinde kararlaştırılmıştır. Sözleşme, 24.10.1983 tarihinde Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye; Almanya, Avusturya, Çin (Yalnızca Makao Özerk Bölgesi), Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz ve Türkiye olmak üzere 14 Devlet taraf olmuştur. (**Ziya Akıncı/Cemile Demir Gökyayla**, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.168, 249. dipnot; **Aysel Çelikel/Cemal Şanlı**, Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, C. I, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 282.); **Feriha Bilge Tanrıbilir**, Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, (*Çocukların Korunması*) Ankara 2011, s. 118. 1983 tarihinden beri Türkiye’de uygulanan Sözleşmenin tamamı için bkz.; https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002029.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2019)

İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi⁴⁸⁸ (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), hükümleri ile birlikte, konumuzun daha iyi anlaşılması adına ve Brüksel II-A Tüzüğü'nün yetki ve tanıma, tenfize ilişkin hükümleri de karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir.



⁴⁸⁸ Sözleşmenin 1. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca; *"Sözleşmenin amaçlarından biri de; tedbirleri almaya yetkili Devletin, yetkilerini kullanırken yetkili makamlar tarafından uygulanacak hukuku belirlemektir."* Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention*, <https://assets.hcch.net/docs/eca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf> (Erişim Tarihi, 12.05.2019) *The Role of the authorities under the Hague Child Protection Convention* (HC 96), <https://www.hcch.net> (Erişim Tarihi, 01.05.2019); **Bilgin Tiryakioğlu**, Velayet sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz, ve İşbirliğine Dair Sözleşme (Lahey 19 Ekim 1996), Prof. Dr. Nihat Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 381 vd. (1996 Lahey Sözleşmesi); **Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Fıganmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 155, 123. ve 124. dipnotlar; **Çelikel/Erdem** s. 273. Sözleşmenin tam metni için bkz.; http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli-soz/lahey/turkce_lah34.pdf (Erişim Tarihi, 01.05.2019)

§ BİRİNCİ KISIM

VELAYET VE ÇOCUĞUN KORUNMASINA İLİŞKİN TEDBİRLER KONUSUNDA YABANCI UNSURLU DAVALARDA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

GENEL OLARAK

Aile hukuku her ülkede değişiklik gösteren, kendi içinde güçlü geleneklere dayanan bir hukuk olmasına karşın, Avrupa ülkelerinde, Avrupa Birliği uyumlaştırma çalışmaları çerçevesinde çocuk hukukuna ilişkin düzenlemelerin uyumlaştırılmasının gerekliliği fikri ortaya çıkmıştır. Farklı hukuk sistemlerine bakıldığında kültürel ve geleneksel farklılıkların aile hukukuna yansıdığı ve bu nedenle çok farklı düzenlemelerin ortaya çıktığı görülse de, uygulamadaki sorunların benzer olduğu görülmüştür⁴⁸⁹.

Ulusal ve uluslararası aile ve çocuk hukukunun en önemli konularından birisi hiç şüphesiz çocuğun korunmasıdır. Çocuğun her yönüyle sağlıklı birey olarak yetişebilmesi, topluma uyum sağlayan ve kendi ayakları üzerinde durabilen sosyal bir kişilik kazanabilmesi için sağlıklı bir çocukluk sürecinden geçmesi gereklidir⁴⁹⁰. Velayet ve konumuz kapsamında incelenen çocuğun korunması, uluslararası anlamda kabul gören hukuk kurumlarıdır. Ancak değindiğimiz nedenlerden dolayı, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca çocuk için kabul edilen temel ilkeler korunmak kaydıyla, Devletler kendi sosyal, ekonomik, kültürel ve diğer sübjektif unsurlarını göz önünde bulundurarak velayet sorumluluğuna hakim olan ilkeler, sorumluluğun kapsamı, çocuğu koruyucu tedbirlere hakim olan ilkeler ve tedbirlerin niteliği ülkelerin iç hukuklarına göre farklı şekilde düzenlemişlerdir.

Çalışmamızın bu bölümünde milletlerarası özel hukukun temel kavramları bakımından konunun değerlendirilmesi, MÖHUK uyarınca uygulanacak hukukun tespit edilmesi ve bu kapsamda tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf eden ve sınırlandıran haller ve

⁴⁸⁹ **Ingrid Baer**, Das Sorge- und Umgangsrecht im europäischen Vergleich, Luchterland, Germany 1997, s. 23; **Thomas Sutter Somm/ Felix Kobel**, Familienrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel 2009, s. 215.

⁴⁹⁰ **Grassinger (Tedbirler)**, s. 1.

son olarak, konumuza ilişkin Türkiye’de yürürlüğe giren milletlerarası sözleşmeler incelenecektir.

I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN TEMEL KAVRAMLARI AÇISINDAN KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. YABANCILIK UNSURU

Yabancılik unsuru ile ilişkinin, yargı organlarına başvurulacak ülke hukukundan farklı olarak, diğerk bir hukuk sistemi ya da sistemleri ile olan bağlantısı ifade edilmektedir⁴⁹¹. Belirli bir olay ya da ilişki, yabancı bir veya birden çok hukuk nizamı ile temas halinde bulunuyor, bir başka deyişle, bir yabancılik unsuru (milletlerarası unsur) taşıyor ise, hangi devletin maddi hukuk kurallarının uygulanacağı bir problem olarak ortaya çıkar⁴⁹². Kanunlar ihtilafı kuralları, yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinde uygulanacak ülke hukukuna ulaşmayı sağlayan yaygın bir yöntemi göstermektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının en temel özelliğı, yabancılik unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerini doğrudan düzenlemeyip, sadece bu hukuki ilişkilere uygulanacak maddi hukuku göstermeleridir. Bu nedenle, kanunlar ihtilafı kurallarına gösterici kurallar da denilmektedir⁴⁹³.

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda, hukuki olay ya da ilişkinin milletlerarası özel hukukun uygulama alanına girebilmesi için, olay ya da ilişkinin yabancı ya da milletlerarası unsur taşıması gerektiğine ilişkin görüş birliğı vardır⁴⁹⁴. Nitekim yabancı unsur ya da milletlerarası unsur kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

Bir hukuki ilişkinin coğrafi alan itibariyle birden fazla ülke ile irtibatlı olması durumunda, bu ilişkinin yabancılik unsuru taşıdığı kabul edilecek ve bu ilişki, milletlerarası hukukun uygulama alanına girecektir. Başka bir deyişle, hukuki ilişkinin yabancılik unsuru taşıdığı kabul edilip, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için, tarafların farklı ülke vatandaşı ya da farklı ülkelerde mukim olması veya sözleşme

⁴⁹¹ Çelikel/Erdem, s. 9.

⁴⁹² Nomer, s. 5; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 4; Doğan, s. 25.

⁴⁹³ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 4.

⁴⁹⁴ Doğan, s. 26.

konusunun yabancı bir ülkede bulunması ya da ifa yerinin yabancı bir ülke olması gibi birden fazla ülke ile bağlantılı bir unsur barındırması gerekir⁴⁹⁵.

Öğretide, “bir hukuki olay ya da ilişkiyi oluşturan unsurlardan bir ya da birkaçının birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelmesini sağlayan” unsurun, yabancı unsur olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁶. Genel olarak, kişilerin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutad meskeni, işlemin yapıldığı yer ya da fiilin ika edildiği ya da sonuçlarının meydana geldiği yer yabancı unsur içerebilir⁴⁹⁷. Olaya taraf olan kişilerden en az birinin yabancı olması ya da yabancı bir ülkede ikametgahının bulunması ya da devamlı oturması; ilişkiye taraf olanların başka bir devlet vatandaşı, mülteci, vatansız olması ya da başka bir ülkede ikamet etmesi ya da mutad meskeninin başka bir ülkede olması şahıs bakımından yabancılık unsurunu gündeme getirir⁴⁹⁸.

MÖHUK m. 1’de Kanunun kapsamı belirlenirken, “yabancı unsur taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler”den bahsedilmiş, fakat hangi durumlarda yabancı unsurun mevcut olduğu açıklanmamıştır.

Bütün hukuki ilişkiler bakımından hangi durumlarda yabancı unsurun bulunduğu önceden, soyut bir şekilde tespit edilebilmesi mümkün değildir. Bundan dolayı her somut olayda, o olay ya da ilişkinin durumuna göre yabancı unsur tespit edilmelidir⁴⁹⁹.

Yabancılık unsurunun varlığının yanında, yabancılık unsurunun uyuşmazlığın hangi aşamasında mevcut olması gerektiği de değerlendirilmelidir. Bir olay ya da ilişkinin, hukuki anlamda çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlık niteliğinde olduğu, tarafların yargılamaya başvurusuyla hukuki incelemeyi gerekli kılan bir durum olduğundan, yabancılık unsurunun da kural olarak o uyuşmazlıkla ilgili davanın açıldığı tarih itibarıyla mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁰⁰. Fakat söz konusu olay ya da ilişkinin mahiyetine göre istisnai bir şekilde yabancılık unsurunun mevcut olması gerektiği zaman iki durumda değişiklik gösterebilmektedir. Bu durumlar; tarafların arasında bir sözleşme akdedilmiş olması ve bir haksız fiilin gerçekleşmesidir. İlk durumda, sözleşmenin yapıldığı anda, ikinci durumda ise, haksız fiilin gerçekleştiği anda yabancılık unsuru bulunmalıdır⁵⁰¹.

⁴⁹⁵ Doğan, s. 26.

⁴⁹⁶ Doğan, s. 26.

⁴⁹⁷ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 22; Doğan, s. 26, 27.

⁴⁹⁸ Çelikel/Erdem, s. 8.

⁴⁹⁹ Doğan, s. 27.

⁵⁰⁰ Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Yeri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Penkanitez’e Armağan, 2015, s. 1025-1066, s 1033.

⁵⁰¹ Aygün, s.1033.

Yabancılık unsuru hakkında genel açıklamaların ardından, konumuz olan velayet ve koruma tedbirleri ile ilgili uyuşmazlıklara yabancılık unsuru kazandıran olgulara değinmek yerinde olacaktır.

Velayet ve koruma tedbirleri ile ilgili uyuşmazlıklar bakımından;

- Ebeveynlerin farklı devlet vatandaşı olmaları,
- Ebeveynlerin mutad meskenlerinin farklı ülkelerde bulunması,
- Malları hakkında koruma tedbiri alınacak çocuğun mutad meskeninin, çocuğun mallarının bulunduğu yerden farklı bir yerde olması,
- Çocukla ilgili kişisel ilişkinin düzenlenmesini talep eden boşanan eşlerin farklı devlet vatandaşı olmaları veya mutad meskenlerinin farklı ülkelerde bulunması,

yabancılık unsuru kazandıran hallere örnek olarak gösterilebilir.

B. BAĞLAMA KONUSU VE YORUMU (VASIFLANDIRMA)

Vasıflandırma, içinde yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıkların ilk adımını meydana getirir⁵⁰². Kanunlar ihtilafı çerçevesinde yabancı unsurlu olay ya da ilişkilerde yetkili hukuk tespit edilirken, çeşitli hukuki kavramlardan hareket edilmektedir. Söz konusu genel kavramlar, kanunlar ihtilafı kuralının düzenlediği hayat ilişkisini ya da ilişkilerini işaret eder⁵⁰³. Vasıflandırma kavramı, hukuk düzenlerinin belirli hayat ilişkilerini, olayları veya hukuki işlemleri farklı şekillerde nitelendirmelerinden dolayı ortaya çıkmıştır⁵⁰⁴. Bir diğer deyişle, vasıflandırma, bir hukuki müessesenin hukuki karakterinin tespitidir. Bağlama konusunu oluşturan söz konusu hukuki kavramların hukuki karakterleri tespit edilmeden evvel olay ya da ilişkiye uygulanacak hukukun belirlenebilmesi imkansızdır⁵⁰⁵.

Esasen, kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan bağlanma konuları karşılaştırmalı hukuk açısından incelendiğinde, bu konuları belirlemek için kullanılan kavramların sayı olarak çok olmadığı ve hemen hemen aynı olduğu görülmektedir. Fakat söz konusu genel kavramların içerisinde yer alan hayat ilişkileri bütün hukuk düzenlerinde aynı değildir. Bu doğrultuda, belirli bir hukuki müessesenin iç hukuk düzenlemelerindeki yeri farklı olabilir⁵⁰⁶. Bu bağlamda, kanunlar ihtilafı kuralını tatbik ederken bir hukuki müessese ya da hukuki münasebet, ilgili

⁵⁰² Nomer, s. 97; Çelikel/Erdem, s. 77; Aybay/Dardağan, s. 127.

⁵⁰³ Nomer, s. 97; Doğan, s. 179.

⁵⁰⁴ Nomer, s. 97; Doğan, s. 179.

⁵⁰⁵ Doğan, s. 179.

⁵⁰⁶ Nomer, s. 97.

hukuk düzenlerinde farklı vasıflandırmalara tabi tutuluyor ise, söz konusu vasıflandırmalardan hangisinin dikkate alınacağı karşılaştırılması muhtemel olan bir sorun teşkil etmektedir⁵⁰⁷. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, bağlama konusunun ya da noktasının yorumunu yapacak olan hukuk nizamının bulunması, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması açısından ilk aşama olarak önem arz etmektedir. Öğretide, konuya ilişkin farklı çözüm önerileri getirilmiştir. Buna göre; kanunlar ihtilafı kurallarının yorumu *lex fori*'ye, *lex causae*'ya göre, bağımsızlık teorisine göre ya da karma teoriye göre yapılabilir. Bunların dışında, modern literatürde problemin olaya göre çözümü de tavsiye edilmektedir⁵⁰⁸.

Bağlama konusunun yorumlanması noktasında öğretide bir görüş birliği sağlanamamıştır⁵⁰⁹. *Lex fori*'ye göre vasıflandırma, hakimin önüne gelen yabancı unsurlu olay ya da ilişkinin hukuki niteliğini kendi hukukuna göre tespit etmesidir⁵¹⁰.

Bir diğer teori olan hüküm statüsüne göre (*lex causae*) vasıflandırma ise, hakimin kendi hukuk sisteminde kullanılan bir kavramı, hukuki ilişkinin esasına uygulanacak hukukun anladığı şekilde yorumlamasıdır⁵¹¹.

Bağımsızlık teorisi olarak ifade edilen diğer teoriye göre, vasıflandırma bağımsız ve özel olarak kanunlar ihtilafı hukuku için teşkil edilmiş kavramlara göre yapılmalıdır⁵¹². Bu teoriye göre, *lex fori* ve *lex causae* vasıflandırma yetersiz kalmaktadır ve bu doğrultuda, iç hukuk kurallarının üstünde, karşılaştırmalı hukuk yöntemi izlenerek oluşturulan, milletlerarası özel hukuk sistem kavramlarına ilişkin kurallara göre yapılan bir vasıflandırma olması gerektiği öne sürülmüştür⁵¹³.

⁵⁰⁷ Nomer, s. 98; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 48.

⁵⁰⁸ Nomer, 101.

⁵⁰⁹ Bağlama konusunun yorumlanması sorununa yönelik getirilen farklı görüşler için bkz.; Çelikel/Erdem, s. 82 vd.; Nomer, s. 103; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 51; Aybay/Dardağan, s. 129 vd. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 43 vd.; Huysal, s. 110, 111; Doğan, s. 180.

⁵¹⁰ Nomer, s. 103; Çelikel/Erdem, s. 80; Doğan, s. 180. *Lex fori*'ye göre vasıflandırmanın yapılmasına yönelik öğretide çeşitli eleştiriler yapılmaktadır. Bunlar kısaca; yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlık konusunun hâkimin hukukunda düzenlenmemesi halinde nasıl bir yol izleneceğinin belirsiz olması ve hakimin hukuku ile yabancı hukuk arasında uyuşmazlığın çözümünde farklı sonuçların doğması durumunun ortaya çıkmasıdır.

⁵¹¹ Çelikel/Erdem, s. 81 vd.; Doğan, s. 180; Nomer, s. 102. *Lex causae* vasıflandırma bazı noktalarda eleştirilere maruz kalmıştır. Bağlama konusunun yorumunun *lex causae*'ya göre yapılması, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun ve vasıflandırmanın tespiti milletlerarası özel hukukun sistem kavramları aracılığı ile mümkün olduğu için henüz yetkili hukuk belirlenmeden, sanki belirlenmiş gibi hareket edilerek vasıflandırmanın yapılmasına neden olmaktadır. Bu özelliğinden dolayı teori bir “kısır döngü” oluşturduğu gerekçesiyle doktrinde genel olarak reddedilmektedir. (Doğan, s. 171, 172.)

⁵¹² Nomer, s. 102.

⁵¹³ Nomer, s. 103; Çelikel/Erdem, s. 82 vd.; Doğan, s. 182.

Yabancı unsurlu hukuki olay ve ilişkileri belirli bir hukuk düzenine bağlayan bağlama noktalarına çeşitli hukuk sistemlerinde farklı hukuki nitelik tanınabilir. Örneğin; ikametgah kavramından, sözleşmenin inikat yeri veya ifa yerinden ne anlaşılması gerektiği, milli hukuk ile hangi hukukun kastedildiği çeşitli hukuk sistemlerinde farklılık gösterebilir⁵¹⁴. Bağlama noktasının yorumunun *lex fori*'ye göre yapılacağına ilişkin öğretide görüş birliği bulunmaktadır⁵¹⁵.

Türk Hukukunda ağırlıklı olarak kabul gören görüş, bağlama konusunun yorumlanmasının *lex fori*'ye göre yapılmasıdır⁵¹⁶. Öğretide, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamak amacıyla *lex fori*'nin kişinin menfaatleri doğrultusunda geniş yorumlanması gerektiği ve kişinin milletlerarası boyutta korunması gereken yararına zarar gelmemesi adına, *lex fori*'nin uygulanması bir kenara bırakılarak *lex causae*'nin uygulanması gerektiğini savunanlarda vardır⁵¹⁷.

Vasıflandırmaya ilişkin söz konusu yöntemler, hakime yabancı unsurlu uyumsuzlukların çözümünde yol gösteren tekniklerdir, zira söz konusu tekniklerden birinin kullanılmasının zorunlu olduğunu düzenleyen mevcut bir hüküm bulunmamaktadır⁵¹⁸.

Son yıllarda vasıflandırmaya ilişkin uyumsuzlukların her olayın kendi özellikleri göz önünde bulundurularak, kişinin menfaatine en uygun yöntemin vasıflandırmada uygulanmasıyla çözüldüğü görülmektedir⁵¹⁹.

Konumuz olan velayet ve koruma tedbirlerine ilişkin vasıflandırma ihtilafları daha çok bağlama konularının yorumlanmasında ortaya çıkmaktadır. Velayetin tanımı, kapsamı ve hukuki niteliği çeşitli hukuk düzenlerinde farklılık göstermektedir. Türk yargılamasında henüz görülme de, velayetin tanımı, kapsamı, eşlere yüklediği yükümlülükler, velayet hakkının kötüye kullanılmasının şartları ve çocuğun korunmasını gerektiren hallerin farklı şekilde nitelendirilmesi, vasıflandırma ihtilafları bakımından ihtimal dahilindedir⁵²⁰.

Genel açıklamalar ışığında, Türk hukukunda vasıflandırmanın *lex fori*'ye tabi olması gerektiği savunulsa da, tek bir vasıflandırma yönteminin değil, olaydan olaya değişen milletlerarası özel hukuk menfaatine hizmet eden bir vasıflandırmanın kabul edilmesi gerektiği

⁵¹⁴ Çelikel/Erdem, s. 78.

⁵¹⁵ Çelikel/Erdem, s. 83 vd.; Nomer, s. 103; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 39.

⁵¹⁶ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 51.

⁵¹⁷ Nomer, s. 102; Doğan, s. 183 vd.; Çelikel/Erdem, s. 86.

⁵¹⁸ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 51.

⁵¹⁹ Nomer, s. 103; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 39; Çelikel/Erdem, s. 82; Huysal, s. 111.

⁵²⁰ Huysal, s. 103.

de savunulmaktadır⁵²¹. Buna göre, vasıflandırmanın kişinin milletlerarası korunması gereken menfaatinin göz önünde bulundurarak yapılması gerekir⁵²². Konumuz bakımından korunması gereken menfaat çocuğun yararlarıdır. Çocuğun korunması bakımından, yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda, çocuğun yararının en iyi şekilde korunması amaçlandığından, vasıflandırma yapılırken de çocuğun yararını en çok gözeten hukuk düzeni esas alınmalıdır. Çocuğun yararı ilkesi çerçevesinde, *lex fori* veya *lex causae* vasıflandırmanın katı bir şekilde uygulanması doğru olmayacaktır. Her somut olayın özellikleri ayrı ayrı değerlendirilerek ve çocuğun yararına hizmet edecek şekilde, hangi vasıflandırmanın yapılması gerektiğine karar verilmelidir⁵²³.

C. MADDİ HUKUK KURALLARINA GÖNDERME (ATIF)

Milletlerarası veya yabancı unsur taşıyan olay ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların maddi çözümünde hakim, kendi ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarından yola çıkarak yetkili ülke hukukunu tespit edecektir. Yetkili hukukun tespit edilmesinin ardından, bu hukukun hangi kapsamda nazara alınarak uygulanacağı ile ilgili problemler ortaya çıkacaktır. *Lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili gördüğü yabancı hukukun hangi kapsamda nazara alınarak uygulanacağı, atıf problemini gündeme getirecektir⁵²⁴.

Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, hakimin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak devlet hukukunun, kendi maddi hukuk kurallarını değil de, başka bir devletin maddi hukuk kurallarını yetkili kılması durumunda devam eden atıf⁵²⁵, hakimin hukukunu yetkili kılması durumunda iade atıf söz konusu olur⁵²⁶. Buna göre, “atıf, davayı gören mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının olaya uygulanmak üzere yetkilendirdiği yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının o ihtilafa uygulanmak üzere, başka bir devlet hukukunu yetkili görmesi olarak” tanımlanır. Bu

⁵²¹ Doğan, s. 183 vd.

⁵²² Nomer, s.103 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 51.

⁵²³ Huysal, s. 112.

⁵²⁴ Doğan, s. 190.

⁵²⁵ Doğan, s. 192 vd.; Çelikel/Erdem, s. 112; Nomer, s. 145; Süheyla Balkar Bozkurt, “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma Tartışma: Atıf (*Renvoi*) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Cilt II, s. 795 vd.; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 37.

⁵²⁶ Doğan, s. 190; Feriha Bilge Tanrıbilir, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, TBB Dergisi, S.87, 2010, s. 203.

doğrultuda, sözü edilen hukuk bazen üçüncü bir devletin hukuku, bazen ise, mahkemenin hukukudur⁵²⁷.

MÖHUK m. 2/III'e göre, kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin konularda uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.

Konumuz olan velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığını koruyacak tedbirler, Türk hukukuna göre aile hukukuna ilişkin ihtilaflar olarak nitelendirildiğinden, söz konusu meselelerle ilgili uygulanacak hukuk konusunda atıf dikkate alınmaktadır⁵²⁸. Ayrıca, velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m. 16, soybağının ve velayet ilişkisinin kurulmasını hedefleyen, çocuğun yararını gözeten bir düzenlemedir. Bu bakımdan, hükmü her halde atfa dahil etmek, hükmün düzenlenme amacına uygun düşmeyebilir. Bu nedenle konumuza ilişkin yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda amaçsal yorum yöntemi ile hareket edilmesi yerinde olacaktır⁵²⁹.

Alternatif bağlama kuralının kabul edildiği durumlarda atfın nazara alınıp alınmayacağı da cevaplanması gereken bir başka sorudur. Kanun koyucunun öngördüğü belli bir hedefe ulaşmak için alternatif bağlama kuralları kabul edilmiştir. Alternatif bağlama kuralları, hedeflenen amacı gerçekleştirmek üzere düzenlenmişlerdir. Bu doğrultuda, alternatif bağlama kurallarından birisi ile hedeflenen amaç gerçekleştiğinde, artık bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının nazara alınmasının bir anlamı kalmayacaktır. Türk hukukunda şahsın hukuku ve aile hukuku alanında alternatif bağlama kurallarının kabul edildiği tek hal olan soybağının kurulmasını düzenleyen MÖHUK m. 16'da da atıf kurallarının nazara alınmaması uygun olacaktır⁵³⁰.

⁵²⁷ Çelikel/Erdem, s. 113.

⁵²⁸ Nuray Ekşi, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları”, (Kararlar), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 183.

⁵²⁹ Nomer, s. 154; Esra Dardağan Kibar, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2011/I, Beta Yayıncılık, Nisan 2012, ss. 549-550.

⁵³⁰ Doğan, s. 190.

II. UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

5718 sayılı MÖHUK hükümlerine baktığımızda, çalışmamız kapsamında incelediğimiz velayet ve velayet hakkı sahibi ana, babaya karşı alınan çocuğu koruyucu tedbirlere uygulanacak hukukun MÖHUK m. 10, m. 14 ve m. 17 kapsamında düzenlendiğini görmekteyiz. Türk kanunlar ihtilafı hukukunda, velayet sorumluluğuna ve çocuğun kişi ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlere uygulanacak hukuk özel bir kuralla düzenlenmemiştir. Velayete ve koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk, bağımsız bir konu olarak Kanunda düzenlenmemiş ve velayeti ve koruma tedbirlerini doğrudan hukuki işlem ve ilişkilere uygulanacak hukuka tabi kılınmışlardır⁵³¹. Bu durumda, bağlama noktalarının belirlenmesinde, çocuğun hukuku değil, Kanun'un Gerekçesi'nde⁵³² belirtildiği üzere, aile birliğinin korunması amacıyla, “ailenin hukuku” esas alınmıştır. Söz konusu husus, çocuğun yararını doğrudan ilgilendiren bir konu olan velayet ve çocuğun korunması konularında, ana ve babanın hukukunun uygulanması hasebiyle öğretilde eleştirilmektedir⁵³³. Ancak, pratik anlamda, ana, baba ile çocuğun müşterek milli hukuku ile müşterek mutad mesken hukuklarının, “soybağı kuran hukuku” tayin ederken uygulanan bağlama noktaları ile aynı hukuku göstermesi muhtemeldir⁵³⁴.

Birinci bölümde konumuza ilişkin maddi hukuk hükümlerini karşılaştırmalı olarak ele aldığımız İsviçre Hukukuna baktığımızda, 1996 Lahey Sözleşmesi ile benzer olarak velayet, ana, baba ve çocuk ilişkilerine ve koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin ayrı ve bağımsız düzenlemelerin kaleme alındığını görmekteyiz. Ana, baba ve çocuk arasındaki velayet ilişkisine çocuğun mutad meskeni hukuku, böyle bir hukukun bulunmaması halinde ana, baba ve çocuk aynı Devletin vatandaşı iseler, vatandaşı oldukları Devletin milli hukuku uygulanır. (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu⁵³⁵ m. 82) Çocukların korunması ise, ayrı bir hüküm olan 85. maddede düzenlenmiştir. 85. maddeye göre çocuğu koruyucu tedbirlere 1961 tarihli Lahey Sözleşmesinin uygulanacak hukuka ilişkin hükümleri uygulanacaktır. İsviçre

⁵³¹ Huysal, s. 168.

⁵³² Gerekçe'nin tam metni için bkz.; <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (Erişim Tarihi 14.05.2019)

⁵³³ Öztekin Gelgel, s. 17; Uyanık Çavuşoğlu, s. 143; Esra Dardağan Kibar, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, S. 1, s. 546, 547; Huysal, s. 168, 169, 170; Ulusu Karataş, s. 972; Özgenç, s. 14.

⁵³⁴ Özgenç, s. 14.

⁵³⁵ Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), 18.12.1987 T. Kanunun tamamı için bkz.; <https://www.umbricht.ch/> (Erişim Tarihi, 14.05.2019)

Hukukunda düzenlenen uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler çocuğun hukukunu uygulamaya yönelik, çocuk odaklı kurallar olmaları bakımından çocuğun üstün yararını gözetmeye daha uygun niteliktedirler⁵³⁶.

B. VELAYETE VE KORUMA TEDBİRLERİNE İLİŞKİN MÖHUK'TA DÜZENLENEN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

Boşanma ve ayrılık davalarında velayet sorumluluğu MÖHUK m. 14/III uyarınca, *"boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır."* Boşanma davasında velayete uygulanacak hukuk, boşanma sonucunda velayet hakkında gündeme gelebilecek bütün meseleleri kapsar. Bu çerçevede, ana ve babanın boşanırken yaptıkları velayete ilişkin anlaşmalar, hakimin velayetin tevdiinden önce, eşleri ve çocuğu dinlemesi (katılma hakkı) gibi meseleler boşanma halinde velayete uygulanacak hukukun kapsamında değerlendirilir⁵³⁷. Evliliğin sona ermesi halinde ortaya çıkma ihtimali en yüksek olan sorunlardan biri, velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurma talebidir. Söz konusu taleplerle ilgili uygulanacak hukuk MÖHUK m. 14/III hükmüne göre belirlenecektir.

Boşanma ve ayrılık davalarında, çocuğun korunmasına ilişkin geçici tedbir taleplerinde ise, MÖHUK m. 14/IV uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, geçici tedbir taleplerine Türk hukuku uygulanacaktır.

Evlat edinilen kişinin velayet ilişkisine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 18/III'e tabi olacaktır. MÖHUK m. 18/III uyarınca, *"evlât edinmenin hükümleri evlât edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir."*

Boşanma ve ayrılık davaları (m. 14) ve evlat edinmede velayet (m. 18/III) dışındaki hallerde, velayete ve çocuğun kişi ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirlere "Soybağının Hükümleri" başlıklı MÖHUK m. 17 uygulanır. MÖHUK m. 17 şu şekildedir;

⁵³⁶ Huysal, s. 56, 57.

⁵³⁷ Uyanık Çavuşoğlu, s. 144. Konumuz kapsamında incelemediğimiz, velayet kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişki kurmasına (erişim hakkı) uygulanacak hukuka ilişkin öğretide değişik görüşler bulunmaktadır. Örneğin, bir görüşe göre; çocukla kişisel ilişki kurulmasına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 14/III uyarınca boşanma ve ayrılıkta velayetin uygulanacağı hukuka göre tayin edilir. (Uyanık Çavuşoğlu, s. 144) Diğer görüşe göre; kişisel ilişkiye uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 17 kapsamında "soybağının hükümleri" uyarınca belirlenir. (Nomer, s. 280; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 125.)

"Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır."

Buna göre, ana, baba ve çocuk arasında kurulan ebeveyn sorumluluğu ve ilişkileri, soybağını kuran hukuka göre tayin edilecektir.

Çocuğun vesayeti ve çocuk mallarına kayyım atanması tedbirine uygulanacak hukuk ise, MÖHUK m. 10'a göre tayin edilecektir⁵³⁸.

MÖHUK'taki söz konusu kanunlar ihtilafı kurallarının her biri bizi farklı bağlama noktalarına yönlendirecektir. Çalışmamızın konusu olan velayetin sorumluluk boyutu ve söz konusu sorumlulukların ve yükümlülüklerin ana ve baba tarafından yerine getirilmemesi halinde, çocuğun kişi ve şahıs varlığının koruması için alınacak koruma tedbirleriyle sınırlı olması nedeniyle, MÖHUK m. 17 kapsamında ayrıntılı inceleme yapılacaktır.

1. Soybağının Hükümlerine Göre Velayete Ve Çocuğun Korunmasına Uygulanacak Hukuk

a. Genel Olarak

Medeni Kanuna göre, çocuk evlilik içinde doğduğunda, babanın tanınması yoluyla ya da mahkemenin babalığa hükmetmesi ile çocuk ile baba arasında soybağı kurulduğunda, bu ilişkinin hükümlerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 17 uyarınca soybağını kuran hukuktur⁵³⁹. Konumuz olan çocuğun aile içinde korunması kapsamında; ana, baba ve çocuk arasındaki ilişkiler, soybağını kuran hukuka tabi tutulmuştur⁵⁴⁰.

Soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 17'de düzenlenmiştir. 5718 sayılı MÖHUK'un 17. maddesi, "soybağının hükümleri" başlığını taşımaktadır. MÖHUK'un 17. maddesi uyarınca, "soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tabidir." Madde hükmünde soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tabi tutularak, uygulanacak hukukta gereksiz bölünmelerden kaçınılmış ve bütünlüğün korunması sağlanmıştır⁵⁴¹.

MÖHUK m. 17'ye göre belirlenen hüküm statüsünün uygulanma alanı: evlilik içi soybağında ana ile babanın kanuni velayet hakkını, velayet sorumluluğunun hangi ebeveyne ait

⁵³⁸ **Ulus Karataş**, s. 972.

⁵³⁹ **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 223.

⁵⁴⁰ **Nomer**, s. 271.

⁵⁴¹ **Çelikel/Erdem**, s. 258; **Rona Aybay/Esra Dardağan**, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 220.

olacağını, velayet sorumluluğunun kapsamını (çocuğa ad verilmesi, yerleşim yerini belirleme yetkisini, çocuğun temsilini, ana ve babanın çocuğun kişiliği üzerindeki hak ve yükümlülüklerini, çocuğun mallarının kim tarafından kullanılacağını, yönetileceğini ve yararlanılacağını) çocuğun bakımına, gözetimine, eğitimine ilişkin kararların nasıl ve kim tarafından alınacağını, çocukla kişisel ilişkilerini, nafaka hariç; çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasını, çocuğun korunmasını, velayet hakkının kullanılmasını ya da iyi kullanılmamasının sonuçlarını (velayetin kısıtlanması ya da kaldırılması), velayetin kaldırılmasını ve ana ile baba ve çocuğun karşılıklı görev ve yükümlülüklerini kapsar⁵⁴².

Çocuk ile büyük anne ve babaların kişisel ilişkileri konusunda da nesep statüsü uygulanır⁵⁴³.

Genel olarak soybağının hükümlerine ilişkin mahkeme uygulamalarına bakıldığında, yabancılarla Türk vatandaşlarının evlilikleri sonucu doğan çocuklar, çocukların eğitim ve terbiyesindeki farklı yaklaşımlar uyumsuzlukların temelini teşkil etmektedir⁵⁴⁴.

Kural olarak, ergin olayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Ana ve babanın velayet hakkını hangi ölçüler içinde ve nasıl kullanacakları iç hukuklarda farklı şekillerde düzenlenmiş olabilir. Örneğin, TMK m. 336/I'e göre, evlilik devam ettiği sürece, ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Oysa 743 sayılı Mülga Türk Medeni Kanunu, uyumsuzluk halinde babanın reyunin üstün olduğunu kabul etmekteydi. Eşler arasında ilişkilerde eşitlik ilkesini kabul eden demokratik hukuk sistemleri ile kadının ikincil konumda bulunduğu sistemler arasında velayetin nasıl kullanılacağı konusunda farklılıklar olması muhtemeldir. Bunun yanında, evlilik içi çocuk ve evlilik dışı çocuk ayrımını koruyan hukuklar ile böyle bir ayrımı tamamen göz ardı eden hukuklar arasında velayet hakkının ana ve babadan hangisine ait olacağı hususunda farklılıklar bulunmaktadır⁵⁴⁵.

⁵⁴² Nomer, s. 281; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 224; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 153 vd.; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 149; Huysal, s. 114; Çocuğun fiil ehliyetinin hangi hukuka tabi olacağını, MÖHUK m. 9'a göre mi; yoksa MÖHUK m. 17'ye göre mi belirleneceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Çocuğun fiil ehliyetinin velayete ilişkin bazı meselelere doğrudan etkisinin olduğunu görmekteyiz. Örneğin; temsil yetkisi kapsamında, çocuk, ana ve baba arasındaki hukuki ilişkilerin sonuçları ve çocuk malları üzerinde çocuğun ve velayet sorumluluğu çerçevesinde ana ve babanın tasarruf hakkının bulunması gibi hususlar velayet ile ilişkilidir. Velayete ilişkin tüm konulara tek bir bağlama noktası olarak MÖHUK m. 17'nin uygulanması çocuğun hukukunun uygulanması ve çocuğun korunması bakımından elverişli bir çözümdür. Bu kapsamda çocuğun fiil ehliyetinin de m. 17 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. (Özgenç, s. 18.)

⁵⁴³ Nomer, s. 271.

⁵⁴⁴ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 224; Doğan, s. 302.

⁵⁴⁵ Çelikel/Erdem, s. 259.

Yabancılık unsuru taşıyan velayet uyuşmazlıklarında yetkili hukuk, 5718 sayılı MÖHUK'un 17. maddesi hükmü uyarınca tespit edilecektir. 2675 sayılı MÖHUK'un velayet başlığını taşıyan eski 19. maddesindeki, velayet nesebi düzenleyen hukuka tabidir, şeklindeki hüküm ise 5718 sayılı MÖHUK ile kaldırılmıştır. Velayete uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 14/III hükmü dışındaki hallerde soybağının hükümlerine uygulanacak hukuka göre belirlenecektir⁵⁴⁶.

Velayet; ana, baba ve çocuğun, kurulmuş olan soybağı hükümlerine göre haiz oldukları bir hak ve yükümlülükler topluluğu olduğu için, özellikle evlilik birliği devam ederken çocuğun eğitimi, bakımı ve masraflarının karşılanması gibi olağan ve olağanüstü bütün hususlarda yaşanan anlaşmazlıklar velayetin kapsamı içinde değerlendirilmektedir. Konumuz olan, velayet hakkının ana ve baba tarafından iyi kullanılmaması sonucu alınacak tedbirler ve velayetin kaldırılması hali de soybağının hükümleri (ana, baba ve çocuk arasındaki ilişkiler) kapsamındaki bir konu olarak değerlendirilmektedir.

MÖHUK, evlilik birliği sürerken ortaya çıkan velayete ilişkin uyuşmazlıkları ayrı bir hüküm ile düzenlememiştir. Buna karşılık, velayeti soybağından kaynaklanan haklar ve yükümlülüklerin bütünü olarak değerlendirilerek, evlilik birliği sürerken yaşanan velayet uyuşmazlıklarının MÖHUK m. 17 uyarınca, soybağının hükümlerine uygulanacak hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir⁵⁴⁷.

Yabancılık unsuru barındıran evlilik dışı bir ilişkiden dünyaya gelen çocuğun velayetine uygulanacak hukuk ise MÖHUK'ta ayrıca düzenlenmemiştir. Ana ile soybağı doğum ile *ipso iure* kurulduğu için, bu noktada kural olarak sorun, çocuk ile baba arasında soybağının kurulmasıdır. Soybağı kurulduktan sonra, çocuk ile baba arasındaki velayet ilişkisi düzenlenebilecektir. Buna göre, evlilik birliği dışında dünyaya gelen baba ve çocuk arasında velayet sorumluluğuna uygulanacak hukukun, MÖHUK m. 17'nin yaptığı gönderme ile soybağını kuran hukuka göre (MÖHUK m. 16'ya göre) tespit edileceğini söyleyebiliriz.

2675 sayılı mülga MÖHUK m. 17'de, "evlilik dışı çocuk ile ana arasındaki kişisel ve mali ilişkilere ananın milli hukuku, çocuk ile baba arasındaki kişisel ve malî ilişkilere ise babanın milli hukukunun uygulanacağına ilişkin hüküm bulunmaktadır."

⁵⁴⁶ Çelikel/Erdem, s. 259.

⁵⁴⁷ Gelgel, s. 16; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 148.

Mülga kanundan farklı bir şekilde, uygulanacak hukuk olarak çocuk merkezli, çocuğun daha sıkı ilişkili olduğu ülke hukukunun belirlenmesini öngören MÖHUK m. 16, çocuğun üstün yararı ilkesine hizmet eden bir hükümdür⁵⁴⁸.

b. Bağlanma Noktaları

MÖHUK m. 17, soybağının hükümlerini, soybağını kuran hukuka bağlamaktadır. Ana, baba ve çocuk arasındaki ilişkileri, soybağını kuran hukuka tabi tutan maddenin yazılış şeklinde (MÖHUK m. 17, c. 1) kural, bir prensip anlamında ifade edilmiştir. Fakat bu anlamda kabul edilmesi yanlıştır. Zira gerçekte, ilişkilere esas uygulanması gereken hukuk maddenin ikinci cümlesinde gösterilmektedir⁵⁴⁹. MÖHUK'un 17. maddesinin ikinci cümlesine göre, “ancak ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır.” Bu durumda, soybağını kuran hukuk bağlama noktası, velayet sorumluluğuna en son çare olarak uygulanacaktır⁵⁵⁰. Bu doğrultuda, soybağı kurulduktan sonra, kuruluşa hangi hukuk uygulanmış olursa olsun, ailenin müşterek milli hukukunun bulunması halinde müşterek milli hukuk, müşterek milli hukukunun bulunmaması halinde, eğer müşterek mutad mesken hukuku varsa soybağının hükümlerine o hukuk uygulanarak, aile içi ilişkilerde bütünlüğün sağlanması tercih edilmiştir.

Ana, baba ve çocuk arasındaki ilişkilere, evlenmenin genel hükümleri için de geçerli olan, tarafların müşterek milli hukukunun ya da mutad mesken hukukunun uygulanmasının öğretide doğru bir tercih olarak kabul eden görüş de mevcuttur⁵⁵¹.

MÖHUK m. 17'nin ikinci cümlesi ile MÖHUK m. 16 birlikte değerlendirildiğinde, velayet uyuşmazlıklarının çözümünde, eğer ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku veya müşterek mutad mesken hukuku var ise, bu hukukların basamaklı olarak uygulanmasının çocuğun değil, ailenin hukukunu gözettiğine ilişkin bir görüş mevcuttur. Bu noktada, MÖHUK m. 16'ya göre çocuğun hukukunun uygulanması ancak; müşterek milli hukuk ve müşterek mutad mesken hukukunun bulunmadığı durumlarda mümkün olabilmektedir. Bu tercihte özellikle, soybağının doğum yeri esasına göre kurulması halinde bu yerin çok tesadüfi olması

⁵⁴⁸ Huysal, s.127.

⁵⁴⁹ Nomer, s. 271.

⁵⁵⁰ Nomer, s. 280; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 152; Çelikel/Erdem, s. 268 vd; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 148; Özgenç, s. 14.

⁵⁵¹ Nomer, s. 271.

ihtimali de dikkate alınmıştır⁵⁵². Bu nedenle MÖHUK m. 16/I’de son basamakta uygulanmakta olan doğum yeri esasının, soybağının hükümlerine de uygulanması karşısında müşterek mutad mesken hukukunun uygulanmasının taraf menfaatini daha gerçekçi bir şekilde sağlayacağı öğretide kabul görmektedir⁵⁵³.

Soybağının hükümlerine, ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku ve müşterek mutad mesken hukuku bulunmadığı takdirde, soybağını kuran hukuk uygulanacaktır. Bu durumda MÖHUK m. 17, bizi soybağını kuran hukuk bağlama noktasını düzenleyen MÖHUK m. 16’ya yönlendirmektedir.

MÖHUK m. 17 ve m. 16 kapsamında velayete ve çocuğun korunmasına uygulanacak bağlanma noktaları şu şekildedir;

1. Ana, baba ve çocuğun dava tarihindeki müşterek milli hukuku, söz konusu hukukun bulunmaması halinde, ana, baba ve çocuğun dava tarihindeki müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. (MÖHUK m. 17/I) Dolayısıyla, öncelikle ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukukunun olup olmadığı tespit edilecektir.

Müşterek milli hukukun tespiti noktasında, tarafların çifte vatandaşlığa sahip olması halinde, örneğin baba hem İsviçre hem Türk vatandaşı, ana ve çocuk ise sadece İsviçre vatandaşı iseler, ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku İsviçre hukuku olarak tespit edilip, soybağının bu hukuka göre belirlenmesi gerekir. MÖHUK m. 4/I/b uyarınca, “birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku uygulanır.” MÖHUK m.4/I/b hükmünün uygulanması ile müşterek milli hukukun olmadığı sonucuna varılması, tarafların müşterek kişisel statüye sahip olmasındaki yararın gözardı edilmesine yol açacaktır. Aynı zamanda, MÖHUK m.4/I/b hükmündeki “aksi öngörülmedikçe” ibaresi, çocuğun yararı için MÖHUK m.17 bakımından ileri sürülebilmelidir. Ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukukları bulunmuyorsa, tarafların müşterek mutad mesken hukuklarının olaya uygulanması gerekecektir. Şayet müşterek mutad mesken hukuku da bulunmuyorsa, bu halde soybağının hükümleri soybağı hangi devlet hukukuna göre kurulmuş ise, o devletin hukukuna göre yani MÖHUK m. 16’ya göre tespit edilecektir⁵⁵⁴. (MÖHUK m.16)

⁵⁵² Çelikel/Erdem, s. 258; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu’na göre, MÖHUK m. 17’de düzenlenen bağlama kuralı, “çocuk” merkez alınarak belirlenmiştir. (Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 223.)

⁵⁵³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 223.

⁵⁵⁴ Zeynep Derya Tarman, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)’daki Boşluk: Ada Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 66 (2) 2017: 461-490, s. 473.

2. MÖHUK m. 16 çerçevesinde soybağını kuran hukuka göre bağlama noktası düzenlenecektir. MÖHUK m. 16/I, beş adet bağlama noktası düzenlemiştir. Bunlar;

MÖHUK m. 16, ilk basamakta çocuğun doğum anındaki milli hukukuna⁵⁵⁵; ikinci basamakta çocuğun mutad mesken hukukuna⁵⁵⁶; üçüncü basamakta ananın veya babanın çocuğun doğum anındaki milli hukuklarına; dördüncü basamakta ananın ve babanın çocuğun doğum anındaki müşterek mutad mesken hukukuna; beşinci basamakta çocuğun doğum yeri hukukuna yer vermiştir. Buna göre taraflara uygulanacak olan hukuku seçme imkanı verilmemiştir. MÖHUK m.16'da basamaklı bir şekilde düzenlenen bağlama noktalarının çocuğun yararı dikkate alınarak aşamalı olarak değil, alternatif bağlama kuralı olarak uygulanması gerektiğini ileri sürenler de bulunmaktadır⁵⁵⁷. Soybağını kuran hukuk MÖHUK m. 16/I hükmüne bakıldığında, hükümde kaleme alınan bağlama noktalarının uygulanabilmesi adına, bir önceki bağlama noktası ile işaret edilen yabancı maddi hukuk hükümlerine göre soybağının kurulamaması gerekmektedir.

MÖHUK'un 17. maddesinde düzenlenen bağlama noktalarının hangi an itibariyle dikkate alınacakları hususunda ele alınması gerekir. Soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk konusunda önceliğe sahip olan ikinci cümle ele alındığında, tarafların “müşterek milli hukuku”nun ve böyle bir hukuk bulunmaması halinde yetkili olan “müşterek mutad mesken hukuku”nun, MÖHUK m. 3 uyarınca dava anı esas alınarak belirlenmesi yerindedir⁵⁵⁸. Buna karşın, MÖHUK'un 17. maddesinin birinci cümlesinde yetkili kılınan “soybağını kuran

⁵⁵⁵ MÖHUK'ta soybağının kurulmasına uygulanacak hukuk ilk bağlama noktası çocuğun milli hukuku, yani çocuğun vatandaşlığıdır. Uygulanacak hukukun tespitinde, çocuğun doğum anındaki vatandaşlığı esas alınacaktır. Bu itibarla, çocuğun sonradan vatandaşlığını değiştirmesi uygulanacak hukukun tespiti anlamında önem taşımamaktadır. Çocuğun vatandaşlığı bağlama noktası, ana ve baba tarafından belirlendiğinden, ana ve babanın hukuku olarak değerlendirilmektedir. Bu yönde bir görüşe göre, çocuğun milli hukuku bağlama noktasının çocuğun yararını gözetmediği savunulmaktadır. Bu durum, çocuğun Türk vatandaşı olmaması durumunda, yabancı hukukun uygulanması sonucunu gündeme getirecektir. (Nomer, s. 270; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 144.) Farklı bir görüşe sahip olan Tekinalp ve Uyanık Çavuşoğlu'na göre, çocuğun milli hukukunu ana, babanın belirlemesinin bir önemi bulunmamaktadır, soybağı ilişkisi ile durumu etkilenen kişi olan çocuk esas alınarak bir bağlama noktası öngörülmektedir ve çocuğun yararına aykırı bir durum oluşmamaktadır. (Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 211.)

⁵⁵⁶ Çocuğun hangi andaki mutad mesken hukukunun esas alınacağı MÖHUK'ta açıkça düzenlenmemiştir. Bu durumda MÖHUK m. 3 uyarınca, "dava anındaki mutad mesken" esas alınır. Öğretide, çocuğun mutad meskeninin tespitinde, çocuk odaklı bir yorum ile, çocuğun eğitim hayatını ağırlıklı olarak sürdürdüğü, sağlıkla ilgili faaliyetlerinin yürütüldüğü yer ve çocuğun yaşı dikkate alınmalıdır. (Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 39 vd; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 269 vd.; Özgenç, s. 16; Giray, s. 74; İlyas Arslan, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul 2014, s. 112.)

⁵⁵⁷ Hükümün, alternatif bağlama kuralı olarak düzenlenmesi, 16. maddede düzenlenen hukuklardan çocuk lehine en uygun olan hukukun seçilebilmesine imkan tanınmış olacaktır. Bu şekilde, çocuk yararına en uygun hukukun seçilmesini mümkün kılan bir sistem (Uygunluk Prensibi) yaratılmaktadır⁵⁵⁷. (Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 142; Nomer, s. 270; Tarman, s. 474.)

⁵⁵⁸ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 142.

hukuk”, MÖHUK m. 3’ün istisnasını teşkil etmektedir. Nitekim hüküm, bu ifade şekliyle soybağının kurulmasını sağlamış olan hukuku belirleyen bağlanma noktalarında sonradan meydana gelen değişikliklerin dikkate alınmayacağını ifade etmektedir. Bundan dolayı, örneğin, soybağı MÖHUK m. 16’ya göre çocuğun doğum anındaki milli hukukuna göre kurulmuş olup, çocuğun milli hukuku sonradan değişmiş olsa dahi, soybağının hükümleri, “çocuğun doğum anındaki milli hukukuna” tabi olarak belirlenecektir. *Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe*’ye göre, bağlama noktalarında sonradan gerçekleşen değişikliklerin dikkate alınmasına izin vermeyen bu düzenlemenin yerindeliği tartışmalıdır⁵⁵⁹. *Nomer*’e göre, soybağını kuran hukukların belirlenmesinde “doğum anı” esas alınmalıdır. (MÖHUK m. 16) Buna bağlı olarak, ana, baba ile çocuk arasındaki ilişkileri düzenleyecek hukukun doğum anına bağlı olarak belirlenmesi kuralının, soybağının, müşterek milli hukuka ya da müşterek mutad mesken hukukuna göre kurulması ihtimalinde, bir çok konuda, özellikle velayetle ilgili konuların düzenlenmesinde kullanılması düşünülemez. Bundan dolayı, ana, baba ile çocuk arasındaki ilişkileri düzenleyen hukukun, doğum anına bağlı olmaksızın, dava anındaki hukuka göre belirlenmesi yerinde olacaktır⁵⁶⁰.

Yabancılık unsuru barındıran bir boşanma davasında, çocuğa ilişkin “geçici koruma tedbirlerine” MÖHUK m. 14/IV uyarınca Türk Hukuku uygulanır. Çocuğun korunması için acil tedbirler alınması gereken durumlarda, *lex fori*’nin uygulanması daha yerinde olacaktır. Nitekim hakimin uygulanacak hukuku ve yabancı hukukun uygulanması halinde yabancı hukukun içeriğini tespit etmesi zaman alacaktır. Buna mukabil, bu tür bir aciliyet bulunmuyorsa, *lex causae*’nin uygulanması daha isabetlidir⁵⁶¹. Örneğin; Türk hakiminin yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta acil olarak çocuğun mallarını korumak amacıyla tedbir alması gerekebilir. Bu durumda *lex fori*’nin uygulanması çocuğun üstün yararının korunması açısından en hızlı çözümü sağlayacaktır⁵⁶². Çocuğun acil olarak korunması için alınan tedbirlere ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin, boşanma davası sürerken, hakim tarafından velayeti geçici olarak bir ebeveyne verilen çocuğun, velayet hakkı sahibi ebeveyn tarafından yurtdışına çıkarılıp bir daha geri getirilmeme ihtimali bulunuyorsa, çocuk hakkında geçici olarak yurt dışına çıkmama tedbirine hükmedilebilir⁵⁶³.

⁵⁵⁹ *Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe*, s. 142.

⁵⁶⁰ *Nomer*, s. 271.

⁵⁶¹ *Akıncı/Demir Gökyayla*, s. 149; *Çelikel/Erdem*, s. 476; *Huysal*, s. 116.

⁵⁶² *Çelikel/Erdem*, s. 476; *Huysal*, s. 116; *Akıncı/Demir Gökyayla*, s. 149; *Özgenç*, s. 17.

⁵⁶³ HGK, E. 2012/799, K. 2013/389, T. 20.03.2013. karar için bkz. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi 06.05.2019)

2. Velayet ve Koruma Tedbirlerine Uygulanacak Hukukun Bertaraf Edildiği ve Sınırlı Uygulandığı Haller

Milletlerarası özel hukuk, her ne kadar kişiler arasındaki özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olsa da bazen, yabancı hukukun uygulanması, o devlette kabul edilemez nitelikte sonuçların doğmasına yol açabilir. Kabul edilemez sonuçların meydana gelmesini önlemek adına devletler kamu düzeni müdahalesini devreye sokabilir veya düzenledikleri doğrudan uygulanan kurallar ile yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf edebilirler. Buna karşın, usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe giren milletlerarası sözleşmeler ise, uygulandıkları taraf devletin milli hukukunun uygulanmasını bertaraf etmektedir. Çalışmamızın bu kısmında, kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kurallar genel hatları ile açıklanarak konumuz olan velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin hususlar aşağıda sırası ile incelenecektir.

a. Kamu Düzeni Müdahalesi

Velayetin kamu düzenini ilgilendiren bir konu olduğuna Yargıtay'ın birçok kararında değinilmiştir⁵⁶⁴. MÖHUK m. 5 uyarınca, yetkili yabancı hukukun bir olaya uygulanan kuralının, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, söz konusu kural uygulanmaz; gerekli görülürse, Türk hukuku uygulanır. Kamu düzeni müdahalesinin asıl amacı, yabancı maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasını engellemek değildir. Yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olan maddi hukuk hükümlerinin uygulanmaması sonucunda oluşan boşluğun, yabancı hukukun diğer iç hukuk hükümlerine göre de doldurulamaması sonucunda Türk hukukunun uygulanması gündeme gelecektir. Dolayısıyla, kamu düzeni müdahalesi Türk hukukunda istisnai bir niteliğe sahiptir⁵⁶⁵. Yabancı hukukun, Türk hukukundan farklı olan düzenlemelerinin sadece söz konusu farklılık nedeniyle uygulanmamaları söz konusu olmayacaktır; Zira, Milletlerarası Özel Hukuk disiplininin ortaya çıkma nedeni, ulusal hukuk sistemlerinin birbirinden farklı değerleri yansıtan maddi hukuk kurallarına sahip olmalarıdır⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Bkz.; 2. HD., E. 2016/7799 K. 2016/8733 T. 28.4.2016; 2. HD., E. 2009/8918 K. 2010/114 T. 11.1.2010; 2. HD., E. 2011/14445 K. 2011/15130 T. 6.10.2011; 2. HD., E. 2007/13854 K. 2008/13967 T. 23.10.2008; 2. HD., E. 2009/13947 K. 2010/15934 T. 4.10.2010. www.lexpera.com/ (Erişim Tarihi 14.05.2019)

⁵⁶⁵ Nomer, s. 162; Çelikel/Erdem, s. 138, 139; Şanlı/Esen/Fıganmeşe Ataman, s. 76; Doğan, s. 222; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 52; Haluk Tandoğan, “Velayetten Doğan Kanunlar İhtilafları”, AÜHFD, Y. 1946, C. 3, S. 2-4, s. 521-531.

⁵⁶⁶ Aybay/Dardağan, s. 126.

MÖHUK m. 5'e göre düzenlemenin uygulanmaması için açıkça Türk kamu düzenine aykırı olması şartı aranmaktadır⁵⁶⁷. "*Türk toplumunun temel ilkelerine, toplumun ahlaki değerlerine, anayasal hak ve özgürlüklere aykırı olan*" yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olacağı söylenebilir⁵⁶⁸. Ancak, kamu düzenine aykırılık kavramının tanımının tam olarak yapılamadığının ve sınırlarının açıkça belirlenmesinin de mümkün olmadığını belirtmemiz gerekir. Zira, kamu düzeni, "*muğlak, geniş, izafi ve değişken*" bir kavramdır⁵⁶⁹.

Velayet ve alınacak koruma tedbirlerine ilişkin uyuşmazlıklarda MÖHUK m. 17 kapsamında tatbik edilecek yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması mümkündür. Bu noktada hakim, yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine tahammül edilemeyecek bir seviyede aykırı olup olmadığını tespit etmelidir⁵⁷⁰.

Konumuz olan velayet ve çocuğun korunmasına yönelik kamu düzeninin sınırları genişletilmeye çok elverişli gözükmetedir⁵⁷¹. Ancak, kamu düzeni müdahalesinin sınırlarının bu denli belirsiz olması çocuğu doğrudan ilgilendiren bir mesele olan velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin konularda çocuğun yararının gözetilmesini engelleyebilir. Bu nedenle konumuz özelinde kamu müdahalesinin sınırları; çocuğun yararı ilkesi ve ayrımcılık yapma yasağı olmalıdır⁵⁷².

Velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, Türk kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelebileceği durumlara örnek olarak; çocuğun velayet hakkı kapsamında terbiyesi konusunda, yabancı hukukun çocuğa velayet hakkı sahibi kişiler tarafından şiddet uygulamalarına izin vermesi, çocuk şiddete ne kadar maruz kalırsa kalsın velayetin kaldırılmasına ilişkin tedbirlere yer vermeyen yabancı hukukun uygulanması, velayetin çocuğun yararı ilkesi göz önünde bulundurulmadan, belirli bir dine mensup olma gibi hususlara bakılarak yabancı hukuk tarafından eşlerden birine bırakılması, çocukla ilgili kararlar alınırken yabancı hukukun ana ve babaya mutlak söz hakkı tanınması ve çocuğa söz hakkı verilmemesi gibi durumlar⁵⁷³ gösterilebilir⁵⁷⁴. Aynı zamanda uygulanacak hukukun basit bir

⁵⁶⁷ Nomer, s. 163; Çelikel/Erdem, s. 152; Doğan, s. 224; Aybay/Dardağan, s. 126.

⁵⁶⁸ Nomer, s. 157 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 67; Çelikel/Erdem, s. 162; Doğan, s. 174; Şanlı/Esen/Figanmeşe Ataman, s. 73.

⁵⁶⁹ Doğan, s. 222; Şanlı/Esen/Figanmeşe Ataman, s. 74.

⁵⁷⁰ Nomer, s. 157 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 67; Çelikel/Erdem, s. 151; Doğan, s. 172 vd.

⁵⁷¹ Tandoğan, s. 521.

⁵⁷² Huysal, s. 153 vd.; Uyanık Çavuşoğlu, s. 37; Öztekin Gelgel, s. 28; Dardağan Kibar, s. 558, 559.

⁵⁷³ Örneğin; çocuğun mallarının yönetilmesine ve kullanılmasına yönelik, çocuk idrak etme kabiliyetine sahip ve yeterli olgunlukta olmasına rağmen görüşünün alınmaması ve malları üzerinde kendisinin görüşü alınmadan ana

koruma tedbiri ile bertaraf edilebilecek bir tehlikeyi oldukça ağır bir koruma tedbiri uygulayarak önlemeyi öngörmesi halinde kamu düzeni müdahalesi devreye girmelidir. Tam tersi şekilde, uygulanacak hukukun çocuğun tehlike altında olmasına karşın, basit bir tedbirle durumu geçiştirmesi veya herhangi bir koruma tedbiri öngörmemesi halinde de yabancı hukukun uygulanmaması çocuğun yararına olacaktır.

Çocuğun yararına aykırı olabilecek bir başka tedbir uygulaması ise uygulanacak hukukun çocuğa süresiz yurtdışına çıkma yasağı öngörmesi halinde ortaya çıkacaktır. Uygulanacak yabancı hukuk, geçici velayet hakkı verilen ebeveynin çocuğu yurtdışına kaçırmaması ve geri getirmemesi endişesiyle çocuk hakkında yurtdışına çıkma yasağı tedbiri uygulanmasını düzenlemiş olabilir. Ancak söz konusu yasak geçici nitelikte olmalıdır, süresiz şekilde alınan yurtdışına çıkma yasağı Anayasa'nın 23. maddesine ve AİHS Ek 4 No'lu Protokole aykırı olacak ve Türk mahkemelerinde kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacaktır⁵⁷⁵.

Çocuğun kişilik hakkının zarara uğramasına sebep olan bir durum mevcutsa ve çocuğun temel haklarının ihlali söz konusuysa kamu düzeni müdahalesi devreye girmelidir. Çocuğun kişilik hakkının korunması noktasında, yetkili yabancı hukukun, çocuğun menfaati için yapılan tıbbi müdahalelerin ana ve babanın rıza göstermemesi durumunda yapılamayacağını öngörmesi halinde çocuğun yararına açıkça zarar vermesi nedeniyle Türk kamu düzenine aykırılık oluşturacağı kabul edilmelidir⁵⁷⁶.

Çocuğun kişi varlığının söz konusu olduğu bir başka mesele ise, çocuğa ön ad verilmesi ve çocuğun adının değiştirilmesi meselesidir⁵⁷⁷. Bazı hallerde ebeveynlerin farklı milliyetten olmaları çocuğa konulacak isim konusunda sorunların gündeme gelmesine neden olmaktadır.

ve babası tarafından tasarrufta bulunulması gibi hallerde veya malların korunmasıyla ilgili kız ve erkek çocuk arasında ayırım yapılması gibi durumlar ortaya çıkarsa, kamu düzeni müdahalesi uygulanabilecektir. (Özgenç, s. 40)

⁵⁷⁴ Akıncı/Demir Gökyayla, s. 156; Bilgin Tiryakioğlu, Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar (T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, Ankara 1991, (*Çocuklara İlişkin Kurallar*), s. 73. Öğretide verilen bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Konumuzun kapsamının dışında olmasına rağmen çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda da kamu düzeni müdahalesinin devreye girebilmesi mümkündür. Velayet hakkı, kendisine verilmeyen eşin, çocukla görüşmesini çocuğun yararını olumsuz yönde etkileyen bir sebep olmaksızın, çok uzun bir süre için veya süresiz olarak yasaklayan yabancı hukuk uygulamaları, Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacaktır. (Tiryakioğlu, s. 73.)

⁵⁷⁵ Bu konuda verilmiş Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz.; HGK, E. 2012/799, K. 2013/389, T. 20.03.2013. karar için bkz. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi 06.05.2019)

⁵⁷⁶ Huysal, s. 159.

⁵⁷⁷ Yargıtay'ın 2017 tarihli bir kararında, yabancılık unsuru taşıyan bir uyumsuzlukla ilgili olmasa da, çocuğun adının değiştirilmesi ile ilgili eşlerin beraber karar vermeleri gerektiği ve eşlerin bu konuda eşit oy haklarının olduğunun altı çizilmiştir. Karar için bkz. (8. HD., E., 2017/7323., K., 2017/7300, T., 18.05.2017.) www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi 14.05.2019) Hatice Selin Pürselim Arning, "Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad" Adalet Yayınları, Ankara 2014, s. 183 vd.

Örneğin; bir eşin çocuğa koymak istediği isim, diğer eşin maddi hukukuna göre kamu düzenine aykırı sayılabilir. Türk hukukunda yabancı bir ismin öz ad olarak çocuğa verilmesini engelleyen bir düzenleme yoktur; fakat çocuğa yabancı bir isim verileceği zaman çocuğun üstün yararını zedelemeyecek bir ismin çocuğa verikmesi gerekir⁵⁷⁸. Bu noktada, dini, siyasi ve ideolojik ağırlığı olan isimlerin çocuğa verilmesi, çocuğun menfaatine aykırı olabilir. Örneğin, *Adolf Hitler* gibi siyasi ağırlığı olan bir ismin çocuğa öz ad olarak konulması çocuğun üstün yararı ilkesine aykırılık oluşturacağından Türk kamu düzenine açıkça aykırı olarak kabul edilecektir⁵⁷⁹. Çocuğa isim konulması ile ilgili çocuğun yararına aykırı olabilecek bir başka durum ise, çocuğa tek harften veya iki ya da üç harften oluşan isimlerin verilmesidir. Örneğin, Çin Halk Cumhuriyeti’nde öz adlar genellikle iki ya da üç kelimeden oluşmaktadır. Bu durumda Çinli bir ana ve Türk bir babanın çocuklarına isim olarak “T” harfini koymaları, Türk hukukuna göre mümkündür. Fakat önemle belirtildiği üzere, çocuğa velayet hakkı sahibi ana ve baba tarafından ön ad verilmesi noktasında, onun üstün yararının korunması, göz önünde bulundurulması gereken en önemli meseledir. Böylece her somut olayda ayrıca göz önünde bulundurulması gereken bu ilkeye göre, çocuğun eğitim gördüğü ve sosyal faaliyetlerini gerçekleştirdiği çevrede ve aile ortamında ön adın bu şekilde ifade edilmesi nedeniyle kişiliğinin zarara uğraması ihtimal dahilindedir. Çocuğa tek harften oluşan bir ismin verilmesi halinde, onun zarara uğraması gündeme geldiğinden kamu düzenine aykırılığın gerçekleştiği kabul edilmektedir⁵⁸⁰.

Öte yandan bazı daha az demokratik olan devlet hukuklarında çocuğa ad verme hak ve yetkisinin yalnızca babaya tanındığı görülmektedir. Türk hukukunda da kabul edilen eşler arası eşitlik ilkesine açıkça aykırı olan bu durum da uygulanacak hukukun tespitinde kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmektedir⁵⁸¹. TMK m. 339/IV’e göre, çocuğun adını ana ve babanın beraber koyacağı, dolayısıyla, çocuğun adının değiştirilmesi de ana ve babanın beraber karar vermesi gereken bir meseledir. Çocuğun adının değiştirilmesi meselesi ile ilgili eşlerden birinin reyine üstünlük tanıyan yabancı hukuk Türk kamu düzeni ile karşılaşabilecektir⁵⁸².

⁵⁷⁸ Pürselim Arning, s. 171.

⁵⁷⁹ Pürselim Arning, s. 171.

⁵⁸⁰ Pürselim Arning, s. 183 vd.

⁵⁸¹ Pürselim Arning, s. 171.

⁵⁸² Özgenç, s. 39.

Ana ve babanın dini terbiye verme konusundaki velayete bağı haklarını kısıtlayan anlaşmaları geçerli sayan yabancı hukukun uygulanması da kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir⁵⁸³.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin yanında, kamu düzeni müdahalesi ile ilgili göz önünde bulundurulması gereken bir başka ilke ise, "*ayrımcılık yapma yasağıdır*." Örneğin; siyasi ve ırki sebeplerle velayetin kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler içeren yetkili yabancı hukukun uygulanması da Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabilecektir⁵⁸⁴. Aile hukuku her ülkenin kendi kültürel ve sosyal yapısını hukuk kurallarına ve yerel mahkeme kararlarına yansıttığı bir alan olduğundan, değişik ülkelerde velayete ilişkin veya velayetin kaldırılması tedbirine ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirlenmesinden dahi kaçınıldığı ve devletlerin kendi hukuklarını doğrudan uygulama yönünde bir politika izlediğini görmekteyiz.

Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi m. 2 kapsamında ele alınan yasak, çocukların korunması için her türlü ayrımcılığın engellenmesini amaçlamaktadır⁵⁸⁵. Uluslararası velayete ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusunun kişisel ve duygusal yönünün fazla olması sebebiyle, verilen kararların küresel standartlara uygun alınmadığını⁵⁸⁶, her Devletin kendi ülkesindeki farklı kültürleri, davranışları ve ahlaki standartları mahkeme kararlarına yansıttığını görmekteyiz. Örneğin; *Painter ve Bannister* davasında⁵⁸⁷, Iowa Üst Derece Mahkemesi'nin aldığı bir kararda, annenin ölümünden sonra Amerikan olmayan ve kendi Suudi geleneklerine göre hayatını sürdüren babanın "Bohem, tuhaf bir yaşam tarzına sahip olması nedeniyle" çocuğun velayeti büyük anneye verilmiştir. Çocuğun yararını gözetmeksizin, kültür, ahlaki değerler ve toplumsal önyargı ve tabular göz önünde bulundurularak uluslararası velayet davalarında karar alınmaktadır. Bir başka dramatik örnek olan *Al Fassi ve Al Fassi* davasında⁵⁸⁸ ise, Bahama Mahkemesi'nde Suudi bir baba ve Amerikan bir annenin velayet davasında, "*çocukların "küçük Amerikalılar" olarak yetiştirilme riski olduğundan*", "*çocukların kültürel miraslarını kaybetme ihtimalleri bulunduğu için*" ve "*çocukların asil kültürlerini*

⁵⁸³ **Tandoğan**, s. 514. Bunun yanında, belirli bir olgunluk yaşını dolduran, örneğin; 16 yaşında olan bir çocuğun serbestçe kendi dinini belirleyebilmesine imkan veren yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzenine aykırı kabul edilmeyecektir. (**Tandoğan**, s. 516.)

⁵⁸⁴ **Tandoğan**, s. 516.

⁵⁸⁵ **Serozan**, s. 60 vd.

⁵⁸⁶ Küresel standartlara örnek vermek gerekirse; Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi'nde öngörülen çocuğun yararı ilkesi, ayrımcılık yapma yasağı, çocuğun yaşam hakkı.

⁵⁸⁷ *Painter v. Bannister*, Supreme Court of Iowa, 140 N.W.2d 152 (1966), <https://law.justia.com/cases/iowa/supreme-court/1966/51974-0.html> (Erişim Tarihi 10.08.2019)

⁵⁸⁸ US Court of Bahamia, *Core v. Sheikh Allal Al-Fassi*, 729 F.2d 863 (D.C. Cir. 1984), para. 38, 39, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/729/863/314037/> (Erişim Tarihi, 30.07.2019)

unutma riskleri bulunduğu" gerekçeleriyle velayet hakkı Suudi babaya verilmiştir⁵⁸⁹. 4. Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen benzer bir karar olan Ulusay kararında⁵⁹⁰, İsviçre vatandaşı anne ile Türk vatandaşı babanın boşanma ve velayete ilişkin kararında, "*çocuğun Türk örf ve adetlerine uyum sağlamasının onun için bir ayrıcalık olduğu*" ve bu nedenle velayetin Türk babaya verilmesi uygun bulunmuştur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise, velayetin anaya verilmesine engel olacak ve çocuğun fiziksel, psikolojik ve ahlaki gelişimini olumsuz yönde etkileyecek nitelikte ciddi ve inandırıcı delillerin bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur⁵⁹¹. Bir başka Yargıtay kararında, yabancılık unsuru barındıran bir boşanma davasında kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaksızın karar alınarak, İsviçreli anneye herhangi bir sebep belirtmeksizin velayet hakkı verilmemiş, çocuğun velayeti Türk babaya verilmiştir⁵⁹². Velayete ilişkin Türk kamu düzeni müdahalesi, aynı cinsten kişilerin evlilikleri söz konusu olduğunda gündeme gelebilecektir. Aynı cinsten kişiler, eşcinsel evliliğin yasak olmadığı bir ülkede evlendiklerinde, o ülkenin hukukuna göre müşterek çocuklarının velayet hakkına sahip olabilirler. Ancak Türk mahkemelerinde aynı cinsten iki kişinin velayete ilişkin bir uyuşmazlığın tarafı olması noktasında, uygulanacak hukuk, aynı cinsten kişilerin birlikte velayet hakkına sahip olabileceklerini öngörebilir. Böyle bir durumda, aynı cinsten iki kişinin birlikte çocuğun velayet hakkına sahip olmaları, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı olacak ve Türk toplumunun yapısına ve ahlaki özelliklerine uymayan bir sonucun ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu durumda Türk mahkemesi uygulanması gereken hukuku uygulamayacak ve çocuk ile soybağı ilişkisi kurmayan tarafın velayet hakkı talebini reddedecektir.

b. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Milletlerarası özel hukuk kuralları, yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku göstermektedir. Bu itibarla, yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda

⁵⁸⁹ Linda Silberman/Karin Wolfe, "The Importance of Private International Law for Family Issues in an Era of Globalization: Two Case Studies - International Child Abduction and Same Sex Unions", Hofstra Law Review, Volume 32, Issue 1, 2003, Article 10, s. 2.

⁵⁹⁰ 4. Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 999, K. 880, T. 13.12.1991, **MHB**, Sayı I-II, 1996, s. 186-189; **Huysal**, s. 134.

⁵⁹¹ 2. H.D, E. 4086, K. 117, T. 17.03.1993, **MHB**, Sayı I-II, 1996, s. 186-189, **Huysal**, s. 135.

⁵⁹² 2. HD, 4086 E., 4386 K., 14.04, 1992 T., **MHB**, Sayı I-II, 1996, s. 175-180. Sonradan söz konusu karar YHGK tarafından bozulmuştur. YHGK, 17.03,1993, E.2-763 için bkz. **Gelgel**, s. 127.

söz konusu kurallara gidilmeden iç hukukun maddi hükümlerine doğrudan gidilmesi, Milletlerarası özel hukukunun bertaraf edilmesi anlamına gelmektedir⁵⁹³.

Doğrudan uygulanan kurallar (MÖHUK m. 6), Devletin menfaatlerine hizmet eden, sosyal ve ekonomik görevleri olan maddi hukuka ilişkin hükümlerdir⁵⁹⁴. Doğrudan uygulanan kurallar söz konusu niteliklerinden dolayı emredici nitelik taşımaktadırlar ve bu kurallar yabancılık unsurundan bağımsız bir şekilde, uyuşmazlıklara doğrudan uygulanırlar⁵⁹⁵. Bu noktada, taraflar doğrudan uygulanan kurallar üzerinde tasarrufta bulunamazlar⁵⁹⁶. Doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeninin bozulup bozulmamasıyla ilgilenmeksizin; yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkiye ve olaya doğrudan uygulanması bakımından, milletlerarası hukuk kurallarına özgü ayrı bir terim olarak kabul edilmelidir⁵⁹⁷. Bir hüküm doğrudan uygulanan kural ise, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık olup olmadığına bakılmaksızın, bir hukuki ilişkiye veya olaya mutlak suretle uygulanmalıdır⁵⁹⁸.

Velayet sorumluluğuna ve çocuğun korunmasına ilişkin kuralların kamu düzeninden olması ve emredici nitelikte olmaları, kuralların doğrudan uygulanan kurallarla karıştırılmasına yol açmıştır. Örneğin; TMK, ÇKK ve Ailenin Korunması ve Kadına Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun⁵⁹⁹ (AKDK) öngördüğü velayet ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirler, çocuğun yüksek yararını korumak amacıyla düzenlenmiştir⁶⁰⁰.

Doğrudan uygulanan kuralların söz konusu korumacı ve etkili gücü ile, yabancılık unsuru barındıran soybağının velayete bağlı hükümlerine ilişkin uyuşmazlıklarında ne şekilde karşılaşacağımız üzerinde doktrinde fazla durulmadığı görülmektedir. Bu konuya ilişkin Yargıtay'ın da henüz içtihadı bulunmamaktadır.

⁵⁹³ Gelgel, s. 19.

⁵⁹⁴ Doğrudan uygulanan kurallar için bkz.; Nomer, s. 184-188; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 7-11; Sibel Özel, Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s. 131-138; Hatice Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001; Çelikel/Erdem, s. 154 vd.; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 58 vd.-377 vd.; Doğan, s. 239 vd.; Mustafa Erkan, MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/2, s. 81 vd. Aslı Bayata Canyaş, "5718 sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 141 vd.; Doğan, s. 239 vd.; Gelgel, s. 19 vd.; Özgenç, s. 26 vd.

⁵⁹⁵ Nomer, s. 185.

⁵⁹⁶ Nomer s. 180; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 5; Çelikel/Erdem, s. 154; Tekinalp, s. 55; Aybay/Dardağan, s. 141 vd.

⁵⁹⁷ Özel, s. 395.

⁵⁹⁸ Çelikel/Erdem, s. 159 vd.; Özgenç, s. 27.

⁵⁹⁹ RG. 20.03.3012 T., 28239 S.

⁶⁰⁰ Özgenç, s. 27.

Konuya ilişkin öğretide bir görüşün savunduğu üzere, aile içinde şiddet gören çocuğun, vakit kaybetmeksizin hakkında tedbir kararı alınmasını düzenleyen, çocuğa psikolojik yönden telafisi zor zarar veren ortamdan kurtarılmasını öngören, çocukların, korunmasına ilişkin düzenlemelerin bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁶⁰¹.

AKDK m. 2 uyarınca, “Şiddet mağdurlarına verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında temel insan haklarına dayalı, kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli bir usul izlenir.”

Bu görüşe göre, AKDK, devletin ve toplumun menfaatlerine hizmet etmesi bakımından, doğrudan uygulanan kuralların barındırdığı özellikli ve üstün norm niteliğine sahip olarak kabul edilebilir⁶⁰².

AKDK’nın temel amacı şiddet gören kadın ve çocukların korunmasını sağlamak ve vakit kaybetmeden alınması gereken önlemler ile tedbirleri düzenlemektir. Söz konusu durumun milletlerarası özel hukuk bakımından önem arz ettiği nokta ise geçici koruma tedbirlerinin, usûl hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı dahil olduğu meselesidir. Nitekim geçici koruma tedbirleri usul hukukundan kabul edilirse *lex fori*’ye, maddi hukuktan kabul edilirse *lex causae*’ya tabi olacaktır⁶⁰³. Ancak hakimin tayin ettiği süre ile sınırlı olan, temyizi kabil olmayan AKDK kapsamındaki koruma tedbirleri, yalnızca şiddet gören eşe ve çocuğa yönelik acil olarak koruma sağlayan kendine özgü tedbirlerdir. Bu doğrultuda, velâyet hakkının kötü kullanılmasından kaynaklanan, çocuk üzerinde telafisi mümkün olmayan zararlar doğurması muhtemel tutum ve hareketlerden çocuğu korumak adına alınan geçici koruma tedbirlerinin *lex fori*’ye göre belirlenmesi, çocuğun üstün yararının korunması ilkesi ve AKDK’nin yerine getirmek istediği asıl amaca daha uygundur. Bu nedenle, AKDK hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmeleri kanaatimizce yanlış olacaktır⁶⁰⁴. Benzer şekilde, ÇKK m. 5’e göre koruyucu ve destekleyici tedbirleri alırken hakimin *lex fori*’yi tatbik etmesinde temel amaç çocuğun yararının ivedikle korunmasıdır. AKDK hükümlerinin doğrudan uygulanmasının temel sebebi, onun müdahaleci norm olma özelliğinden değil, geçici amaçlı ve gecikmesinde sakınca bulunan koruma tedbirlerini düzenlemesinden kaynaklanmaktadır⁶⁰⁵. Sonuç olarak, geçici tedbirlere Türk hukukunun

⁶⁰¹ Huysal, s. 166 vd.

⁶⁰² Huysal, s. 166

⁶⁰³ Huysal, s. 167.

⁶⁰⁴ Özgenç, s. 27.

⁶⁰⁵ Huysal, s. 166.

uygulanması, bu hükümlerin doğrudan uygulanan kural olmalarından değil; bu tedbirlerin *lex fori*'ye tabi olmalarından ve Türk hakimî açısından *lex fori*'nin Türk hukuku olmasından kaynaklanmaktadır⁶⁰⁶.

Türk hukukunda uygulanan yapay dölleme yöntemi, “çocuk sahibi olamayan evli eşlerin, yumurta ve sperminin tıbbi yöntemler ile döllemesinin, gerekirse vücut dışında sağlanması ve akabinde gamet veya embriyonun anne adayının rahmine yerleştirilmesi şeklinde” düzenlenmektedir. (Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁶⁰⁷ m. 1, m. 4). Buna göre, Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilen, çocuğun soybağının kurulmasına ilişkin ciddi sorunları gündeme getiren taşıyıcı annelik uygulamalarının, çocuğun soyunu bilme hakkı (ÇHS m. 7) ve çocuğun üstün yararı ilkeleri doğrultusunda değerlendirilmesi gerekir⁶⁰⁸.

Yönetmelik hükümlerinin, taşıyıcı annelik uygulamalarında doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi ve taşıyıcı anneliğin hüküm, sonuç ve etkilerine yönelik uygulanacak yabancı hukukun tespitinde, doğrudan Yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan bir görüş bulunmaktadır⁶⁰⁹. Taşıyıcı annelik yöntemi ile çocuk sahibi olan çiftlerin vatandaşı oldukları devletin hukukuna göre çocuğun hukuken ebeveyni olarak kabul edilmemeleri, çocuğun vatansız, ebeveynsiz kalması gibi bir takım problemlerle karşılaşmaktadır. Taşıyıcı annelik uygulamasının sonucu olarak ortaya çıkabilecek en büyük sorunlardan biri, doğan çocuk ve ailesi arasında soybağı ilişkisinin, taşıyıcı anneliğin uygulanmasının yasak olduğu bir ülkede kabul edilmemesi ve dolayısıyla velayet ilişkisinin de kurulamamasıdır⁶¹⁰.

c. Milletlerarası Sözleşmeler

Türk kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmadan önce konu ile ilgili milletlerarası sözleşme olup olmadığı incelenmelidir. Bu durumda, konumuz olan velayet ve çocuğu koruyucu tedbirlerle alakalı milletlerarası sözleşme olup olmadığına bakılmalıdır⁶¹¹.

⁶⁰⁶ Özgenç, s. 27.

⁶⁰⁷ RG, 30.09.2014 T., 29135 S.

⁶⁰⁸ Ebru Şensöz Malkoç, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, MHB, Cilt 35, Sayı: 2, 13-49, s. 30.

⁶⁰⁹ Seyhan, s. 103, 104.

⁶¹⁰ Şensöz Malkoç, s. 30-34.

⁶¹¹ Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul, 2017, s. 71-72; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Ankara, 2019, s.13-14.

Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, çocuğun aile içinde korunmasını, ailesiyle beraber kalmasını, çocuğun korunmasına ilişkin tedbirlerin alınmasını, çocuğun yerinin kanuna aykırı şekilde değiştirilmesinin önlenmesini ve çocuğun iadesine yönelik işbirliği yapılmasını düzenlemiştir. Avrupa Konseyi, Lahey Konferansları bünyesinde, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'den daha önce, velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin konuları düzenleyen sözleşmeler kaleme almıştır. Konferanslarda velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin dört adet sözleşme hazırlanmıştır. Bunlar; 1902, 1961, 1980 ve 1996 Lahey ve Avrupa Sözleşmeleridir. 1902⁶¹², 1961 ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmeleri birbirlerinin yerine geçmeleri amacıyla hazırlanmış sözleşmelerken; 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi⁶¹³ ise, 1961 tarihli sözleşmedeki eksiklikleri tamamlamayı hedeflemektedir⁶¹⁴.

Günümüzde velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulan sözleşmeler; 1961 ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmeleri'dir. Kural olarak, Türkiye'nin taraf olduğu 1961 ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmeleri uygulama alanı bulacak; Anayasa m. 90/IV ve MÖHUK m. 1/II uyarınca, MÖHUK'ta düzenleme alanı bulan bağlama kuralları, sadece velayete ve çocuğun korunmasına yönelik tedbirlere ilişkin milletlerarası sözleşmelerin bulunmaması halinde veya söz konusu sözleşmelerde kanun boşluğu bulunması halinde uygulanabilecektir⁶¹⁵. Bu durumda, ilk olarak, velayete ve koruma tedbirlerine ilişkin milletlerarası sözleşmelerdeki maddi hukuk ve kanunlar

⁶¹² 12 Haziran 1902 tarihinde Lahey'de imzalanan Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Yasaya Dair Sözleşmenin yerine 12.01.1977'de 15817 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanun uyarınca 5 Ekim 1961'de Lahey'de imzaya açılan sözleşme geçmiştir.

⁶¹³ Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (RG. 21.02.1983 T., 17966 S.) Sözleşmeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; **Tanrıbilir**, (Sözleşme), s. 83.

⁶¹⁴ **Tanrıbilir**, s. 117; **Tanrıbilir**, (Sözleşme), s. 83, 84.

⁶¹⁵ Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*” Milletlerarası bir sözleşmenin geçerli olarak yapılabilmesi için Anayasa m. 90'da öngörülmüş olan, milletlerarası anlaşmaları uygun bulmaya ilişkin prosedürün tamamlanması gerekmektedir. Anayasa'nın 104. Maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı'nın milletlerarası anlaşmaları onaylaması ve yayımlaması gerekmektedir. Anayasa'da yer alan kuralların dışında, "Milletlerarası Anlaşmaların Yapılması, Yürürlüğe Girmesi ve Yayınlanması ile Bazı Anlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kurulu'na Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" ve 1173 sayılı "Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun" ile genelge, gibi başka düzenleyici işlemlerden oluşan bir mevzuat topluluğu bulunmaktadır. Buna göre, milletlerarası anlaşmaların iç hukukta geçerlilik kazanmaları için sözleşme görüşmeleri yapan kişilere yetki belgesi verilmesi, anlaşmaların yetkili temsilciler tarafından hazırlanması ve keşide edilmesi, TBMM tarafından uygun bulunması, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile onaylanmaları gibi prosedürlerden geçmeleri zorunludur. (**Hüseyin Pazarcı**, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, Ankara 2018, s. 71.)

ihataları hükümleri uygulanacak; düzenleme olmaması veya düzenlemede boşluk bulunması halinde MÖHUK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁶¹⁶. Ancak, "anayasal haklarda yer alan ve münferit kanun hükümlerinin temelinde yatan ana prensiplerin milli anlayışlarını dikkate almayan yabancı düzenlemeler", Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası Sözleşme hükümleri olsalar dahi uygulanmazlar; bu durumda gerekirse Türk Hukuku uygulanarak uyumsuzluk çözümlenir⁶¹⁷.

III. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER UYARINCA VELAYETE VE ÇOCUĞU KORUYUCU TEDBİRLERE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. LAHEY SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN ÇEŞİTLİ KAVRAMLAR

1961 ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmelerine uygulanacak hukuk belirlenirken, Sözleşmelerde yer alan bazı kavramlar belirleyici nitelikte rol oynamaktadır. Konumuzun daha açık bir şekilde anlaşılabilmesi adına Lahey Sözleşmelerinde sıkça kullanılan bazı kavramların açıklanması uygun olacaktır. Bu kavramlardan bazıları; "mutad mesken" (*habitual residence*), "küçük" (*infant*), çocuk (*child*), velayet (*parental custody*) ve "koruma tedbirleri" (*protection measures*) kavramlarıdır⁶¹⁸. 1961 Lahey Sözleşmesi'nde söz konusu kavramların hiçbirinin tanımı yapılmamıştır⁶¹⁹. Söz konusu kavramların vasıflandırılması taraf Devletlerin iç hukuklarına göre yapılacaktır. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ise, 1961 tarihli Sözleşme'nin aksine Sözleşme içinde kullanılan birçok kavramı tanımlamıştır.

1. Mutad Mesken

Mutad mesken, ilk kez *Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı* tarafından hazırlanan milletlerarası sözleşmelerde benimsenmiş bir kavramdır. Mutad mesken, Lahey Sözleşmelerinin etkisiyle iç hukuklara giren bir bağlama noktasıdır. Milletlerarası özel hukuk

⁶¹⁶ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 15; Çelikel/Erdem, s. 42; Zeynep Özgenç, 'Velayete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler', Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII, Y. 2018, Sa. 1, s. 10.

⁶¹⁷ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta, İstanbul 2006, s. 138.

⁶¹⁸ Akıncı/Demir Gökyayla, s. 169; Bilgin Tiryakioğlu, Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku, Ankara, Gaye Yayıncılık, 2000, (Sözleşmeler), s. 25; Huysal, s. 67.

⁶¹⁹ Lahey Sözleşmelerinde geleneksel olarak bazı kavramların tanımı yapılmamaktadır. Zira, her ülkenin kendi iç hukukuna göre kavramları yorumlamaları, Sözleşme'nin daha çok ülkede kabul görmesini sağlayacaktır. (Tiryakioğlu, (La Haye 1996) s. 291.)

alanında mutad mesken kavramı en fazla çocuk hukuku bakımından önem arz etmektedir⁶²⁰. Velayete ve çocuğu koruyucu tedbirlere yönelik birçok milletlerarası düzenleme, uygulanacak hukuku çocuğun şahsi hukukuna göre belirlemiştir. Lahey ve Avrupa Komisyonu Kişi Hakları Komiserliği (eski adıyla, Avrupa Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonu) tarafından hazırlanan sözleşmelerde tercih edilen şahsi hukuk genellikle çocuğun mutad meskeni hukukudur⁶²¹. 1902 tarihli Lahey Sözleşmesi küçüğün mutad meskenini bağlama noktası olarak belirleyen ilk Sözleşmesi'dir⁶²².

Aslında, mutad mesken kavramının ortaya çıkmasındaki temel sebep, Anglo-Sakson Hukuku tarafından bağlama noktası olarak benimsenen "yerleşim yeri"⁶²³ ile Kıta Avrupası Hukuk sistemindeki ülkelerin bağlama noktası olarak seçtikleri "vatandaşlık" arasında bir entegrasyon sağlanması ve bu şekilde daha çok kabul edilen ve uygulanan bir bağlama noktasının kabul edilmesi ve uygulanmasıdır⁶²⁴. Mutad mesken kavramının tanımı 1961 Lahey Sözleşmesinde veya diğer Lahey Sözleşmelerinde yapılmamıştır. Mutad meskenin tanımının yapılmasından kaçınılmasının temel sebebi aslında mutad mesken kavramının yoruma açık olmasını sağlamaktır⁶²⁵. Mutad mesken, her olayın somut özelliklerine göre yetkili makamlar tarafından tanımlanması gereken özerk (*autonomous concept*) bir terimdir⁶²⁶. Bu şekilde yorum farklılıklarına imkan tanınması, kavramın milletlerarası sözleşmelerde kullanılmasını elverişli hale getirmektedir. Bu doğrultuda, ülkeler mutad mesken kavramını iç hukuklarına uygun olarak yorumlayabileceklerdir⁶²⁷. Ancak mutad mesken kavramının yorumlanması, Devletlerin iç hukukuna göre değil; Lahey Sözleşmelerinin genel prensipleri ışığında yapılmalıdır⁶²⁸.

⁶²⁰ Arslan, s. 92; Weller, s. 289; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 38 vd.

⁶²¹ Öztekin Gelgel, s. 121.

⁶²² Aynı zamanda 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi, çocuğun üstün yararı ve çocuğu koruyucu tedbirler kavramlarını da kaleme alan ilk sözleşme özelliğini taşımaktadır. Bu özellikleriyle Sözleşme, 1902 tarihli Lahey Sözleşmesine kıyasla daha çocuk odaklı bir Sözleşme olarak nitelendirilmektedir. (Adair Dyer, Internalisation of Family Law, UC Devis Law Review, 1997, s. 625.)

⁶²³ Kıta Avrupası Hukuk sisteminde, yerleşim yerinin tanımı konusunda milletlerarası özel hukuk alanında bir görüş birliği sağlanamamıştır. Bu durum Avrupa Komisyonu tarafından düzenlenen sözleşmelerde mutad meskenin bir bağlama noktası olarak kullanılması sonucunu doğurmuştur. (Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 90.)

⁶²⁴ Nomer, s. 121; Şanlı/Esen/Figanmeşe, s. 35.

⁶²⁵ Nomer, s. 119; Şanlı/Esen/Figanmeşe, s. 37; İlyas Aslan, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 26, 27.

⁶²⁶ Practical Handbook, s. 40; Ayrıca bkz. Sera Perez Report, Raporda ifade edildiği üzere, mutad mesken bir hukuki terimden ziyade, her bir somut olaya göre yorumlanması gereken bir vaki'dir. (Sera Perez Report on 1980 Hague Abduction Convention, October 1980, Vol III para. 66, s. 445)

⁶²⁷ Fatih Burak Uzun, Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti, Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 50. Örneğin, Türk hukukunda mutad mesken kavramı içinde sürekli olarak yerleşik olma niyeti ihtiva

İsviçre Hukukunda mutad meskenin tanımı İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 20/I/b'de yapılmıştır. Buna göre, mutad mesken, "*kişinin belirli bir süre yaşadığı yer*" olarak ifade edilmiştir⁶²⁹. Nitekim, İsviçre'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler bakımından söz konusu mutad mesken tanımı uygulama alanı bulmaz⁶³⁰. ABAD, mutad meskeni "*bir kişinin menfaatlerinin merkezi*" olarak tanımlamıştır⁶³¹.

Türk Hukukunda, mutad mesken kavramı bir bağlama noktası olarak oldukça yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır⁶³². Doktrinde, mutad mesken; kişinin aktüel menfaatlerinin merkezi, fiilen sakin olunan yer, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan yer ve kişinin ağırlık merkezinin bulunduğu yer veya ülke, şeklinde ifade edilmiştir⁶³³. Bunun yanında, "*gerçek hayat ilişkilerinin sürdürüldüğü, kişinin fiilen sakin olduğu veya sakin olma isteği ve iradesine sahip olduğu yer*"⁶³⁴ olarak tanımlanmıştır⁶³⁵. Ayrıca, mutad mesken, "kişinin yaşamını sürdürdüğü, maddi ve şahsi ilişkileri ile en sıkı şekilde bağlantı kurduğu yaşam merkezi olan yer" olarak da tanımlanmaktadır⁶³⁶. Söz konusu kavram hukuki bir durumu yansıtmaktan ziyade yalnızca ispatlanması gereken bir vakıadan ibaret olarak, fiili bir bağlantıyı ifade etmektedir⁶³⁷.

Mutad mesken kavramının hukuki bir kavram sayılmaması, mutad mesken kavramının ikametgaha göre daha fazla tercih edilmesinin sebebini oluşturmaktadır. Böylelikle, ikametgah kavramının beraberinde getirdiği vasıflandırma (yorum) problemleri mutad mesken kavramı

ederken; İngiliz Hukukunda bir kişinin bir yerde uzun süreli yaşaması, o yerin mutad mesken olarak kabul edilebilmesi için yeterlidir. (Uzun, s. 50)

⁶²⁸ *Practical Handbook*, s. 40. 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasında akit Devletlerin önüne gelen davalarda "*çocuğun mutad meskeninin*" birçok tanımının yapıldığı görülmektedir. Söz konusu kararları incelemek için bkz.; INCADAT, <https://www.incadat.com/> (Erişim Tarihi, 17.04.2019)

⁶²⁹ **Pierre Karrer/Karl Arnold**, *Switzerland's Private International Law Statute of December 1987, Code of Conflict of Laws and Related Legislation*, Deventer Boston, 1989, s. 45.

⁶³⁰ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 2/I uyarınca, milletlerarası sözleşmeler saklı tutulmuştur. (Özkan, s. 41)

⁶³¹ *Swaddling v. Adjudication Officer*: ECJ 25.02.1999 T. <https://eur-lex.europa.eu/> (Erişim tarihi 11.05.2019)

⁶³² **Nomer**, s. 118.

⁶³³ **Işıl Özkan**, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayınları, Ankara 2013, s. 33; **Çelikel/Erdem**, s. 189; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 68.

⁶³⁴ Kişinin iradesi dışında bir yerde kalmak zorunda olduğu durumlarda kişinin mutad meskeninin neresi olacağı da bir başka problemidir. Örneğin, kişinin hapiste olması ya da uzun süreli mahsur kalma hallerinde, kişinin oturma niyetine sahip olmadığı açıktır. Öğretide irade dışı yerleşme hallerinde mutad mesken ilişkisinin kurulup kurulmayacağına ilişkin görüş birliği yoktur. Bu durumda somut olaya göre değerlendirme yapılarak, kişinin uzun süre irade dışında kaldığı yerin yaşamının merkezi haline gelip gelmediğine karar verilmelidir. (Arslan, s. 97 vd.)

⁶³⁵ **Nomer**, s. 118; **Nomer**, s. 121 vd.; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 30.

⁶³⁶ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 215.

⁶³⁷ **Çelikel/Erdem**, s. 9; **Nomer**, s. 118.

için en az seviyeye inmektedir. Bu şekilde mutad mesken kavramı, milli bir kavramdan ziyade, milletlerarası müşterek anlayışa varmayı mümkün kılmaktadır⁶³⁸.

Çalışmamızın velayet altında bulunan çocuğun korunmasıyla ilgili olması hasebiyle, küçüğün mutad meskeninin ana ya da babasının mutad meskenine bağlı olup olmadığı hususu açıklanmalıdır. Mutad mesken, kişilerin o andaki gerçek ve fiili durumları göz önünde bulundurularak tespit edilir. Bir başka deyişle, mutad meskenin belirlenmesinde, yerleşim yerinin belirlenmesindeki gibi bir irade aranması söz konusu olmadığından, küçüğün mutad meskeni velayet hakkı sahibi ana, babanın mutad meskenine bağlı olarak değerlendirilmemelidir⁶³⁹. Çocuğun mutad meskeni tespit edilirken ebeveynlerden ziyade bizzat çocuğun esas alınması ve çocuğun ağırlıklı olarak hayat faaliyetlerini sürdürdüğü sosyal çevrenin nazara alınması gerekmektedir⁶⁴⁰. Bu durumda çocuğun yaşı önem arz etmektedir. Çocuğun küçük olması halinde, çocuğun mutad meskeni kural olarak ana ve babanın mutad meskeni olarak kabul edilecektir⁶⁴¹. Yenidoğanların veya hala anne ve babanın bakımına ihtiyacı olan bebeklerin, ana ya da babasından bağımsız bir yaşamları, hayat ilişkileri ve mutad meskenlerinin bulunduğu iddiası hayatın olağan akışına uygun değildir. Bu nedenle, her somut olayda çocuğun mutad meskenine çeşitli ölçütleri göz önünde bulundurarak karar verilmesi gerekmektedir⁶⁴².

Küçüğün mutad meskeninin belirlenmesinde, ergin kişilerden ayrı bazı ölçütlerin kullanılmasına ilişkin bir görüş mevcuttur⁶⁴³. Bu ölçütlerin neler olacağı noktasında bazı ABAD kararları belirleyici olmuştur. Öğretide, çocuğun mutad meskeninin tespitinde, çocuk odaklı bir yorum ile, çocuğun eğitim hayatını ağırlıklı olarak sürdürdüğü, sağlıklı ilgili faaliyetlerinin yürütüldüğü yer ve çocuğun yaşı dikkate alınmalıdır⁶⁴⁴.

⁶³⁸ **Nomer**, s. 118. Mutad mesken kavramının daha fazla tercih edilmesinin altında yatan sebeplerden bir diğeri ise, mutad bir mesken olmasının, yalnızca mesken kavramına kıyasla onu sübjektif unsurlardan temizlemesi ve maddi ilişki unsurları daha ağırlıklı olan ve değiştirilmesi daha zor bir kavram temin etmesidir. (**Nomer**, s. 119)

⁶³⁹ **Özkan**, s. 29.

⁶⁴⁰ **Arslan**, s. 115; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 39.

⁶⁴¹ Bazı milletlerarası sözleşmelerde ve maddi hukuk düzenlemelerinde çocuğun yaşına ilişkin farklı sınırlamalar getirilmiştir, ancak mutad meskenin belirlenmesi açısından bir kimsenin çocuk olarak kabulü için on altı yaş makul bir yaş sınırı olarak kabul edilmektedir. (**Arslan**, s. 95.)

⁶⁴² **Tarman**, s. 475.

⁶⁴³ **İnci Ataman Figanmeşe**, "Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 tarihli La Haye sözleşmesi", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:7, İstanbul, 1999, s. 69, 70.

⁶⁴⁴ **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 39 vd; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 269 vd.; **Özgenç**, s. 16; **Giray**, s. 74; **Arslan**, s. 112.

Son yıllarda, çocuğun mutad meskeni kavramı, ABAD tarafından normal mutad mesken kavramından daha farklı yorumlanmaya başlamıştır. ABAD, verdiği güncel kararlarda, mutad meskeni belirlerken, ebeveynlerin niyetlerini dikkate alan anlayışı bırakıp, çocuğu odak noktası yapan ve vakıalara dayanan bir yaklaşımı benimsemiştir⁶⁴⁵. ABAD kararları ile “çocuğun mutad meskeni” kavramını yeknesak bir biçimde yorumlamak adına bilinçli adımlar atılmıştır⁶⁴⁶. 1999 tarihli *Swaddling v. Adjudication Officer*⁶⁴⁷ ABAD kararında, mutad mesken, çocuğun bir süredir ikamet ettiği ve hayat ilişkilerinin merkezi olan, ailesinin bulunduğu yer olarak tanımlanmıştır. 2009 tarihli ABAD *Barbara Mercerdi v. Richard Chaffe*⁶⁴⁸ kararında, eşitlik ilkesi uyarınca, “mutad meskeni tanımlarken kullanılan ilkelerin” yeknesaklaştırılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu noktada, mutad mesken kavramının yeknesaklaştırılması söz konusu değildir, ilkelerin uyumlu hale getirilerek entegre edilmesinden bahsedilmektedir⁶⁴⁹. ABAD kararında, çocuğun mutad meskenini belirlerken çeşitli ölçütlerin kullanılması gerektiği ve çocuk için önemli olan bu değişkenlere göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu itibarla, çocuğun mutad meskenini belirlerken birçok değişken göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin; çocuğun vatandaşlığı, yaşı, yaşadığı yer ve koşullar, okulunun bulunduğu bölge, konuşabildiği diller, sosyal ilişkileri vb.⁶⁵⁰. Kararda yenidoğanların mutad meskeninin belirlenmesi yönünde, ebeveynlerinin niyetlerinin ağırlık taşıdığı bir sistem öngörülmüştür. Buna göre, yenidoğan bir bebek söz konusu olduğunda, bebeğe bakmak ve gözetmekle yükümlü ebeveynlerin mutad meskeni, bebeğin mutad meskeni olarak belirlenecektir⁶⁵¹.

2. Küçük (Infant)

Küçük kavramı 1961 tarihli Lahey Sözleşmesinde kullanılan bir kavramdır. Sözleşme’de “çocuk” kavramı kullanılmamış, sadece “küçük” (*infant*) kavramına yer verilmiştir.

Sözleşme’nin 12. maddesine göre, hem vatandaşı olduğu ülkenin iç hukukuna göre, hem de, mutad meskeninin bulunduğu yerin iç hukukuna göre küçük kabul edilenler, küçük olarak

⁶⁴⁵ Koca, (Milletlerarası Yetki) s. 221.

⁶⁴⁶ Paul Beaumont, “Recent Developments on the Meaning of Habitual Residence” in *Alleged Child Abduction Cases*” s. 17 vd. <https://www.abdn.ac.uk> (Erişim Tarihi 24.05.2019)

⁶⁴⁷ Case C-90/97 [1999], ECR I-1075, para. 18, <https://eur-lex.europa.eu/> (Erişim Tarihi, 24.05.2019)

⁶⁴⁸ A (Case C-523/07)(2009) ECR I-2805, para. 31 <https://eur-lex.europa.eu/> (Erişim Tarihi, 24.05.2019)

⁶⁴⁹ Case C-523/07, 2009 ECR I-2805, para. 42, <https://eur-lex.europa.eu/> (Erişim tarihi 11.05.2019)

⁶⁵⁰ Case C-523/07, 2009 ECR I-2805, para. 39, <https://eur-lex.europa.eu/> (Erişim tarihi 11.05.2019)

⁶⁵¹ Case C-523/07, 2009 ECR I-2805, para. 56, <https://eur-lex.europa.eu/> (Erişim tarihi 11.05.2019)

Sözleşme'nin uygulama alanı içinde değerlendirilirler. Buna göre Sözleşme; hem vatandaşı olduğu Devletin iç hukukuna göre, hem de mutad meskeninin bulunduğu ülkenin iç hukukuna göre küçük kabul edilenlere uygulanacaktır⁶⁵². Sözleşmenin 13. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Sözleşme, mutad meskeni Sözleşme'ye taraf olan Devletlerden birisinde bulunan tüm küçüklere uygulanacaktır. Nitekim, Sözleşme, Sözleşme'ye taraf olan Devletlere, Sözleşme'nin uygulanmasını, taraf Devlet vatandaşı olan küçüklere sınırlı tutma imkanı tanımıştır. (m. 13/III) Türkiye ise, Sözleşmeye bu yönde bir çekince koymamıştır. Buna göre, üçüncü bir Devlet vatandaşı olan küçüğün mutad meskeni Türkiye'de ya da başka bir akit Devlette bulunuyorsa, Sözleşme hükümleri Türkiye'de uygulanacaktır⁶⁵³.

TMK m. 11 uyarınca, onsekiz yaşını doldurmamış herkes küçük sayılmaktadır. Buna göre mutad meskeni Türkiye'de bulunan, 18 yaşını doldurmamış bir çocuk, kendi ülkesinin iç hukukuna göre de küçük sayılıyorsa, Sözleşme onun hakkında uygulanabilecektir.

3. Çocuk (Child)

1996 tarihli Lahey Sözleşmesinde, 1961 tarihli Sözleşme'de kullanılan küçük terimi terk edilerek, "çocuk" terimi tercih edilmiştir. Sözleşme'de çocuk olarak kabul edilen kişiler, doğumdan başlayarak, on sekiz yaşına ulaşan bütün kişilerdir.

Sözleşme'nin ikinci maddesi Sözleşmenin uygulanacağı çocukları tanımlar. Bu doğrultuda, kendi Devletin hukukuna göre (kişisel kanununa göre) göre çocuk olan kişiye daha erken bir yaşta reşit olsa dahi, on sekiz yaşına ulaşıncaya kadar bu Sözleşme uygulanır. On sekiz yaşından önce çocuğu reşit olarak kabul eden hukuklar olabileceği gibi, çocuğun evlenme nedeniyle de reşit olmasında söz konusu olabilir⁶⁵⁴.

4. Koruma Tedbiri (Measures for The Protection of Children)

1961 tarihli Sözleşme'de, "küçüğün kişiliğini ve mallarını korumaya ilişkin tedbirler" ifadesi kullanılmıştır. Sözleşme'de koruma tedbirlerinin de tanımı yapılmamıştır. Koruma tedbirleri ve velayet hakkı arasındaki ilişki de Sözleşme'de açıkça ifade edilmemiştir. Bu nedenle, söz konusu hususlar içinde iç hukuka bakılması yerinde olacaktır. Türk Hukukunda koruma tedbirleri, velayet hakkı sahibi ana, babaya karşı alındığından, velayet ile ilişkili bir

⁶⁵² Uluocak, s. 231.

⁶⁵³ Uluocak, s. 231.

⁶⁵⁴ Tiryakoğlu, (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 386.

kavramdır. (TMK m. 346) Bu noktada koruma tedbirleri velayet hakkını sınırlayıcı veya ortadan kaldıran önlemler olarak karşımıza çıkmaktadır. TMK'da düzenlenen velayet ve velayet hakkı sahibi ana, babaya yönelik düzenlenen tedbirler 1961 Lahey Sözleşmesi kapsamında değerlendirilir.

1996 tarihli Sözleşmede de koruma tedbirlerinin/önlemlerinin (*measures for the protection of children*) tanımı yapılmamıştır. Bunun yerine, Sözleşme'nin üçüncü maddesinde, Sözleşme kapsamında alınabilecek koruma tedbirlerine ilişkin bazı örnekler sayılmış ve Sözleşmenin dördüncü maddesinde ise, Sözleşme'nin kapsamına girmeyen hususlar sayılmıştır. Sözleşmede, koruma tedbirlerinin hangi hususlara yönelik olabileceğine dair kesin bir tanım yapılmamış olmasının sebebi ise, her bir akit devletin iç hukukunda çocukların kişi ve malvarlıklarını korumaya yönelik alınabilecek tedbirlerin değişkenlik arz edebilmesi ve Sözleşme'nin bu çeşitliliği ve esnekliği sınırlandırmayı arzu etmemesidir⁶⁵⁵. Bu itibarla, Sözleşme'nin “koruma tedbirleri” bakımından konu itibarıyla uygulama alanını, üçüncü ve dördüncü maddeler belirlemektedir. Sözleşme'nin üçüncü maddesinin (a) bendinde, koruma tedbirlerinin; velayet sorumluluğunun kurulması, kullanılması, sona ermesi, sınırlandırılması ve devrine dayanacağı belirtilerek, söz konusu sorumluluğu etkileyebilecek hallerin hepsini kapsayacak biçimde kaleme alındığı görülmektedir⁶⁵⁶.

Koruma önlemlerinin dayanacağı hususlar maddede sayılarak Sözleşme'nin kapsamına alınmıştır. Madde hükmünde, alınacak önlemler hukuk sistemine göre değişiklik gösterdiğinden saymanın örnek kabilinden olması tercih edilmiştir⁶⁵⁷.

Sözleşme kapsamında yetkili taraf devlet makamları tarafından çocuğun kişi ve malvarlığını korumaya yönelik olarak alınabilecek koruma tedbirlerinin neler olabileceği Sözleşmenin üçüncü maddesinde, sınırlı olmaksızın⁶⁵⁸, örnek olarak sayılmıştır. Böylelikle, Sözleşme kapsamında yetkili taraf devlet makamları; ebeveyn sorumluluğunun kurulması, kullanılması, kaldırılması, kendiliğinden sona ermesi veya diğer ebeveyne verilmesine, çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkı da içinde olmak üzere, çocuğa ilişkin bakım ve

⁶⁵⁵ *Practical Handbook*, s. 27; **Ayşe Elif Ulu Karataş**, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi", **MHB**, Cilt: 37, Sayı:2, 911-1003, s. 913. s. 920.

⁶⁵⁶ **Tiryakoğlu**, (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 387.

⁶⁵⁷ **Tiryakoğlu**, (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 387; **Giray**, s. 251; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 151; **Ulu Karataş**, s. 919.

⁶⁵⁸ **Tiryakoğlu**, (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 387; **Giray**, s. 251; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 151; **Ulu Karataş**, s. 919.

gözetim haklarıyla çocuğun mutad meskeninden başka bir yere süreli olarak götürülmesi hakkı a dahil olmak üzere çocukla kişisel ilişki kurulmasına, velayet ilişkisi dışında vesayet, kayyumluğa, çocuğun kişiliğinin ve mallarının korunmasından sorumlu olan, çocuğu sosyal hayatta temsil eden ve çocuğa yardım eden kişi veya kurumların belirlenmesine, çocuğun koruyucu aile yanına veya bakım kurumuna yerleştirilmesine veya çocuğun bakımının kefalet (*kafala*)⁶⁵⁹ veya benzeri bir kurum tarafından sağlanmasına; çocuğun, koruması altında bulunduğu kişi tarafından yerine getirilen bakımın bir kamu otoritesi tarafından denetlenmesine⁶⁶⁰; çocuğun malvarlığının yönetimi, muhafazası veya elden çıkarılmasına ve benzeri her türlü hususa yönelik koruma tedbiri kararı alabileceklerdir. (m. 3)

Sözleşme'nin kapsamına girmeyen konular ise dördüncü maddede sınırlı olarak sayılmak suretiyle Sözleşmenin konu itibariyle uygulama alanı daraltılmıştır. Bu şekilde, Sözleşme'nin dördüncü maddesine göre, Sözleşme'nin kapsamı dışında tutulmamış, çocuğun kişi veya malvarlığını korumayı amaçlayan her türlü karar veya önlemin Sözleşmenin uygulama alanına girdiği kabul edilmekte ve böylelikle Sözleşmenin konu itibariyle uygulama alanı bakımından bir boşluğun doğması önlenmektedir⁶⁶¹.

Türk hukuku bakımından değerlendirildiğinde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabında yer alan, soybağının kurulması, soybağına itiraz edilmesi, evlat edinme ve nafaka konuları Sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca Türk hukukunda velayetin soybağına bağlı hükümleri arasında düzenlenen çocuğun ön adı meselesi, Sözleşme uyarınca, velayet ilişkisinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Söz konusu meseleler dışında soybağının hükümlerine ilişkin tüm meseleler 1996 tarihli Lahey Sözleşmesini uygulama alanına girmektedir.

Sözleşmenin uygulama alanına giren meselelere örnek vermek gerekirse; velayetin kurulması, velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi

⁶⁵⁹ "Kefalet" (*kafala*), İslam hukukunda (örneğin; Fas hukuku), evlat edinmeden farklı olarak ve evlat edinmedeki gibi sonucunda çocuk ve yanına yerleştirildiği aile ile arasında hısımlık ilişkisi doğurmayan, çocuğun korunmasını amaçlayan bir kurumdur. "Kefalet" (*kafala*), evlat edinmenin sonuçlarını doğurmasından dolayı, 1993 tarihli Lahey Ülkelerarası Evlat Edinme Sözleşmesi'nin kapsamına girmemektedir. Bununla beraber, "kefalet" (*kafala*) kurumu,, çocuğun korunmasına yönelik bir tedbir olması itibariyle, 1996 tarihli Sözleşme'nin kapsamına dahil edilmiştir. (Lagarde, para. 23, s. 547; Tiryakioğlu, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi) s. 388; Giray, s. 251; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 172.

⁶⁶⁰ Sözleşmenin üçüncü maddesinin f bendiyle, çocuğun kişi varlığının korunmasında devlet müdahalesinin, yalnızca çocuğun bir kuruma veya aile yanına yerleştirilmesinde değil; ayrıca çocuk hakkında bakım ve gözetim hakkı çocuğun ebeveynlerine ya da bir diğer kişiye ait iken, devlet otoritesinin denetimi kapsamında, denetleyici makamın alacağı tedbirlerinde Sözleşme kapsamında olacağı açıklığa kavuşturulmak istenmiştir. (Practical Handbook, s. 31.)

⁶⁶¹ Lagarde, para. 26, s. 549.

(velayetin tevdi) gibi velayete, çocuğun korunmasına, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin Türk idari ve adli makamlarınca verilebilecek tüm kararlar Sözleşme'nin kapsamına girmektedir⁶⁶².

5. Velayet Sorumluluğu ve Bakım ve Gözetim Hakkı (*Parental Responsibility and Right of Custody*)

Velayet sorumluluğu (*parental responsibility*) kavramı 1996 tarihli Lahey Sözleşmesinde tanımlanmıştır. Böylelikle, “velayet sorumluluğu” kavramının, farklı devlet hukuklarında ifade edebileceği farklı kavram, anlam ve içeriklerden kaynaklanabilecek ihtilafların önlenmesi ve Sözleşme'nin yeknesak bir biçimde uygulanmasının temin edilmesi sağlanmaya çalışılmıştır⁶⁶³. Sözleşme'nin birinci maddesinin ikinci fıkrasına göre; Sözleşme'nin uygulanması kapsamında "velayet sorumluluğu" (*parental responsibility*) kavramı, ebeveynlerin çocuk üzerindeki otoritesini veya çocuğun şahıs veya malvarlığına ilişkin olarak ebeveynlerin, vasilerin veya diğer yasal temsilcilerin hak, yetki ve sorumluluklarını belirleyen benzer otorite ilişkilerini ifade etmektedir (m. 1/II)

Sözleşmenin birinci maddesinin ikinci fıkrasında, “velayet sorumluluğuna ilişkin tanımın geniş tutulması tercih edilmiştir. Velayet sorumluluğu kavramı, çocuğun kişi varlığı ve malvarlığına yönelik sorumluluk ile beraber, hangi hukuki ilişkiden kaynaklanırsa kaynaklansın genel olarak çocuğun hukuken temsilini içine almaktadır. Kavramın kapsamındaki otorite ilişkisinde atıf yapılan, çocuğun kişi varlığına yönelik “hak ve sorumlulukların (*rights and responsibilities*) çocuğun yetiştirilmesi ve gelişiminin sağlanmasına ilişkin, kanunen ana ve babaya ait olan, çocuğun eğitimi, mutad meskeninin tespiti, çocuğun gözetimi gibi hususlardaki hak ve sorumluluklar olduğu ifade edilmektedir. Otorite ilişkisinde atıf yapılan “yetkiler” (*powers*) ifadesi ise, yine normal şartlar altında ebeveynlerce üstlenilen, fakat ana ve babanın ölümü, ehliyetsizliği, yetersizliği veya çocuğun terk edilmiş olması gibi durumlarda uygulanacak hukuk uyarınca üçüncü kişiler tarafından üstlenilmesi öngörülen, çocuğun kişi varlığı ve malvarlığına yönelik olarak çocuğun temsilinin kastedildiği ifade edilmektedir⁶⁶⁴.

Bakım ve gözetim hakkı (*right of custody*) ile çocukla kişisel ilişki kurma hakkı genellikle ilişkileri bozulan aileler arasında ortaya çıkan bir problemdir. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesinin üçüncü maddesinin (b) bendinde, bakım ve gözetim hakkı ile çocukla kişisel

⁶⁶² **Ulus Karataş**, s. 922.

⁶⁶³ **Ulus Karataş**, s. 919.

⁶⁶⁴ *Practical Handbook*, s. 27; **Ulus Karataş**, s. 919.

ilişki kurma hakkı⁶⁶⁵; çocuğun kişisel bakımı, çocuğun mesken yerine karar verme ve çocuğun mutad meskeninden başka bir yere sınırlı bir süre için götürülme haklarını içine alacak bir biçimde düzenlenmiştir⁶⁶⁶.

B. 1961 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNE GÖRE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

1. Uygulama Alanı

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler incelendiğinde, konumuz bakımından uygulama alanı en geniş olan Sözleşme 1961 tarihli Lahey Sözleşmesidir. Sözleşme, velayetin kurulması, değiştirilmesi, çocuğun koruma altına alınarak bir kuruma yerleştirilmesi, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuk mallarının yönetilmesi gibi çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunmasına ilişkin alınabilecek tüm koruma tedbirlerine uygulanacak hukuku tatbik etmektedir⁶⁶⁷. Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca, Sözleşme, mutad meskeni akit devletlerden birisinde bulunan küçüklere uygulanır. Bu hüküm nedeniyle, Sözleşme ancak çocuğun mutad meskeni, sözleşmeye taraf bir ülkede ise uygulanabilir. Bu noktada, Sözleşme'nin istisnai olan bazı hükümleri dışında, çocuğun vatandaşı olduğu devletin sözleşmeye taraf olup olmadığı hususunun hiçbir önemi bulunmamaktadır.⁶⁶⁸ Bu durumda Sözleşmenin uygulanabilmesi için küçüğün hem vatandaşı olduğu devletin hukukuna göre, hem de mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uyarınca "küçük" (*infant*) olarak kabul edilmesi gerekir⁶⁶⁹.

1961 tarihli Lahey Sözleşmesinin uygulama alanının coğrafi bakımdan sınırlı niteliğe sahip olması, çocuğa yönelik koruyucu tedbirlerin alınmasında sözleşmeye taraf olan devlet

⁶⁶⁵ Sözleşmenin üçüncü maddesinin b bendindeki “çocuğa yönelik bakım ve gözetim hakkı” (rights of custody) ifadesi ile “çocukla kişisel ilişki kurma hakkı” (rights of access) ifadeleri, farklı devlet hukuklarında farklı anlamlara gelebileceğinden ve hakların kapsamı değişebileceğinden, b bendi kaleme alınırken, 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin beşinci maddesinde yer alan tanımların aynen aktarıldığı ve söz konusu ifadelerin Sözleşmelerin uygulanmasında birbirleri ile bütünlüğünün bozulmaması için aynı şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. *Practical Handbook*, s. 29. 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi uyarınca “çocukla kişisel ilişki kurma hakkı” kavramı için bkz. **İnci Ataman Fıganmeşe**, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, Prof. Dr. Nihal Ulucak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 76; **Giray**, s. 14-15; **Gonca Gülfem Bozdağ**, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri (Çocuğun İadesi), Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 91-92.

⁶⁶⁶ **Tiryakoğlu**, (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 387.

⁶⁶⁷ **Ulus Karataş**, s. 913.

⁶⁶⁸ **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 168.

⁶⁶⁹ **Akıncı/ Demir Gökyayla**, s. 168.

makamlarının milletlerarası yetkisiyle ilgili hükümlerin birden fazla akit devlet makamının yetkili olmasına sebebiyet vermesi, uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerinin açık ve anlaşılır olmaması ve tanıma-tenfize ilişkin hükümlerinin yetersiz olması, Sözleşme'ye taraf devlet sayısının sınırlı kalmasına sebep olmuş ve bu husus Sözleşme'den beklenen etkili sonuçların alınamamasına neden olmuştur. 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanmasından doğan belirsizliklerin ve zorlukların bertaraf edilmesi amaçlanarak, 1993 tarihinde Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı, Sözleşme'nin bazı hükümlerinin yeniden düzenlenmesine karar vermiş, konferansı takip eden toplantılarda, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesinin uygulama alanına giren konuları daha açık ve kapsamlı bir biçimde düzenleyen 1996 Lahey Sözleşmesi hazırlanmıştır⁶⁷⁰. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 51'de, bu sözleşmenin 1961 tarihli Lahey Sözleşmesinin yerini alacağı düzenlenmiştir⁶⁷¹.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne Türkiye'nin 2016'da taraf olması ve Sözleşme'nin 01.02.2017'de Türkiye'de yürürlüğe girmesi ile 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulama alanı neredeyse kalmamıştır⁶⁷². Bu noktada, 1961 tarihli Sözleşme'nin sadece Çin Halk Cumhuriyeti'nin *Makau* Özel İdare Bölgesi için uygulanma ihtimali bulunmaktadır⁶⁷³.

2. Vasıflandırma ve Atıf

1961 tarihli Lahey Sözleşmesinin 2. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, vasıflandırmaya ilişkin bütün konuların yetkili iç hukuka göre belirleneceği kabul edilmelidir. Sözleşme'nin 12. maddesinde küçüğün tanımı yapılırken, kimlerin küçük sayıldığının belirlenmesinin, "*vatandaşı olduğu veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uyarınca küçük sayılan kimseler*" ifadesiyle iç hukuka bırakılması, bu görüşü güçlendirmektedir⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ 1996 tarihli Lahey Sözleşmesinin hazırlanma gerekçelerini ayrıntılı bir şekilde anlatan Rapor için bkz. **Paul Lagarde**, "Explanatory Report on the 1996 HC" HCCP Publications, (**Lagarde**), 1998, para. 1-6, s. 538-542, raporun tam metni için bkz.; <https://assets.hcch.net/upload/expl3423.pdf> (Erişim Tarihi 03.05.2019) ; **Nihal Uluocak**, Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Tam Metin, 19.10.1996), MHB, 1996/1-2, s. 119; **Tiryakioğlu** (1996 Lahey Sözleşmesi) s. 381, 382, 383; **Şanlı**, s. 151; **Ulus Karataş**, s. 913; 1961 Lahey Sözleşmesi Hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 168-179; **Huysal**, s. 104-109; **Tanrıbilir**, s. 118-119; **Uyanık Çavuşoğlu**, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta, s. 131.

⁶⁷¹ **Aysel Çelikel**, "Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi," MHB, Yıl: 2017-2018, S, 1-2, 1997-1998, s. 107-116, s. 108; **Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu**, Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları), 11. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 258; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 131; **Uluocak**, s. 127; **Ulus Karataş**, s. 911.

⁶⁷² **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 156; **Ulus Karataş**, s. 925; **Özgenç**, s. 10.

⁶⁷³ **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, 127. dipnot, s. 156.

⁶⁷⁴ **Huysal**, s. 105; Sözleşme diğer Avrupa Sözleşmelerinde farklı olarak "çocuk" ifadesi yerine "küçük" ifadesini kullanmıştır. Küçüğün belirlenmesinde, çocuğun mutad meskeni hukuku ve milli hukuku birlikte uygulanacaktır.

Sözleşme kapsamında uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması durumunda, söz konusu kuralların başka bir hukuku yetkili bulması ve bir atıf sorununun ortaya çıkması durumunu düzenleyen bir madde hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda Sözleşme'nin ikinci maddesi uyarınca, uygulanacak hukuk belirlenirken yetkili olan makamların iç hukuk kurallarının uygulanacağı kabul edildiğinden, yetkili makamların *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamayacakları kabul edilmektedir⁶⁷⁵. Bu noktada atfın reddedildiğini ve bir başka yabancı hukukun uygulanmasının engellendiğini görmekteyiz. Söz konusu düzenleme, çocukla ilgili tedbirlerin ivedilikle alınması gerektiği gerçeği ile uyumludur.

3. Uygulanacak Hukuk

Hangi ülkenin hukukuna göre koruma tedbirlerinin alınacağı hususu, tarafların taleplerini yönelttikleri mahkemelerin milletlerarası yetkisinin, milletlerarası sözleşmeden mi; yoksa iç hukuktan mı kaynaklandığının tespitine bağlıdır. Buna göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi 1961 tarihli Lahey Sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, (yani küçüğün mutad meskeni Sözleşme'ye akit bir devlette bulunuyorsa) TMK'da veya ÇKK'da öngörülen koruma tedbirleri alınabilecektir⁶⁷⁶.

1961 tarihli Sözleşme uyarınca uygulanacak hukuk, Sözleşmenin ikinci maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm, Sözleşme'nin birinci maddesine atıf yaparak, birinci maddeye göre yetkili bulunan makamların, kendi iç hukuklarının (*lex fori*) öngördüğü koruma tedbirlerini alacağını kaleme almıştır. Sözleşme'nin 1. maddesine göre; yetkili makamlar, "*küçüğün mutad meskeninin yer aldığı devletin kazai ve idari makamları*" olarak belirlenmiştir. Buna göre, sözleşmeye göre küçüğün velayeti konusunda karar verecek makam ve bu konuya uygulanacak hukuk, küçüğün mutad meskeni olarak belirlenmiştir⁶⁷⁷. Yetkili makam, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devlet olduğundan, uygulanacak hukuk da küçüğün mutad meskeninin olduğu yer hukuku olacaktır.⁶⁷⁸ 1961 tarihli Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasında, söz konusu tedbirlerin, tesis edilmesi, değiştirilmesi ve sona erdirilmesinin iç hukuktaki şartlara göre belirleneceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, velayetin tesisi, tevdi ve sona erdirilmesi,

(Günseli Öztekin Gelgel, Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 8, 2005, s. 123.)

⁶⁷⁵ Tekinalp/Gülören, s. 243.

⁶⁷⁶ Tanrıbilir, s. 139; Huysal, s. 104; Tiryakioğlu, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi) s. 384.

⁶⁷⁷ Tanrıbilir, 139, 140; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 244; Öztekin Gelgel, s. 123; Huysal s. 104.

⁶⁷⁸ Buna karşın, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi uyarınca, çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunmasının gerektirdiği ölçüde "sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına da imkan verilmiştir. (m. 15) Tanrıbilir, 614. dipnot, s. 140.

velayetten doğan hak ve yükümlülüklerini gerektiği gibi kullanmayan ebeveynlere karşı alınacak tedbirler, küçüğün mutad meskeni hukukuna tabidir⁶⁷⁹. Konuya ilişkin örnek vermek gerekirse; mutad meskeni Almanya olan Türk vatandaşı bir küçük hakkında, ailesinin maddi olanaklarının yeterli olmaması nedeniyle velayetin kaldırılması kararı verilip verilemeyeceği, çocuğun mutad meskeni olan yerin hukuku olan Alman Hukukuna göre tatbik edilecektir. Aynı doğrultuda, küçüğün ailesinin maddi durumunun düzelmesi gündeme geldiğinde, velayet hakkının tekrar aileye verilip verilemeyeceği konusunda karar verme konusunda Alman Hukuku yetkili kabul edilecektir⁶⁸⁰.

Alınan tedbirlerin, küçüğün üçüncü kişilerle ve kendisine bakan, velayet hakkını kullanmaya yetkili kişi ve kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkileri de *lex fori*'ye göre belirlenecektir⁶⁸¹. (m. 2/II) Örneğin, evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş bir çocuğun mallarını kullanma yetkisine ilişkin anasına yönelik Türk mahkemeleri tarafından kısıtlama kararı verildiği halde, ananın söz konusu malları Almanya'ya götürerek satması halinde, malları iyiniyetli satın alan üçüncü kişilerin iyiniyet kurallarından faydalanıp faydalanamayacağı meselesi, ana ile çocuk arasındaki sorumluluğun yetkisiz temsile mi, yoksa vekaletsiz iş görme kurallarına göre mi belirleneceği, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre değil, ananın yetkilerini kısıtlayan Türk Hukukuna göre tatbik edilecektir⁶⁸².

Küçüğün vatandaşı olduğu devletin ("*çocuğun milli Devletinin*")⁶⁸³ yetkili olduğu hallerde hangi hukukun uygulanacağı meselesi tartışmalıdır. Türk Hukukunda, Sözleşme'nin 3. maddesinin iç hukuka doğrudan yetki veren bir düzenleme olduğu genel olarak kabul edilerek, iç hukukun maddi hukuk hükümleri çerçevesinde koruyucu tedbirlerin alınacağı ileri sürülmektedir⁶⁸⁴. Sözleşme uyarınca, yetkili olan makamların kendi iç hukuklarını (*lex fori*) uygulamaları, farklı yoldanda olsa aynı sonuca ulaşmayı sağlayarak taraf Devletlerin hepsinin aynı bağlama noktasına başvurmalarını sağlamaktadır⁶⁸⁵. Yetkili makamlarla, uygulayacakları hukukun uyum içinde olması; milletlerarası dış karar ahengini sağlamaya yönelik olmamasına rağmen, küçüğün korunması bakımından daha hızlı ve etkili tedbirlerin alınmasını öngörmesi nedeniyle çocuğun yararının korunması açısından uygun bir yöntem olarak değerlendirilebilir.

⁶⁷⁹ Tanrıbilir, s. 140.

⁶⁸⁰ Huysal, s. 104.

⁶⁸¹ Huysal, s. 104.

⁶⁸² Huysal, s. 104, 105.

⁶⁸³ Huysal, s. 105.

⁶⁸⁴ Gülören/Tekinalp, s. 244; Huysal, s. 105; Öztekin Gelgel, s. 123.

⁶⁸⁵ Uyanık Çavuşoğlu, s. 139; Huysal, s. 106.

Zira, çocuğu koruyucu tedbirlerin acilen, zaman kaybetmeksizin alınması gerekir⁶⁸⁶. Nitekim, yetkili makamın kanunlar ihtilafı kurallarını ve bunların gösterdiği yabancı hukuku uygulaması belirli bir zaman alacağından, yetkili makamların kendi hukukları dışında başka bir hukuku uygulayarak çözüm bulmaları uygun bir çözüm olarak değerlendirilemez.⁶⁸⁷ Örneğin, aile içinde sürekli şiddet gören bir çocuk hakkında, ailesinin yanından alınarak bir kuruma yerleştirilmesine ilişkin tedbirin uygulanması için, yetkili makamın bir gün içerisinde harekete geçmesi ve karar vermesi gerekebilir. Bu durumda, yetkili makamın kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması ve yabancı hukukun uygulanması yönünde karar vermesi konunun niteliğine ve korumayı amaçladığı çocuğun yararına aykırı düşmektedir⁶⁸⁸.

Ayrıca, uygulanacak hukuk konusunda taraf devletlerin aynı yeknasaklığı sağlayamadığı görülmektedir. Nitekim Sözleşme; her Devletin kendi makamlarının yetkili olduğu bir sistem öngörmektedir. Bu noktada birden fazla Devlet, kendi makamlarını yetkili sayabilmektedir ve bu durum çocuğun korunmasına ilişkin bir karar ahenginin sağlanamamasına yol açmaktadır⁶⁸⁹. Çocuk hakkında karar alırken, hangi hukuka göre karar verileceğini belirlerken, çocukların haklarını ve ihtiyaçlarını değerlendirmek gerekir. Uygulanacak hukuk ise, söz konusu prosedürün ilk adımıdır. 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi çocuk odaklı bir Sözleşme gibi görünmesine karşın, çocuğun üstün yararını gözetmeyen bir sözleşmedir⁶⁹⁰.

Türkiye'nin taraf olduğu 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi, velayet sorumluluğu ve çocuğun korunmasına ilişkin uygulanacak hukuk bakımından, aynı konuları düzenleyen MÖHUK hükümlerinden tamamen ayrılmaktadır. Konumuz bakımından uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 16 ve m. 17 uyarınca, soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tabidir. Buna göre, velayet hakkından kaynaklanan yetki, sorumluluk ve yükümlülüklerini gerektiği gibi kullanamayan ana, babaya karşı alınacak tedbirlere uygulanacak hukuk, soybağının hükümlerine uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Buna karşın, Sözleşme çerçevesinde, küçüğün milli hukuku bir bağlama noktası olarak tercih edilmiş ve atıf bertaraf edilmiştir⁶⁹¹. (m. 3)

⁶⁸⁶ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 178.

⁶⁸⁷ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 178.

⁶⁸⁸ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 178.

⁶⁸⁹ Huysal, s. 106; Uyanık Çavuşoğlu, s. 139; Eimear Long, Children's Rights In Private International Law, Trinity College Dublin Library Press 2008, s. 90.

⁶⁹⁰ Long, s. 90.

⁶⁹¹ Uluocak, s. 236.

Sözleşme'nin ikinci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, mutad mesken bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. İkinci madde dışında Sözleşmede düzenlenen 3. 4. ve 5/III. maddelerde, küçüğün milli hukuku bağlama noktasının; 9. maddede küçüğün veya mallarının bulunduğu yer bağlama noktasının; küçüğün mutad meskeninin Sözleşmeye taraf bir ülkede bulunmaması halinde ise, o ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gündeme gelecektir.

Sözleşme'nin 3.⁶⁹², 4. ve 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca belirtilen durumlarda, küçüğün vatandaşı olduğu Devletin yetkili makamlarının kendi iç hukuklarını uygulayarak koruyucu tedbir almaları mümkündür. Bu durumda; hangi tedbirlerin, hangi şartlarda alınacağı, tedbirlerin nasıl değiştirileceği ve hangi şartlarda tedbirlere son verileceği *lex fori* tarafından belirlenir⁶⁹³. Bu durumda, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamları, koruma tedbirlerini alırken, küçüğün vatandaşı olduğu ülke hukukunu da göz önünde bulundurmak zorundadırlar⁶⁹⁴.

Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca, yukarıda değindiğimiz 3, 4 ve 5/III. maddelerde düzenlenen istisnaların gündeme gelmesi halinde bile, küçüğün kişiliği ve mallarının ciddi bir tehlikeye maruz kalması söz konusu olursa, mutad mesken makamları kendi iç hukukları tarafından öngörülen gerekli tedbirleri alacaklardır⁶⁹⁵. Uygulamada, Sözleşme'nin 8. maddesine dayanarak Alman mahkemelerinin, Almanya'da yaşayan Türk ana, babaların velayet haklarını kullanırken aşırı şiddete başvurmaları gerekçesiyle, küçüğün kişiliğinin tehlike altında bulunduğunu kabul ederek, Türk ailelerin çocuklarını Alman ailelerin yanına yerleştirdiği veya çocuğa bir vasi tayin ettiği görülmektedir⁶⁹⁶. Özellikle, Alman ve Hollanda makamları tarafından, Sözleşme'nin 8. maddesindeki düzenleme uyarınca, mutad meskeni söz konusu ülkelerde bulunan küçükler hakkında ana, babalarına karşı koruma tedbirleri alınmıştır⁶⁹⁷.

Sözleşme'nin 9. maddesine göre, "*acil durumlarda, küçüğün ülkesindeki makamlar veya ona ait malların bulunduğu her akit Devletin makamları gerekli koruma tedbirlerini almaya*

⁶⁹² Sözleşmenin 3. maddesine göre, küçüğün vatandaşı olduğu Devletin iç hukuku uyarınca, kanunen mevcut olan bir otorite ilişkisinin, Sözleşme'ye taraf olan tüm Devletler tarafından tanınmasını öngörülmektedir. Bu hususun Sözleşme'ye taraf tüm Devletler tarafından dikkate alınması, daha adil kararların alınmasını sağlayacaktır. (Ünal, s. 108 vd.)

⁶⁹³ Uyanık Çavuşoğlu, s. 140.

⁶⁹⁴ Şeref Ünal, "Velayetin Nez'i" YKD, Cilt 17, Ocak-Nisan 1991, Sayı 1-2, s. 107.

⁶⁹⁵ Nihal Uluocak, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989, s. 234, 245.

⁶⁹⁶ Şeref Ünal, *Alman Federal Cumhuriyeti Mahkemelerinin Küçüklerin Korunması Konusunda 5 Ekim 1961 Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme*, AD, 1987, Y. 78, S. 2, s. 84, 85.

⁶⁹⁷ Ünal, (Velayetin Nez'i), s. 209, 210.

yetkilidirler." Nitekim söz konusu hüküm uygulanacak hukuk ile ilgili herhangi bir açıklama yapmamaktadır. Fakat her acil durumda olduğu gibi Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenen acil durum tedbirlerinin de *lex fori*'nin öngördüğü tedbirler olduğu söylenebilir⁶⁹⁸.

Sözleşme'de bazı istisnai hallerde küçüğün milli hukukuna yetki verilmiştir. Sözleşmenin 14. maddesi uyarınca, küçüğün vatandaşı olduğu Devletin, iç hukuku birleştirilememişse ve bu durumda hangi hukukun uygulanacağına dair bir düzenleme yoksa, küçük, Sözleşme'ye taraf Devletlerin hukuk sistemlerinden hangisi ile en sıkı ilişkiliyse, o hukuk sisteminin kuralları uygulanma alanı bulacaktır⁶⁹⁹.

Sözleşmenin 15. maddesine Türkiye Cumhuriyeti çekince koymuştur. Söz konusu çekince ile taraf Devletler, küçüğün ana ve babasının evliliğinin iptali, feshi ve ayrılımları durumunda, velayete ilişkin karar verme yetkilerini saklı tutabileceklerdir. Bu maddeye çekince koyması hasebiyle, velayet konusunda Türk makamları yetkilidir ve velayete milli hukukun uygulanması gündeme gelecektir⁷⁰⁰.

Sözleşmenin 16. maddesi uyarınca, Sözleşme'nin hükümleri, taraf Devletler tarafından kamu düzenine açıkça aykırı⁷⁰¹ bulunursa bertaraf edilirler. Sözleşmeye göre her ülkenin kendi iç hukukunu uygulayacak olması, uygulanacak hukuk bakımından kamu düzenine aykırılık halinin gündeme gelmesi ihtimalini oldukça azaltmaktadır⁷⁰². Bu bakımdan Sözleşme kamu düzenine ilişkin düzenlemeler anlamında MÖHUK ile tam bir uyum içindedir⁷⁰³. Kamu düzeni kavramı (*ordre public*), bir Uluslararası Adalet Divanı (UAD) kararında, "*milletlararası özel hukuk alanının temel prensiplerinden biri*" olarak kabul edilmektedir⁷⁰⁴. Ancak öğretide, çocuğa ilişkin 8. madde kapsamında koruma tedbirleri alınırken tehlike altında bulunan bir çocuk söz konusuysa kamu düzenine aykırılığın incelenmemesini savunan bir görüş bulunmaktadır⁷⁰⁵. Acil bir durumun varlığı halinde *Nomer*'e göre, genel hukuk prensiplerine

⁶⁹⁸ Uyanık Çavuşoğlu, s. 140.

⁶⁹⁹ Bu düzenleme özellikle federal bir devletin vatandaşı olan küçükler için önem taşımaktadır. (Huysal, s. 106, 107)

⁷⁰⁰ Öztekin Gelgel, s. 123.

⁷⁰¹ Sözleşme'nin 16. maddesinde, Sözleşme'nin bertaraf edilebilmesi için kamu düzeni müdahalesini daha sınırlayıcı bir ölçüt olan "*kamu düzenine açıkça aykırılık*" şartı aranmaktadır. Bu noktada hükümlerin kamu düzenine aykırı olması yeterli olmamakta, kamu düzenine açıkça aykırı olmaları beklenmektedir. Kamu düzenine açıkça aykırılığın olup olmadığı, Sözleşme'yi uygulayan mahkeme veya idari makamlar tarafından belirlenecektir. (Nomer, s. 167; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 67.)

⁷⁰² Huysal, s. 109.

⁷⁰³ Huysal, s. 108.

⁷⁰⁴ UAD, Hollanda v. İsveç, 1958, para. 55, 92, <https://www.icj-cij.org/> (Erişim Tarihi 01.05.2019)

⁷⁰⁵ Huysal 108; Ayrıntılı bilgi için bkz.; Dieter Henrich, Internationales Familienrecht, Frankfurt, 1989, s. 235.

başvurmaktan başka bir çare yoktur⁷⁰⁶. Bu durumda kanaatimizce, çocuğun üstün yararı ilkesi gereği, acil bir durumda koruyucu tedbirlerin kamu düzenine aykırılıklarının incelenmeden uygulanması daha doğru bir çözüm olacaktır. Örneğin, bir ülkede, aile içinde şiddet gören bir çocukla ilgili ailesinin yanından alınarak, kuruma veya aile yanına yerleştirme tedbiri uygulanması ile beraber, anne, babası ile kişisel ilişki kurmasının engellenmesi hususunun kamu düzenine aykırı olup olmadığının kontrol edilmesi çocuğun yararını objektif bir biçimde tehlikeye sokan bir uygulama olacaktır. Çocuğun acil olarak uluslararası işbirliği ile tedbirlerden yararlandırılması yerinde olacaktır⁷⁰⁷.

C. 1996 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNE GÖRE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

1. Genel Olarak 1996 Tarihli Lahey Çocuk Sözleşmesi

Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansının çocukların korunması konusunda kaleme almış olduğu en güncel Sözleşme, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesidir⁷⁰⁸. Sözleşme açıkça 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin revize edilmiş hali olsa da, Sözleşme'nin Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemelerin etkisinde kaldığı görülmektedir⁷⁰⁹. Sözleşmenin giriş kısmında (*Preamble*), milletlerarası özel hukuk alanında, çocuğun yararının öncelikli olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Aynı zamanda giriş kısmında, çocukların uluslararası platformda korunmasının en iyi şekilde sağlanması için uluslararası işbirliğinin önemine de değinilmiştir⁷¹⁰.

Sözleşme'de genel olarak "*child custody*", "*çocuğun velayeti*" kavramının yerine, "*parental responsibility*", "*ebeveyn sorumluluğu*" kavramı kullanılmıştır. "Velayet sorumluluğu" terimi genellikle çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirlerin düzenlendiği maddelerde kullanılmıştır⁷¹¹.

Sözleşme bütünüyle çocukların korunmasını teminat altına almak amacıyla gerektiğinde her çocuğun ulaşabileceği adli ve idari makamların hazır bulundurulmasını hedeflemektedir⁷¹².

⁷⁰⁶ Nomer, 196, 198.

⁷⁰⁷ Long, s. 95.

⁷⁰⁸ Long, s. 96.

⁷⁰⁹ Aynı zamanda Sözleşme'nin giriş kısmında Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi'ne atıf yapılmış olması da bu argümanı desteklemektedir. Hans van Loon, Hague Conference on Private International Law, Cambridge Press, 2013, § 1. 1.

⁷¹⁰ Long, 96; Van Loon, § 1. 1.

⁷¹¹ Long, s. 97.

⁷¹² Long, s. 97.

2. Sözleşme'nin Uygulama Alanı

1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yerine geçmesi amacıyla hazırlanan 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 51. maddesinde açıkça, "*bu Sözleşme'nin 1961 tarihli Sözleşme'nin yerini alacağı*" hükmüne bağlanmıştır⁷¹³. Sözleşme, çocuğun korunmasına ilişkin tedbirleri alacak makamların yetkisinin belirlenmesi, koruma tedbirlerine ve velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku ve söz konusu konularla ilgili alınan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemeleri kaleme almıştır⁷¹⁴. Bu bölümde Sözleşme'nin kişi, yer, konu ve zaman bakımından uygulama alanına değinilecektir.

a. Kişi İtibariyle Uygulama Alanı

Sözleşme'nin temel amacı, çocukların kişi ve malvarlıklarının korunması için gereken tedbirlerin (*measures of protection*) alınmasını sağlamak (m. 1/I) ve çocuklarla ilgili kanundan doğan velayet sorumluluğu (*parental responsibility*) (m. 1/III) ile ilgili milletlerarası özel hukuka ilişkin konularda, iç hukuk düzenlemelerinin yarattığı uyumsuzlukları en aza indirmektir⁷¹⁵. Sözleşme'nin birinci maddesine bakıldığında Sözleşme'nin öznesinin "çocuklar" (*children*) olduğu görülmektedir. Sözleşme kimlerin çocuk sayılacağını da açıkça 2. maddesinde tanımlamıştır. Buna göre, Sözleşme, "*çocuklara*" doğdukları andan itibaren 18 yaşını bitirene kadar uygulanacaktır. Bir diğer deyişle, Sözleşme'nin uygulanabilmesi için çocuğun dünyaya gelmiş olması ve o dokuz yaşından henüz gün almamış olması gerekir⁷¹⁶. Sözleşme, çocukluğun başlangıcını ana rahmine düştüğü an değil; doğduğu an olarak kabul etmiştir. Bu durumda, henüz doğmamış, ceninin Sözleşme'nin uygulama alanına girmediği ve cenine ilişkin alınacak koruma tedbirlerine iç hukuk kuralları uygulanacaktır⁷¹⁷. Sözleşme'nin uygulama alanına ceninin sokulmaması ise tesadüf değildir. Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları devam ederken, henüz doğmamış ceninin de çocuk tanımına dahil edilmesi bazı Delegelece önerilmiş ancak, bu yöndeki önerilerin reddedildiği kayıtlara geçmiştir. Sözleşme'nin bu yöndeki bilinçli tercihinin nedeni; kürtaja (*abortion*) ilişkin tartışmaları ve ceninin uluslararası

⁷¹³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 258; Giray, s. 248; Tanrıbilir, s. 125; Ulu Karataş, s. 913; Uluocak, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 127; Özgenç, s. 10.

⁷¹⁴ Ulu Karataş, s. 914; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 154; Çelikel/Erdem, s. 275 vd.

⁷¹⁵ Ulu Karataş, s. 915.

⁷¹⁶ *Handbook on the 1996 Hague Child Convention*, para. 3.10; Giray, s. 251; Ulu Karataş, 916.

⁷¹⁷ Lagarde, para. 15, s. 545.

anlamdaki statüsü konusunda bir konsensus sağlanamamasını göz önünde bulundurarak, "bu konularda bir görüş beyan etmekten kaçınılmasına" dayandırılmıştır⁷¹⁸.

Sözleşme'nin uygulama alanı bakımından, çocuğun ehliyetine göre "ergin" olup olmadığı hususu önem taşımamaktadır⁷¹⁹. Buna göre, 19 yaşından gün almamış, fakat, ehliyetine uygulanacak hukuk uyarınca, erginlik yaşında veya evlilik yoluyla erginlik kazanmış bir çocuk Sözleşme kapsamında çocuk olarak kabul edilecektir⁷²⁰.

b. Yer Bakımından Uygulanma Alanı

1996 tarihli Lahey Sözleşmesinin yer bakımından uygulanması bakımından coğrafi bir sınırlama mevcut değildir. Bu bakımdan Sözleşme uygulama alanı bakımından 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nden daha geniş bir uygulama alanına sahiptir⁷²¹. Coğrafi nitelikte bir sınırlama olmaması nedeniyle Sözleşme'nin uygulanabilmesi için çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf bir Devlette bulunmasına gerek yoktur⁷²². Bu itibarla, çocuğun mutad meskeninin 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir Devlette bulunması halinde, Sözleşme'ye taraf bir Devlet söz konusu çocuk hakkında koruyucu tedbirler alma konusunda milletlerarası yetkisini Sözleşme'yi uygulayarak kullanabilecektir⁷²³. Zira, çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf bir Devlet ülkesinde bulunması, Sözleşme'nin uygulanması açısından bir "ön koşul" olarak kabul edilmemektedir. Fakat, çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf bir Devlette bulunması, Sözleşmeye taraf Devletlerde, koruma tedbirlerinin alınması hususunda, Sözleşme'nin milletlerarası yetkiye ilişkin hükümlerini ve bu nedenle kanunlar ihtilafı kuralları ile birlikte tanıma tenfiz kurallarına ilişkin Sözleşme hükümlerini uygulama yükümlülüğünü getirecektir⁷²⁴.

Çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf olmayan bir devlette bulunması halinde, akit Devlet makamları, mümkün olduğu ölçüde Sözleşme hükümlerini uygulayabilirler. Ancak,

⁷¹⁸ **Lagarde**, para. 15, s. 545.

⁷¹⁹ **Ulus Karataş**, s. 917.

⁷²⁰ **Lagarde**, para. 16, s. 545; **Tiryakioğlu**, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 386; Aksi yönde bir görüşe göre, çocuğun 18 yaşını bitirmeden önce, kendi milli hukukunun öngördüğü herhangi bir sebepten dolayı ergin kabul edilmesi halinde, Sözleşme uygulama alanı bulmayacaktır. (Söz konusu görüş için bkz.; **Giray**, s. 250, 251.)

⁷²¹ **Giray**, s. 251.

⁷²² Çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf olmayan bir Devlette bulunması halinde, m. 6 kapsamında çocuğu koruyucu tedbirler alınabilir. Sözleşme'nin alytıcı maddesi, mülteci ve ülkelerinde meydana gelen karışıklıklar nedeniyle yerlerinden edilmiş çocukları konu almaktadır. Ayrıca m. 11'de düzenlenen acil alınan koruma tedbirleri ve m. 12'de düzenlenen geçici önlemler alınırken çocuğun mutad meskeninin akit Devlette olmasına gerek olmadan Sözleşme uygulanır. (*Practical Handbook*, para, 3.11.)

⁷²³ **Ulus Karataş**, s. 917; **Lagarde**, 17, s. 545.

⁷²⁴ *Practical Handbook*, para, 3.12; **Ulus Karataş**, s. 918.

Sözleşme kuralları dışında, mutad meskenin bulunduğu Devletin iç hukukunun makamları tarafından uygulanması içinde herhangi bir engel yoktur. Bu meseleye ileride ele alınacak Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Tanıma ve Tenfizle ilişkin bölümümüzde ayrıntılı olarak değinilecektir. Sözleşme hükümlerinin bu durumda mümkün olduğunca uygulanması, alınan koruma tedbirlerinin Sözleşme'ye taraf bütün ülkelerde tanınıp, tenfiz edilmesi yönünde objektif bir yarar sağlamaktadır⁷²⁵.

c. Konu Bakımından Uygulama Alanı

Sözleşme'nin konu bakımından uygulama alanını genel olarak m. 3 ve m. 4 belirlemektedir. Sözleşme'nin konusunun velayet sorumluluğu ve çocukların şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler olduğuna önceki bölümlerde değinmiştik. (m. 1)

Velayet sorumluluğunun (*parental responsibility*) m. 1/II kapsamında tanımlanmıştır. Bu bağlamda ebeveyn sorumluluğunun üç boyutlu olarak; hak, yetki ve yükümlülük olarak düzenlendiği görülmektedir⁷²⁶. Sözleşme uyarınca, velayet sorumluluğu yalnızca ana ve babanın sahip olduğu hak, yetki ve yükümlülük değildir. Aynı zamanda, bazı hukuk sistemlerine göre çocuğun kişivarlığı, malvarlığı ve temsiline ilişkin bütün meseleler bu Sözleşme'nin uygulama alanına girmektedir⁷²⁷.

Bu noktada, Sözleşme hükümlerine göre, çocuk üzerinde otorite kuran kişilerin kim olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Bu kişi uygulanacak hukuka göre velayet hakkı sahibi ana baba olabileceği gibi, evlat edinen, idari bir makam veya çocuğun bakımını fiili olarak velayet hakkına sahip olmaksızın üstlenen kişiler olabilir. Velayet sorumluluğuna sahip olabilecek kişiler bakımından Sözleşme, Türk Hukukundaki velayet kavramından daha farklı bir düzenleme içermekte ve velayet hakkının ana ve baba dışındaki kişilere de verilebileceğini düzenlemektedir. Nitekim, Sözleşme hükümleri dikkate alınarak yorumlandığında, otorite

⁷²⁵ *Handbook on the 1996 Hague Child Convention*, para, 3.13. Bu konuyla alakalı 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin El Kitabı'nda iki adet örnek bulunmaktadır. İlk olarak; akit olmayan bir Devlet olan X Ülkesinde mutad meskeni bulunan çocuk hakkında, çocuğun vatandaşı olduğu akit Devlet (A) makamları kendi iç hukukları uyarınca tedbir almak istemektedirler. (A) Devleti tarafından alınan koruma tedbirleri diğer akit Devletler tarafından tanınıp tenfiz edilmeyecektir. İkinci örnekte ise, Çocuğun mutad meskeni, akit olmayan Y Devletinde bulunmaktadır. Ülkesinde çıkan iç savaştan kaçıp, komşu ülke B'ye sığındığında, anne ve babasını savaşta kaybeden öksüz ve yetim çocuk için akit Devlet B, m. 6.1 kapsamında tedbir alabilir. Söz konusu tedbirler bütün akit Devletlerde tanınıp tenfiz edilebilir. (*Practical Handbook*, s. 26)

⁷²⁶ **Özgenç**, s. 11.

⁷²⁷ **Lagarde**, para. 14, s. 545.

sahibi kişinin, çocuğun kişi ve malvarlığı açısından en uygun şekilde hareket etme yetki ve sorumluluğuna sahip olan herhangi bir kişi olması gerektiği anlaşılmaktadır⁷²⁸.

Velayetin tanımının bu şekilde geniş yapılması bilinçli bir tercihtir. Sözleşme'de düzenlenen velayet sorumluluğunun kapsamı, Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi'nin hükümleri dikkate alınarak oluşturulmuştur⁷²⁹. Velayet; çocuğun kişi ve malvarlığına ilişkin sorumluluk ile beraber, hangi hukuki ilişkiden kaynaklandığını önemsenmeksizin, genel olarak, çocuğun temsilini uygulama alanı içine almaktadır. 1996 Lahey Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu'na (1996 *Hague Convention Explanatory Report*) göre, otorite ilişkisi kapsamındaki çocuğun kişivariğine yönelik "hak ve sorumlulukların", "*rights and responsibilities*"; çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi anlamında kanunen ana ve babanın velayet hakkı kapsamında sahip olduğu bazı hak ve sorumluluklar olduğu ifade edilmiştir. Bu hak ve sorumluluklara örnek olarak; çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi, çocuğa gereken eğitimin sağlanması, mutad meskeninin tespiti, (Türk Hukukunda velayete bağlı olarak çocuğun yerleşim yerinin tespiti) çocuğun bakımı ve gözetimi verilebilir. Tanımda yer alan "güçler" (*powers*) ifadesi ise, velayet sorumluluğu sahibi ana, baba tarafından üstlenilen yükümlülüklerin, ana ve babanın ölümü, ehliyetinin olmaması, velayetin kendilerinden alınması veya kendi rızalarıyla çocuğu terk etmiş olmaları gibi durumlarda, uygulanacak hukuka göre, üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesini sağlamak için çocuğun kişi ve malvarlığına ilişkin temsili ifade etmek için kullanılan bir terimdir⁷³⁰.

Öncedende değindiğimiz üzere, Sözleşme'de velayet sorumluluğunun tanımının yapılmasına karşın, koruma tedbirlerinin ne olduğuna ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Sözleşme'de yalnızca koruma tedbirinin neleri kapsayabileceği örnek verme suretiyle; neleri kapsamayacağı ise tahdidi olarak sıralanmıştır. Koruma tedbiri kavramının tanımlanmamasının temel nedeni, koruma tedbirlerinin ülkeden ülkeye, sosyal ve kültürel yapıya göre farklılık göstermesidir. Aslında esas olan koruma tedbirinin tanımının ülkeden ülkeye değişmesi değil, koruma tedbirleri için öngörülen maddi koşulların ve tedbirlere hakim olan ilkelerin ülkeden ülkeye farklılık göstermesidir. Örneğin, bir ülkede ağır bir koruma tedbiri alınmasını gerektiren husus, diğer ülkede hiçbir tedbirin alınmasını gerektirmeyen normal bir durum olarak nitelendirilebilir. Söz konusu farklılıkların Sözleşmede yer verilecek bir koruma tedbiri tanımı

⁷²⁸ Özgenç, s. 12.

⁷²⁹ Tanrıbilir, s. 25.

⁷³⁰ Lagarde, para. 14, s. 545.

ile yeterince karşılanamayacağı düşüncesi, koruma tedbirlerinin örnek verme suretiyle sayılmasına neden olmuştur⁷³¹.

Sözleşme'nin üçüncü maddesinde, Sözleşme kapsamında alınabilecek bazı tedbirler sıralanmıştır. Üçüncü maddede sınırlı sayıda olmaksızın⁷³², örnek niteliğinde sayılan tedbirlere önceki bölümlerimizde değinmiştik. Velayetin niteliği, kullanılması, sonlanması, kısıtlanması, başkasına devrine; velayete bağlı olan çocuğun erişim hakkına; çocuğa atanan vasi, kayyım veya bunlara benzer kurumlara; çocuğun kişiliği ve malvarlığı ile koruması altına alan kişi veya kurumların belirlenmesine veya işlevlerine; çocuğun mallarına ilişkin yürütülen işlemlerin denetlenmesine; koruyucu aile veya benzer bir kurumun görevlendirilmesine; çocuğa bakmakla yetkili olan kişilerin denetlenmesine ilişkin koruma tedbirleri Sözleşme uyarınca taraf devletler tarafından alınabilmektedir.

Evlat edinme, nafaka, sosyal güvenlik haklarının korunması, mesuliyet ve halefiyet, çocuğun ön adı, soybağı ilişkisinin kurulması ve kaldırılması, cezai düzenlemeler, kamu tedbirleri ve iltica göç konularındaki kararlar Sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır. (m. 4)

Türk hukuku bakımından, TMK kapsamında bir değerlendirme yapıldığında; Sözleşme, Aile Hukuku kitabında yer alan "Soybağının Kurulması", "Soybağının Hükümleri" başlığı altında, soyadı, nafaka ve babalığın tespiti konularına uygulanmayacaktır. Çalışma konumuz bakımından Sözleşme, soybağının ve velayet ilişkisinin kurulmasını (TMK m. 335) kapsamı dışında bırakmıştır. Ayrıca TMK m. 339/V uyarınca, ana ve baba tarafından çocuğa ön ad verilmesi, "Soybağının Hükümleri" başlığı altında, velayet ilişkisi kapsamında düzenlenmiştir. Ancak Sözleşme, çocuğun adı ve soyadıyla ilgili meseleleri kapsamına almamıştır. Değinilen meseleler dışında TMK m. 339'da düzenlenen çocuğun bakım ve eğitime ilişkin konular, TMK m. 342'de düzenlenen çocuğun temsili, TMK m. 346 ve devamında düzenlenen çocuğun kişi varlığını korumayı hedefleyen "Çocuğun Korunması" başlıklı koruma önlemleri, çocukların yerleştirilmesi (TMK mç 347), velayetin kaldırılması (TMK m. 348) hükümleri Sözleşmenin kapsamındadır. Ayrıca, TMK m. 360 ve devamında düzenlenen çocuğun mallarının korunmasına ilişkin konular da Sözleşmenin kapsamındadır.

⁷³¹ **Ulusı Karataş**, 920.

⁷³² **Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe**, s. 151, 122. dipnot; **Tiryakioğlu**, (1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*), s. 387; **Giray**, s. 251. Ayrıca bkz.; **Lagarde**, para. 18, s. 547. Böylece, hukuk sistemlerinde "koruma tedbirleri" kavramının yorumlanmasından doğan farklılıkların Sözleşme'nin uygulanmasının engellenmesinin önüne geçilmektedir. (**Tiryakioğlu**, (1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*) s. 387)

d. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması

Yetki kurallarının ve tanıma tenfize ilişkin hükümlerinin zaman bakımından uygulanması meselesi, ilerleyen bölümlerde incelenecektir. Bu bölümde kanunlar ihtilafı kurallarının zaman bakımından uygulanması ele alınacaktır.

Sözleşme'de düzenlenen kanunlar ihtilafına ilişkin kurallarla ilgili 53. maddede herhangi bir intikal hükmü getirilmemiştir. Açıklayıcı Rapor'da da, m. 53'te düzenlenen intikal hükmünün kanunlar ihtilafına ilişkin düzenlemeleri kapsamadığı ifade edilmiştir⁷³³.

Sözleşme'de yer alan bir başka kanunlar ihtilafı kuralı da m. 16'da düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 16. maddesinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralı ile MÖHUK m. 17'de düzenlenen kurallar birbirlerinden farklı bağlama noktaları öngörmüştür. Bu nedenle 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'nin Türkiye'de uygulanması ile kanundan kaynaklanan velayete ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının değişmesi nedeniyle, zamanlararası kanunlar ihtilafı probleminin yaşanması olasıdır⁷³⁴.

Türk Hukukunda, MÖHUK'a baktığımızda, kanunlar ihtilafı kuralları ile ilgili, birbirini takip eden düzenlemelerden eski olanın mı, yoksa yeni olanın mı esas alınacağını gösteren bir intikal hükmü bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, Türk Hukukundaki genel intikal hükümlerini düzenleyen 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'dan⁷³⁵ yararlanmak yerinde olacaktır⁷³⁶. 4722 sayılı Kanun'a göre, Sözleşme yürürlüğe girmeden evvel, MÖHUK m. 17'ye göre yetkili kabul edilen hukuk uyarınca, kanundan doğan velayet sorumluluğunu haiz ana, babanın bu hakkına dayanarak yapmış olduğu ve tamamlanmış olan bütün işlemleri geçerli sayılacak ve dava konusu yapılamayacaktır. (4722 sayılı Kanun m. 1/f. I, II) *Sözleşme yürürlüğe girmeden önce başlayan ve halen devam etmekte olan işlemlere* ise, 4722 sayılı Kanun'un 3. maddesi uygulanacaktır. Buna göre, hukuki işlem Sözleşme yürürlüğe girmeden önce doğmuş olsa bile, Sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada, genel intikal hükümlerinin uygulanmasının sonucunda kanundan kaynaklanan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı değiştiği için, velayet hakkı

⁷³³ Lagarde, para. 179, s. 603.

⁷³⁴ Ulusu Karataş, s. 928.

⁷³⁵ RG, 08.12.2001 T., 246007 S.

⁷³⁶ Nomer, s. 30; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 44; Ulusu Karataş, s. 928; Esra Dardağan Kibar, "Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/I, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, s. 542; Bu görüşten farklı olarak kanunlar ihtilafı kuralının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin davanın açıldığı tarihi esas alan bir görüş bulunmaktadır. (Çelikel/Erdem, s. 30 vd.)

sona eren ve bu durumdan haberi olmayan veya olması beklenmeyen ve velayet hakkına sahipmiş gibi görünen kişiler ile bir hukuki işlemde bulunan üçüncü iyiniyetli şahıslar bakımından işlem güvenliğinin sağlanması gerekmektedir⁷³⁷. Bu durumda, 1996 Lahey Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporu, Sözleşme'nin 16 maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkrasında düzenlenen "statü değişikliği" hükümlerine göre, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, çocuğun önceki mutad mesken hukuku uyarınca kişinin haiz olduğu velayet sorumluluğunun süreceği ve yeni mutad mesken hukukuna göre başka bir kişinin söz konusu sorumluluğu haiz olacağı öngörülmüş ise; velayet hakkına sahip olan yeni kişinin eski kişiyle beraber, "müştereken", velayet sorumluluğunu haiz olacağına ilişkin hükmü zamanlararası kanunlar ihtilafı sorununa kıyasen uygulanmalıdır⁷³⁸.

3. 1996 Lahey Sözleşmesi'nde Düzenlenen Kanunlar İhtilafı Kuralları

Velayet sorumluluğuna ve koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk Sözleşme'nin Üçüncü Bölümü'nde, "Uygulanacak Hukuk" başlığı altında 15 ila 22. maddelerde düzenlenmiştir⁷³⁹.

Sözleşme, koruma tedbirlerine uygulanacak hukuku ve adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku birbirinden ayırmıştır ve Sözleşme'de ikisi için farklı kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir⁷⁴⁰. İlk olarak Sözleşme'nin 15. maddesinin birinci fıkrasında çocuğu koruyucu tedbirlere uygulanacak hukuk ikinci olarak ise, Sözleşme'nin 16 ve 18. maddelerinde hükme alınan adli ya da veya idari makamın müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğunun kurulması, söz konusu sorumluluğun kaldırılmasına uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, Sözleşme koruma tedbirlerine ve velayetin kurulmasına, kaldırılmasına uygulanacak hukuku doğdukları olay veya hukuki ilişkiye tabi kılmamış, bunun yerine her ikisi için ayrı bağlama kuralları kaleme almıştır. Bu bağlama kurallarını kaleme alırken ise, velayet ve velayetten kaynaklanan koruma tedbirlerinin bir mahkeme kararı ile mi yoksa kanundan, anlaşmadan veya tek taraflı bir hukuki işlemde mi kaynaklandığına göre bir ayrım gözetmiştir. Bu noktada Sözleşme, koruma tedbirleri her halde idari veya adli bir makam tarafından alındığı için, koruma tedbirlerine

⁷³⁷ **Ulus Karataş**, s. 930.

⁷³⁸ **Lagarde**, para. 179, s. 605; **Ulus Karataş**, s. 930.

⁷³⁹ **Giray**, s 258, 259.

⁷⁴⁰ **Ulus Karataş**, s. 961.

uygulanacak hukuku idari veya adli bir makamın müdahalesi ile kurulan velayet ilişkisi olarak nitelendirmiştir.

a. Koruma Tedbirlerine Uygulanacak Hukuk

Sözleşme'nin 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*yetkili olan akit Devlet makamları kendi hukuklarını uygulayacaklardır.*" Bu şekilde, koruma tedbirleri alma konusunda yetkili olan makam, çocuğun korunması amacıyla en iyi bildiği hukuku uygulama fırsatı bulacaktır⁷⁴¹. Böylece, çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin hızlı ve etkili bir şekilde alınması ve çocuğun üstün yararının korunması sağlanacaktır⁷⁴².

Sözleşme'nin 15. maddesinin ikinci fıkrası, çocuğun korunması bakımından istisnai hallerde uyuşmazlıkla sıkı ilişkili olması halinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının devreye girmesini düzenlemektedir. Sözleşme'nin bu maddesinin uygulanması çok istisnai durumlara mahsustur ve her durumda kolayca uygulanmaması gerekir⁷⁴³. Sözleşme'yi uygulayacak makamların m. 15/II'ye göre, başka bir ülke hukukunun uygulanmasının veya dikkate alınmasının, çocuğun üstün yararına hizmet edeceği konusunda emin olmaları gerekmektedir⁷⁴⁴.

Örneğin; A Devleti'nden, B Devleti'ne taşınan anne ve çocuğun eski mutad meskenlerinde kalan çocuğun mallarına ilişkin koruma tedbiri alınması konusunda yetkili olan B Devleti'nin makamları, malların bulunduğu ülkenin hukuku olan A'nın hukukunu "olayla sıkı ilişkili hukuk" olarak uygulamadan önce, bu hukukun uygulanmasının çocuğun yararına hizmet edip etmeyeceğini tespit etmelidirler⁷⁴⁵.

Koruma tedbirlerine uygulanacak hukuku düzenleyen m. 15'te, *lex fori*'nin uygulanması öngörülse de, Sözleşme'de milletlerarası yetki esas olarak çocuğun mutad mesken hukukuna bağlanmıştır⁷⁴⁶. Bu şekilde dolaylı da olsa koruma tedbirlerine çocuğun şahsi hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır.

⁷⁴¹ Lagarde, para. 86, s. 573; Tanrıbilir, s. 126.

⁷⁴² Tiryakioğlu, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi) s. 401; Lagarde, para. 86, s. 573.

⁷⁴³ Lagarde, para. 89, s. 575.

⁷⁴⁴ Lagarde, para. 89, s. 575.

⁷⁴⁵ Ulusu Karataş, s. 963.

⁷⁴⁶ Ulusu, Karataş, s. 973.

b. Velayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk

Sözleşme'nin 16 ila 18. maddelerinde, kaleme alınan bağlama kuralları, "*adli veya idari bir müdahale olmaksızın*" velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler ihtiva etmektedir. Buna göre, velayet sorumluluğunun; kanun gereği, bir anlaşma veya tek taraflı bir hukuki işlemle (*unilateral act*) kurulması, kullanılması veya sonlandırılmasına işlemin yapıldığı andaki çocuğun mutad mesken hukuku uygulanır⁷⁴⁷. Bu noktada, mutad meskenin tespiti için göz önünde bulundurulması gereken tarih tespit edilmelidir. Söz konusu tarih; kanundan doğan velayet sorumluluğunun ebeveyne geçtiği tarih ya da anlaşmanın yapıldığı tarihtir. Örneğin; boşanmaya ilişkin yapılan bir anlaşma mevcutsa, mutad meskenin tespiti için göz önünde bulundurulacak tarih boşanmanın etkili olduğu tarih olacaktır⁷⁴⁸.

16. maddede, "kanun gereği" ve "hukuki bir işlem" ile kurulan velayet ilişkisini bir koruma tedbiri kararı ile kurulan velayet ilişkisinden ayırmak için m. 16 ila 18'de velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuk ayrıca kaleme alınmıştır. Velayet ilişkisine söz konusu şekilde bir müdahalenin mevcut olması halinde artık m. 16-18'in uygulama alanı bulmaz; 15. madde uygulanır⁷⁴⁹.

Sözleşme'nin 16. maddesinde ise, "*adli ve idari makamların müdahalesi olmaksızın, velayet sorumluluğunun kanundan doğması veya sona ermesinin çocuğun mutad meskeni hukukuna tabi olduğu*" düzenlenmiştir. (m. 16/I) Örneğin, mutad meskenleri Sözleşme'ye taraf A Devleti olan, ebeveynler çocukları dünyaya gelmeden boşanmışlardır. Baba bu sırada, taraf Devlet B'ye çalışmak üzere yerleşmiştir. A Devleti'nin hukukuna göre, evli olmayan baba, doğrudan velayet hakkını çocuğun doğumu ile iktisap etmektedir. Bu noktada, çocuk doğduğunda baba çocuğun mutad meskeni hukukuna göre velayet hakkını doğrudan A Devleti'nin hukukuna göre elde edecektir⁷⁵⁰. "Çocuğun mutad meskeni" bağlama noktasının m. 16 kapsamında tercih edilmesinin nedeni, velayet ilişkisinin kanundan kaynaklanarak veya bir hukuki işlem ile kurulması ve sonlandırılmasına uygulanacak hukuk ile "*velayet ilişkisinin hukuki çerçevesinde bulunan*" çocuğu koruyucu tedbirlere uygulanacak hukukun çoğu zaman aynı hukuk olmasının sağlanmak istenmesidir⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 160; Çelikel/Erdem, s. 287; Tanrıbilir, s. 126; Uluşu Karataş, s. 966.

⁷⁴⁸ Tiryakioğlu, (1996 Lahey Sözleşmesi), s. 404.

⁷⁴⁹ Uluşu Karataş, s. 965.

⁷⁵⁰ Practical Handbook, s. 95.

⁷⁵¹ Lagarde, para. 96, s. 577; ; Tiryakioğlu, (1996 Lahey Sözleşmesi), s. 403; Çelikel/Erdem, s. 288.

"Velayet sorumluluğunun, adli veya idari makamın müdahalesi olmaksızın, bir anlaşma⁷⁵² veya tek taraflı hukuki işleme⁷⁵³ bağlı olarak velayet sorumluluğunun verilmesine veya kaldırılmasına, anlaşmanın ve hukuki işlemin sonuçlarını doğurmaya başladığı anda çocuğun mutad mesken hukuku uygulanacaktır⁷⁵⁴." (m. 16/II)

Sözleşme'nin 16. maddesinde, çocuğun milli hukuku yerine mutad mesken hukuku tercih edilmiş ve tek taraflı bir işlem ile kurulan velayet sorumluluğunu, kanundan doğan velayet sorumluluğu ile aynı hukuka yönlendirmiştir. Bu doğrultuda m. 16 kapsamında uygulanacak hukuka ilişkin bir yeknesaklık sağlanmıştır⁷⁵⁵.

Sözleşme'nin 18. maddesinde kanun gereği veya tek taraflı bir irade beyanı veya bir anlaşma ile kurulan velayet sorumluluğunun koruma tedbirleri ile kaldırılması ve kullanma şartlarının değiştirilmesine ilişkin bir kural düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın tesis edilen velayet sorumluluğu, Sözleşme kapsamında alınacak koruma tedbiri kararları ile kaldırılabilir veya kullanma şartları değiştirilebilir. Bir başka deyişle, Sözleşme, bir mahkeme kararı ile kurulan veya kaldırılan velayet ilişkisi ile kendiliğinden veya ebeveynlerin anlaşması ile kurulan velayet ilişkisi birbirinden ayırmakta ve uygulanacak hukuk konusunda farklı hükümlere tabi tutmaktadır.

Madde hükmüne göre, "bu Sözleşme uyarınca alınan önlemlerle 16. maddede belirtilen velayet sorumluluğu sonlandırılabilir veya uygulama koşulları değiştirilebilir." (m. 18)

⁷⁵² Ebeveynlerin kendi aralarında kararlaştırdıkları, çocuğun bakımını, gözetimini ya da çocukla kişisel ilişki kurulmasını konu alan protokoller söz konusu anlaşmalara örnek olarak gösterilebilir. (*Practical Handbook*, s. 95; **Tiryakioğlu**, (1996 *Lahey Sözleşmesi*), s. 403. Ayrıca bkz. **Lagarde**, para. 103, s. 579.)

⁷⁵³ Örneğin; Çocuğa vasiyetname yoluyla vasi atanması. (*Practical Handbook*, s. 95; **Tiryakioğlu**, (1996 *Lahey Sözleşmesi*), s. 403. Ayrıca bkz. **Lagarde**, para. 103, s. 579.)

⁷⁵⁴ **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 160; **Çelikel/Erdem**, s. 287; **Ulus Karataş**, s. 966. Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; Sözleşme'ye taraf olmayan A Devleti'nde babası ve üvey annesiyle birlikte yaşayan bir çocuğun mutad meskeni olan Devletin hukukuna göre velayet sorumluluğunun yalnızca baba için tesis edilebileceği bir durumda, A Devleti'nin hukuku, adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın, bir anlaşma ile üvey annenin de velayet sorumluluğunu üstlenebileceğini düzenlemiştir. Baba ve üvey anne bu şekilde bir anlaşma ile A Devleti'nin hukukuna göre velayet sorumluluğunu üvey anne için tesis etmişlerdir. Bir yurtdışı seyahati esnasında gittikleri akit B ülkesinde, çocuk kamu binalarının duvarlarına *graffiti* çizmekten tutuklanmıştır. B ülkesinin iç hukukunda ise, çocuğun verdiği zararın velayet sorumluluğuna sahip kişiler tarafından finanse edilmesi düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca, akit Devlet B'nin mahkemesi, akit olmayan A ülkesinin hukukunu (çocuğun mutad meskeni hukuku) kimin çocuğa karşı velayet sorumluluğuna sahip olduğunu (anlaşma sonucuyla tesis edilen velayet sorumluluğu) belirlemek için uygulayacaktır. Bu durumda akit olmayan Devlet A'nın hukukuna göre, hem üvey anne, hem de babanın velayet sorumluluğu olduğundan, çocuğun akit B ülkesinde verdiği zararların her ikisi tarafından da karşılanmasına hükmedilecektir. (*Practical Handbook* s. 95.)

⁷⁵⁵ **Tiryakioğlu**, (1996 *Tarihli Lahey Sözleşmesi*), s. 404, 403.

Bu durumda, velayet sorumluluğunun, kanun gereği veya bir hukuki işlem ile kurulmasına, sonlandırılmasına veya kullanılmasına ilişkin uygulanacak hukuku belirleyen m. 16 ve m. 17 ile getirilen hükümler, Sözleşme hükümlerine göre yetkili olan adli ya da idari makamlar tarafından alınan "önlemlerle" kaldırılabilir veya değiştirilebilir.

Aynı zamanda, Sözleşme'nin 18. maddesi, m. 16/III ve 16/IV'te düzenlenen çocuğun mutad meskeninin değişmesi hallerinde; hem eski, hem de yeni mutad meskeninin hukukunda kanundan veya hukuki bir işlemde doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kuralların "*kümülatif*" bir şekilde uygulanmasının sonucu olarak, "*ortak velayet durumunun zorunlu olarak ortaya çıkmasının*" çocuğun üstün yararına aykırı bir duruma yol açması gibi hallerde, yetkili akit Devlet makamları tarafından uygulanmalıdır⁷⁵⁶.

Değnilmesi gereken bir başka husus ise, Sözleşme'nin 18. maddesi bakımından adli veya idari makamlar tarafından kanun gereği veya hukuki bir işlemle tesis edilen velayet sorumluluğunun kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin alınacak bir koruma tedbiri, çocuğun korunmasına yönelik bir koruma tedbiri olarak Sözleşme kapsamına girecektir. Bundan dolayı, bu yönde bir koruma tedbirinin alınması, Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki ve kanunlar ihtilafı kurallarına tabi olacaktır⁷⁵⁷.

c. Çocuğun Mutad Meskeninin Değişmesi Halinde Velayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk

Çocuğun mutad mesken hukukuna göre kurulan velayet sorumluluğunun, mutad meskenin değişmesi durumunda da varlığını sürdüreceği m. 16/III'te düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile çocuğa eski mutad mesken hukuku tarafından sağlanan korumanın devam ettirilmesi amaçlanmaktadır⁷⁵⁸. Hükmü bir örnekle açıklamak gerekirse; akit bir Devlet olan A'nın hukukuna göre, evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuk ile ebeveynleri velayet sorumluluğuna doğum anında sahip olmaktadırlar. Somut olayda anne, çocuğuyla beraber, akit Devlet B'ye taşındığında, B ülkesinin hukukuna göre, evli olmayan babaların velayet sorumluluğuna yalnızca mahkeme kararı ile sahip olabilmesi mümkün olsa da, Sözleşme'nin 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, A ülkesinin hukukuna göre velayet sorumluluğuna sahip olan baba, taşındıktan sonra da velayet hakkına sahip olacaktır⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ **Tiryakioğlu**, ((1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 406.

⁷⁵⁷ **Ulus Karataş**, s. 969.

⁷⁵⁸ **Ulus Karataş**, s. 967.

⁷⁵⁹ *Practical Handbook*, s. 96.

Sözleşme'nin bu hükmü maddi hukuka etki edebilecek nitelikte görüldüğünden öğretide eleştirilmiştir. Esas olarak, Sözleşme'nin 16/III ve 16/IV. maddelerinin beraber uygulanması halinde ortak velayetin gündeme gelmesi ve akit Devletlere ortak velayet uygulamasının dayatılması durumu ortaya çıkmaktadır⁷⁶⁰. Nitekim, bu sebebe dayanarak yapılan itirazlar haklı bulunmamış, Sözleşme'nin uygulanması ile ortak velayetin gündeme gelmesi halinde, olumsuz sonuçların ortaya çıkması söz konusu olursa, çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu akit Devlet makamları tarafından sorunun çözümüne ilişkin bir koruma tedbirinin alınması öngörülmüştür⁷⁶¹. Bu durumda önceki bölümde değindiğimiz üzere m. 18'in uygulanması gündeme gelecektir.

d. Velayetin Kullanılmasına Uygulanacak Hukuk

Velayet sorumluluğunun kurulması ve sonlandırılmasına uygulanacak hukuku düzenleyen 16. madde hükmünden farklı bir şekilde, kanun gereği veya hukuki bir işlemle kurulan ebeveyn sorumluluğunun *kullanılmasına* Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu Devletin hukuku tatbik edilecektir. Çocuğun mutad meskeninin

⁷⁶⁰ *Practical Handbook*, s. 96.

⁷⁶¹ **Çelikel/Erdem**, s. 288; **Şanlı/Esen/Figanmeşe Ataman**, s. 160; *Practical Handbook*, s. 96; **Ulus Karataş**, 967. Sözleşme'nin 16. maddesinin ikinci fıkrasını başka bir örnekle açıklamak gerekirse; Sözleşmeye akit bir Devlet olan A'da dünyaya gelen çocuğun ebeveynleri, çocuk doğduktan kısa bir süre sonra boşanmışlardır. A Devleti'nin hukukuna göre, ebeveynlerin ikisinde boşandıktan sonra ebeveyn sorumluluğuna sahip olmaya devam edebilmektedirler. Boşandıktan iki yıl sonra anne tekrar evlenir ve evlendiği kişiyle beraber akit B ülkesine taşınırlar. Akit B Devleti hukuku ise üvey ebeveynlerin, üvey evlatlarına karşı ebeveyn sorumluluğuna sahip olmaları gerektiğini öngörmektedir. Bu durumda çocuğun mutad meskeni B Devleti'de olan çocuğun üzerinde anne, babasının ve üvey babasının ebeveyn sorumluluğu olacaktır. Bir diğer örnekte ise, akit Devlet A'da babası ve babasının ikinci eşi (üvey annesi) ile beraber yaşayan çocuk üzerinde anne ve babası, üvey annenin de velayet sorumluluğuna sahip olabilmesiyle ilgili bir anlaşma yapmışlardır. Akit Devlet A'nın hukuku uyarınca, üvey annelerin velayet hakkına sahip olabilmeleri yazılı bir anlaşma yapılması şartıyla, mümkündür. Söz konusu anlaşmaya ilişkin herhangi bir kamu otoritesinden icazet alınması da gerekmemektedir. Ancak icazetin bakanlık tarafından kaydedilmesi gerekmektedir. Anne, baba ve üvey anne gereken şekilde Bakanlığa giderek üvey annenin velayet sorumluluğuna ilişkin kaydı yaptırmışlardır. Bir yıl sonra baba, üvey anne ve çocuk akit B ülkesine taşınmışlardır. Ancak B Devleti'nin hukukuna göre, üvey anne velayet sorumluluğuna bu konuda bir mahkeme kararı olmadan sahip olamamaktadır. Taraflar arasında akit A Devleti'nde yapılan anlaşma, herhangi bir adli veya idari makamın müdahalesini gerektirmemektedir. Bu durumda Sözleşme'nin 16. maddesinin ikinci fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, üvey annenin velayet sorumluluğuna ilişkin çocuğun anlaşmanın yürürlüğe girdiği andaki (anlaşmanın Bakanlığa kaydettilirildiği) mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Çocuğun anlaşma yürürlüğe girdiğinde mutad meskeninin A Devletinde olduğu kabul edilirse, A Devleti'nin hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır. Sözleşme'nin 16. Maddesinin üçüncü fıkrası da üvey annenin velayet sorumluluğunun akit B Devleti'ne taşındıktan sonra da devam edeceğini garanti altına almaktadır. (*Practical Handbook*, s. 96.) Akit olmayan A Devleti'nde babası ve üvey annesi ile ikamet eden çocuğun velayet sorumluluğuna, A Devleti'nin hukuku uyarınca, üvey anne, evlilik anında doğrudan sahip olabilmektedir. Aile, akit B Devleti'ne taşınmış ve B Devleti'nin hukukuna göre üvey annenin doğrudan evlilik ile velayet hakkına sahip olamayacağını öğrenmişlerdir. Bu durumda Sözleşme'nin 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve 20. madde uyarınca, üvey annenin A Devleti'nin hukukuna göre kazandığı velayet sorumluluğu, yeni mutad meskende de mevcudiyetini sürdürecektir. (*Practical Handbook*, s. 99.)

taşınması söz konusu olduğunda, m. 15/III ile benzer bir şekilde, velayetin kullanılmasına yeni mutad meskenin bulunduğu Devletin hukuku uygulanacaktır⁷⁶². (m. 17)

Böylece, ebeveyn sorumluluğunun tesis edilmesi ve velayetin kaldırılması tedbirine uygulanacak hukuka ilişkin 16. maddeden farklı olarak, kanundan doğan veya hukuki bir işlemde kaynaklanan ebeveyn sorumluluğunun kullanılması her halde, çocuğun son mutad mesken hukukuna tabi olacaktır. Söz konusu düzenleme, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde çocuğa ilişkin koruyucu tedbirlerin uygulanma şartlarının mutad mesken değiştikten sonra, değiştiği andan itibaren, yeni mutad mesken hukukuna göre belirleneceğini düzenleyen m. 15/III hükmü ile aynı doğrultudadır. Bu durumda, Sözleşme m. 16/III'e göre eski mutad mesken hukukuna göre kanundan veya bir anlaşmadan doğan ebeveyn sorumluluğunu haiz kişi, söz konusu sorumluluğuna mutad meskenin değişmesi durumunda da sahip olacaktır. Nitekim, 17. madde hükmüne göre, sahip olmaya devam ettiği söz konusu sorumluluğunun "kullanılmasına ilişkin şartlar", mutad meskenin değişmesi anından itibaren, yeni mutad mesken hukukuna göre tayin edilecektir. Örneğin; ebeveyn sorumluluğunu haiz kişinin eski mutad mesken hukukuna göre tek başına gerçekleştirebileceği hukuki işlemler, yeni mutad mesken hukukunda yetkili bir makamdan izin alınmakla geçerli sayılıyorsa, artık bu kişi ebeveyn sorumluluğunu kullanırken söz konusu izinleri almak zorunda kalacaktır⁷⁶³.

4. Sözleşme Kapsamında Düzenlenen Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Özel Durumlar

a. Atıf Teorisinin Etkisi

Sözleşmenin 21. maddesine göre, Sözleşme'de düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukukun tespitinde atıf teorisi reddedilmiştir⁷⁶⁴. 21. maddenin birinci fıkrasında, "Sözleşme'nin 15 ila 18. maddelerinde kullanılan "hukuk" teriminin, hukuk seçimine ilişkin kuralların dışında, Devlette yürürlükte olan hukuk anlamına geldiği" açıkça kaleme alınmıştır. Buna göre, Sözleşme'de düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun, yalnızca o Devletin iç hukuk kuralları olduğu, bu nedenle maddi hukuk kurallarının uygulanacağı, kanunlar ihtilafı kurallarına gidilmeyeceği açıkça düzenlenmiştir⁷⁶⁵.

⁷⁶² *Practical Handbook*, s. 100.

⁷⁶³ **Ulus Karataş**, s. 968.

⁷⁶⁴ **Ulus Karataş**, s. 970; **Giray**, s. 74.

⁷⁶⁵ **İnci Ataman Fıganmeşe**, "La Haye Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış", MHB, 2002/II, Ergin Nomer'e Armağan, s. 40; **Özgenç**, s. 13; **Ulus Karataş**, s. 970.

21. maddenin ikinci fıkrasında ise, 16. maddeye göre uygulanacak hukukun Sözleşme'ye taraf olmayan bir Devletin hukuku olsa dahi uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu noktada Sözleşme'de "kanunlar ihtilafı kurallarının milletlerarası niteliği"nin de kabul edildiği görülmektedir⁷⁶⁶.

b. İşlem Güvenliği Kuralının Rolü

MÖHUK m. 9/I'e göre ehliyet ve fiil ehliyeti kişinin milli hukukuna tabidir. Ehliyetin milli hukuka tabi tutulması, bazı hallerde ehliyetsizliğin ileri sürülmesi nedeniyle bir takım işlemlerin hükümsüz kılınmasına yol açabilmektedir. Söz konusu durum, işlem güvenliği olarak adlandırılan kişilerin işlem yeri hukukuna uygun bir şekilde yapmış oldukları işlemlerin geçerli olacaklarına ilişkin duydukları güveni zedeleyebilir. İşlem güvenliğinin korunması, hukuk sistemlerine duyulan güven bakımından önemli olduğu için ülke içinde yapılan işlemlere ilişkin işlem güvenliğinin sağlanması, MÖHUK'da ve birçok ülkenin milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında düzenlenmiştir. İşlem güvenliği kuralı, kişinin milli hukukuna göre işlemi yapmaya ehil olmamasına rağmen işlem yaparken bulunduğu ülkenin hukukuna göre ehil olması halinde bahsi geçen işlem bakımından ehliyetli olarak kabul edilmesidir⁷⁶⁷.

Sözleşme'nin 15. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre, çocuğun mutad meskeninin değişmesi söz konusu olduğunda önceki mutad mesken hukukuna göre alınan koruma tedbiri kararları, önceki mutad mesken hukukuna göre kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğunun (m. 16/III) yürürlüğünü devam ettirmesine yönelik kuralların benimsenmesi; yeni mutad mesken devletinde hukuki faaliyetlerde bulunan iyi niyetli üçüncü kişilerin, çocuğun hukuken gerçek yasal temsilcisinin kim olduğu veya hangi yetkileri haiz olduğu konusunda hataya düşebilmeleri riskini de beraberinde getirmektedir⁷⁶⁸.

Bu yönde kişilerin düşeceği hataları minimum düzeye indirmek adına m. 19'da "*hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre*" işlem güvenliğini tesis eden ve üçüncü kişileri koruyan bir düzenleme kaleme alınmıştır. Kurala göre;

"Üçüncü iyiniyetli kişiler ile hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre çocuğun yasal temsilcisi olmaya hak kazanan kişi arasında yürürlüğe giren işlemin geçerliliğine itiraz edilemez ve üçüncü kişi, diğer kişinin sadece velayet sorumluluğunun sonraki hukuk ile yerine

⁷⁶⁶ **Ulus Karataş**, s. 970.

⁷⁶⁷ **Şanlı/Esen/AtamanFıganmeşe**, s.112; **Çelikel/Erdem**, s.209; **Tekinalp/ Uyanık Çavuşoğlu**, s.97; **Yusuf Çalışkan**, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, 1. Baskı, İstanbul, Beta, 2014. s.88.

⁷⁶⁸ **Tiryakioğlu**, (1996 *Lahey Sözleşmesi*), s. 407.

getirildiğini bilmediği veya bilmesi gerekmediği sürece m. 15 ila 18 hükümlerince düzenlenen hukuka göre çocuğun yasal temsilcisi olarak hareket etmeye hak kazanmadığı gerekçesiyle sorumlu tutulamaz." (m. 19/I)

Sözleşme'nin 19. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası uyarınca, *hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre*, çocuğun yasal temsilcisi olmaya hak kazanan şahıslar ile hukuki işlemde bulunan üçüncü kişilerin korunabilmesi için;

- Üçüncü kişinin, velayet sorumluluğunun 15 ila 18. maddelerde düzenlenen hukuk ile yerine getirildiğini bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması yani iyi niyetli olması; (m. 19/I)

- Gerçekleştirilen işlemin, aynı Devlet ülkesinde bulunan şahıslar arasında yapılmış olması gerekmektedir⁷⁶⁹. (m. 19/II)

c. Kamu Düzeni Müdahalesinin Etkisi

Sözleşme'nin uygulanacak hukuka ilişkin kurallarının Sözleşme'ye taraf Devletler tarafından uygulanmaması, ancak kamu düzeni müdahalesinin gerektirdiği hallerde ve çocuğun üstün yararı söz konusu olduğunda mümkün olacaktır⁷⁷⁰. (m. 22) Sözleşme'nin kamu düzeni müdahalesine ilişkin 22. maddesinin uygulanması yalnızca çocuğun menfaatinin dikkate alındığı durumlarla sınırlandırılmıştır⁷⁷¹.

D. DEĞERLENDİRME

Sözleşme'nin düzenlediği kanunlar ihtilafı kurallarında, Sözleşme'nin konu bakımından uygulama alanında olan adli veya idari bir makam kararı olmaksızın, kanundan veya hukuki bir işlemten kaynaklanan ebeveyn sorumluluğuna (m. 16) ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirlere (m. 15) uygulanacak hukuk ayrı ayrı ele alınmıştır. Çocuğun korunmasını konu alan Lahey Sözleşmeleri'nin tamamında görüldüğü üzere, m. 15 ve m. 16'da da, çocuğun kişisel statüsünü göz önünde bulundurarak bağlama noktaları tayin edilmiştir⁷⁷².

Sözleşme'nin, velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen hükümlerinde, yalnızca velayetin adli veya idari bir makamın kararından kaynaklanıp kaynaklanmadığına yönelik bir ayırım yapılmıştır.

⁷⁶⁹ **Tiryakioğlu**, (1996 *Lahey Sözleşmesi*), s. 408.

⁷⁷⁰ **Şanlı/Esen/Fıganmeşe Ataman**, s. 160; **Ulus Karataş**, s. 971; *Practical Handbook*, s. 100.

⁷⁷¹ *Practical Handbook*, s. 100.

⁷⁷² **Öztekin Gelgel**, s. 121; **Ulus Karataş**, s. 973.

Türk hukukunda, ebeveyn sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına uygulanacak hukukun, ayrı bir hukuk kuralı olarak düzenlenmeyip, kaynaklandığı işlem veya ilişkiye uygulanacak hukuka tabi kılınması, uygulanacak hukukun bu şekilde parçalı bir yapıda tatbik edilmesi ve bağlama noktaları belirlenirken çocuğun şahsi hukuku esas alınmadan, ana ve babanın hukukuna bağlanması öğretide eleştirilere neden olmaktadır.

Bu anlamda Türk mahkemeleri tarafından Sözleşme'nin uygulanması halinde konumuz dahilinde velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuktan farklı olarak, çocuğun korunması adına tüm konular için, dayandığı hukuki işlem veya ilişkiden müstakil olarak, bağlama noktalarının belirlenmesinde çocuğun kişisel statüsünün göz önünde bulundurulmuş olması, etkili ve amacına uygun sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca koruma tedbirlerinin de Sözleşme uyarınca *lex fori*'ye tabi olması, Türk hakiminin Sözleşme'yi uygulaması halinde hızlı ve etkin bir biçimde karar vermesi açısından yararlı olacaktır⁷⁷³.

Belirtmek gerekir ki, Sözleşme'de düzenlenen kanunlar ihtilafına ilişkin kurallar ile Türk milletlerarası özel hukukunda velayet sorumluluğuna ve çocuğa yönelik koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin yapılan düzenlemeler arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır⁷⁷⁴. Çalışmamızın bu bölümünde söz konusu farklılıklara değinilecektir.

Türk hukukunda, yabancılık unsuru barındıran boşanma ve ayrılık davalarında velayet talepleri, MÖHUK m. 14/III'e göre, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır. Sözleşme'de ise durum farklıdır. MÖHUK m. 14/III'te düzenlenen boşanma halinde velayete uygulanacak hukuku düzenleyen kuralda, çocuğun velayet sorumluluğu, adli bir makamın müdahalesi ile kurulduğundan, Sözleşme'nin 15. maddesinde düzenlenen koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin kuralın kapsamına girmektedir. 15. maddeye göre, Sözleşme kapsamındaki çocuğa yönelik koruma tedbiri talepleri, bir boşanma davasında ileri sürülse de, boşanmaya uygulanacak hukuktan bağımsız olarak değerlendirilecek ve her durumda koruma tedbiri taleplerine yetkili taraf devlet makamının iç hukuku uygulanacaktır. Sözleşme'nin

⁷⁷³ **Ulus Karataş**, s. 973.

⁷⁷⁴ Önemle belirtmek gerekir ki, Sözleşme ile velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuka yönelik getirilen bu kanunlar ihtilafı sisteminin avantajları, ancak, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini Sözleşmeye göre tesis etmeleri ile görülebilecektir. Türk mahkemelerinin Sözleşmeye göre yetkili olmadıkları hallerde, Türk hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis etmeleri durumunda, Sözleşme uygulama alanı bulamayacağından, MÖHUK'da düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacak ve Sözleşme'den faydalanılamayacaktır. Bundan dolayı, Sözleşme'de düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarının Türk hukukuna etkisi, Sözleşme ile getirilen milletlerarası yetki kurallarının doğru ve amacına uygun bir şekilde uygulanmasına bağlıdır. (*Practical Handbook*, s. 10 vd.)

Türkiye'de 01.02.2017'de yürürlüğe girmesi ile Sözleşme'nin uygulanması halinde, yabancılık unsuru taşıyan boşanma ve ayrılığa ilişkin davalarda velayete uygulanacak hukuk, boşanma statüsüne göre değil; koruma tedbirlerini alan yetkili taraf Devletin makamının hukukuna göre tatbik edilecektir⁷⁷⁵.

Sözleşme'nin 22. maddesine göre, Sözleşme'de uygulanacak hukuka ilişkin düzenlenen kurallar uyarınca, yetkili hukukun uygulanmasının kamu düzeni müdahalesi ile sınırlandırılmasına yönelik düzenlemenin MÖHUK m. 5'te düzenlenen kamu düzenine aykırılık hallerine etkisi söz konusu olacaktır. Sözleşme'nin uygulanması gündeme geldiğinde, yetkili Türk mahkemeleri, yetkili yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin kamu düzeni müdahalesini ancak "çocuğun üstün yararı" ile sınırlı olarak uygulayabilirler⁷⁷⁶.

Sözleşme'nin 16/III ve 16/IV. maddelerinin bir arada uygulanmasının Türkiye'de yaratacağı potansiyel sonuçlara da değinmekte fayda bulunmaktadır. 2017 tarihli Yargıtay kararından⁷⁷⁷ önce, ortak velayetin Türk kamu düzenine aykırılığı kabul edilerek, uygulanması gereken yabancı hukukun ortak velayete ilişkin hükümleri uygulanmamamaktaydı⁷⁷⁸. Aynı zamanda ortak velayete ilişkin yabancı mahkeme kararları Türk mahkemelerinde tanınıp, tenfiz edilmemekteydi.⁷⁷⁹

Ayrıca, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2017 tarihli kararında⁷⁸⁰, ortak velayet uygulamasının, Türk kamu düzenine aykırı olmadığına hükmedilmiş ve bu itibarla ortak velayetin Türk kamu düzenine aykırı olduğuna yönelik içtihatlar son bulmuş ve ortak velayet Türk Hukukunda kabul edilmiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin Türkiye'de uygulanması ile ortaya çıkması muhtemel olan ortak velayet uygulaması, Türk kamu düzeni müdahalesine neden

⁷⁷⁵ **Ulus Karataş**, s. 974.

⁷⁷⁶ Çocukların Evlat Edinmesini konu alan 1993 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde de kamu düzeni müdahalesinin sınırlarını "çocuğun yüksek menfaatleri" belirlemektedir. (**Sibel Özel**, "Ülkelerarası Evlat Edinme", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı:1, Ocak 2011, ss. 609-611, s. 615, <https://jurix.com.tr/> (Erişim Tarihi, 16.05.2019) **Huysal**, s. 153 vd.; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 37; **Öztekin Gelgel**, s. 28; **Dardağan Kibar**, s. 558, 559.

⁷⁷⁷ 2. HD., 20.02.2017 T., 2016/15771 E., 2017/1737 K. <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi 16.05.2019)

⁷⁷⁸ 2. HD., E., 2004/12285, K., 2004/13680, T., 22.11.2004, <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi 16.05.2019) Aynı yönde verilmiş Yargıtay kararları için bkz., 2. HD, E., 2006/2773, K., 2006/9276, T., 12.06.2006, 2. HD, E., 2014/7356, K., 2014/13375, T., 16.06.2014; 2. HD, E., 2012/21186, K., 2013/7440, T., 19.03.2013., <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi 16.05.2019)

⁷⁷⁹ **Nomer**, s. 531; **Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe**, s. 85 vd., s. 531; **Çelikel/Erdem**, s. 250 vd.; **Aslı Bayata Canyaş**, "Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Ortak Velayet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu", Eskişehir, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Editörler Bilgin Tiryakioğlu/Mesut Aygün/Ali Önal/Kübra Altıparmak/Cansu Kaya, Yetkin Yayınları 2016, s. 593.

⁷⁸⁰ 2. HD. 2016/15771 E., 2017/1737K., 20.02.2017 T. www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 14.05.2019)

olmayacaktır.⁷⁸¹ Önceki bölümlerimizde değindiğimiz üzere, ortak velayetin ne şekilde uygulanacağına dair kanuni bir düzenleme mevcut olmadığından, uygulamada ortak velayetin uygulanmasıyla ilgili sorunlar çıkabilir. Örneğin; Sözleşme'nin uygulanması ile taraflar arasında kurulan ortak velayet, tarafların anlaşamaması gibi sebeplerle işlemez hale gelebilir. Bu durumda yetkili akit Devlet makamları tarafından, Sözleşme'nin 18. maddesine göre, sorunun çözümüne yönelik bir koruma tedbiri taraflar tarafından her zaman talep edilebilir⁷⁸².

Sözleşme'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, çocuğu koruyucu tedbirlere üçüncü Devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ve MÖHUK m. 31 arasındaki ilişki de önem taşımaktadır. Türk hukukunda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK m. 31'e⁷⁸³ göre, yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerine hangi hukukun uygulanacağını tespit ederken uygulama alanı bulur⁷⁸⁴. Dolayısıyla, Sözleşme'nin Türkiye'de yürürlüğe girmesi ile üçüncü Devletin doğrudan uygulanan kuralları, Türk hukuku için yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında gündeme gelmeyecektir; aynı zamanda, velayet sorumluluğu, çocuğu koruyucu tedbirler ve çocukla kişisel ilişki kurulması gibi, Sözleşme'nin kapsamında olan meselelerde, çocuğun üstün yararının korunmasına hizmet ediyorsa uygulanacaktır⁷⁸⁵.

Atıf konusunda MÖHUK ile Sözleşme hükümleri birbirleriyle çatışmaktadır. MÖHUK m. 2/III uyarınca, aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda kanunlar ihtilafı kuralları, başka bir Devletin hukukunu yetkili kılabilir, yani atıf dikkate alınır. Türk hukukunda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığını koruyucu tedbirler aile hukukuna ilişkin meselelerdir⁷⁸⁶. Ancak, Sözleşme'nin 21. maddesine göre,

⁷⁸¹ Bu konuda Yargıtay'ın yabancılık unsuru barındıran davalarda, yabancı bir hukukun yetkili mahkemesi tarafından ortak velayete ilişkin karar verilmesi halinde, Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle kararın tenfizinin reddedilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; **Doğan**, s. 245 vd. Bu yönde Yargıtay kararları için bkz.; 2. HD., 2818 E., 3889 K., 20.03.2003 T.; 2. HD. 13947 E., 5854 K., 27.12.2004. <https://www.lexpera-com/> (Erişim Tarihi 14.05.2019)

⁷⁸² **Ulus Karataş**, s. 976.

⁷⁸³ MÖHUK m. 31' e göre; “Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.”

⁷⁸⁴ Doğrudan uygulanan kurallar için bkz.; **Nomer**, s. 184-188; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 7-11; **Özel**, (*Kültür Varlıkları*) s. 131-138; **Kocasakal**, s. 1 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 154 vd.; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 58 vd.-377 vd.; **Doğan**, s. 239 vd.; **Aslı Bayata Canyaş**, "5718 sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 141 vd.; **Erkan**, s. 81 vd.

⁷⁸⁵ **Ulus Karataş**, s. 975.

⁷⁸⁶ **Nomer**, s. 142; **Çelikel/Erdem**, s. 119; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 44; **Doğan**, s. 183; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 53.

Sözleşme'nin konu bakımından uygulama alanına giren konularda atıf dikkate alınmamaktadır. Sözleşme'nin Türkiye'de yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme'nin 21. maddesi ile MÖHUK m. 2/III hükmüne bir istisna getirilmiştir. Buna göre, Sözleşme'nin uygulama alanına giren konular, aile hukukuna ilişkin olsalar dahi, m. 21 uyarınca atıf dikkate alınmaz⁷⁸⁷.

MÖHUK'ta m. 9/II uyarınca, aile hukukuna ilişkin işlemler, işlem güvenliği kuralının dışında bırakılmıştır⁷⁸⁸. Zira, MÖHUK m. 9/II'ye göre, aile hukuku, miras hukuku ve yabancı ülkede bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklarla ilgili işlemler, işlem güvenliği ilkesine ilişkin kuralın kapsamının dışındadır⁷⁸⁹. Sözleşme'nin 19. maddesinde düzenlenen işlem güvenliğine ilişkin kural bu noktada MÖHUK m. 9/II'deki kurala bir istisna getirmiş olacaktır⁷⁹⁰.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulanacak hukuka ilişkin kuralları ile MÖHUK'da düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarının karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi sonucunda, hükümlerin birbirinden oldukça farklı olduğunu görmekteyiz. Milletlerarası sözleşmeler ile hükme alınan meselelerde, aynı konuya ilişkin farklı düzenlemeler ihtiva eden birbirine paralel nitelikte düzenlemeler ortaya çıkmaktadır. Söz konusu farklılıklar, Sözleşme'nin Türkiye'de uygulanması ile velayet sorumluluğuna ve koruyucu tedbirlere uygulanacak hukuk konusunda “*ikili bir sistemin*” oluşmasına neden olacaktır⁷⁹¹. Örneğin; Sözleşme'nin uygulandığı uyuşmazlıklarda, boşanma halinde velayet veya velayetin kaldırılması tedbirine ilişkin davalarda, X Hukuku; Sözleşme'nin uygulanmadığı durumlarda, Y Hukuku uygulama alanı bulacaktır. Şu ana kadar Sözleşme'nin uygulanacak hukuka ilişkin hükümleri Türk mahkemeleri tarafından uygulanmamıştır⁷⁹². Fakat uygulandığı andan itibaren uygulamada söz konusu farklılıklar nedeniyle bazı problemlerin yaşanması muhtemel gözükmektedir. Bu nedenle, velayet sorumluluğuna ve çocuğu koruyucu tedbirlere ilişkin konularda uygulanacak hukukta, çocuğun kişisel statüsünü esas almayan ve kanunlar ihtilafı kurallarını “*parçalı bir*

⁷⁸⁷ Uluocak, s. 123. Ayrıca bkz. m. 20.

⁷⁸⁸ Nomer, s. 224 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 110,111; Hatice Özdemir, "Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı" Argumentum Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, S. 57, 1998, ss. 459-466, s. 461; Doğan, s. 253 vd.; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 65; Çelikel/Erdem, s. 207; Ulu Karataş, s. 976.

⁷⁸⁹ Doğan, s. 254; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 110,111; Tekinalp Çavuşoğlu, s. 82; Çelikel/Erdem, s. 207.

⁷⁹⁰ Ulu Karataş, s. 976.

⁷⁹¹ Ulu Karataş, s. 976.

⁷⁹² Sözleşme Türkiye'de yürürlüğe girdikten sonra, Yargıtay'ın velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin Sözleşme hükümlerini uygulamadığı, MÖHUK'un velayete ilişkin kanunlar ihtilafı hükümlerini uyguladığı görülmektedir. Bu doğrultuda bkz.; 18. HD., E. 2017/6145 K. 2018/244 T. 12.3.2019; 18. HD., E. 2018/9524 K. 2018/9547 T. 14.6.2018. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi, 15.05.2019)

sistem” ile düzenleyen MÖHUK’un kanunlar ihtilafı kurallarının Sözleşme ile uyumlu bir hale getirilmesi gerekmektedir⁷⁹³.

⁷⁹³ **Ulusı Karataş**, s. 977.

§ İKİNCİ KISIM

VELAYET VE ÇOCUĞUN KORUNMASINA İLİŞKİN TEDBİRLER KONUSUNDA MİLLELERARASI USUL HUKUKUNA İLİŞKİN MESELELER

I. TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Milletlerarası yetki, bir devletin mahkemelerinin ya da idari makamlarının, birden fazla devlet hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığa bakmasını sağlayan düzenlemeleri ifade eder. Her devletin kendi iç hukuklarında belirlediği, adli ya da idari makamlarına milletlerarası yetki tanıyan kuralları bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, belirli konulara ilişkin usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe giren milletlerarası sözleşmeler, içeriğinde o konulara ilişkin uyuşmazlıklarda hangi devletin mahkemelerinin yetkili olacağını da genellikle düzenlemektedir. Böyle bir durumda, o sözleşmenin tarafı olan devletler açısından, yetkili makamın tespiti sözleşmenin ilgili hükümlerine göre yapılmalıdır.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenirken, ilk olarak konuya ilişkin milletlerarası sözleşme olup olmadığı kontrol edilmelidir. Konuya ilişkin milletlerarası sözleşmenin bulunması durumunda ve söz konusu Sözleşme özel yetki kurallarını bünyesinde düzenlemiş ise, Anayasa m. 90/II ve MÖHUK m. 1/II uyarınca öncelikle söz konusu yetki kuralları uygulanır⁷⁹⁴. Zira, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir ve Sözleşme, düzenlediği konularda Türk kanunlarının önceden getirdiği düzenlemelerin yerini alacaktır⁷⁹⁵.

Türkiye, çocukların velayeti ve koruma tedbirlerinin alınmasına ilişkin yetki kurallarını düzenleyen 1961 tarihli⁷⁹⁶ ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmeleri'ne taraftır. Bu doğrultuda, Türk mahkemeleri, çocukların velayeti ve koruma tedbirlerinin alınmasına ilişkin davalarda milletlerarası yetkisini tayin ederken, ilk olarak söz konusu milletlerarası sözleşmelerde

⁷⁹⁴ Çörtoğlu Koca, (Yetki), s. 241; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 365 Akıncı/Demir Gökyayla, s. 157.

⁷⁹⁵ Huysal, s. 86.

⁷⁹⁶ 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin mahkemelerin milletlerarası yargı yetkisini düzenleyen hükümleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; Uyanık Çavuşoğlu, (Boşanma), s. 140 vd.; Huysal, s. 65-86.

düzenlenen yetki kurallarını esas almalı, Sözleşmeler'in uygulama alanı dışında kalan konularda ise milletlerarası yetkisini 5718 sayılı MÖHUK uyarınca tespit etmelidir.

Bu bakımdan Türkiye'nin taraf olduğu 1961 ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmeleri çalışma konusu açısından Türk mahkemelerinin velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin milletlerarası yetkisinin tespit edilmesi açısından öncelikli kaynaklar olduğundan bu konu, MÖHUK ve 1961 ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmeleri açısından ayrı ayrı ele alınacaktır. Çalışmamızın bu kısmında konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından Bürksel II-A Tüzüğü'nün milletlerarası yetkiye ilişkin hükümleri de incelenecektir.

A. MÖHUK HÜKÜMLERİNE GÖRE TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Mahkemelerin yetkisi, niteliği itibariyle, usul hukukuna ilişkin bir konu olup, ilgili uyuşmazlığın hangi yer mahkemelerinde görülmesi gerektiğini belirler. Mahkemelerin ülke içi yetkisi, yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlık olup olmadığına bakılmaksızın, bir uyuşmazlığın, bir ülkede hangi yer mahkemelerinde görülmesinin uygun olduğunu düzenler⁷⁹⁷. Konumuz bakımından incelenmesi gereken milletlerarası yetki ise, yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlığın hangi devlet mahkemelerinde görülmesinin uygun olduğunu belirlemek için kullanılan bir kavramdır⁷⁹⁸. Bu doğrultuda, milletlerarası yetki, bir devletin, birden fazla devlet makamının yetkili olabileceği yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında kendi idari veya adli makamlarına üstünlük tanınması olarak tanımlanabilir⁷⁹⁹. Milletlerarası yetkinin ikinci anlamı da yabancı bir devlet mahkemesinin vermiş olduğu kararın, başka bir devlette gösterdiği etkidir⁸⁰⁰. Nitekim bu ifadenin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını ve tenfizini ilgilendiren bir konu olduğu ve bu sebeple milletlerarası yetki kavramından, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda hangi devletin makamlarının yetkili olduğunu düzenleyen kuralların anlaşılması gerektiği de ayrıca ifade edilmektedir⁸⁰¹.

⁷⁹⁷ Kuru, s. 151.

⁷⁹⁸ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 365; Doğan, s. 38; Nomer, s. 423; Nomer (Usul Hukuku), s. 52; Çelikel/Erdem, s. 543.

⁷⁹⁹ Çelikel/Erdem, s. 544.

⁸⁰⁰ Doğan, s. 40; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 365.

⁸⁰¹ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 365.

Yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlıkta, bir devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisinin var olduğundan söz edebilmek için, o yer mahkemesinin hem ülkenin iç yetki kurallarına, hem de milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olması gerekmektedir. Buna göre, yetki iki aşamalı olarak belirlenmektedir. İlk olarak, milletlerarası yetki kurallarına göre hangi devlet mahkemelerinin yetkili olduğu tespit edildikten sonra, ikinci aşamada ise, o devletin yetki kurallarına göre ülke içerisinde hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu tespit edilmektedir⁸⁰².

Türk milletlerarası özel hukukunda ise bu yöntem MÖHUK m. 40'ın açıkça düzenlediği üzere, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına bırakılmıştır. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, ülke içinde yer itibariyle yetki kurallarına göre yetkili olan Türk mahkemesinin, milletlerarası yetkisinin de mevcut olduğu kabul edilmektedir⁸⁰³.

Yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlık Türk mahkemelerinin önüne geldiği zaman, mahkeme ilk olarak söz konusu uyuşmazlığı çözmek için yetkili olup olmadığına karar vermelidir⁸⁰⁴. MÖHUK'da yabancılık unsuru barındıran velayet ve çocuğun korunmasına yönelik uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bundan dolayı Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen MÖHUK m. 40'tan hareket edilmelidir. Bu nedenle öncelikle iç hukukta velâyete ilişkin yetki kuralları tespit edilip incelenmelidir.

Velayet ve çocuğun korunması hakkında kararlar boşanma davası ile verilebildiği gibi bağımsız olarak da dava konusu olabilirler. Örneğin; velayetin kaldırılması ve velayetin değiştirilmesi tedbiri, çocuk mallarının korunması veya çocukla kişisel ilişkisinin yeniden düzenlenmesi gibi talepler boşanma davasında ileri sürülebileceği gibi, ayrı bir dava konusu da olabilirler.

Yabancılık unsuru taşıyan velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğun korunması ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde, Türklerin kişi hallerine ilişkin davaların kapsamına giren bir uyuşmazlıkta yetkili Türk mahkemesi MÖHUK m. 41 uyarınca belirlenecektir. MÖHUK'ta özel yetki kuralının (Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar m. 41) kapsamına giren bir uyuşmazlıkta yetkili Türk mahkemesi bu özel kural

⁸⁰² Çelikel/Erdem, s. 543; Doğan, s. 47, 48.

⁸⁰³ Doğan, s. 48.

⁸⁰⁴ Bahadır Erdem, "22.01.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi", Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB, C. 22, S. II, 2002, s. 149.

uyarınca tespit edilecektir. MÖHUK m. 41 hükmüyle, kişi hallerine ilişkin olarak kabul edilen bu ihtilaflar bakımından, taraflardan birinin Türk vatandaşı olması halinde, tarafların her zaman başvurabileceği daimi yetkili bir Türk mahkemesi hazır bulundurulmaktadır⁸⁰⁵.

MÖHUK'taki özel yetki kurallarının kapsamına girmeyen uyuşmazlıklarda ise, MÖHUK'un 40. maddesi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına gönderme yapmaktadır.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 40 veya m. 41'in yaptığı atıfla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen yer itibariyle yetki kurallarıyla tesis edilmektedir⁸⁰⁶.

MÖHUK m. 40'a göre, "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder."

MÖHUK m. 41'e göre, "Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye'de sâkin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür."

Velayete ve koruma tedbirlerine ilişkin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda Devletin mahkemelerinin yetkili olduğunun tespit edilmesinin ardından, yetkili olan Devletteki hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu meselesi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre tatbik edilir⁸⁰⁷.

Söz konusu düzenlemede Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda⁸⁰⁸ iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına atıf yapıldığı görülmektedir. Velayete ve çocuğu koruyucu tedbirlere ilişkin davalarda, kişi hallerine ilişkin davalardandır⁸⁰⁹. MÖHUK m. 41'in uygulama alanı bulması için genel olarak taraflardan birinin Türk vatandaşı olması gerektiği kabul edilse de⁸¹⁰, hükmün amacına uygun olarak, kişisel statüsünde değişiklik olacak tarafın Türk vatandaşı

⁸⁰⁵ **Ulus Karataş**, s. 951; **Nomer** (*Usul Hukuku*), s. 96; **Erten**, s. 95 vd.

⁸⁰⁶ **Huysal**, s. 86 vd.; **Ulus Karataş**, s. 951.

⁸⁰⁷ **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, 3, 49; **Çelikel/Erdem**, s. 544; **Ergin Nomer**, Milletlerarası Usul Hukuku (*Usul Hukuku*), Beta, İstanbul, 2009, 6.189; **Nomer**, s. 439; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 342 vd; **Huysal**, s. 86 vd.; **Ekşi**, s. 46; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 141.

⁸⁰⁸ Kişi hallerine ilişkin davalardan maksat, kişinin kişisel statüsünü ortaya koyan hallerdir. Buna göre, kişi halleri kişinin hal ve ehliyetini tayin eden ve gösteren kişiler hukuku ile aile hukuku meselelerini ifade eder. (**Nomer** (*Usul Hukuku*), s. 224; **Nomer**, s. 472.)

⁸⁰⁹ **Nomer**, s. 472; **Huysal**, s. 94.

⁸¹⁰ **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 385.

olması gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur⁸¹¹. Buna göre, çocuğun veya çocuğun ana, babasının Türk vatandaşı olması yeterli olacaktır⁸¹². Kararın, çocuğun ehliyetine dair hak ve sorumluluklarda değişiklik yaratacağı düşünüldüğünde, MÖHUK m. 41'in uygulanabilmesi için çocuğun Türk vatandaşı olması yeterli olarak kabul edilmelidir. Bu durumda, ana ya da babadan birinin de Türk vatandaşı olması gerekmemektedir⁸¹³.

MÖHUK m. 41'e göre, Türk mahkemelerinin yetkili olabilmesi için, Türk vatandaşlarının kişi halleriyle ilgili davaların yabancı bir Devletin mahkemesinde açılmamış veya açılmamış olması gerekmektedir. Buna göre, davanın yabancı bir Devletin mahkemesinde açılmış olması, Türk mahkemelerinin yetkili olmasını engelleyecek ve milletlerarası derdestlik⁸¹⁴ itirazının ileri sürülebilmesine imkan tanıyacaktır⁸¹⁵. Böylelikle, yabancı ülke mahkemesinde dava açılmasının ardından, davacının Türkiye'de m. 41'e dayanarak dava açması söz konusu olduğunda, yabancı derdestlik gündeme gelebilecek ve bu durum Türkiye'de açılan davanın derdestlik itirazının öne sürülmesi ile reddedilmesine neden olacaktır⁸¹⁶.

Mahkeme MÖHUK m. 41'i uygulayarak velayet veya koruma tedbirlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında milletlerarası yetki kuramazsa, MÖHUK m. 40'a göre milletlerarası yetki kurulabilecektir.

MÖHUK'un 42. maddesi uyarınca, yabancıların kişi halleriyle ilgili bazı davalarda milletlerarası yetki düzenlenmiştir. Buna göre, "*Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesâyet, kayyımlik, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye'de*

⁸¹¹ Nomer, s. 472.

⁸¹² Akıncı/Demir Gökyayla, s.159; Nomer (Usul Hukuku), s. 224.

⁸¹³ Akıncı/Demir Gökyayla, s.159.

⁸¹⁴ Yabancılik unsuru barındıran uyuşmazlıklar bakımından da esas olarak, derdestlik hali, *lex fori*'ye göre belirlenir. Bu anlamda hangi davanın ne zaman açıldığı ve "aynı davadan" ne anlaşılması gerektiği hususu *lex fori*'ye göre belirlenir⁸¹⁴. Milli derdestliğin ortaya çıkması halinde, dava şartı eksikliğinden ikinci davanın usulden reddedileceğini belirtmiştik. Nitekim, aynı uyuşmazlığın hem Türk mahkemelerinde, hem de yabancı bir mahkemede görülmesi halinde, ne yapılması gerektiği hakkında HMK veya MÖHUK'ta doğrudan düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide milletlerarası derdestliğin kabul edilmesi halinde; bunun HMK m. 114/I'e göre bir dava şartı mı, yoksa bir ilk itiraz olarak mı değerlendirileceğine ilişkin görüş farklılıkları bulunmaktadır. (Dava şartı olduğuna ilişkin görüşü kabul edenler için bkz.; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 423; İlk itiraz olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürenler için bkz.; Nomer, s. 457 vd.; Çelikel/Erdem, s. 639 vd.) Milletlerarası derdestlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Ziya Akıncı, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002, s. 1 vd.; Vahit Doğan, Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması, MHB, 2002/2, s. 121 vd.; Nomer, s. 457-459; Çelikel/Erdem, s. 635 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 418 vd.

⁸¹⁵ Çelikel/Erdem, s. 599; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 3.86; Nomer, 474; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 39.

⁸¹⁶ Mine Tan Dehmen, "Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı Möhuk'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı", Public and Private International Law Bulletin, Volume: 33, Issue: 1, 169 – 211, s.179.

sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir.” Madde hükmünde sınırlı olarak sayılmakta olan davalar arasında velayet davaları bulunmamaktadır. Nitekim, yabancı bir çocukla ilgili vesayet kararı verilirken MÖHUK m. 42 hükmü uygulanmalıdır.

Velayete ve koruma tedbirlerine ilişkin bir davanın yetkisiz mahkemede açılması halinde, söz konusu durum mahkemelerce re’sen dikkate alınmaz. Davalının itiraz etmesi üzerine yetkisizlik kararı verilmesi söz konusu olur⁸¹⁷. Davalının, esasa cevap süresi içinde yetki itirazında bulunmaması nedeniyle davanın görülmesi ve karara bağlanması halinde, kararın diğer Devlet mahkemelerinde tenfizi bakımından bir takım engellerin gündeme gelmesi mümkün olabilir.

Üzerinde durulması gereken bir başka önemli konu ise, tarafların velayet ve çocuğun korunmasına yönelik tedbirler konusunda yetki anlaşması yapıp yapamayacağıdır. Türk Hukukunda sadece yabancılık unsuru taşıyan borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşma yapabilmeleri mümkündür. (MÖHUK m. 47) Dolayısıyla, velayete ve koruma tedbirlerine ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların yetki anlaşması yapabilmeleri mümkün olmayacaktır.

Türk Hukukunda, yer itibarıyla yetki kuralları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda⁸¹⁸ düzenlenmiştir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tespit edilirken HMK hükümleri incelenmelidir. Bu anlamda, HMK m. 6/I genel yetki kuralıdır. HMK m. 6 uyarınca, “*davalının davayı açtığı tarihteki yerleşim yeri*” mahkemesi genel yetkili mahkemedir.

HMK’da velayete ve çocuğu koruyucu tedbirlere ilişkin davalara ilişkin özel bir yetki kuralı düzenlenmemiştir. Bu nedenle konumuz özelindeki davalara, HMK m. 6 uyarınca genel yetki kuralı uygulanacaktır. Davalının Türkiye’de yerleşim yeri mevcut değilse, HMK m. 9’a göre, dava, “*Türkiye’de davalının mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde*” açılacaktır.

Yabancılık unsuru bulunduran velayet sorumluluğu, kişisel ilişki kurulması, çocuğun korunması kapsamında çocuğun şahsını ve mallarını koruyucu tedbirler alınmasına yönelik davalarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 40 ve m. 41’in HMK’ya yaptığı atıfla HMK m. 6 (“*davalının dava açıldığı tarihte Türkiye’de bulunan yerleşim yeri*”) ve m. 9’a göre (“*Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar için; davalının Türkiye’de mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi*”); çekişmesiz yargı işlerinde ise, HMK m. 384’e göre

⁸¹⁷ Çelikel/Erdem, s. 510; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 290.

⁸¹⁸ RG, 04.02.2011 T., 27836 S.

(“talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin Türkiye’de sakin olduğu yer mahkemesi”) tayin edilecektir⁸¹⁹.

İç hukukumuzda baktığımızda, HMK’da belirlenen genel yetki kuralının yanında TMK’da ve özel kanunlarda konumuza ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili özel yetki kurallarına yer verildiğini görmekteyiz.

TMK m. 283 uyarınca, soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yerinde açılır⁸²⁰.

Boşanmanın sonucunda verilen velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocukla ilgili koruyucu tedbirlerin alınmasına ilişkin (TMK m. 336/III) ilişkin yetki ise, TMK m. 168/I uyarınca, boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik talepler konusunda ise, TMK m. 326’ya göre çocuğun oturduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır⁸²¹.

Boşanma kararı sonucunda verilen velayet kararının değişen koşullara uyarlanması talepleriyle ilgili davalarda ise, HMK m. 6 uyarınca genel yetkili mahkemeler yetkilidir.

Velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi ise, HMK m. 382/II/13 kapsamında çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmiştir. Bu durumda söz konusu taleplerle ilgili HMK m. 384 uyarınca, talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin Türkiye’de oturduğu yer mahkemesi yetkili kabul edilir⁸²².

Çocuğun şahıs varlığının korunmasına ilişkin TMK m. 346, m. 347 ve m. 348’de (HMK m. 382/II) düzenlenen tedbirlerin alınması çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmektedir⁸²³. HMK m. 382/II’de sayılı olmasa da (TMK m. 348’de düzenlenen velayetin kaldırılmasına ilişkin tedbir, HMK m. 382/II-13’te sayılmıştır.) TMK m. 346 ve m. 347, hakim’in re’sen harekete geçtiği HMK m. 382/I-c’deki durumlardan sayılmaktadır⁸²⁴. Ayrıca, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi (tevdii) ve kaldırılan velayetin geri verilmesi,

⁸¹⁹ Çelikel/Erdem, s. 572-578; Huysal, s. 86 vd.; Erdem, s. 168; Uluşu Karataş, s. 951, dipnot, 120.

⁸²⁰ Çelikel/Erdem, s. 576.

⁸²¹ Doğan, s. 120.

⁸²² Erdem, s. 168; Çelikel/Erdem, s. 572 vd.; Akıncı/Demir Gökyayla, s.159; Huysal, s. 86 vd.; Uluşu Karataş, s. 951.

⁸²³ Baki Kuru, Ali Cem Budak, “Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, 2011, s. 32.

⁸²⁴ Kuru/Budak, s. 32.

HMK m. 382/II-13'e göre çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmektedir. Buna göre, TMK m. 346 ve 347'de düzenlenen önlemlerle ilgili HMK m. 384'e göre "*talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin Türkiye'de sakin olduğu yer mahkemesi*" yetkili olacaktır.

Çocuğun mallarının korunması ile ilgili tedbirleri alma konusunda da (TMK m. 360, 361) yetkili mahkemeye ilişkin TMK ve HMK'da düzenleme bulunmamaktadır. TMK m. 21'e göre, velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri ana ve babasının yerleşim yeridir. Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğün 4. maddesi uyarınca, çocuğun mallarının korunmasına ilişkin talepler konusunda velayet hakkı sahibi sağ kalan eşin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir⁸²⁵. TMK m. 21 hükmü ile Tüzük'ün 4. maddesi beraber değerlendirildiğinde, velayet hakkı sahibi ebeveyn ve çocuğun yerleşim yeri mahkemesi çocuğun mallarının korunması ile ilgili tedbirleri alma konusunda yetkili olacaktır.

Çocuğa ait bir taşınmazın aynını konu alan uyuşmazlıklar bakımından HMK m. 12'de açıkça düzenlenen kesin yetki kuralı uygulanacaktır. Bu doğrultuda, çocuğun taşınmazının aynında ve aynına ilişkin hak sahipliğinde değişikliğe sebep olan davalar bakımından kesin yetki kuralı olarak, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılacaktır⁸²⁶.

Çocuğun kişi varlığının korunmasıyla ilgili tedbirleri alma konusunda özel yetki kuralı ise Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 8 ve ÇKK m. 8'de düzenlenmiştir. ÇKK m. 5 uyarınca, koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını amaçlayan; danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Söz konusu tedbirler, Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 8 ve ÇKK m. 8 uyarınca, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun menfaatleri bakımından kendisinin, ana, baba, vasisi veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki çocuk hâkimince alınır.⁸²⁷

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a göre, bazı tedbirler mahkemeler tarafından alınırken bazıları ise, başka makamlar tarafından alınmaktadır. Kanunun 8. maddesinde düzenlenen yetki kuralı, çekişmesiz yargı işleri için öngörülen genel yetki kuralına göre farklılık arz etmektedir. Kanunun yetkili mahkemeyi

⁸²⁵ 20. HD., E. 2018/5582 K. 2018/7536 T. 26.11.2018; 20. HD., E. 2018/5858 K. 2018/8063 T. 10.12.2018; 20. HD., E. 2018/5360 K. 2018/7559 T. 26.11.2018, <https://www.lexpera.com.tr/> (Erişim Tarihi, 01.05.2019)

⁸²⁶ Kuru, s. 147.

⁸²⁷ RG. 24.12.2.2006 T., 26386 S.

düzenleyen maddesine göre; “tedbir kararları en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hakiminden, mülkî amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir “(m.8/I)⁸²⁸.

Kanımızca çocuğun yararı ilkesini en çok gözeten düzenleme AKKHK’da yer almaktadır. Çocuğun “en kolay ulaşabileceği yer hakimi”, çocuğun yerleşim yeri mahkemesi veya geçici olarak bulunduğu yerdeki mahkeme olabilir. Her yerde çocuğun ulaşabileceği bir mahkemeyi hazır tutmak, çocukla ilgili hızlı bir şekilde tedbirlerin alınmasını sağlayacaktır.

B. 1961 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ'NDE ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİ

Sözleşme’de, çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirlerin hangi devletin makamları tarafından alınması gerektiği m. 1, m. 4, m. 5, m. 9 ve m. 15’te düzenlenmiştir.

İlk olarak, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin, idari ya da kazaî makamlarının, çocuk ve malları hakkında koruma tedbirleri alma konusunda yetkili olduğu düzenlenmiştir. (m. 1) Bu hükümden anlaşıldığı üzere, Sözleşme’ye göre koruma tedbirlerinin alınması konusunda yetki sadece mahkemelere değil, aynı zamanda idari makamlara da verilmiştir.

Sözleşme uyarınca, çocuğun kişiliğinin ve mallarının korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasında çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamları da yetkilendirilmiştir. Sözleşme’nin dürdüncü maddesinde düzenlenen hükme bakıldığında, çocuğun vatandaşı olduğu devlet makamları, çocuğun mutad meskeni devletin makamlarına haber vermek şartıyla çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda, çocuğun kişiliğini ve mallarını korumaya ilişkin tedbirler almakta yetkilidirler. Bu düzenleme, çocuğun hem mutad mesken devleti makamlarının, hem de vatandaşı olduğu devletin makamlarının koruma tedbiri alması durumunu da düzenlemiştir. Söz konusu durumda, çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamlarına üstünlük sağlanarak onların aldığı koruma tedbiri kararlarının, çocuğun mutad mesken devleti makamlarından alınan koruma tedbiri kararlarının yerine geçtiği hükme alınmıştır⁸²⁹. Bu hükmün uygulanmasının, çocuğun üstün yararının korunmasına hizmet edip etmeyeceği ise şüphelidir. Nitekim bu uygulama, çocuğun mutad meskeni devletinde, yani aşına olduğu, kendini daha

⁸²⁸ **Ashı Aras**, “Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S.1, Yıl, 2016, s. 82

⁸²⁹ **Ekşi (Tenfiz)**, s. 445.

rahat ifade edebildiği devlette daha iyi korunacağı düşüncesine aykırı düşmektedir. Fakat çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamlarına tanınan söz konusu yetkinin “istisnai” nitelikte olduğunu unutmamak gerekmektedir.

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi durumu da Sözleşme’de ayrıca düzenlenmiştir. Çocuğun mutad meskeni devletin değişmesi söz konusu olduğunda, önceki mutad meskenin bulunduğu devlet makamlarının aldığı koruma tedbiri kararları, yeni mutad mesken devleti makamlarınca kaldırılmadığı veya değiştirilmediği sürece mevcudiyetini sürdürmektedir. (m. 5/I) Önceki mutad mesken devletin aldığı koruma kararının kaldırılması halinde ise, bu durumun o devletin makamlarına bildirilmesi gerekmektedir. (m. 5/II) Çocuğun vatandaşı olduğu devletten başka bir devlete nakil olması halinde ise, vatandaşı olduğu devletin makamlarının almış olduğu tedbir kararları, yeni mutad mesken devletinde geçerli kabul edilmektedir. (m. 5/III) Bu hükümde de çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamlarından alınan koruma tedbiri kararlarına üstünlük tanındığı görülmektedir.

Sözleşme, ananın ya da babanın evliliğin iptali, feshi veya gevşetilmesi taleplerini değerlendiren her taraf devletin aynı zamanda çocuğun ve mallarının korunmasına yönelik tedbirleri alma konusunda da yetkili olduğunu kabul etmektedir. (m. 15) Fakat söz konusu kararların diğer taraf devletlerce tanınması mecburi değildir. Bir diğer ifadeyle, bu kararlar ile alınan, çocuğun veya mallarının korunmasına ilişkin tedbirler, Sözleşme’de kabul edilen doğrudan tanıma usulüne tabi değildir.

Sözleşme’de milletlerearası yetkiye ilişkin son olarak, acil durumlarda, her taraf devletin çocuğun ve mallarının korunmasına ilişkin tedbir alabilmesi hali düzenlenmiştir. Acil durumlarda koruyucu tedbirlerin alınması hali ise taraf devletlerin kendilerine tanınan yetkilendirme ile mümkün olmaktadır. (m.9) Sadece acil durumlar için olan bu yetki, yetkili devletin makamları tarafından gerekli tedbirleri alması ile kalıcı olarak sona ermektedir. Böylelikle söz konusu yetkinin süresiz ya da acil durum sürdüğü müddetçe mevcut olduğu düşünülmemelidir. Fakat acil durumdan ne anlaşılması gerektiği hükümde açıklanmamıştır. Acil durum kavramının vasıflandırılması bu durumda da *lex fori*’ye yani o devletin hukuk kurallarına göre yapılmalıdır. Acil durum kavramının neyi ifade ettiğini anlamak açısından Hukukumuzda hangi hallerin acil durum olarak nitelendirildiğine bakmak gerekirse; doğal afet, iç savaş, sıkıyönetim ya da devletin güvenliğini tehlikeye düşüren her durumun Sözleşme’nin uygulanması halinde de acil durum statüsünde söylenebilir.

C. 1996 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ'NDE ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİ

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulama alanına çocuğun kişi ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasına ilişkin, hangi akit Devlet makamlarının yargılama yetkilerinin bulunduğu ilişkin hükümler Sözleşme'nin 5 ila 14. maddeleri arasında yer almaktadır. Sözleşme, yargı yetkisini haiz akit Devletleri belirlemektedir; akit Devlette yetkili olan makamları belirlemek ise, Devletlerin kendi iç hukuklarına bırakılmıştır⁸³⁰. Sözleşme'de kaleme alınan yetki kuralları, Sözleşme'nin uygulanmasına yönelik çok önemli bir role sahiptir⁸³¹. Nitekim, Sözleşme'de düzenlenen diğer hükümlerin uygulanabilmesi, taraf Devletlerin, Sözleşme'deki yetki kurallarına göre yetki tesis edebilmelerine bağlıdır⁸³².

1. Yetki Kurallarının Uygulama Alanı

a. Yer Bakımından Uygulama Alanı

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf bir Devletin ülkesinde bulunma zorunluluğu bulunmamakla beraber, çocuğun mutad meskeninin, Sözleşme'ye taraf bir Devlette bulunması durumunda, koruma tedbirleri alma hususunda Sözleşme'ye taraf Devlet makamları tarafından milletlerarası yetkinin, Sözleşme hükümlerine göre tesis edilmesi gerekmektedir. (m. 5-14) Dolayısıyla, çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf bir Devlet ülkesinde bulunması halinde, Sözleşme'ye taraf Devletin milletlerarası yetkisi, Sözleşme'nin yetki kurallarına göre tesis edilemiyor ise, tedbir alınmasıyla ilgili taraf Devletin milletlerarası yetkisinin olmadığı kabul edilir⁸³³.

Çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf bir Devletin ülkesinde bulunması bu noktada yetki kuralları bakımından Sözleşme'nin uygulanması itibarıyla bir “ön koşul” değildir. Nitekim, daha önceden değindiğimiz üzere, çocuğun mutad meskeninin taraf bir

⁸³⁰ *Practical Handbook*, s. 39.

⁸³¹ *Practical Handbook*, s. 40.

⁸³² *Practical Handbook*, s. 40.

⁸³³ Sözleşme'de düzenlenen milletlerarası yetkiye ilişkin hükümlere göre yetkili olmayan bir taraf Devlet makamının, kendi iç hukukunun kuralları doğrultusunda yetki tesis ederek aldığı koruma tedbirlerinin, Sözleşme'ye taraf olan diğer Devletler tarafından tanınması ve tenfizinin reddedilebileceği m. 23/II/(a) uyarınca düzenlenmiştir. **Lagarde**, para. 84, s. 573; *Practical Handbook*, s. 39.

Devlette bulunması, taraf devletlere koruma tedbirleri alınırken Sözleşme'nin milletlerarası yetkiye ilişkin düzenlemelerini, kanunlar ihtilafı kurallarını ve tanıma tenfize ilişkin hükümleri uygulama yükümlülüğü altına sokmaktadır⁸³⁴.

b. Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Sözleşme'nin koruma tedbirleri alınırken makamların yetkisine ilişkin düzenlemeleri, ancak, bir devlette Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra o devlette alınan çocuğu koruyucu tedbirler için uygulama alanı bulur. (m. 53/I) Sözleşme, bir Devlette yürürlüğe girmeden önce, söz konusu Devletin yetkili makamları tarafından alınmış olan koruyucu tedbir kararları, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle (bahsi geçen Devlet makamlarının artık milletlerarası yetkiye sahip olmamasına rağmen) geçerliliğini koruyacaktır. Sözleşme yürürlüğe girdiği esnada, koruyucu tedbir taleplerine ilişkin taraf Devlet makamları henüz bir karar vermemiş olabilir, bu durumda, yargılamanın akıbeti o Devletin iç hukukuna göre belirlenecektir⁸³⁵.

Sözleşme'nin Türkiye'de yürürlüğe girmesi ile (01.02.2017) Türk mahkemelerinin önünde derdest bir çocuğu koruma tedbiri talebi bulunuyorsa, söz konusu talep ile ilgili Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve yargılama, iç hukuka göre tatbik edilecektir. Türk usul hukuku intikal hükümlerine göre, yargılama düzenini ilgilendiren konuların kamu düzeninden olmaları hasebiyle yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren henüz karara bağlanmamış veya tamamlanmamış işlemlere re'sen ve derhal uygulanmaları gerekir⁸³⁶. Böylece, Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarih olan 01.02.2017'de derdest olan çocuğu koruyucu tedbir taleplerinde yetkili olan Türk mahkemeleri, Sözleşme'ye göre yetkili olamasalar bile mevcut yetkilerini devam ettirerek, yargılamayı sürdüreceklerdir⁸³⁷.

2. Sözleşme'de Düzenlenen Yetki Kuralları

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde yetki kuralları düzenlenirken, Sözleşme'nin etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla milletlerarası yetki tek bir taraf Devlette merkezileştirilmek istenmiştir. Bu doğrultuda, söz konusu merkezi yetkiye, başka eş zamanlı

⁸³⁴ **Ulus Karataş**, s. 918.

⁸³⁵ **Lagarde**, para. 177, s. 603; *Practical Handbook*, s. 190.

⁸³⁶ **Emre Esen**, "5718 Sayılı MÖHUK'un Zaman İtibariyle Uygulama Alanı", İBD, Cilt 83, S. 2009/III, s. 1370; **Nomer**, s. 30; **Çelikel/Erdem**, s. 30 vd.

⁸³⁷ **Ulus Karataş**, s. 924.

yetki tesis edecek hükümlerden kaçınılmıştır⁸³⁸. Bu anlamda, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi’ndeki uygulamada zorluklara neden olan yetki karmaşasının tekrarlanmasını engellemek amacıyla, çocuğu koruyucu tedbirleri almada milletlerarası yetki, “*çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarında*” toplanmaya çalışılmıştır⁸³⁹.

Çocuğun kişi ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbir alınmasıyla ilgili akit Devletin makamlarına başvurulduğunda, söz konusu makamın tedbirleri alma konusunda yetkili olup olmadığının tespiti için aşağıdaki incelemeler yapılmalıdır⁸⁴⁰.

i) İlk olarak, genel yetki kuralı olan m. 5 (genel yetki kuralı) kapsamında, yetkili makamın yargı yetkisinin olup olmadığına bakılmalıdır.

ii) m. 5 kapsamında yetki tesis edilemiyorsa; m. 6 ve 7’ye göre yetkili makamın yetki tesis edip edemeyeceğine bakılmalıdır. Yine yetki tesis edilememesi halinde yetkili makamın Sözleşme kapsamında koruma tedbiri almaya yetkili olmadığı kabul edilir ve ancak acil durumun söz konusu olması halinde m. 11 ve m. 12’ye göre koruyucu tedbirler alınabilir.

iii) m. 5 kapsamında yetki tesis edilebiliyorsa; m. 13/I kapsamında kapsamında aynı koruyucu tedbirin alınması için başka bir yetkili akit devlet makamına başvurulmamışsa, yetkili makamın yargı yetkisinin olduğu kabul edilir.

iv) m. 13/I kapsamında kapsamında aynı tedbirin alınması için önceden başka bir yetkili akit devlet makamına başvurulması halinde, bu talep incelenirken, yetkili taraf devlet makamlarının yargı yetkisinin olmadığı kabul edilir. Bu durumunun iki adet istisnası bulunmaktadır. Bunlar; (I) Önceden tedbir talebinde bulunan makamların, yargı yetkisini reddetmesi hali ve (II) m. 11 ve m. 12 kapsamında acil koruma tedbirlerinin alınması halidir. Bu durumlarda m. 13/I uygulanmayacaktır.

Sözleşme’nin 5 ila 10 maddeleri arasında, mutad meskeni taraf bir devlette olan çocuk hakkında koruyucu tedbirlerin alınmasında hangi devletin makamlarının milletlerarası yetkiyi haiz olduğu düzenlenmiştir. Bunun yanında, çocuğun mutad meskeninin taraf bir Devlette bulunmadığı hallerde, taraf Devletin milletlerarası yetkisini ancak Sözleşme’nin “sınırlı ve geçici akit devlet makamlarının” yetkisini hükme bağlayan m. 11 ve m. 12’nin şartlarını sağlaması halinde kullanabilmesi mümkündür⁸⁴¹. Ayrıca, Türkiye’nin Sözleşme’ye koyduğu

⁸³⁸ **Lagarde**, para. 179, s. 605; *Practical Handbook*, s. 39 vd.

⁸³⁹ **Tiryakioğlu** (*Çocuklara İlişkin Kurallar*) s. 25; **Tiryakioğlu** (1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*), s. 390; **Ulusü Karataş**, s. 931.

⁸⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Practical Handbook*, s. 39.

⁸⁴¹ **Ulusü Karataş**, s. 932.

çekince nedeniyle “*çocuğun Türkiye’de bulunan mallarına yönelik Türk makamlarının yetkisi*” söz konusu olacaktır⁸⁴². Söz konusu hususlar çalışmamızda üç ana başlık altında incelenecektir.

a. Genel Yetki Kuralı

Genel yetki kuralı olan m. 5/I uyarınca, “*çocuğun kişiliğinin veya mallarının korunmasına yönelik tedbirleri almaya çocuğun mutad meskeni olan Devletin adli veya idari makamları yetkilidir.*”

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi durumunda ise, yetki mutad meskeni takip ettiği için, yeni mutad meskenin bulunduğu Devletin makamları yetkili olacaktır⁸⁴³. (m. 5/II) Sözleşme’nin ‘*yargı yetkisinin devamlılığı*’ konseptini sağlamamasına rağmen, çocuğun mutad meskeninin değişmesinin önceden alınan koruma tedbirlerinin hiçbirini sonlandırmadığı unutulmamalıdır⁸⁴⁴. Çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu Devletin yetkili makamları gereken tedbirleri alana kadar, önceki tedbirler uygulanmaya devam edecektir⁸⁴⁵.

Çocuğun mutad meskeninin bir taraf Devlettten diğerine taşınması durumunda, eski mutad meskenin bulunduğu Devletin yetkili makamlarına bir koruma tedbiri talebinde bulunulmuşsa, yani bekleyen bir yargılama söz konusuysa, Açıklayıcı Rapor *perpetuatio fori* (yetkinin devam etmesi ikesi) ilkesinin uygulanmamasını ve dolayısıyla yargı yetkisinin yeni mutad mesken makamlarına geçmesi gerektiğini önermektedir⁸⁴⁶. Bu durumda yargılama yetkisinin devri gündeme gelecektir. Söz konusu durum için bir çözüm de Brüksel II a Tüzüğünde (AT No: 2201/2003)⁸⁴⁷ düzenlenmiştir. Tüzüğün 8. maddesinde, “*Davanın açıldığı*

⁸⁴² **Ulusı Karataş**, s. 931.

⁸⁴³ *Practical Handbook*, s. 40; **European Parliament Legal Affairs Study for JURI Committee**, s. 16.

⁸⁴⁴ Bu durumda Sözleşme’de “tedbirlerin devamlılığı” prensibinin benimsendiğini ileri süren görüş için bkz.; **Ulusı Karataş**, s. 933.

⁸⁴⁵ *Practical Handbook*, s. 40.

⁸⁴⁶ **Lagarde**, para. 42, s. 555; *Practical Handbook*, s. 40.

⁸⁴⁷ Tüzüğün tamamı için bkz.; <https://eur-lex.europa.eu/> (Erişim Tarihi 18.04.2019) Tüzük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **Sema Çörtoğlu Koca**, “Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Editörler: Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ekim 2016, s. 243 vd; **Faruk Kerem Giray**, “Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003) Yetki Kuralları “(Brüksel IIa Tüzüğü)”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Editörler: Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ekim 2016, s. 235 vd.; **Magnus, U./Mankowski P./ Pintens W.**, Brussels Ibis Regulation, Editor: Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich, Sellier European Law Publishers, 2012, s. 1 vd; **Nimet Özbek Hadimoğlu**, “Yeni Brüksel II Tüzüğü Üzerine Bir İnceleme”, Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Ankara Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 2012, s. 347; **Evangelos Vassilakakis**, “The Impact of Substantive Law on the Metarial Scope of the Application of Regulation Brussels Ibis”, Pubic and Private International Law Bulletin, C. 35, S. 2, s. 52 vd; **Nuray Eksi**, “Avrupa Birliği Brüksel Ibis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet

sırada, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu üye Devlet mahkemelerinin yargılama yetkisine sahip olacağı ve çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde de mahkemenin mevcut yetkisinin devam edeceği düzenlenmiştir.”

b. Genel Yetki Kuralının İstisnaları

Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen genel yetki kuralına, Sözleşme'nin 6 ila 10. maddelerinde istisnai yetki kuralları öngörülmüştür. Söz konusu istisnai haller; çocuğun mutad meskeninin bulunmadığı durumlar (m. 6), uluslararası çocuk kaçırma halleri (m. 7), yetki devri halleri (m. 8 ve m. 9)'dir.

aa. Çocuğun Mutad Meskeninin Bulunmadığı Durumlar

Sözleşme'nin 6. maddesine göre, “mülteci çocuklar”, “ülkelerinde meydana gelen karışıklıklar nedeniyle yerlerinden edilmiş çocuklar”⁸⁴⁸ ve “mutad meskeni tespit edilemeyen çocuklar”⁸⁴⁹ bakımından m. 5/I uyarınca koruma tedbirlerinin alınmasında esas yetkili makamlar, çocuğun topraklarında bulunduğu taraf devlet makamlarıdır⁸⁵⁰.

bb. Uluslararası Çocuk Kaçırma Halleri

Sözleşme'de düzenlenen genel yetki kuralına getirilen ikinci istisna ise, m. 7'de düzenlenen çocuğun haksız olarak kaçırılmış ve alıkonulmuş olması durumudur. Söz konusu hükme göre, haksız şekilde kaçırılan veya alıkonan çocuklar, götürüldükleri yerde bir mutad mesken edinene kadar, önceki mutad mesken makamları koruyucu tedbirler alma bakımından mevcut yetkilerine sahip olmaya devam edeceklerdir⁸⁵¹. (m. 7/I) Bu durumda, taraf devlet makamları, yalnızca, çocuğun kişi ve malvarlığını koruyucu zorunlu nitelikte acil koruma

Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi” “(Brüksel Ila Tüzüğü)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı 2009, s. 1144.

⁸⁴⁸ “Yerlerinden edilmiş çocuklar”, (*internationally displaced children*) ifadesi, farklı akit Devletlerin iç hukuklarında mülteci (*refugee*) kavramının farklı anlamlara gelmesi öngörülerek, madde kapsamının yoruma açık bırakılması amacıyla bilinçli olarak tercih edilmiştir. Bu şekilde bir düzenlemenin kaleme alınmasıyla, Sözleşme'den geçici koruma statüsünden yararlanan çocuklarda faydalanabilecektir. (*Handbook*, s. 162.); Ayrıca bkz. **Uluslararası Karataş**, s. 934.

⁸⁴⁹ Mutad meskeni tespit edilemeyen çocuklara yönelik çocuğun bulunduğu yerin makamlarının yetkisi *forum necessitatis* (mecburi yetki tesisi) olarak nitelendirilir. (*Practical Handbook*, s. 162.) Çocuğun mutad meskeninin tespit edilemediği durumlara örnek vermek gerekirse; Çocuğun sıklıkla iki veya daha fazla Devlete gidip gelmesi, çocuğa eşlik eden ebeveynlerinin bulunmaması ve çocuğun terk edilmiş olması durumu, çocuğun önceki mutad meskeninin tespit edilememesi ve yeni bir mutad meskene sahip olduğuna ilişkin yeterli delil bulunmaması halleri. (*Handbook*, s. 42)

⁸⁵⁰ Bu konuda detaylı bilgi için bkz.; **European Parliament Legal Affairs Study for JURI Committee**, “*Children On the Move: A Private International Law Perspective*”, PE 583.158, Haziran 2017, s. 18.

⁸⁵¹ **Tiryakioğlu**, (1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*), s. 392; **Uluslararası Karataş**, s. 935; **Ataman Figanmeşe**, s. 63 vd; **Giray** (1980 tarihli *Lahey Sözleşmesi*), s. 116.

tedbirleri alabilirler. (m. 11) Bu durumda, çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu taraf Devletin makamları m. 12 uyarınca geçici koruma tedbirleri alamazlar⁸⁵².

Haksız şekilde kaçırılan veya alıkonan ancak götürüldükleri yerde yeni bir mutad mesken edinen çocuklar için ise, önceki mutad mesken makamlarının yetkisi son bulacaktır. (m. 7/I) Çocuğun yeni mutad meskene sahip olması ise bazı şartlara bağlanmıştır. Buna göre; velayet hakkını haiz kişi (çocuk üzerinde bakım ve gözetim hakkını haiz kişi), kurum veya başka bir organın, çocuğun haksız götürülmesine ve alıkonulmasına rıza gösteriyorsa (7II/a) veya söz konusu kişi ve kurumlar, (çocuğun nerede tutulduğuna ilişkin bir bilgisi olduktan veya olması gerektikten itibaren bir yıllık süre boyunca çocuk götürüldüğü veya alıkonulduğu Devlette ikamet ediyorsa) bir yıllık süre zarfı içinde herhangi bir iade talebi için başvurmamışlarsa ve çocuk yeni çevresine alışmışsa, çocuğa ilişkin koruma tedbiri alma yetkisi çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu devlete intikal edecektir⁸⁵³. (m. 7/I/b)

cc. Yargılama Yetkisinin Devri

Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri uyarınca, “çocuğun kişiliğini ve mallarını daha iyi koruyabilecek bir taraf Devlet bulunması” halinde, Sözleşme'nin genel yetki kuralları uyarınca yetkisi bulunan taraf Devletin yetkisinin, aslında yetkili olmayan taraf Devlet makamlarına devri (*transfer of the jurisdiction*) söz konusu olabilir. Bu noktada iki Devletinde Sözleşme'ye taraf olması şartı bulunmaktadır. Buna göre, Sözleşme'ye taraf olmayan bir Devlet'in makamlarına yetki devrinin yapılması mümkün olmayacaktır⁸⁵⁴. Yetki devrinin yapılacağı taraf Devlet ile çocuk arasında sıkı ilişkinin bulunması gerekir⁸⁵⁵. Bu doğrultuda, yetki devrinin gerçekleşebilmesi için ön şart, “çocuğun üstün yararının” bu durumu gerektirmesidir⁸⁵⁶.

Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu taraf Devlet makamlarından ziyade, çocuğun yararını daha iyi koruyabilecek bir diğer taraf Devlet makamının, yargılama yetkisinin devri konusunda “yetki devri” ile yetki iktisap etmesine ilişkin m. 8 ve m. 9'da düzenlenen mekanizmanın, *common law* sistemine ait bir kavram olan *forum non conveniens*⁸⁵⁷ (uygun

⁸⁵² Lagarde, para. 51, s. 559.

⁸⁵³ Lagarde, para. 48, 49, s. 557; Giray, (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 253, 254, 255.

⁸⁵⁴ Practical Handbook, s. 57; Lagarde, para. 53, s. 559;

⁸⁵⁵ Practical Handbook, s. 57; Lagarde, para. 58.

⁸⁵⁶ Tiryakioğlu, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 393; Ulusu Karataş, s. 936.

⁸⁵⁷ “*Forum non conveniens*” doktrini, mahkemelerin dava ile daha yakın irtibata sahip ve daha da önemlisi, davayı görme konusunda daha “uygun” bir mahkemenin mevcut olması sebebiyle yargı yetkisinden feragat edilebilmesini ifade etmektedir. K. Sedat Sirmen, “Uluslararası Havacılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrininin Uygulanmasında Emsal Karar: Piper Aircraft Co. V. Reyno Davası”, AÜHFD, 63 (1) 2014: 199-217, s. 215; Lagarde, para. 52, s. 559; Tiryakioğlu, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 393. “*Forum non conveniens*”

olmayan yargı yeri) öğretisinin Sözleşme’de düzenlenmiş hali olduğu kabul edilmektedir⁸⁵⁸. Tiryakioğlu’na göre, 8. ve 9. maddelerde düzenlenen yetki devrine ilişkin kurallar, “uygun olmayan” ve “uygun olan” makamlar için tersine çevrilebilir⁸⁵⁹. *Forum non conveniens* ilkesine göre, davaya bakan mahkeme, aslında milletlerarası yetkisi olmamasına rağmen, uyuşmazlıkla daha yakın irtibatlı bir mahkeme bulunduğu için davayı reddetmektedir. Görüldüğü üzere, esas itibarıyla durum mahkemenin takdirindedir. Söz konusu takdiri kullanırken, dava açılan yerin uyuşmazlıkla bağlantısı, davacının söz konusu mahkemede dava açarken kötü niyetli olarak davalıyı zor durumda bırakmak amacıyla hareket edip etmediği, yargılamanın en kolay, hızlı ve en az masraflı nerede görüleceği gibi ölçütler dikkate alınmaktadır⁸⁶⁰.

Sözleşme’ye göre düzenlenen yetki devrine ilişkin talepler iki yönlü olarak yapılabilir. Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında, m. 5 ve m. 6’ya göre, genel yetkiyi haiz taraf bir devlet makamı, belirli bir koruyucu tedbir bakımından, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağına ilişkin kanaat getiriyorsa, başka bir taraf Devlet makamına yetki devrine ilişkin öneride bulunabilir. Tam tersi bir durum olarak; Sözleşme bakımından milletlerarası yetkisi bulunmayan bir taraf Devlet makamı da, çocuğun üstün yararını koruma konusunda kendisini daha uygun görürse, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yetkili taraf Devlet makamından (m. 5) yargı yetkisinin kendisine devredilmesini talep edebilir⁸⁶¹.

c. Acil Durumlarda ve Ülkesel Etkiye Sahip Geçici Koruma Tedbirlerinde Yetki

Sözleşme’nin 11 ve 12. maddelerinde, acil durumlara ilişkin ve ülkesel etkiye sahip geçici koruma tedbirleri çerçevesinde çocuğun kişiliğinin ve mallarının bulunduğu taraf Devletin makamları yetkilendirilmiştir. Söz konusu hükümlerde düzenlenen yetki, Sözleşmenin 5 ila 10. maddelerinde düzenlenen kurallara göre yetkili kabul edilen taraf devlet makamlarının yetkisi ile aynı anda kullanılabilirler⁸⁶². Bu durumda, Sözleşme’de düzenlenen iki istisnai halde, farklı taraf Devlet makamlarının çocuğun mutad meskeni makamının izni olmaksızın

doktrinine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; **Feriha Bilge Tanribilir**, “30 Haziran 2005 tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi” (Yetki), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y.2007, s. 332; **Edward L. Barrett Jr.**, “The Doctrine of Forum Non Conveniens”, California Law Review, Volume 35 | Issue 3, Article 4, 1947. S. 380 vd.; **Nomer**, s. 495 vd.; **Şanlı/Esen/Figanmeşe Ataman**, s. 360 vd.; **Ulus Karataş**, s. 936; **Giray** (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 255.

⁸⁵⁸ **Tiryakioğlu**, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 393.

⁸⁵⁹ **Tiryakioğlu**, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 393.

⁸⁶⁰ **Akıncı**, s. 28; **Tiryakioğlu**, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 393.

⁸⁶¹ **Ulus Karataş**, s. 936, 937.

⁸⁶² **Tiryakioğlu**, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi) s. 397 ; **Ulus Karataş** s. 944.

karar vermesine imkan tanınmıştır⁸⁶³. Nitekim, söz konusu iki istisnai halde de, 11. ve 12. maddelerde öngörülen makamların vermiş olduğu kararlar, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddelerinde öngörülen makamların aynı konuda karar vermeleri üzerine geçerliliklerini yitirir⁸⁶⁴.

Sözleşme'nin 11. maddesine göre,

“çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu taraf Devlet makamlarından her biri öngörülen şartlar altında, acil durumların zorunlu kıldığı koruma tedbirlerini alma konusunda yetkiye sahiptir.”

Buna göre, m. 11 acil durumlar bakımından Sözleşme'ye taraf devletlerden her birine karar verme yetkisi tanımaktadır⁸⁶⁵. Çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu taraf Devlet makamlarının m. 11'e göre eşzamanlı yetki sahibi olabilmesi için çocuğun kişiliğinin veya mallarının korunmasını gerektiren acil bir durumun varlığı söz konusu olmalıdır. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporu'na göre, çocuğun kişiliği ve mallarıyla alakalı telafisi mümkün olmayan zararlara yol açacak veya çocuğun üstün yararının tehlikeye düşürecek bir durumun mevcut olduğu hallerde acil bir durumun mevcut olduğu kabul edilir⁸⁶⁶.

“Acil bir durumun varlığı” söz konusu olduğunda, m. 5 ila 10'a göre, yetkili makamlara başvurunun çocuk ile ilgili alınacak koruma tedbirleri konusunda muhtemel bir gecikmeye neden olması ve bu nedenle çocuğun üstün yararının korunmasının tehlikeye düşmesi gündeme gelebilir. Bu noktada, yetkili makamlara başvurmakta geçirilecek sürede tedbir alınmaması nedeniyle çocuğun kişiliğinin veya mallarının zarar görmesini engellemek amacıyla acil koruma önlemlerinin alınması için çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu taraf Devlet makamlarının yetkilendirilmesi çocuğun üstün yararına hizmet eden bir düzenlemedir⁸⁶⁷.

Örneğin; mutad meskeninin bulunduğu Devletten başka bir yerde bulunan ve bulunduğu yerde acilen tıbbi müdahale görmesi gereken bir çocuğun temsil edilmesi gerekebilir. Bu durumda çocuğun bulunduğu taraf Devlette gereken tedbirler alınmalıdır.

⁸⁶³ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 159.

⁸⁶⁴ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 159.

⁸⁶⁵ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 159.

⁸⁶⁶ Lagarde, para. 67, s. 565.

⁸⁶⁷ Practical Handbook, s. 69; Lagarde, para. 68, s. 567.

d. Çocuğun Türkiye’de Bulunan Malları Konusunda Yetki

Türkiye, Sözleşme’nin 55. maddesinin birinci fıkrasının a bendine, m. 60 kapsamında koyduğu çekince ile, çocuğun Türkiye’de bulunan mallarına yönelik koruma tedbirlerini alma konusunda Türk makamlarının yetkisini saklı tutmuştur⁸⁶⁸. Bu doğrultuda, çocuğun mutad meskeni başka bir taraf Devlette olsa bile, çocuğun Türkiye’de bulunan mallarına ilişkin m. 5 ila 10’a göre esas yetkili taraf devlet makamlarının yanı sıra, Türk makamları da Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya ilişkin yetkili olacaktır⁸⁶⁹.

Söz konusu çekince, Sözleşme hükümlerini uygulayan yetkili diğer taraf Devlet makamları tarafından çocuğun Türkiye’de bulunan mallarının korunmasına ilişkin tedbir alınmasını engellememektedir. Bundan dolayı Türk makamları çocuğun Türkiye’de bulunan mallarına ilişkin koruma tedbiri alma konusunda eşzamanlı yetkiye sahip olacaktır. Bu durumda esas yetkili taraf Devlet makamları tarafından da çocuğun Türkiye’deki mallarına ilişkin koruma tedbirlerinin alınması durumunda, birbiriyle çakışan koruma tedbirlerinin alınmış olması gündeme gelebilecektir. Söz konusu çakışmayı engellemek adına Türkiye m. 55/I/b kapsamında da çekince koymuştur. Buna göre, Türkiye, Türk makamlarının çocuğun Türkiye’de bulunan mallarına yönelik almış olduğu koruma tedbirleri ile çakışan diğer taraf Devlet makamlarınca alınan koruma tedbiri ya da velayet sorumluluğu konusunda alınan kararları tanımama hakkını da saklı tutmuştur⁸⁷⁰.

D. BRÜKSEL II-A TÜZÜĞÜNDE DÜZENLENEN MAHKEMELERİN MİLLETLERARASI YETKİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Tüzük Hakkında Genel Bilgi

Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü, (Brüksel II-A Tüzüğü) AB üyesi Devletlerin⁸⁷¹, mahkeme veya mahkeme niteliğini haiz tüm kurumları tarafından, medeni hukuk alanında verilen boşanma, ayrılık, evliliğin butlanı,

⁸⁶⁸ *Practical Handbook*, s. 170.

⁸⁶⁹ **Uluslararası Karataş**, s. 949.

⁸⁷⁰ *Practical Handbook*, s. 170; **Lagarde**, para. 181, s. 605.

⁸⁷¹ Tüzük’ün 2. maddesinde, Tüzük’ün Danimarka dışında bütün Avrupa Birliği ülkeleri tarafından uygulanacağı, aday ülke konumunda bulunan ülkelerin ise Tüzük’ü uygulamaları gerektiği belirtilmektedir. Tüzük, 1 Mart 2005’ten itibaren, AB üyesi ülkelere uygulanmaya başlamıştır

ebeveyn sorumluluğu konularında mahkemelerin milletlerarası yetkisini ve söz konusu meselelere ilişkin verilen kararların tanıma ve tenfiz şartlarını tespit etmek için kaleme alınmıştır. (Brüksel II-A Tüzüğü m. 1)⁸⁷². Bu itibarla Tüzük, Türkiye'nin AB'ye üye olması halinde Türk mahkemeleri tarafından da uygulanabilecektir. Nitekim Avrupa Birliği ülkelerinde yaşayan Türk vatandaşlarının sayısının kayda değer nitelikte olmasından dolayı, Tüzük hükümlerinin de çalışmamızda incelenmesi yerinde olacaktır. AB ülkesi bir Devlette mutad meskeni bulunan bir Türk vatandaşının taraf olacağı ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davada, Tüzük uygulama alanı bulabilecek ve üye Devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisi, Tüzük hükümleri ile tespit edilecektir⁸⁷³.

Konumuz olan velayet sorumluluğuna ve çocuğun korunmasına ilişkin Tüzük; ebeveyn sorumluluğunun niteliğini, yerine getirilmesini, temsili, kısıtlanmasını ve sonlandırılmasına ilişkin konuları düzenlemektedir. (Brüksel II-A Tüzüğü m. 1/I-b) Bu itibarla, Tüzük; velayet sorumluluğuna ilişkin; velayet hakkı ve kişisel ilişki kurma hakkı; veli, vasi vb. kurumları; çocuğun kişi ve mallarının korunmasına, ilişkin söz sahibi olan kişilerin (çocuğa yardım eden veya çocuğu temsil eden) atanması ve görevleri; çocuğun koruyucu aile yanına (*the placement of the child in a foster family*) veya bir kuruma yerleştirilmesi ve çocuğun korunmasına yönelik koruma tedbirlerinin alınması gibi meseleleri kapsamına almaktadır. (Brüksel II-A Tüzüğü m. 1/II)

Bunun yanında Tüzük; ebeveyn çocuk ilişkisinin kurulmasını; evlat edinmeye; çocuğun adı ve soyadına ilişkin meseleleri, çocuğa yönelik bakım ve gözetim yükümlülüğü gibi konuları; miras ile ilgili meseleleri ve çocuğun işlediği cezai yaptırımı olan bir suçtan dolayı çocuğa yönelik alınan adli önlemleri, kapsamı dışında tutmaktadır. (Brüksel II-A Tüzüğü m. 1/III)

Tüzük hükümlerine göre velayet sorumluluğu kavramı; Gerçek veya tüzel bir kişiye, kanundan kaynaklanan, mahkeme kararıyla veya hukuki geçerliliği olan bir sözleşme ile verilen, çocuğun kişiliği ve mallarına ilişkin bütün hak ve yükümlülükleri ifade etmektedir. Tüzük'e göre, söz konusu kavram, velayet ve kişisel ilişki kurma hakkını da kapsamaktadır. (Brüksel II-A Tüzüğü m. 2/VII)

⁸⁷² Sema Çörtoğlu Koca, "Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velayete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu", (Milletlerarası Yetki), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, Sa. 2, s. 209; Koca, (Brüksel II-A Tüzüğü), s. 235.

⁸⁷³ Koca, (Milletlerarası Yetki) s. 212; Giray, (Brüksel II-A Tüzüğü), s. 285.

Tüzük'ün 2. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre, velayet hakkı, çocuğun kişiliğinin korunması ve çocuğun mutad meskeninin belirlenmesi hakkınıda kapsamaktadır. Velayet sorumluluğuna sahip kişiler ise, çocuk üzerinde ebeveyn sorumluluğu olan herhangi bir kişiyi ifade etmektedir. (Brüksel II-A Tüzüğü m. 2/VIII)

Tüzük, ebeveyn sorumluluğu ve çocukların korunmasına ilişkin davalarda, yetkili makamların milletlerarası yetkisi hakkında, güncel sorunlara çözüm olabilecek düzenlemeler içerdiği için Türk Hukukunda bu konuda yapılabilecek değişikliklerde de dikkate alınabilir. Tüzük 10. maddesinde uluslararası çocuk kaçırımlarında üye devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisini de düzenlemektedir.

2. Tüzük Hükümlerine Göre Milletlerarası Yetkinin Tepiti

a. Genel Yetkili Mahkeme

Velayet sorumluluğuna ilişkin davalarda genel yetkili mahkeme m. 8'de düzenlenmiştir. Buna göre; velayet sorumluluğuna ilişkin davalarda, davanın açıldığı tarihteki çocuğun mutad meskeninin bulunduğu üye Devlet mahkemesi yetkili olacaktır. Böylece, daha sonradan mutad meskenin bulunduğu AB ülkesi değiştiğinde, mahkemenin yetkisi söz konusu değişiklikten etkilenmeyecektir⁸⁷⁴.

Çocuğun mutad meskeninin bulunmadığı durumlarda m. 13 uyarınca, çocuğun bulunduğu üye ülke mahkemesi yetkili olacaktır.

b. Çocuğa Yönelik Alınacak Tedbirler ve Geçici Tedbirlere İlişkin Yetki

Tüzük, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nden farklı olarak, acil durumlarda alınacak tedbirlerle ilgili yetki konusunda herhangi bir düzenleme ihtiva etmemektedir⁸⁷⁵. Tüzüğün 20. maddesine göre, üye devlet mahkemeleri, kendi ülkesinde bulunan çocuklar hakkında koruyucu tedbirler de dahil olmak üzere, geçici tedbirler alabilecektir⁸⁷⁶. Bu düzenleme ile aslında yetkisi bulunmayan bir mahkeme, sadece çocuğun kişiliğine ya da o Devlette bulunan mallarına ilişkin geçici koruma önlemlerinin alınmasıyla ilgili yetkili kılınmıştır⁸⁷⁷. Söz konusu tedbirlerin icrası, asıl davada yetkili Devlet tarafından, kendi hukukuna uygun olarak alınacak tedbirlerin alınması ile durdurulacaktır. (m. 20/II) Ayrıca, m. 20/I'de düzenlenen tüm tedbirler,

⁸⁷⁴ **Ulus Karataş**, s. 933, dipnot, 63.

⁸⁷⁵ **Rauscher**, s. 41.

⁸⁷⁶ **Hadimoğlu**, s. 349.

⁸⁷⁷ **Rauscher**, s. 42.

m.8 ve devamındaki maddelerde yetkili olan üye Devlet mahkemesinin gereken tedbirleri alması halinde son bulacaktır⁸⁷⁸.

Çocuğun mallarına yönelik tedbirlerin Tüzük kapsamında alınabilmesi için, tedbirlerin çocuğun korunması amacıyla alınması gerekir. Çocuğun korunması amacıyla alınmayan malların korunmasına ilişkin tedbirler, Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfi zi Hakkında 2001/44 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü'ne⁸⁷⁹ (Brüksel I Tüzüğü) göre alınacaktır⁸⁸⁰.

c. Tüzük Hükümlerine Göre Lis Pendens

Tüzük yetkiye ilişkin birçok seçenek sunmaktadır. Bu husus, birçok devlet mahkemesinde aynı anda davanın açılmasına neden olabilir. *Lis pendens* sorunundan kaçınmak amacıyla Tüzük; bir dava, üye ülke mahkemesinde açıldığında, diğer üye ülke mahkemelerinin yetkisiz hale geleceğini düzenlemektedir. (m. 19) *Lis pendens*'i düzenleyen hüküm, hukuki belirliliği sağlamayı, aynı davanın farklı üye Devlet mahkemelerinde açılmasını önlemeyi ve uyumsuz kararların verilmesini engellemeyi amaçlamaktadır⁸⁸¹.

E. DEĞERLENDİRME

1961 tarihli Sözleşme'nin koruma tedbirlerinin alınmasında taraf devlet makamlarının milletlerarası yetkisine ilişkin hükümlerin birden fazla taraf devlet makamının yetkili olmasına sebebiyet vermesinden dolayı, 1996 tarihli Sözleşme'deki yetki kuralları kaleme alınırken, Sözleşme'nin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak ve bu kapsamda 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanmasında yaşanan zorlukların tekrarlanmasını engellemek için⁸⁸², koruma tedbirlerini alma konusunda milletlerarası yetki, tek bir taraf devlette (çocuğun mutad meskeninin bulunduğu taraf devlet makamlarında) "merkezileştirilme"ye çalışılmıştır. Sözleşme'de düzenlenen milletlerarası yetkiye ilişkin kurallara bakıldığında, mümkün oldukça, bu merkezi yetkiye eşzamanlı yetki tesis edecek kurallardan kaçınılmaya gayret gösterildiği görülmektedir⁸⁸³. Bu bakımdan ülkemizin taraf olduğu iki Sözleşme'den 1996 tarihli Lahey

⁸⁷⁸ **Rauscher**, s. 41.

⁸⁷⁹ *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, <http://eur-lex.europa.eu/> (Erişim Tarihi 25.05.2019)

⁸⁸⁰ **Hadimoğlu**, s. 349.

⁸⁸¹ *European Commission Report on Brussels Ibis Regulation*, s. 15.

⁸⁸² **Huysal**, s. 70 vd.; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 72; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 170; **Ulus Karataş**, s. 931.

⁸⁸³ **Ulus Karataş** s. 931.

Sözleşmesi'nin milletlerarası yetkiye ilişkin kurallarının uygulanması daha etkili sonuçlar doğuracaktır.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ile MÖHUK'un mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin düzenlemeleri arasında esaslı farklılıklar bulunmaktadır. Değerlendirmemizde bu farklılıklara değinmekte fayda bulunmaktadır.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde düzenlenen milletlerarası yetki kuralları ile Türk Hukukundaki milletlerarası yetki kurallarının karşılaştırılması noktasında, Sözleşme'nin 3 ve 4. maddelerine baktığımızda, çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirlerin alınmasıyla ilgili yetki kurallarının konu bakımından uygulama alanının çok geniş olduğunu görmekteyiz. Çocuğun adı, soyadı, evlat edinme ve nafaka dışındaki (m. 4); velayet, çocukla kişisel ilişki tesis edilmesi, çocuğun kişiliğinin ve mallarının korunması gibi soybağının hükümlerini de içine alan tüm konularla ilgili adli, idari makamların karar almasında milletlerarası yetki tesis edilirken, Sözleşme'deki yetki kuralları uygulanmaktadır⁸⁸⁴.

Türk hukukunda söz konusu konularla ilgili Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini hükme bağlayan birçok yetki kuralı mevcuttur. Yabancılık unsuru barındıran velayet davaları, çocukla kişisel ilişki tesis edilmesi, çocuğun kişiliğinin ve mallarının korunmasına ilişkin davalar ve çekişmesiz yargı işlerinde, MÖHUK m. 40 ve m. 41'in atfıyla, HMK, TMK ve özel Kanunlarda düzenlenen yer bakımından yetki kuralları ile yetki tatbik edilir. Ayrıca, MÖHUK m. 41 ile Türklerin kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından, tarafların her zaman başvurabileceği yetkili bir Türk mahkemesi hazır bulundurulmuştur⁸⁸⁵.

Türk mahkemelerinin önüne gelen Sözleşme'nin konu bakımından uygulama alanına giren velayete ve çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerle ilgili uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit ederken öncelikle çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf bir Devlette olup olmadığına bakılmalıdır.

- Çocuğun mutad meskeni Sözleşme'ye taraf bir Devlette ise, Türk mahkemesi, Sözleşme'nin 5, 6, 7 ve 10. maddeleri uyarınca yetkili olup olmadığını kontrol etmelidir. Türk mahkemesi söz konusu maddeler uyarınca milletlerarası yetkiye sahipse, m. 13 anlamında bir *lis pendens* sorununun mevcut olup olmadığına bakılmalıdır. Herhangi bir derdestlik durumu

⁸⁸⁴ **Ulus Karataş**, s. 950.

⁸⁸⁵ **Çelikel/Erdem**, s. 597; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 383 vd.; **Huysal**, s. 96; **Rıfat Erten**, Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41), Yetkin Yayınları, 2017, s. 96 vd.

yok ise Türk mahkemesi, Sözleşme uyarınca yetkili kabul edilir. Derdestlik durumu söz konusuysa dava usulden reddedilmelidir⁸⁸⁶.

- Çocuğun mutad meskeni Sözleşme'ye taraf bir Devlette bulunmuyorsa; Türk mahkemesi, m. 11 ve 12'ye göre, şartları varsa, geçici koruma tedbirlerini alarak yetki tesis edebilir veya MÖHUK'ta düzenlenen milletlerarası yetki kurallarını da uygulayabilir⁸⁸⁷.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde düzenlenen boşanma mahkemesinin çocuğun kişiliğini ve mallarını koruyucu tedbirleri alma yetkisinin Türk mahkemelerinin yetkisine etkisi de incelenmelidir. Sözleşme'nin 01.02.2017'de yürürlüğe girmesiyle beraber, Türk hukukuna göre, boşanma ve ayrılık davalarında milletlerarası yetkiyi haiz Türk mahkemelerinin, Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerine yönelik kararları alma konusunda milletlerarası yetkiyi haiz olabilmeleri için m. 10'daki tüm koşulların sağlanması gerekir.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ile düzenlenen yetki devrine ilişkin kuralların Türk milletlerarası usul hukuku kuralları ile karşılaştırılması bakımından en önemli nokta Sözleşme'de *forum non conveniens* öğretisinin kabul edilmesidir. Bir davanın, başka bir Devletin mahkemesinde görülmesi nedeniyle reddedilebilmesinin iki nedeninden biri, *forum non conveniens* prensibidir⁸⁸⁸. Önceki bölümlerde de belirtildiği üzere, Türk mahkemelerinin yetkisini esas itibarıyla, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin edecektir. Yer itibarıyla yetkinin tespitinde, esas alınan irtibat noktaları, milletlerarası yetkinin kurulması bakımından da gerekli ve yeterli kabul edildiğinden, "suni irtibat noktalarıyla" yetki kurulması doğru bulunmadığından, *forum non conveniens* prensibinin Türk Hukukunda uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁸⁸⁹. Nitekim, Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, Sözleşme'nin konu bakımından uygulama alanına giren meselelere *forum non conveniens* prensibinin uygulanması gerektiğini ileri süren görüşte mevcuttur⁸⁹⁰.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde düzenlenen *lis pendense* ilişkin kuralın, Türk hukukunda tartışmalı bir husus olan milletlerarası derdestliğe etkisi de önemli olan bir başka meseledir. Nitekim, Sözleşme'nin 13. maddesinde "öncelik prensibi" uyarınca ilk başvuru makamının lehine milletlerarası derdestliğin (*lis pendens*) kabul edildiğini görmekteyiz. Bu bakımdan, Sözleşme'nin konu bakımından uygulama alanına giren çocuğun kişi ve

⁸⁸⁶ **Ulus Karataş**, s. 957; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 603.

⁸⁸⁷ **Ulus Karataş**, s. 957.

⁸⁸⁸ Diğer neden ise derdestliktir (*lis pendens*). **Tanrıbilir (Yetki)**, s. 332.

⁸⁸⁹ **Akıncı**, s. 31; **Tanrıbilir (Yetki)**, s. 346; **Şanlı/Esen/Fıganmeşe Ataman**, s. 360 vd.; **Ekşi (Yetki)**, s. 73; **Aksi görüş** için bkz; **Ulus Karataş**, s. 959.

⁸⁹⁰ **Ulus Karataş**, s. 959.

malvarlığını korumaya yönelik tedbirler söz konusu olduğunda öğretideki tartışmaların bir önemi olmayacaktır. Sözleşme’de sonraki başvuru makamlarına resen yetkisizlik kararı getirme zorunluluğu m. 13 uyarınca düzenlenmiştir; böylece milletlerarası derdestliğin, sonraki başvuru makamı olan Türk mahkemeleri tarafından bir dava şartı olarak dikkate alınması gerekir. Bu durumda, derdestliğin taraflarca ileri sürülmediği takdirde yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınması ve tespit edilmesi durumunda dava şartı yokluğundan, “*davanın usulden reddedilmesi*” icap eder⁸⁹¹.

Sözleşme’nin 13. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının uygulanması bakımından en önemli sorun ise, sonraki başvuru makamının, benzer bir koruma tedbirinin, kendisinden önce başka bir taraf devlet makamından talep edilip edilmediğini ve talep edilmişse halen görüşülmekte olup olmadığını nasıl tespit edeceğidir⁸⁹². Milletlerarası derdestlik sorununa ilişkin Brüksel II-A Tüzüğü m. 19/II’de bir çözüm önerilmiştir. Buna göre, ebeveyn sorumluluğuyla ilgili bir davanın aynı çocuğa ve aynı dava sebebine ilişkin olması halinde, davanın açıldığı ikinci mahkeme resen yargılamayı durduracak, ilk davanın açıldığı mahkemenin kararını bekleyecektir. Tüzük, “*öncelik prensibi*” uyarınca milletlerarası derdestliği kabul etmektedir⁸⁹³. Derdestliğin varlığı ile ilgili Tüzüğün uygulandığı *Purrucker* ve *Vallés Perez* (C-296/10) ABAD kararında⁸⁹⁴, “*Merkezi makamlar*” aracılığıyla derdestliğe ilişkin soruşturmanın yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁹⁵.

⁸⁹¹ **Ulus Karataş**, s. 960; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 603.

⁸⁹² **Ulus Karataş**, s. 943.

⁸⁹³ **Sema Çörtoğlu Koca**, “*Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velayete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu*”, (Yetki), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, Sa. 2, ss. 209-268, s. 259; **European Parliament Legal Affairs Study for JURI Committee**, s. 13.

⁸⁹⁴ ABAD kararı için bkz.; <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-296/10> (Erişim Tarihi, 18.05.2019)

⁸⁹⁵ *Practical Handbook*, s. 52; **Ulus Karataş**, s. 943.

II. VELAYETE VE ÇOCUĞUN KİŞİVARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARINI TANINMASI VE TENFİZİ

A. GENEL OLARAK

Son yıllarda milletlerarası sosyal ilişkilerin gelişmesi, ekonomik saiklerle başka ülkelere yapılan göçler, teknolojinin gelişmesi ve haberleşme ve seyahatlerin artması, farklı Devlet vatandaşlarının beraberliklerinin ve evliliklerinin artmasına sebep olmuştur. Bahsi geçen beraberliklerin ve evliliklerin neticesinde, anne ve babası farklı vatandaşlıklara sahip olan çocuklar dünyaya gelmekte ve bu sayı gün geçtikçe artmaktadır⁸⁹⁶. Bu noktada, sayıları gün geçtikçe artan yabancılık unsuru taşıyan velayete ve koruma tedbirlerine ilişkin uyuşmazlıklarında nasıl çözümleneceği sorunu gündeme gelmektedir⁸⁹⁷.

Yabancılık unsuru barındıran, velayet ve çocukların korunmasına ilişkin tedbirlere ilişkin uyuşmazlıkların büyük bir kısmı, davanın yabancı bir Devletin mahkemesinde görülerek hükme bağlanması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Velayet ve koruma tedbirlerine ilişkin kararların, boşanma veya ayrılık davasının sonucu olarak alınmış olmaları ihtimalinin yanında, bağımsız bir velayet davası veya koruma tedbirlerinin alınmasına yönelik bir dava da olması mümkündür.

Yabancı devlet mahkemelerinden veya makamlarından alınan velayet ve koruma tedbirlerine ilişkin kararların ülkemizde hükümlerini ve sonuçlarını doğrurabilmesi için kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınması ve tenfiz edilmesi gerekmektedir.

Anaya m. 90/V ve MÖHUK m. 1/II uyarınca, usulüne göre yürürlüğe giren milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir ve öncelikli olarak uygulanırlar. Bu nedenle konumuz olan velayet ve koruma tedbiri kararlarının tenfizine ilişkin mahkemeler ilk önce yürürlükte olan 1961 ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmeleri'nin tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerini uygulayacaklardır. Dava konusunun Sözleşmeler'in uygulama alanında olmaması halinde mahkeme, MÖHUK'un tanıma ve tenfize ilişkin hükümlere başvuracaktır.

⁸⁹⁶ Cemal Ruhi, "Türk Hukukunda Velayet ve Velayet ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Sayı: 90, 2014, s. 21.

⁸⁹⁷ Ataman Figanmeşe, (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 55.

Çalışmamızın bu bölümünde; Türk Hukukunda ilgili milletlararası sözleşmelerin uygulama alanı dışında kalan konumuza ilişkin mahkeme kararlarıyla ilgili⁸⁹⁸; MÖHUK kapsamında, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınip tenfiz edilmesine ilişkin MÖHUK m. 50 ve 54. maddeleri, ülkemizin taraf olduğu ve 01.02.2017’de yürürlüğe giren 1996 tarihli Lahey Sözleşme’nin 23. ila 28. maddelerinde, Sözleşme kapsamında taraf Devlet makamlarınca alınan çocuğu koruyucu tedbirlerin diğier taraf Devletlerde tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemeler ve Avrupa Topluluğu (AT), milletlerarası özel hukukun temelini oluşturan, AT Anlaşmasının 65. maddesi uyarınca 2000 yılından başlayarak birçok topluluk tasarrufu yürürlüğe girmiştir⁸⁹⁹. Türkiye’nin Avrupa Birliğine aday ülke statüsünde olması⁹⁰⁰ nedeniyle yürürlükte olan Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü’nün de⁹⁰¹ (Brüksel II-A Tüzüğü) tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemeleri incelenecektir.

B. MÖHUK HÜKÜMLERİNE GÖRE VELAYETE VE ÇOCUĞUN KİŞİVARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARININ TENFİZİ

Yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilen velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin tedbir kararlarının, Türk mahkemeleri tarafından verilen kararlar gibi hüküm ve sonuç doğurabilmesi için söz konusu kararların “tenfiz” edilmesi gerekir. Yabancı mahkemelerden alınan mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK m. 50 ve devamındaki maddelerinde hükme alınmıştır. MÖHUK uyarınca bazı yabancı mahkeme kararları tanımaya, bazıları ise tenfize tabidir⁹⁰². Tanıma, yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların kesin

⁸⁹⁸ Huysal, s. 176.

⁸⁹⁹ Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, “Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi Ve C-01/03 Sayılı Ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü” AÜHFD, C. 57, Sa. 2, ss. 17-49, 2008, s. 24.

⁹⁰⁰ <http://ec.europa.eu/environment/enlarg/candidates.htm> (Erişim Tarihi 19.05.2019)

⁹⁰¹ “Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. “(Bu Tüzük, Brüksel II Tüzüğü olarak da anılan Evlilik ile İlgili Meselelerde Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine dair 1347/2000 sayılı Konsey Tüzüğü”nün yerini almıştır.) Tüzüğü’nün tamamı için bkz.; <https://eur-lex.europa.eu/> (Erişim Tarihi 19.05.2019)

⁹⁰² Çelikel/Erdem, s. 679; Nomer, s. 504; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 3.194.

hüküm kuvvetinin diğer ülkelerde kabul edilmesini ifade eder⁹⁰³. Tenfiz ise, tanımadan farklı olarak icrai nitelikteki kararlar için öngörülmüştür⁹⁰⁴.

Velayete ve koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, icrai niteliği haiz olduklarından yani eda kararı niteliği taşıdıklarından tenfiz edilmeleri gerekir. Bu kararlar genel olarak, boşanma kararı ile beraber tanınıp tenfiz edilebilecekleri gibi bazen de, yalnızca velayet ve koruma tedbirleriyle ilgili bölümde kısmen tenfiz edilebilmektedir⁹⁰⁵.

Türk Hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde aranan şartlar, MÖHUK m. 50 ila m. 57 arasında düzenlenmiştir.

Konumuz olan yabancı velayet ve velayet hakkına sahip ana ve babadan çocuğun korunmasına ilişkin kararların Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için tenfiz şartlarını taşıyor olmaları gerekir. MÖHUK m. 50’de düzenlenen şartlar, tenfizin ön koşulları olarak kabul edilmektedir⁹⁰⁶.

Bu doğrultuda, yabancı mahkemelerden alınan konumuza ilişkin kararların Türkiye’de icra edilebilmesi, MÖHUK m. 54’te sayılan tenfiz şartlarını sağlayabilmesine bağlıdır.

Ancak m. 54 uyarınca sayılan tenfiz şartlarından da önce konumuza ilişkin yabancı kararın tenfiz davasına konu olabilecek bir karar olması gerekir⁹⁰⁷.

Tenfiden bahsedildiğinde, milletlerarası sözleşmelere paralel olarak Türk hukukunda da kabul edilen esasa girme yasağı üzerinde de durulmalıdır. Esasa girme yasağı, esas olarak tenfiz hakiminin, önüne gelen kesinleşmiş bir yabancı mahkeme kararını sadece kendi hukuku ve taraf olduğu iki taraflı veya çok taraflı sözleşmelerde kabul edilen tenfiz usul ve şartlarına göre değerlendirmesi olarak ifade edilebilir⁹⁰⁸. Tenfiz hakimi, tenfiz istemiyle incelediği yabancı mahkeme kararını, varılan hükmün doğru tatbik edilip edilmediği, uygulanan usulün doğru uygulanıp uygulanmadığı ya da hükme varılırken delil incelemesinin hükmü kurmaya

⁹⁰³ **Tanrıbilir** (Çocuk), s. 139.

⁹⁰⁴ **Aysel Çelikel**, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, S. I-II, İstanbul, 1963, s. 244.

⁹⁰⁵ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 161; **Şanlı**, s. 73; **Huysal**, s. 178; **Günseli Öztekin Gelgel**, “Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler”, (Tenfiz) MHB, Cilt: 34, Sayı: II, ss. 107-138, s. 109.

⁹⁰⁶ **Doğan**, s. 104; **Nomer**, s. 500.

⁹⁰⁷ **Öztekin Gelgel**, (Tenfiz) s. 110.

⁹⁰⁸ **Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe**, s. 501. Revizyon yasağı, 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe giren ve bir iç hukuk düzenlemesi niteliğinde olan 1996 Lahey Sözleşmesinde de düzenleme alanı bulmuştur. Sözleşme’nin 27. maddesi uyarınca, “Önceki maddelerin uygulanmasında gerekli olduğu şekilde bu incelemeye halel getirmeksizin alınan önlemin esasına ilişkin inceleme yapılmaz.”

elverişli olup olmadığını inceleyemez⁹⁰⁹. Fakat milletlerarası bakımdan kabul edilen usul kuralları veya hakkın ihlal edilmesi söz konusu ise, bu durum Türk hukuku açısından kamu düzeni müdahalesine neden olacağından, bu kuralın istisnalarının da olabileceğini söyleyebiliriz⁹¹⁰.

Yabancı bir mahkemeden alınan velayet ve koruyucu tedbirlere ilişkin kararların, MÖHUK m. 50’de sayılan dört şarttan birini kendiliğinden sağladığı söylenebilir. Şöyle ki; velayete ilişkin davalar özel hukuk kapsamına giren aile hukuku davalarındandır. Bundan dolayı tenfiz talebinde bulunulan yabancı mahkeme kararının, özel hukuk davası olma şartı kendiliğinden gerçekleşmektedir. Bunun yanında Türk mahkemelerinden ayrıca bir tenfiz kararının alınması gerekmektedir.. Bu da MÖHUK m. 54’e göre tenfizin asıl şartları olarak kabul edilen ayrı şartlara tabidir. Bu doğrultuda tenfizin ön şartları ve asıl şartları aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1. Velayet ve Koruma Tedbiri Kararlarının Tenfizi İçin Aranılan Şartlar

a. Ön Şartlar

MÖHUK m. 50 uyarınca, yabancı mahkemelerden, hukuk davalarına ilişkin olarak verilen ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bir karar olmalıdır.

MÖHUK m. 50 gereği, yabancı mahkemelerden alınan kararların tenfizi mümkündür. Ancak kimi milletlerarası sözleşmelerde de⁹¹¹ kabul edildiği gibi velayet ve koruyucu tedbirlere ilişkin kararlar idari makamlar tarafından da verilebilir. Böylece milletlerarası sözleşmeler ile belirlenen tanıma ve tenfiz şartlarının, o sözleşmeyi kabul eden tüm devletler bakımından bağlayıcı olduğunu ve tenfiz talebi ile tenfizin sözleşmede belirlenen usul ve şartlara göre yapılması gerektiğini belirtmek gerekir.

Bir belediye ya da noter gibi herhangi bir idari makam tarafından verilebilen boşanma kararlarının da Türkiye’de tenfizinin mümkün olup olmadığı bakımından öğretide fikir birliğine varılamamıştır. Öğretide yer alan bir görüş⁹¹² uyarınca, boşanma kararı her ne kadar adli bir makam tarafından verilmesi de bu karar, bağımsız yargı organlarının denetimden

⁹⁰⁹ **Nomer**, s. 508.

⁹¹⁰ **Nomer**, s. 509.

⁹¹¹ 1961 Lahey Sözleşmesi m. 1: “Küçüğün mutaden ikamet ettiği Devletin gerek kazaî gerekse idar makamları, küçüğün şahsını ve mallarını korumaya yönelik tedbirler almaya yetilidir. 1980 Avrupa Sözleşmesi tanımların bulunduğu m.1’de adli veya idarî makamın kabul edildiği ve velâyet ilişkin kararın, çocuğun kişisel bakımına ilişkin olarak verilen herhangi bir makam tarafında verilebileceğini belirtmiştir.

⁹¹² **Doğan**, s. 107.

geçirilmiş ve onaylanmış ise bu kararın, tanıma ve tenfize tabi olabileceği ve böylece yargı organları dışından alınan kararlara, mahkeme kararı niteliği kazandırıldığı ifade edilmektedir. Öğretide bu görüşün aksine bir görüşe⁹¹³ göre, tarafların adli makam kararı olmadan boşanmaları kabul edilse dahi karar bir mahkeme kararı niteliği taşımadığından, milletlerarası özel hukuk bakımından tanınması ve tenfizi de mümkün değildir. Fakat söz konusu görüşü savunanlara göre, yabancı idari makamdan alınan boşanma kararının, Türkiye’de tespitini sağlayarak da tanıma ve tenfiz ile hedeflenen amaca ulaşılabilecektir⁹¹⁴. Nüfus Hizmetleri Kanununa⁹¹⁵ 2017 yılında eklenen 27/A maddesi uyarınca, kesinleşen ve kamu düzenine açıkça aykırı olmayan idari makam kararları, nüfus kütüğüne tescil edilirler. Bu hüküm ile birlikte, yabancı bir idari bir makam tarafından alınan boşanma kararının Türkiye’de tanınip tanınmayacağına ilişkin öğretideki tartışmaların herhangi bir önemi kalmamıştır. Ancak Kanun’da velayet ve koruma tedbiri taleplerine yönelik yabancı bir idari makamdan alınan kararlarla ilgili hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, öğretideki idari bir makamdan alınan yabancı boşanma kararlarıyla ilgili görüşleri, yabancı velayet veya tedbir kararlarının bir idari makamdan alınması halinde kıyasen dikkate alabiliriz.

Bu doğrultuda dikkat edilmesi gereken husus ise çocuğun yararının korunmasıdır. Bundan dolayı velayet ve velayet hakkı sahibi ana ve babaya uygulanacak koruma tedbirlerine, çocuk mallarının yönetimi veya çocuğun velayetinin kurulmasına ilişkin idari makam tarafından verilen kararların, kararı veren devletin yetkili yargı organı tarafından onaylanarak kesinleşmesinin, bu kararların ülkemizde tenfizine engel olmaması gerekmektedir.

Türk hukukunda benimsenen yaklaşıma bakıldığında, MÖHUK ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin velayet ve koruma tedbirleri bakımından durumu oldukça farklı şekilde ele aldığı görülmektedir. Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe giren milletlerarası Sözleşme olan 1996 tarihli Lahey Çocuk Sözleşmesi’nin MÖHUK’a göre öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Lahey Çocuk Sözleşmesi m. 5 uyarınca, “Çocuğun mutad meskeni olan taraf devletin adli veya idari makamları, çocuğun kişiliğinin veya mallarının korunmasına yönelik önlemleri almaya yetkilidir.” Buna göre, koruma tedbiri kararlarının adli veya idari makamlar tarafından da alınabileceğini Sözleşme’de açıkça ifade edilmiştir. “İdari makam”dan hangi makamların anlaşılması gerektiği noktasında ise

⁹¹³ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 514.

⁹¹⁴ Çelikel/Erdem, s. 686.

⁹¹⁵ RG. 29.04.2006 T., 26153 S.

Sözleşme’de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşme’de konuya ilişkin hüküm bulunmadığından, idari makamların hangi makamlar olduğunu belirlenmesi noktasında, Sözleşme’ye taraf olan her devletin, kendi iç hukuklarına göre idari makamları tayin etmesi yerinde olacaktır. Kanaatimizce, Sözleşme’de idari makamların neler olabileceğinin açık bir şekilde belirtilmemesi, bu konunun ülkelerin iç hukuklarına göre belirlenmesi gereken bir konu niteliğinde olmasından dolayı bilinçli bir tercihtir.

MÖHUK m. 50 uyarınca tenfize konu olacak mahkeme kararının verildiği ülke kanunlarına göre kesin kararın kesinleşmiş ve icrai niteliğe sahip olması gerekmektedir⁹¹⁶.

MÖHUK m. 59’a göre, yabancı mahkeme kararının, kesin hüküm etkisi, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder. Söz konusu karara kesin hüküm kuvvetini verildiği ülkenin usul hukuku kuralları verecektir⁹¹⁷.

Yabancı mahkeme kararının, kesinleşmemiş olmasına karşın, verildiği yer hukukuna göre icra edilebilir niteliğe sahip olması, söz konusu kararın Türkiye’de tenfiz edilmesi için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle velayete ve koruma tedbirlerine ilişkin verilen yabancı mahkeme kararlarının, Türkiye’de tenfiz edilmesi, verildiği Devletin hukukuna göre maddi ve şekli anlamda kesinleşmiş olmasına bağlıdır⁹¹⁸. Maddi ve şekli anlamda velayet kararlarının kesin hüküm kuvveti tartışmalı bir konudur. Bilindiği üzere, mahkeme kararlarının kesin hüküm kuvveti, bir daha aynı taraflar arasında aynı hukuki sebebe dayanılarak ve ayı talep sonucuna yönelik davanın açılmasını bertaraf etmektedir. Bu husus kesin hüküm dava şartının maddi boyutunu ifade etmektedir. Şekli anlamda kesin hüküm ise, usuli itiraz yollarının tüketilmesi ile ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle maddi anlamda kesin hüküm niteliğini taşımadığı halde, şekli anlamda kesin hüküm teşkil eden kararlar söz konusu olabilmektedir. Çekişmesiz yargı kararlarının birçoğu yalnızca şekli anlamda kesin hüküm niteliği taşımaktadır. Bu tür kararlarında tanınabileceği MÖHUK m. 58/II uyarınca ifade edilmiştir. TMK m. 346 ve devamındaki çocuğun korunması başlıklı çocuğu koruyucu tedbirleri düzenleyen hükümlere ilişkin verilecek kararlar da nizasız kaza niteliğinde kararlardır.

Öğretide, velayet ve çocuğu koruyucu tedbir kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği doğrultusunda eleştiriler mevcuttur⁹¹⁹. Nitekim TMK m. 351’e göre velayet ve

⁹¹⁶ Nomer, s. 508; Çelikel/Erdem, s. 689; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 3.204; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 160; Öztekin Gelgel, (Tenfiz) s. 111.

⁹¹⁷ Öztekin Gelgel, (Tenfiz) s. 112.

⁹¹⁸ Öztekin Gelgel, (Tenfiz) s. 110.

⁹¹⁹ Bu konu hakkındaki tartışmalar için bkz.; Nomer, s. 498 vd.; Huysal, s. 177 vd.

koruma tedbiri kararları, değişen koşullara uyarlanabilir niteliğe sahiptir⁹²⁰. Bu noktada doğan problemlerden biri de velayete ilişkin kararın değiştirilmesinin tenfize etkisinin ne olduğudur⁹²¹. Velayet veya koruyucu tedbir kararlarının yeni bir durumun ortaya çıkması halinde yeniden düzenlenmesi ihtimalinin olması, söz konusu kararların maddi anlamda kesin hüküm kuvvetinin tartışmalı nitelikte olmasına sebebiyet vermiştir⁹²².

Öğretide çoğunluk ise, velayetin yeniden düzenlenmesi sonucu açılan davada eski kararın kesin hüküm dava şartı engeli doğurmayacağını savunmaktadır⁹²³. Koşulların değişmesi ile beraber velayetin yeniden düzenlenmesi için açılan davada artık hukuki sebep değişmiştir. *Öztekin Gelgel*'e göre, burada hukuki sebep olarak nitelendirilen velayetin dayandığı kanun hükmü ve maddesinden ziyade, söz konusu hükmü çevreleyen maddi olaylardır. Bu doğrultuda taraflar ve talep sonucu aynı olmakla beraber farklı bir olaya ve bunun çevrelediği hukuki sebebe dayanan bir dava söz konusudur. Bu nedenle şekli ve maddi anlamda velayet kararlarının kesin hüküm kuvvetinden söz edilebilir⁹²⁴.

Sonuç olarak, verildiği ülkenin usul hukuku kurallarına göre maddi ve şekli anlamda kesinleşmiş velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin kararlar MÖHUK uyarınca tenfiz davasının konusu olabilirler.

Yabancı mahkemeden alınan bir kararın kesinleşip kesinleşmediği noktasında, kararın verildiği devletin usul hukuku kurallarına bakılması gerekir. (MÖHUK m. 50/1) Bu kural, yabancı bir mahkemeden alınan çocuğun korunmasına ilişkin kararlar içinde geçerli olacaktır. Bu doğrultuda, yabancı mahkeme kararının tenfiz dilekçesine eklenmesi gereken belgeler arasında yabancı mahkeme ilamı ve dava şartı olarak da kabul edilen⁹²⁵ kesinleşme şerhinin de eklenmesi gerekmektedir. Kesinleşme şerhinin eksikliği, dava şartı noksanlığı nedeniyle, ilgili kararın tenfiz edilmemesi sonucunu gündeme getirmektedir.

⁹²⁰ Yargıtay 2. HD.'nin verdiği kararlarda, velayete ilişkin verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay'ın ifadesiyle; "*Velayete ilişkin düzenlemeler maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde olmayıp, koşulların varlığı halinde her zaman için değiştirilmesi imkan dahilindedir.*" 2. HD., E. 2014/25031 K. 2015/7645 T. 15.04.2015; 2. HD., E. 2018/5323 K. 2018/10602 T. 4.10.2018; 2. HD., E. 2016/9088 K. 2017/6538 T. 31.5.2017 www.kazanci.com (Erişim Tarihi, 20.05.2019)

⁹²¹ *Öztekin Gelgel*, (Tenfiz) s. 110.

⁹²² *Nomer*, s. 498 vd.; *Öztekin Gelgel*, (Tenfiz) s. 110.

⁹²³ *Öztekin Gelgel*, (Tenfiz) s. 111-113; *Huysal*, s. 178; *Akıncı/Demir Gökyayla*, s. 161; *Gelgel*, s. 65.

⁹²⁴ *Öztekin Gelgel*, (Tenfiz) s. 112, 113; Aksi yönde; *Huysal*'a göre velayet kararlarının yalnızca şekli anlamda kesin hükmünden söz edilebilir. (*Huysal*, s. 177 vd.)

⁹²⁵ Bkz. 11. HD 2013/17269 E., 2014/1375 K., 22.01.2014 T. Karar için bkz; www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 20.07.2019)

b. Asıl Şartlar

Yabancı bir mahkeme kararının tenfiz edilebilmesi için MÖHUK m. 50'deki ön şartlar sağlandıktan sonra, MÖHUK m. 54'te düzenlenen asıl şartların sağlanması gerekir.

MÖHUK m. 54'te sayılan şartlar; karşılıklılık (mütekabiliyet), tenfize konu kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmemesi, tenfize konu olan kararın kamu düzenine aykırı olmaması ve davalının savunma hakkının engellenmemesidir.

aa. Karşılıklılık (Mütekabiliyet)

İlk asli şart olan karşılıklılık (mütekabiliyet) konusunda konumuz olan velayet ve koruma tedbirlerine ilişkin yabancı mahkeme kararları konusunda, özellik arz eden bir mesele bulunmamaktadır⁹²⁶.

MÖHUK m. 54/I uyarınca yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde akdi, kanuni ya da fiili karşılıklılıktan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Velayet veya çocuğun korunmasına ilişkin kararı veren mahkemenin bulunduğu devlet ve Türkiye arasında akdi ve kanuni karşılıklılığın olmaması halinde, fiili karşılıklılığın araştırılması gerekmektedir. Söz konusu araştırma ise genellikle Adalet Bakanlığı Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından yapılmaktadır. Ancak bu araştırma oldukça fazla zaman alan bir incelemeyi gerektirmektedir.

Velayet ve koruyucu tedbir kararlarının bir an önce icraya konması, çocuğun üstün yararı için hususi önem taşımaktadır. Çocuğun üstünde kurulacak velayet hakkının hangi ebeveyn tarafından kullanılacağı, velayet sahibi olmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin nasıl işleyeceği ve velayet hakkını kötüye kullanan ana, babaya karşı alınacak tedbirler gibi hususların bir an önce açık ve belirgin hale gelmeleri çocuğun yararı için oldukça önemlidir⁹²⁷.

Öğretide velayet kararlarının tenfizi noktasında mütekabiliyet şartının aranmaması gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur⁹²⁸.

⁹²⁶ Huysal, s. 179.

⁹²⁷ Öztekin Gelgel, (*Tenfiz*) s. 124. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2011 tarihli bir kararında velayet kararının alındığı Devlet ile Türkiye arasında fiili mütekabiliyetin ayrıntılı olarak araştırılmasından önce kararın tenfiz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Kararın tamamı için bkz.; Ekşi, s. 556.

⁹²⁸ Ekşi, s. 556; Öztekin Gelgel, (*Tenfiz*) s. 125.

bb. Tenfize Konu Kararın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmemesi

İkinci asli şart, tenfize konu olan yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmemesidir. Münhasır yetki, bir davanın sadece Türkiye’de açılmasını zorunlu kılan ve o konuda da yalnızca Türk mahkemelerinin yetkili olduğu durumlarda gündeme gelmektedir⁹²⁹. MÖHUK’da hangi durumların Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği açık bir şekilde sayılmamış olsa da bazı durumların Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği kabul edilmektedir. Taşınmazların aynına ilişkin davalar, iş sözleşmesi ve iş ilişkisi, tüketici sözleşmesi ile sigorta sözleşmelerinde doğan davaların, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamında olduğu genel olarak kabul görmektedir⁹³⁰. Bu noktada, konumuz özelinde velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin münhasır yetki halinin bulunmadığı görülmektedir. Nitekim velayet hakkı sahibi ana veya babanın, çocuğun Türkiye’de bulunan taşınmazları üzerindeki haklarını kötüye kullanmalarını engellemek adına açılan taşınmazın aynına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi MÖHUK m. 41 ya da m. 40’ın, HMK m. 12’ye yaptığı atıfla söz konusu olmaktadır.

cc. Tenfiz Edilecek Kararının Türk Kamu Düzenine Aykırı Olmaması

Üçüncü olarak değineceğimiz asli şart ise tenfiz edilecek kararının Türk kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi noktasında en önemli konu, talebin dayandığı yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturup oluşturmadığıdır. (MÖHUK m. 54/I-c) Yabancı mahkemeler tarafından verilen kararın Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için söz konusu kararın Anayasa’da (özellikle de eşitlik ve ailenin korunmasına ilişkin ilkelere), Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi, Türk Medeni Kanununun aile ve çocuk hukuku hakkındaki düzenlemelerinde değinilen temel ilkelere ve Türk örf, adet ve ahlak kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir⁹³¹. Ancak kamu düzeni kavramı tenfiz engeli olarak uygulandığı zaman, yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzeni müdahalesinden daha dar yorumlanmalıdır⁹³². Zira karar tenfiz edilirken kamu düzeni müdahalesinin uygulanması bir yabancı mahkeme kararının uygulanmasını engellemektedir.

⁹²⁹ Nomer, s. 515; Ekşi (Tenfiz), s. 178.

⁹³⁰ Nomer, s. 515; Doğan, s. 116 vd; Ekşi (Tenfiz), s. 178 vd.

⁹³¹ Şanlı, (Tenfiz) s. 76; Nomer, s. 528; Huysal, s. 179. Ayrıca bkz.; HGK, E., 2-105 E., 1068 K., 21, 06.2000 T. www.lexpera.com (Erişim Tarihi, 20.05.2019)

⁹³² Bu yönde Yargıtay kararı için bkz.; 2. HD 2004/10683 E., 2004/13120 K., 04.11.2004 T., www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 20.08.2019)

Kamu düzenine aykırılığın tespit edilmesinde hakimın oldukça geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu noktada, hakimın göz önünde bulundurması gereken husus; yabancı velayet veya koruma tedbiri kararının Türkiye’de uygulanmasıyla ortaya çıkacak neticedir⁹³³. Tenfiz davasında mahkeme, kural olarak yabancı mahkeme tarafından verilen kararın doğruluğunu inceleyemez⁹³⁴. Tenfiz yargıcının yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin talebi incelerken, karardaki maddi olayları incelemesi veya değerlendirmesi söz konusu olamaz. Bu noktada revizyon yasağı gündeme gelmektedir⁹³⁵.

Kamu düzenine aykırılık meselesi son derece geniş ve belirsiz nitelikte olmakla birlikte; MÖHUK m. 5 kapsamında düzenlenen, iç hukukta ve taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmeler ve Yargıtay tarafından kabul edilen genel ilkeler, MÖHUK m. 54/I-c çerçevesinde kamu düzenine aykırılık tespit edilirken dikkate alınacak temel unsurlardır⁹³⁶. Çocuğun korunması amacıyla, velayete ve çocuğu koruyucu tedbirlere ilişkin yabancı mahkeme kararları söz konusu olduğunda, kamu düzenine aykırılık sıklıkla gündeme gelebilir. Ancak bu noktada, kamu düzeni müdahalesinin istisnai nitelikte olduğu ve her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır⁹³⁷.

Yargıtay’ın 2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı⁹³⁸ uyarınca,

"...Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır.”

⁹³³ Tiryakioğlu (Boşanma), s. 47; Şanlı (Tenfiz), s. 76; Huysal, s. 180.

⁹³⁴ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 3.236; Çelikel/Erdem, s. 722. Ayrıca bkz.; 2. HD., E. 2017/6175 K. 2018/7698 T. 20.6.2018; 2. HD., E. 2006/2612 K. 2006/9147 T. 8.6.2006; 11. HD., E. 2012/3175 K. 2012/5547 T. 6.4.2012. www.lexpera.com (Erişim Tarihi, 20.05.2019)

⁹³⁵ Nomer, s. 517.

⁹³⁶ Huysal, s. 181.

⁹³⁷ Dardağan Kibar, s. 559; Huysal, s. 165.

⁹³⁸ 10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi, 17.05.2019)

Söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına rağmen, Yargıtay'ın Türk hukukunda o konuda bir düzenleme olmaması sebebiyle, yabancı hukuku uygulamaktan çekindiği görülmektedir⁹³⁹.

Yabancı ilamın Anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir. Maddede bu durum "açıkça" sözcüğü ile ifade edilmiştir. Yabancı mahkemenin Türk Hukukunun emredici hükümlerini dikkate almaması yahut yanlış uygulanması başlı başına tenfiz veya tanıma isteğinin reddine sebep teşkil etmez.

Yargıtay'ın 2006 tarihli bir kararına⁹⁴⁰ göre, "Yabancı ilamın anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir. Maddede bu durum "açıkça" sözcüğü ile ifade edilmiştir. Yabancı mahkemenin Türk Hukukunun emredici hükümlerini dikkate almaması yahut yanlış uygulanması başlı başına tenfiz veya tanıma isteğinin reddine sebep teşkil etmez."

Yargıtay'ın, yabancı velayet ve tedbir kararlarının kamu düzenine açıkça aykırı olduğuna karar vermesi hali temel olarak altı başlık altında incelenebilir. Buna göre; yabancı mahkemenin kararı alırken çocuğun öncelikli ve üstün yararını gözetmemesi⁹⁴¹; yabancı

⁹³⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2014 tarihli bir kararında, "Davacı kadın, yabancı mahkemeden verilen boşanma ve velayete ilişkin kararın tenfizini istemiştir. Almanya Herzberg Harz Yerel Mahkemesince 11.12.2008 tarihinde tarafların boşanmalarına karar verilmiş ve karar 17.12.2008 tarihinde kesinleşmiştir. Tenfizi istenilen ilamda 25.01.2001 doğumlu müşterek çocuk Fatma'nın velayetinin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına karar verilmiştir. Yabancı mahkemenin müşterek çocuğun velayetine ilişkin düzenlemesi Türk Medeni Kanununa aykırıdır. Bu nedenle, mahkemenin velayet düzenlemesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak, yabancı mahkeme ilamının kısmen tenfizine karar verilmesi imkan dahilindedir (MÖHUK md.56). 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkındaki Yasanın aradığı koşullar gerçekleşmiştir. O halde, mahkemece, yabancı mahkeme ilamının boşanmaya yönelik bölümünün tanınmasına karar verilmesi gerekirken; yazılı gerekçe ile isteğin tümünden reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Bu kararda ifade edildiği üzere, ortak velayete ilişkin bir hükmün Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmemiş olması, tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir. 2. HD., E. 2014/7356 K. 2014/13375 T. 16.06.2014. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi, 17.05.2019)

⁹⁴⁰ 2. HD., E. 2006/2773 K. 2006/9267 T. 12.6.2006, . <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi, 17.05.2019)

⁹⁴¹ Nomer, s. 478; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 455 vd; Şanlı, (Tenfiz), s. 76; Tiryakioğlu (Boşanma) s. 47; Yargıtay'ın 2012 tarihli kararında birlikte velayet kararının tenfizi çocuğun üstün yararı ile çatışacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Karar için bkz.; 2. HD., E. 2012/21186 K. 2013/7440 T. 19.3.2013 www.lexpera.com (Erişim Tarihi, 20.05.2019) Ayrıca bkz.; 8. HD., E. 2017/2899 K. 2017/11513 T. 26.9.2017. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 2017 tarihli kararında kişisel ve doğrudan ilişki kurma konusunda yabancı mahkeme kararının

mahkeme kararının eşler arasında ayrımcılık gözeterek velayeti tesis etmesi⁹⁴²; çocuk ile velayet hakkını haiz olmayan ana ya da baba arasında uygun kişisel ilişki kurulmamış olması⁹⁴³; gereken koşulların oluşmasına karşın, ana veya babanın velayet hakkının kaldırılmamış olması; eşlerin boşanmış olmalarına rağmen çocukların velayetinin ortak bir şekilde ana-babaya bırakılması⁹⁴⁴; genel anlamda yabancı mahkeme kararında konuya ilişkin gerekçenin bulunmaması⁹⁴⁵, hallerinde kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tenfiz taleplerinin reddedildiği görülmektedir.

Çocuğun yüksek yararı ilkesine aykırı olan yabancı velayet ve koruyucu tedbir kararlarının kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfizinin reddedilmesi söz konusu olabilir. Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, yabancı kararda velayet hakkının, cinsiyet, etnik köken, din farklılığı ve benzer nedenlerle bir ebeveyne verildiğinin tespit edilmesi halinde çocuğun yararına aykırı bir kararın verildiği kabul edilebilir ve bu sebeple kamu düzenine aykırılığın ortaya çıkacağı söylenebilir.

Benzer şekilde, velayet hakkı kendisine verilmeyen ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması noktasında kişisel ilişkiyi aşırı derecede zorlaştıran veya imkansız hale getiren yabancı mahkeme kararlarında çocuğun yararını gözetmeden verildikleri kabul edilebilir. Örneğin, velayeti annede olan ve annesiyle birlikte Türkiye’de yaşayan çocuk ile Almanya’da yaşayan babası arasındaki kişisel ilişki kurma hakkı, hakim tarafından her haftasonu olarak düzenlenmiş ise, kişisel ilişkinin kurulmasının olanaksızlığından söz edilebilir⁹⁴⁶.

Çocuğun yararının tespit edilmesi noktasında çocuğun yararına pozitif ayrımcılık yapılması gerektiği de öğretide ifade edilmektedir⁹⁴⁷. Bu noktada velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin davalarda, çocukların kendilerini ilgilendiren konularda, yaşları imkan

tenfizinin çocuğun yararları ile çatıştığı ifade edilmiştir. 1. B., B. 2014/7469 T. 22.11.2017 www.lexpera.com (Erişim Tarihi, 20.05.2019)

⁹⁴² Tenfizi istenen yabancı velayet kararında din ve ırk ayrımcılığı yapılarak velayetin tesis edilmesi. Örneğin, şerri hukuka göre velayetin yalnızca babaya verilmesi. (Huysal, s. 180.)

⁹⁴³ Örneğin; çocuğun yararı için ana veya babayla kişisel ilişki kurulmaması. (Şener, s. 201 vd.); Mahkeme kararı ile velayet hakkı kaldırılan ana ya da baba ile çocuk arasında makul kişisel ilişkinin tesis edilmesi. (Şener, s. 205)

⁹⁴⁴ Yargıtay, 2017’de yılında verdiği kararda (2. HD 2016/15771E., 2017/1737K., 20.02.2017 T.) “*Hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde ırtak velayet düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.*” ifadeleriyle, yabancı mahkeme tarafından verilen evli olmayan eşlerin çocuğun ortak velayetini almasına ilişkin kararın tenfizini reddeden kararın tekrar incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

⁹⁴⁵ Şanlı (Tenfiz), s. 76.

⁹⁴⁶ Öztekin Gelgel, (Tenfiz) s. 118.

⁹⁴⁷ Serozan, s. 5; Huysal, s. 155.

verdiği ölçüde dinlenmeleri oldukça önemli bir meseledir. Çalışmamızın birinci bölümünde de ayrıntılı olarak değindiğimiz üzere, Çocuk Hakları Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 6 ve m. 12’de görüşüne itimat edilme ehliyet ve yaşına ulaşmış çocuğun kendilerini ilgilendiren davalarda dinlenmeleri gerektiği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, çocuğun görüşü alınmadan hakkında verilen velayet ve koruyucu tedbir kararı da kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilebilecektir. Zira bu şekilde verilmiş bir karar çocuğun yararını gözetmeyen bir karar olarak nitelendirilecektir.

Benzer şekilde bizim hukukumuzda olmayan velayet ve koruyucu tedbir düzenlemeleri, sadece hukukumuzdan farklı oldukları gerekçesiyle kamu düzenine aykırı olarak kabul edilmemelidir. Bu mesele ile ilgili en fazla karşımıza çıkan kamu düzenine aykırılık hali ise, ortak velayet ve velayetin ana veya baba dışında diğer kişilere bırakılması hallerinde gündeme gelmektedir. 2016 yılında, Türkiye’de yürürlüğe giren, velayet konusunda eşler ya da ebeveynler arasında eşitliği öngören AİHS Ek 7 No’lu Protokol⁹⁴⁸ m. 5’ten sonra, 2017 yılında Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu kararda⁹⁴⁹ ortak velayetin kamu düzenine aykırı olmadığı kabul edilmiştir.

Ortak velayet dışında, velayet hakkının ana ve baba dışında ailenin diğer üyelerine, örneğin, büyük anne, baba, amca veya halaya verilmesi gibi Türk hukukundakinden farklı düzenlemelere dayanılarak verilen yabancı mahkeme kararları da kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir.

dd. Davalının Savunma Hakkının İhlal Edilmesi

Tenfiz için MÖHUK m. 54 uyarınca düzenlenen dördüncü ve son asli şart ise, ‘*kendisine karşı tenfiz istenen savunma hakkına ilişkin usul işlemlerine uyulmuş olmasıdır.*’ Bu doğrultuda, yabancı mahkeme tarafından verilen karar, davalının savunma hakkına riayet edilerek verilmelidir⁹⁵⁰.

Bu noktada üç durumda davalının savunma hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Bunlar; davalı tarafın mahkemeye usulüne uygun şekilde çağrılmaması; davalı tarafın

⁹⁴⁸ 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol (RG. 08.04.2016-29678).

⁹⁴⁹ 2HD., 20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737. Karar hakkında inceleme için bkz. Çelikel/Erdem, s. 253; kararın tamamı için bkz.; www.kazanci.com/ (Erişim Tarihi, 29.05.2019)

⁹⁵⁰ Nomer, s. 535; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 3.236; Çelikel/Erdem, s. 739; Uyanık Çavuşoğlu, s. 161; Ruhi, (Velayet Hukuku) s. 640.

mahkemede temsil edilmemesi veya davalının gıyabında ya da yokluğunda karar verilmiş olması halleridir⁹⁵¹. Savunma hakkına riayet edilmemesinin, Türk mahkemelerine göre kamu düzeni müdahalesini gerektirecek boyutta olduğuna kanaat getirilirse, bu durum mahkeme tarafından tenfiz engeli olarak değerlendirilir.

2. Tenfiz Usulü

Tenfiz yargılamasında MÖHUK m. 51/I uyarınca görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemeleridir. Fakat Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4/II, bu kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre, aile hukukundan kaynaklanan yabancılik unsuru taşıyan davaların tenfizinde, Aile Mahkemelerini görevli kılmıştır.

Yetki ise, davalının Türkiye’deki yerleşim yeri, yerleşim yeri yoksa mutad meskeni, her ikisinin de bulunmaması halindeyse, İstanbul, Ankara, İzmir mahkemelerine aittir (m. 51/II).

Hukuki yararı bulunan herkes tenfiz talebinde bulunabilir (MÖHUK m. 52/I). Bu noktada önemli husus tarafların hukuki yararının olmasıdır. Taraflardan birinin Türk vatandaşı olması gerekmemektedir⁹⁵². Hukuki yarar, usul hukukuna ilişkin bir konu olduğundan, vasıflandırması tenfiz hakimii tarafından, *lex fori*’ye göre yapılmalıdır. Türk hukukunda hukuki yarar, kişinin bir hakkını ancak dava açarak koruyabilmesi, dava yolu dışında başka bir yol ile hakkına kavuşamaması halidir⁹⁵³. Hukuki yarar, hakimin re’sen incelediği ve taraflarca da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilen, dava şartı niteliğinde bir konu olduğundan, eksikliği davanın esastan incelemesine geçilmeyi engeller ve davanın reddedilmesine neden olur⁹⁵⁴. Tenfiz dilekçesine “Yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca usulen onaylanmış aslı veya ilamı veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi; İlâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı ya da belge ile onanmış tercümesi’ (MÖHUK m. 53) eklenmelidir. Yukarıda genel olarak açıklandığı üzere, söz konusu belgelerin eksikliği, tenfiz talebinin reddi sonucunu doğurmaktadır.

⁹⁵¹ Ekşi (Tenfiz), s. 308.

⁹⁵² Nomer, s. 529.

⁹⁵³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 253 vd.

⁹⁵⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 248.

C. 1996 LAHEY SÖZLEŞMESİ'NDE VELAYETE VE ÇOCUĞUN KİŞİVARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nden farklı bir şekilde koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine yönelik hükümler çok daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 1996 tarihli Sözleşme'de, çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik tedbir kararlarının tanınması, tenfizi ve icrasına ilişkin usuller münferit olarak hükme alınmıştır. Aynı zamanda tanıma ve tenfiz taleplerine ilişkin red sebepleri de açıkça sayılmıştır. Böylece, 1961 Lahey Sözleşmesi'nde tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemelerdeki boşluk, 1996 tarihli Sözleşme ile doldurulmuştur⁹⁵⁵.

Çalışmamızın bu bölümünde, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde düzenlenen; çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik tedbir kararlarının tanınması (m. 23-35), tenfizi (m. 26) ve tenfiz edilen çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik tedbir kararlarının icrası (m. 28) ele alınacaktır.

1. Çocuğun Kişi ve Malvarlığını Korumaya Yönelik Tedbir Kararlarının Tanınması

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 23. maddesine göre, Sözleşme'ye taraf bir devlet makamı tarafından alınan ve icra gerektirmeyen bir koruyucu tedbir kararı, Sözleşme'ye taraf diğer tüm Devletler tarafından, "kanun gereğince" tanınmalıdır.

Kanun gereğince tanınma usulü ise, Sözleşme'ye taraf bir Devlet makamı tarafından alınan tedbir kararının, hüküm ve sonuçlarını doğrurabilmesi için, kararın tanınmanın talep edildiği taraf devlette herhangi bir tanıma veya tenfiz prosedürünün işletilmesine gerek olmadan tanınması anlamına gelmektedir.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse; Sözleşme'ye taraf bir Devlet makamı tarafından alınan bir koruyucu tedbir kararı ile çocuğun kanuni temsilcisi olarak atanmış bir kişinin, Sözleşme'ye taraf bir başka Devlette çocuk adına bazı hukuki işlemlerde bulunabilmesi için tedbirin tanınmasını talep etmesine (örneğin; mahkemeye başvurarak tanıma davası açmasına) gerek bulunmamaktadır⁹⁵⁶. Buna karşın, tedbirin Sözleşme'ye taraf Devlette

⁹⁵⁵ **Tiryakioğlu**, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 409; **Ulusı Karataş**, s. 978.

⁹⁵⁶ **Lagarde**, para. 15, s. 545; *Practical Handbook*, s. 102, 103. Örneğin, çocuğun ailesinin taraf Devlet A'da yaşamaktadır. Çocuğun anne ve babasının boşanması üzerine, taraf Devlet A mahkemesinde çocuğun velayetinin

tanınmasını istemeyen kişi m. 23/II uyarınca tanımanın engellenmesi için yetkili makamlara başvuruda bulunmalıdır. Bu durumda, m. 23/II’de sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda tanımanın reddi söz konusu olur⁹⁵⁷.

Koruma tedbirlerinin “kanun gereği” tanınabilmesi için, tedbirin varlığının ispatlanması gerekir⁹⁵⁸. İspatın ne şekilde yapılacağı konusunda ise açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraf devletlerin yetkili makamlarından alınan koruma tedbir taleplerini ihtiva eden belgeler bu durumda ispat için yeterli olacaktır⁹⁵⁹. Nitekim, acil durumlarda tedbirlerin bürokratik engellere takılmadan, zaman kaybetmeksizin alınması gerekir; çocuğun korunması bakımından, taraf devlet makamından sadır olan resmi bir belge yerine; tedbirin telefonla veya telefaks metniyle alınması da (resmi olmayan şekillerle) mümkün olmalıdır⁹⁶⁰.

2. Tanımanın Reddi

Tanımanın reddi sebepleri Sözleşme’nin 23. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmıştır. Sözleşme’nin 23/II. maddesinde sayılan tanımanın reddine ilişkin sebepler, tahdidi ve takdiri niteliktedirler⁹⁶¹. Bir başka deyişle, tanımanın reddine ilişkin sebeplerden birinin gerçekleşmiş olması durumunda, çocuğa ilişkin tedbirin tanınıp tanınmaması konusunda Sözleşme’ye taraf Devletlere insiyatif verilmiştir⁹⁶². Çocuğun üstün yararının söz konusu olduğu durumlarda, tahdidi olarak sayılan red sebeplerinden biri bulunsa dahi, taraf devletler tedbiri tanıma yönünde takdir yetkilerini kullanabilirler⁹⁶³.

Buna göre; a) *tedbirin yargı yetkisi Sözleşme’nin İkinci bölümünde belirtilen gerekçelerden birine dayanmayan makamca alınması halinde*: yani tedbirin, 5 ila 14. maddelerde düzenlenen yetkiye ilişkin hükümlere göre yetki tesis etmemiş bir taraf Devlet makamınca alınmış olması hali söz konusudur.

b) *tedbirin, acil durumlar dışında, adli veya idari yargısal işlem bağlamında çocuğun dinlenilmesine fırsat verilmeksizin, talep edilen Devletin temel usul ilkelerini ihlal edecek*

anneye verileceğine karar verilmiştir. Boşanmanın ardından 1 yıl geçtikten sonra, anne çocuğun mutad meskenini hukuka uygun bir şekilde taraf B Devletine taşımıştır. B Devletinde velayete ilişkin tanıma kanun gereği yapılmıştır. Annenin mahkemelere başvurarak tanıma talebinde bulunmasına gerek yoktur. (*Practical Handbook*, s. 103.)

⁹⁵⁷ Şanlı/Esen/Figanmeşe Ataman, s. 3.277; Ebru Şensöz Malkoç, Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2017, s. 236.

⁹⁵⁸ *Practical Handbook*, s. 104; Tiryakioğlu (*Boşanma*), s.409; Ulus Karataş, s. 980.

⁹⁵⁹ Ulus Karataş, s. 980.

⁹⁶⁰ Tiryakioğlu (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 104; Ulus Karataş, s. 980; *Practical Handbook*, s. 104.

⁹⁶¹ Ulus Karataş, s. 980.

⁹⁶² *Practical Handbook*, s. 104.

⁹⁶³ *Practical Handbook*, s. 104; Ulus Karataş, s. 981; Lagarde, para. 122, s. 585.

şekilde alınması halinde ise, çocuğu ilgilendiren meselelerde çocuğun görüşünün alınması prensibine atıfta bulunulmuştur⁹⁶⁴. Bu durumda tedbirinin bir başka taraf devlette tanınmasının reddi talep edilebilir.

c) *acil durumlar dışında, böyle bir tedbirin şahsın dinlenilmesine fırsat verilmeksizin alınması durumunda, tedbirin velayet sorumluluğunu ihlal ettiğini ileri süren herhangi bir şahsın talebi üzerine*; bu durumda, çocuk dışında, velayet sorumluluğuna sahip ebeveynlerin veya uyuşmazlık konusuyla doğrudan ilgisi olan kişilerin dinlenmemesi halinde koruma tedbirinin bir başka taraf devlette tanınmasının reddi talep edilebilir.⁹⁶⁵

d) *çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak böyle bir tanınmanın talep edilen Devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda* tanınmasının reddi talep edilebilir.

e) *çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf olmayan bir Devlette bulunduğu durumlarda, söz konusu taraf olmayan devlet tarafından alınan tedbirin, Sözleşme'ye taraf bir Devletin makamları tarafından alınan bir tedbirden daha sonra alındığı bir durumda, taraf olmayan Devlet makamları tarafından daha sonradan alınan tedbirin “tanıma devletinin” iç hukukuna göre belirlenen tanıma şartlarını sağlaması gerekir*⁹⁶⁶. Bu şartlarla bağdaşmayan tedbirlere ilişkin tanıma reddedilebilir.

f) *tedbirin 33. maddede belirtilen usule uygun olarak alınmaması* yani; Sözleşme'nin 33. maddesinin e bendinde düzenlenen çocuğun başka bir taraf Devlet ülkesine yerleştirilmesine ilişkin tedbirlerin alınması bakımından, taraf Devletlerin takip etmesi gereken usule uymaksızın tedbir almaları halinde koruma tedbirinin tanınması reddedilebilir⁹⁶⁷.

c. Tedbirin Talep Üzerine Tanınması veya Reddedilmesi

Sözleşme'nin 24. maddesi uyarınca, m. 23/I'e hâlel getirmeksizin, herhangi bir ilgili şahıs, Sözleşme'ye taraf Devletin yetkili makamlarından diğer taraf Devlette alınmış olan tedbirin tanınması veya tanınmamasına ilişkin karar almalarını talep edebilir. Bu usul, talepte bulunulan Devletin hukukuna göre yerine getirilir.

⁹⁶⁴ Huysal, s. 156;

⁹⁶⁵ *Practical Handbook*, s. 104; konu ile ilgili örnek için bkz.; Uluşu Karataş, s. 381.

⁹⁶⁶ *Practical Handbook*, s. 106; Uluşu Karataş, s. 982; Süheyla Kahraman, *Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet*, Legal Kitabevi, 2019, s. 80, 12. Dipnot.

⁹⁶⁷ Uluocak, s. 123.

Buna göre, m. 24 uyarınca, hukuki menfaati bulunan kişiler, taraf Devletlerin yetkili makamlarına başvurarak alınan koruma tedbirinin tanınmasını veya tanınmamasını m. 23'te sayılan sebeplerden bağımsız olarak isteyebilir⁹⁶⁸.

Talep ile tanıma özellikle çocuğun mutad meskeninin bir başka taraf devlete taşınması ile değişmesi halinde alınacak tedbirler bakımından çeşitli sorunların önüne geçilmesini amaçlamaktadır. Örneğin; çocuğun velayet sorumluluğunun babanın yazılı rızası olmadan, çocuğun mutad meskeninin değiştirilmemesi koşuluyla anneye bırakılmasına ilişkin taraf devlet X tarafından alınan bir tedbir kararını baba, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu Y devletine taşınmasına rıza göstermeden önce, Y Devletindeki yetkili makamlara tanıma talebinde bulunarak tanıma yoluyla, çocuğun kendi yazılı rızası olmadan Y Devletinden üçüncü bir Devlet olan Z Devletine götürülmesini önceden engelleyebilir.⁹⁶⁹ Bu şekilde çocuk kaçırma hadiselerinin de önüne geçilebilir⁹⁷⁰.

b. Çocuğun Şahıs ve Malvarlığını Korumaya Yönelik Tedbir Kararlarının Tenfizi

“Kanun gereği” tanımanın, koruma tedbirlerine ilişkin kararın hüküm ve sonuçlarını diğer bir taraf Devlette doğurması için yeterli olabilmesi, o tedbirin gereklerinin diğer taraf devlette gönüllü olarak yerine getirilmesine veya tedbir kararına karşı herhangi bir itirazda bulunulmamasına bağlıdır. Taraf bir Devletin makamları tarafından alınan tedbir kararının gerekleri, bir diğer taraf Devlette yerine getirilemiyor ise, bunun yanında tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine ilişkin diğer taraf Devletin icra makamlarının harekete geçmesi gerekiyor ise, tenfiz usulünün yürütülmesi gerekir⁹⁷¹.

⁹⁶⁸ *Practical Handbook*, s. 109; **Ulus Karataş**, s. 983.

⁹⁶⁹ *Practical Handbook*, s. 108. **Ulus Karataş**, s. 985.

⁹⁷⁰ **Ulus Karataş**, s. 985; **Kahraman**, s. 81.

⁹⁷¹ *Practical Handbook*, s. 110; **Ulus Karataş**, s. 986; **Lagarde**, para. 132-133, s. 589; **Kahraman**, s. 81. Konuyu daha iyi açıklamak için bir örnek vermek gerekirse; Çocuğun mutad meskeni taraf A Devletinde bulunmaktadır. Anne ve babasının boşanması üzerine baba çocuğuyla beraber taraf B Devletine taşınmak için mahkemeden izin ister. Mahkeme taşınmaya izin verir ancak, anne ile düzenli iletişim kurulmasına ilişkin bir tedbir kararı verir. Ancak, anne de A mahkemesinden aldığı başka bir tedbir kararı ile çocuğu ile kişisel ilişki kurmak üzere B Devletine gelir. Bu durumda Sözleşme'nin 26. maddesine göre, anne bu durumda A Devletinden aldığı mahkeme kararının tenfizini, B Devletinin yetkili makamlarından talep edebilir. Bu durumda taraf Devlet B'de karar tenfiz edildikten sonra çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurarak tedbirin icrasını kendi hukuklarına göre gerçekleştirebilir. (*Practical Handbook*, s. 110) Başka bir örnek vermek gerekirse; anne ve çocuğunun mutad meskeni taraf A Devletidir, babanın mutad meskeni ise taraf B Devletidir. Boşanmanın ardından taraf devlet A mahkemesi velayeti anneye bırakmış ve çocuk ve baba arasında düzenli kişisel ilişki kurma tedbirine karar vermiştir. Babayla kişisel ilişki ise taraf Devlet B'de gerçekleştirilmektedir. Söz konusu karar Sözleşme gereği B'de tanınacaktır. Ancak, ilk kişisel ilişkinin kurulmasından sonra, tedbirin aksine, çocuk babası tarafından B devletinde alıkonulmuştur. Bu durumda anne taraf devlet A'dan aldığı tedbir kararının tenfizini B devletinden talep edebilir. B devletinde tenfiz edilen kararlar, B Devletinin hukukuna göre, çocuğun üstün yararı gözetilerek, icra edilirler. (*Practical Handbook*, s. 110)

Sözleşme'nin 26. maddesine göre düzenlenen tenfiz usulü uyarınca, taraf devlet makamlarınca alınan ve o devlette icra edilebilen tedbir kararlarının, bir başka taraf devlette icra edilebilmesi, hukuki menfaate sahip olan tarafın istemi üzerine, kararın uygulanmasını isteyen taraf Devletin usul hukuku kurallarına uygun bir şekilde tenfiz edilmesine bağlıdır⁹⁷².

Tenfiz, bir tenfiz kararıyla veya icraya yönelik bir tescil ile yapılabilir. Nitekim, taraf devletlerin iç hukuklarında düzenlenen tenfiz prosedürü nasıl olursa olsun, basit ve hızlı bir prosedür olmalıdır. (m. 23/II)

Tedbir kararlarının tenfizi yalnızca 23/II'de sayılan tanımanın reddi sebeplerinden birinin mevcut olması durumunda reddedilebilecektir. (m. 26/III) Bazı durumlarda, söz konusu sebepler taraf devletlerin takdirinde olduğundan, çocuğun üstün yararı gereği tenfiz talebinin reddedilmemesi mümkün olabilir⁹⁷³. *Lagarde*'a göre, revizyon yasağı m. 27 bakımından da geçerli olacaktır⁹⁷⁴.

Tenfizine karar verilen tedbirler, tenfizin talep edildiği taraf Devlet makamlarınca alınmışçasına uygulanacaktır. (m. 28) Tedbirlerin icrası, çocuğun üstün yararı prensibi göz önünde bulundurularak, icranın istendiği taraf Devletin iç hukukuna göre ve söz konusu hukukun "müsaade ettiği ölçüde" uygulanırlar. Bu durumda, tenfize ilişkin, tanımanın genel red sebepleri dışında (m. 26/III), tenfiz yeri makamınca, öngörülen tenfizin mahiyeti gereği ayrıca bir yetki tanındığı görülmektedir⁹⁷⁵.

D. BRÜKSEL II-A TÜZÜĞÜNE GÖRE VELAYETE VE ÇOCUĞUN KİŞİVARLIĞINI VE MALVARLIĞINI KORUYUCU TEDBİRLERE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

1. Velayete ve Çocuğun Kişi Varlığını ve Malvarlığını Koruyucu Tedbirlere İlişkin Mahkeme Kararlarının Tanınması

a. Genel Tanıma Prosedürü

Tüzük'te tanımaya ilişkin hükümler m. 21'de düzenlenmiştir. Hükme göre, bir kararın tanınabilmesi için, kararın bir mahkeme kararı olması şartı aranmamaktadır. Tüzüğün 21. maddesi uyarınca, "boşanma, ayrılık veya evliliğin butlanına ve kişinin nüfus kayıtlarındaki

⁹⁷² *Practical Handbook*, s. 110, *Uluslararası Karataş*, s. 986; *Kahraman*, s. 81.

⁹⁷³ *Lagarde*, para. 121, s. 585.; *Practical Handbook*, s. 105; *Uluslararası Karataş*, s. 987; *Kahraman*, s. 82.

⁹⁷⁴ *Lagarde*, para. 133, s. 589.

⁹⁷⁵ *Uluocak*, s. 124.

değişikliğe ilişkin kararlar, özel bir prosedüre tabi tutulmaksızın tanınır.” Nitekim, ilgili kişinin isteğine bağlı olarak, kararın tanınması veya tanınmamasına yönelik üye devletin mahkemesinde dava ikame edilebilir⁹⁷⁶. (m. 21)

Giray’ın “*basitleştirilmiş tanıma prosedürü*” şeklinde adlandırdığı bu usul; üye Devlet’in vatandaşı olan kişinin nüfus kayıtlarında bir güncelleme ihtiyacı doğuran, boşanmaya, ayrılığa ya da evliliğin butlanına ilişkin başka üye ülkede verilen ve temyiz yolunun kapalı olduğu kararları kapsamaktadır⁹⁷⁷.

Tüzüğe göre açılan tanıma davalarında, inceleme konusu olan karar, esastan incelenemez. (m. 26)

Bu doğrultuda, Tüzük’ün uygulama alanı bulduğu konularda, yargı yetkisini haiz makamlar tarafından verilen kararlar da tanınabilecektir⁹⁷⁸. Tüzük’ün 46. maddesine göre, resmi belgeler ve üye devlette yürürlükte olan sözleşmelerde bu kapsamda tanınacaktır. Bu şekilde, tarafların velayet sorumluluğuna yönelik yapmış oldukları mahkeme dışı sözleşmeler de tanınabilecektir⁹⁷⁹.

b. Tanımanın Reddi Sebepleri

Tanımanın reddi sebepleri Tüzük’ün 23. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre; tanınması talep edilen karar; a) çocuğun üstün menfaatleri dikkate alınarak, üye Devletin kamu düzenine açıkça aykırı ise⁹⁸⁰, b) acil durumlar dışında, çocuğun görüşü alınmadan veya tanımanın talep edildiği Devletin usul hukukunun genel ilkelerini ihlal ederek alınmışsa, c) usulüne uygun tebligat yapılmadan ya da savunma hakkına riayet edilmeden (kişiye cevap dilekçesi için yeterli süre tanınmadan) verilmişse ve kişinin bu kararı kabul ettiği şüpheye yer vermeyecek derecede açık değil ise, d) velayet hakkı sahibi kişinin söz konusu hakkını etkilemesi söz konusu kararın, taraf dinlenmeden (karara itiraz eden taraf) alınması söz konusu ise, e) tanımanın talep edildiği üye devlette daha sonradan verilen velayet sorumluluğu ile ilgili

⁹⁷⁶ Giray, (*Brüksel II-A Tüzüğü*), s. 288.

⁹⁷⁷ Giray, (*Brüksel II-A Tüzüğü*), s. 288.

⁹⁷⁸ Nimet Özbek Hadimoğlu, “*Yeni Brüksel II Tüzüğü Üzerine Bir İnceleme*”, Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Ankara Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 2012, s. 371.

⁹⁷⁹ Özbek Hadimoğlu, s. 371.

⁹⁸⁰ Kamu düzenine aykırılık meselesini düzenleyen m. 23/II-a’nın uygulanmasına ilişkin ABAD P v. Q kararında (C-455/15) kamu düzenine aykırılık kavramının Tüzük uygulanırken oldukça dar bir biçimde yorumlanması ve uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. (para. 36) Ayrıca, çocuğun üstün menfaatlerini dikkate alarak üye bir devlette verilen mahkeme kararının tanınmasının, kararı tanıyan devletin iç hukukunun temel ilkelerine açıkça aykırı olması nedeniyle katlanılamaz derecede aykırılık yaratması durumunda kamu düzenine aykırılığın söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. (Para, 36) <http://curia.europa.eu/> (Erişim Tarihi, 25.05.2019)

bir kararla bağdaşmıyor ise, f) tanımanın talep edildiği başka bir üye devlette veya çocuğun mutad meskeninin üye bir devlette bulunmadığı hallerde, üye olmayan devlette, (tanımanın şartlarının sağlanması halinde), daha sonradan verilen velayet sorumluluğu ile ilgili bir kararla bağdaşmıyor ise, ve g) m. 56'da belirtilen usule uygun olarak alınmamış ise, reddedilecektir⁹⁸¹.

Tanımanın reddi sebepleri m. 23'te yedi bent halinde açıkça sayılmıştır. Söz konusu sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde, tanıma, üye devlet mahkemesi tarafından reddedilecektir. Üye devlet mahkemelerinin tanımayı reddetme konusunda inisiyatifleri bulunmamaktadır⁹⁸².

2. Velayete ve Çocuğun Kişi Varlığını ve Malvarlığını Koruyucu Tedbirlere İlişkin Mahkeme Kararlarının Tenfizi

Tüzük'te tenfize ilişkin düzenlemeler, 28 ila 36. maddelerde düzenlenmiştir. Tüzük'ün 30. maddesine göre, tenfiz başvurusu yapılırken, uyulacak prosedür; tenfiz talebinin yapılmış olduğu Devletin usul hukuku kurallarına uygun olarak yapılmalıdır. Tenfiz talebinin yapıldığı mahkeme, kararını hızlı bir şekilde vermelidir. (m. 31)

Velayet sorumluluğu ile ilgili bir karar, bir üye Devlette icra edilebilir niteliği haiz ve taraflara usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmiş ise, diğer üye Devlette de taraflardan birinin talebi uyarınca icra edilebilir. (m. 28/I) Tüzük hükümleri uyarınca, tenfizi istenen kararın birden fazla konuyu kapsamaması halinde, mahkeme söz konusu konulardan yalnızca bazıları hakkında kısmi tenfiz talebi verebilir⁹⁸³. (m. 36)

E. DEĞERLENDİRME

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarih olan 01.02.2017'den sonra, Sözleşme'nin konu olarak uygulama alanında bulunan çocuğun şahsının ve mallarının korunmasına yönelik tedbirlerle ilgili, diğer taraf Devlet makamları tarafından verilen kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizi, Sözleşme'de düzenlenen 23 ila 28. maddelere göre gerçekleştirilecektir. Sözleşme'nin uygulama alanına girmeyen meselelerle ilgili iç hukukumuzdaki MÖHUK hükümlerinin uygulama alanı bulacağını belirtmiştik.

⁹⁸¹ m. 56'da çocuğun bir başka üye devlette koruyucu aile yanına veya kuruma yerleştirilmesinde uygulanacak usulü düzenlemektedir. **Özbek Hadimoğlu**, s. 371; **Giray**, (*Brüksel II-A Tüzüğü*), s. 292 vd.

⁹⁸² **Giray**, (*Brüksel II-A Tüzüğü*), s. 293.

⁹⁸³ **Giray**, (*Brüksel II-A Tüzüğü*), s. 293.

Örneğin; çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf olmayan bir Devletin ülkesinde bulunması durumunda, Sözleşme'ye taraf bir Devlet makamı kendi iç hukuku uyarınca yetkisini tesis ederek tedbir kararı almışsa, söz konusu kararın Türkiye'de tanınması ya da tenfizi, Sözleşme uygulanmayacağından; MÖHUK'ta düzenlenen kurallarla gerçekleştirilir⁹⁸⁴.

Başka bir önemli husus ise, Sözleşme'nin uygulandığı durumlarda, Sözleşme'de düzenlenen yetkiye ilişkin düzenlemeler uyarınca yetki tesis edilerek, Sözleşme'ye taraf Devlet makamları tarafından verilen tedbir kararları, Sözleşme'ye göre diğer bütün taraf devletlerde “kanun gereği” (*by operation of law*), re'sen tanınaktır. Ancak; Sözleşme'de düzenlenen yetkiye ilişkin düzenlemeler dışında, iç hukuk kurallarına göre yetki tesis edilerek tedbir kararları alınmış ise, diğer taraf Devletlerin “kanun gereği” tanıma yükümlülüğü bulunmayacak ve bu noktada, m. 23/II.a'ya göre tanıma ve tenfiz taleplerinin reddi de söz konusu olacaktır.

“Kanun gereği” tanıma usulü, Türk hukukunda öğretide “doğrudan tanıma”⁹⁸⁵ olarak ifade edilmektedir. Türk Hukukunda, MÖHUK m. 50 ila 58'de düzenlenen kurallara göre, yabancı mahkeme ilamlarının kesin delil ya da kesin hüküm etkisinin kabul edilmesi, Türk mahkemeleri tarafından yabancı mahkeme kararının tenfiz şartlarını sağladığının tespitine, bir başka deyişle, bir tanıma ya da tenfiz kararı verilmesine bağlıdır⁹⁸⁶. Ancak, MÖHUK m. 1/II'ye göre, milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır. Bundan dolayı, doğrudan tanımaya ilişkin hükümler ihtiva eden Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin uygulanması neticesinde, yabancı mahkeme kararlarının Türk mahkemeleri tarafından tanıma veya tenfiz kararı verilmeksizin, kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmelidir⁹⁸⁷. Bu durumda, Sözleşme'nin uygulandığı durumlarda, Sözleşme'ye taraf devletlerin, adli ve idari

⁹⁸⁴ Lagarde, s. 104; Uluşu Karataş, s. 988.

⁹⁸⁵ 1980 tarihli Çocukların Kaçırılmasına Dair Lahey Sözleşmesinde de doğrudan tanıma prosedürü benimsenmiştir. Doğrudan tanıma ile sağlanmak istenen amaç, çocuğun mutad meskeni Devletin makamları tarafından verilmiş koruma hakkına ilişkin kararın veya koruma hakkını kapsayan velayet kararının veya kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararın, iç hukuktaki tanıma şartları bakımından incelenmeksizin, doğrudan kesin delil olarak dikkate alınması suretiyle, çocuğun hızlı bir şekilde mutad meskeni devletine iadesini sağlamaktır. (Akıncı/Demir Gökyayla, s. 273, 274.) Akıncı, Demir Gökyayla'nın ifadesiyle, Sözleşme'nin 14. Maddesi uyarınca, yabancı mahkeme kararı, yerel mahkemeye doğrudan dikkate alınabilir ve otomatik olarak kesin delil niteliği kazandırılmaktadır. (Akıncı/Demir Gökyayla, s. 273, 274) Aynı yönde görüşler için bkz.; Ataman Fıganmeşe, s. 75 vd.; Öztekin Gelgel, (Velayet Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinme Problemler), s. 131 vd.; Şensöz (Doğrudan Tanıma) s. 207.)

⁹⁸⁶ Çelikel/Erdem, s. 685, Şensöz Malkoç, s. 73, 74; Uluşu Karataş, s. 988.

⁹⁸⁷ Şensöz Malkoç, s. 137; Şensöz, s. 409; Doğan Takavut, “Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Kapsamında Çocuklara İlişkin Verilen Adli, İdari Kararların Doğrudan Tanınması, Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, Editörler: Günseli Öztekin Gelgel, Faruk Kerem Giray, Beta, İstanbul 2017, s. 210; Ekşi, (Tanıma Tenfiz), s. 353 vd.

makamları tarafından verilen⁹⁸⁸; velayet sorumluluğu, kişisel ilişki tesis edilmesi, çocuğun mallarının korunması, çocuğa yasal temsilci atanması gibi kararlar herhangi bir tanıma veya tenfiz başvurusu gerekmez. Türk hukukunda “kanun gereği tanınacak”, doğrudan hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁹⁸⁹.

Sözleşme ile MÖHUK düzenlemeleri arasındaki bir diğer fark ise, Sözleşme’de taraf devlet makamları tarafından alınan tedbir kararının doğrudan tanınmasına ilişkin; hükmün bir eda kararı veya inşai bir karar olmasına ilişkin bir ayırım yapılmamasıdır. Türk hukukunda ise bu ayırım kesin olarak yapılmıştır. Buna göre, eda kararı niteliğini haiz kararların hüküm ve sonuçlarını Türkiye’de doğurabilmesi için tenfiz edilmeleri gerekir⁹⁹⁰.

Sözleşme’de düzenlenen tenfiz kavramı, taraf bir devlet makamı tarafından alınmış olan tedbirin gereklerini yerine getirmemesi halinde, diğer taraf devletteki icra makamlarının harekete geçirilmesi gerektiğinde başvurulması gereken bir prosedürü ifade etmektedir. MÖHUK’dan farklı olarak; Sözleşme, icra edilebilir niteliğe sahip tedbir kararlarını tenfiz prosedürüne tabi tutmamıştır. Tenfiz usulü ise, taraf Devletlerin iç hukukları ile belirlenecektir. Buna göre, Sözleşme kapsamında alınan tedbirin Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için MÖHUK m. 50’de düzenlenen tenfiz prosedürü uyarınca, Türk mahkemelerinde tenfiz davası açılmalı ve tenfiz kararı alınmalıdır⁹⁹¹.

“Talep ile tanıma ve tanımama” kararı alınması prosedürü, önceden belirttiğimiz üzere taraf Devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Bu konuda Brüksel II-A Tüzüğü m. 21 uyarınca, talep ile tanıma ve tanımama prosedürleri üye devletlerin iç hukuklarına bırakılmamakta ve talep ile tanıma ve tanımama kararlarına ilişkin tenfiz prosedürü öngörülmektedir⁹⁹². Bu

⁹⁸⁸ Yabancı mahkemeler tarafından verilen idari kararların Türkiye’de tanınması ve tenfiz edilmesinin mümkün olmadığını savunan görüş için bkz.; **Çelikel**, s. 375; **Nomer**, s. 478; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 455 vd.; **Şanlı**, s. 71; idari kararların Türkiye’de tanınması ve tenfiz edilmesinin mümkün olduğunu savunan **Aksi yönde görüş için bkz.**; Bu görüşe göre yabancı mahkeme tarafından verilen kararın o ülke hukukuna uygun ve yetkili makamlardan alınması yeterlidir. (**Ruhi**, s. 191); **Bu karşın**; Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler uyarınca velayete ve koruma tedbirlerine ilişkin kararların tanınması ve tenfiz edilmesi bakımından kararların idari veya yargı yoluyla alınmış olmalarının bir önemi bulunmamaktadır. (**Huysal**, s. 176, dipnot 493; **Ulus Karataş**, s. 989.)

⁹⁸⁹ **Ulus Karataş**, s. 989.

⁹⁹⁰ **Nomer**, s. 515 vd.; Normal şartlarda tenfize tabi olması icap eden bir yabancı mahkeme kararı hakkında talep edilmesinin hukuki bir menfaat bulunduğu durumlarda mümkün olduğunu savunan görüş için bkz.; **Çelikel/Erdem**, s. 682 vd.; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 484 vd.; **Erten**, s. 196.

⁹⁹¹ **Şensöz**, s. 412; **Ulus Karataş**, s. 990.

⁹⁹² Brüksel II-A Tüzüğü kararların doğrudan tanınması prosedürünü benimsemiştir. (m. 21/I) ancak, kararın tanınmasına ilişkin bir itirazın ileri sürülmesi halinde, bu talebin mahkemeye başvurularak ileri sürülmesi ve bir tanıma davası açılması öngörülmüştür. Bu noktada Tüzük’ün, pozitif kontrol prosedürünü benimsediği söylenebilir. Bu durumda tanımama davası açılmasına ilişkin bir engel de bulunmamaktadır. (m. 21/III, 23) (**Raimondi, Guido**, “Automatic Recognition of Decisions In The Matter Of The Status Of Persons And Family

doğrultuda, mahkemeler aracılığıyla bu kararların verileceği açıkça düzenlenmiştir. Sözleşme’de bu meselenin doğrudan taraf devletlerin iç hukuklarına bırakılması, m. 24 uyarınca taraf devletlerde Sözleşme’nin uygulanması açısından büyük bir eksiklik⁹⁹³.

Türkiye’de milletlerarası sözleşmelere göre, doğrudan etki doğuran bir kararın esasında Sözleşme’de düzenlenen doğrudan tanıma engellerinin varlığı halinde Türkiye’de doğrudan etki doğuramayacağının tespit edilmesi halinde, hangi hukuki prosedüre başvurulacağı hususu açık değildir⁹⁹⁴. Bu noktada Türk mahkemelerinde bu hususun kontrolünün, müspet tespit veya menfi tespit niteliğindeki tanıma davasıyla gerçekleştirilebileceğine ilişkin görüşler mevcuttur⁹⁹⁵.

Sözleşme hükümleri ile MÖHUK beraber değerlendirildiğinde ele alınması gereken bir başka husus ise, geçici koruma tedbirlerinin yani kesin hüküm niteliğine sahip olmayan tedbir kararlarının tanınması ve tenfizidir. MÖHUK m. 50’ye göre, mahkeme tarafından verilmiş olmasına karşın, ilam niteliğini haiz olmayan geçici nitelikteki tedbir kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir⁹⁹⁶. İdari makamlar tarafından verilen tedbir kararlarının Sözleşme uyarınca tanınip tenfiz edilebilmesi mümkün olduğu gibi, geçici tedbir kararlarının da tanınip tenfiz edilebilmesi de mümkün olacaktır⁹⁹⁷.

Law: Two Years’ Experience Of The Application of The New Italian Act On Private International Law” s. 28-36, www.ciecl.org/Etudes/ (Erişim Tarihi, 14.05.2019), Şensöz, s. 399)

⁹⁹³ Türkiye bakımından eksiklik; Türk iç hukukunda tanımama talebine ilişkin bir düzenlemenin olmaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. (Ulus Karataş, s. 990.)

⁹⁹⁴ Şensöz, s. 399; Ulus Karataş, s. 991.

⁹⁹⁵ Karara itirazı olanların, kararın hüküm ve sonuçlarını doğurmaması için menfi tespit davası açması gerektiği yönünde görüş için bkz.; Sakmar, 180; Şensöz, s. 399. Bu noktada kişilerin tanımının reddi davası açabilmeleri için hukuki menfaatinin olması gerekir. (Şensöz, s. 401, Şensöz Malkoç, s. 103, 104, Ulus Karataş, s. 991)

⁹⁹⁶ Huysal, s. 176, 177; Ulus Karataş, s. 993.

⁹⁹⁷ Akıncı/Demir Gökyayla, s. 91 vd.; Çelikel/Erdem, s. 688; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 552; Ulus Karataş, s. 994; Şensöz, s. 426.

SONUÇ

Günümüzde, farklı vatandaşlıktan ve farklı ülkelerde yaşayan kişilerin beraberlikleri, evlilikleri ve söz konusu sosyal ilişkiler neticesinde çocuk sahibi olmaları, milletlerarası ortamda çocukların aile içinde korunmasıyla alakalı endişeleri de beraberinde getirmiştir. Birçok bakımdan savunmasız olan çocukların, velayet hakkı sahibi ebeveynleri tarafından korunmaması halinde, milletlerarası ortamda korunabilmesine yönelik uluslararası düzenlemelerin artması, bu konudaki endişelerin bir nebze azalmasını sağlamaktadır.

Çalışmamızda velayet sorumluluğu ve çocuğun korunmasına ilişkin tedbirleri konu alan maddi hukuk ve milletlerarası hukuk alanlarındaki düzenlemeler, birbirleriyle bağlantılı olarak iki bölüm halinde incelenmiştir. Çalışmamızın ilk bölümünde maddi hukuk alanında çocuğun aile içinde korunması ele alınmış; TMK ve mehzaz İMK kapsamında ana ve babanın velayet sorumluluğu, ana-babanın sorumluluklarının kapsamı ve velayet hakkının kullanılması incelenmiştir. Ayrıca, Yargıtay'ın ortak velayete ilişkin görüş değişikliğine gitmesiyle birlikte, sadece teoride bahsedilmekle yetinilen bir konu olan ortak velayet, Türk Hukukunda uygulanmaya başlamıştır. Çalışmamızda, ortak velayet kurumu İsviçre Hukuku ile karşılaştırmalı olarak velayetin kullanılması kapsamında değerlendirilmiştir. Çocuğun aile içinde korunması bakımından, ana ve babasının sahip oldukları velayet hakkının kapsamını ve kullanılmasını ayrıntılı şekilde ele aldıktan sonra, velayet hakkının gerektirdiği yükümlülükleri yerine getirmeyen, getiremeyen veya ağır bir şekilde ihlal eden ebeveynlere karşı TMK, ve sair özel kanunlarda ele alınan koruma tedbirleri İMK ile mukayeseli olarak incelenmiştir. Velayet hakkı elinden alınan ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurması bakımından da çocuğun korunması gerekmektedir. Bu noktada kişisel ilişki kurma hakkı kapsamında çocuğun kişiliğinin korunmasına yönelik tedbirler alınmalıdır. Çocuğa yönelik koruma tedbirleri hiç şüphesiz iki boyutlu olarak, çocuğun şahıs ve malvarlığını korumayı hedeflemektedir. Ancak, konumuz kapsamında çocuğun kişiliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin üzerinde daha fazla durulmuştur.

Maddi hukuk alanında velayet sorumluluğu; ana ve babaya, çocuğun üstün yararını korumaları, çocuğun hayatını tek başına sürdürebilmesini sağlamak amacıyla bir birey haline getirmeleri ve hayata hazırlamaları için verilen hak, yetki ve yükümlülükleri ifade etmektedir. Velayet sorumluluğu, en başta çocuğun yararını korumayı amaçlamaktadır; bu doğrultuda, çocuğun doğumu ile ana ve babaya verilen velayet hakkının sağladığı tüm hak ve

yükümlülükler de bu amaca hizmet etmektedir. Bu noktada, çocuğun evlilik birliği içinde doğması ile veya ana ve babanın çocuk doğduktan sonra evlenmesi durumunda ana ve babaya; evlilik birliği dışında doğması ile anaya; çocuğun evlat edinilmesi ile beraber ise, evlat edinen kişiye velayet hakkı verilir. Ana ve baba, velayet hakkına evlilik birliği içinde beraber sahip olurlar ve evlilik birliği devam ettiği sürece, velayetle ilgili eşit söz hakkına sahip olarak, çocuğa karşı beraber sorumlu olurlar. Boşandıktan sonra ise, ana ve baba velayet haklarını birlikte kullanabilecekleri gibi, ana veya babadan sadece birine de velayet hakkının bırakılması mümkündür. Çocuk, velayet hakkı herhangi bir nedenle sona ermediği müddetçe ve hakim tarafından çocuğun koruyucu aileye veya kuruma yerleştirilmesine karar verilmediği takdirde, ana ve babasının yanında hayatını sürdürür. Ana ve baba izin verdiği sürece çocuk hayatını ailesinden ayrı bir yerde sürdürebilir. Ana ve baba çocuklarının kendi izinleri dahilinde yanlarından alınmasına karşın, İİK m. 25 kapsamında çocuğun kendilerine iadesini her zaman isteyebilirler. 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanun’unda ve 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da da çocuğun şahıs varlığının korunmasına ilişkin bazı önlemler öngörülmüştür.

Gerek TMK, gerekse söz konusu özel Kanunlar uyarınca, çocuğun korunmasına yönelik tedbirler alınırken hakim resen hareket etmektedir. Türk Hukukunda hakim, tehlike altında ve korunması gereken çocuklarla ilgili, durumu öğrendiği anda gerekli araştırmayı yapmalıdır.

Konunun milletlerarası özel hukuk boyutu ise, çalışmamızda 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, Brüksel II-A Tüzüğü ve MÖHUK hükümlerinin beraber ve karşılaştırmalı incelenmesiyle ele alınmıştır.

Konumuzun milletlerarası özel hukuk boyutunda çalışmamıza yön veren en önemli düzenleme 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tebirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi’dir. Sözleşme’nin Türkiye bakımından 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, Sözleşme, aynı konulara ilişkin Türkiye’nin taraf olduğu 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin yerine geçmiştir. 1961 tarihli Sözleşme’nin uygulama alanının neredeyse hiç kalmaması ve Brüksel II-A Tüzüğü’nün ülkemizde uygulama alanının olmaması nedeniyle, iki düzenleme çalışmamızda mukayeseli bir değerlendirme ortamı sağlamak için ele alınmışlardır.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, yabancılık unsuru barındıran velayet sorumluluğuna ve çocuğun kişiliğinin ve mallarının korunmasına ilişkin tüm konularda, taraf devlet makamlarının milletlerarası yetkisi, uygulanacak hukuk ve diğer Sözleşme’ye taraf Devletler tarafından

verilen kararların tanınması ve tenfizine yönelik hükümler içeren oldukça ayrıntılı bir milletlerarası düzenlemedir. Bu noktada, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, 5718 sayılı MÖHUK'ta aynı meselelere yönelik düzenlenen hükümlere hiç ihtiyaç duymadan, söz konusu meselelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmeyi hedeflemektedir.

1996 tarihli Sözleşme'nin milletlerarası özel hukuk boyutunda sağladığı geniş kapsamlı hukuk rejiminin en önemli elementi milletlerarası yetkiye ilişkin düzenlemelerdir. Sözleşme'nin uygulanacak hukuk ve tanıma-tenfizle ilgili düzenlemelerinin uygulanabilmesi, genel olarak, Sözleşme'ye taraf Devletlerin Sözleşme'de düzenlenen yetki hükümleri uyarınca milletlerarası yetkilerini tesis etmelerine bağlıdır. Bu bakımdan, Sözleşme'nin ülkemizde uygulanabilmesi için, Sözleşme'nin düzenlediği yetki kurallarına göre yetkinin tesis edilmesi büyük önem arz etmektedir. Sözleşme'ye göre, çocuğun mutad meskeninin, Sözleşme'ye taraf bir Devletin ülkesinde bulunması halinde, taraf Devletlerin çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasında; Sözleşme'nin yetkiye ilişkin düzenlemeleri, uygulanacak hukuka ilişkin kurallarını ve tanıma-tenfiz kurallarını uygulama yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Ancak, güncel Yargıtay kararlarına bakıldığında, taraf bir Devlet olmamıza rağmen, Sözleşme'nin uygulama alanına giren konularda da MÖHUK hükümlerinin uygulanmaya devam ettiğini görmekteyiz. Bu durumu önlemek adına, Brüksel II-A Tüzüğünde ise, üye Devlet makamlarının, Tüzük'teki yetki kurallarına göre başka bir üye devletin yetkili olduğu durumlarda, resen yetkisizlik kararı vermelerini düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır. (m. 17) Bu hükümle, üye devletlerin iç hukuk kurallarına göre yetki tesis etmeleri engellenmektedir.

Sözleşme'de kaleme alınan yetkiye ilişkin düzenlemelerin, çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf bir Devlette bulunması halinde, iç hukukumuzdaki milletlerarası yetkiye ilişkin kuralların uygulanmasını engellediği kabul edilmelidir. Çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf bir Devletin ülkesinde bulunmaması halinde ise, Türk mahkemeleri, geçici nitelikte koruma önlemleri almaya ilişkin koşullar sağlandığı takdirde, Sözleşme bakımından yetki tesis edebilir veya MÖHUK uyarınca milletlerarası yetki kurallarına göre de yetki kurabilirler. Çalışmamızda bu bağlamda, 1996 Lahey Sözleşmesi'nin yetkiye ilişkin hükümleri ile MÖHUK'ta düzenlenen yetki kuralları mukayeseli bir biçimde değerlendirilmiştir. Sözleşme'nin yetki konusunda Türk milletlerarası özel hukukuna etki ettiği hallerden en önemlileri ise, *lis pendens*'in Türk hukukunda resen dikkate alınması ve Sözleşme'nin yetki devri kuralları ile *forum non conveniens* öğretisinin Türk hukukunda uygulama alanı bulmasıdır.

Sözleşme'nin uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı düzenlemelerine baktığımızda çocuk merkezli bir yaklaşımla, düzenlemelerin yapıldığını söyleyebiliriz. Velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları konusunda MÖHUK'ta öngörülen parçalı sistemin yanı sıra, Sözleşme, velayet ve çocuğun korunmasına yönelik tedbirler konusunda bağımsız kanunlar ihtilafı kuralları düzenlemiştir. MÖHUK'ta öngörülen (kaynaklandığı hukuki işlem ve ilişkiye bağlı bir şekilde uygulanacak hukukun belirlenmesi) parçalı sistemin, Sözleşme hükümleri ile bertaraf edilmesi, Türk hukuku açısından da faydalı olacaktır. Koruma tedbirleri konusunda da uygulanacak hukukun, taraf devlet makamının kendi hukuku olarak belirlenmesi, pratik ve etkili olarak tedbirlerin uygulanması noktasında olumlu sonuçlar doğuracaktır.

MÖHUK ve 1996 tarihli Sözleşme'nin kanunlar ihtilafı hükümlerinin mukayeseli olarak değerlendirilmesi neticesinde; atıf (*renvoi*), üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ve işlem güvenliğine ilişkin kurallar arasında farklılıkların bulunduğu görülmektedir. İki düzenlemenin birbirinden bu denli büyük farklılıklar içermesinin uygulamada sorunlara neden olup olmayacağı bu noktada merak konusudur. Sözleşme'nin uygulandığı ve uygulanmadığı hallerde birbirinden çok farklı hukuki sonuçların ortaya çıkması muhtemel gözükmektedir.

Tanıma-tenfiz hükümleri konusunda da, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde Türk Hukukunda aşına olmadığımız doğrudan tanıma prosedürü öngörülmüştür Brüksel II-A Tüzüğünde de, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ndekine benzer şekilde doğrudan tanıma prosedürü düzenlenmiştir. Aynı zamanda, Sözleşme'de ve Tüzük'te düzenlenen tanımama talebi kavramı da Türk Hukukunda karşılaşmadığımız bir uygulamadır. Bu kapsamda, Türkiye için oldukça yabancı olan bu kavramların, Türk mahkemelerinde uygulanmasının bazı zorluklara neden olması oldukça muhtemeldir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız:** “*Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı*”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011.
- Akıncı, Ziya / Demir Gökyayla, Cemile** Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya:** Aile Hukuku II. Cilt, 21. Baskı Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya:** Kişiler Hukuku Cilt: 1, Seçkin 2018.
- Akyüz, Emine:** “*Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi*”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999.
- Akyüz, Emine:** Çocuk Hukuku, Ankara 2010. (Çocuk)
- Akyüz, Emine:** “*Velayet ve Çocuğun Korunması*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 111-156. (Velayet)
- Aras, Aslı:** “*Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S.1, Y. 2016.
- Arslan, İlyas:** Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Ataman Figanmeşe, İnci:** “*Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 tarihli La Haye sözleşmesi*”, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:7, İstanbul,1999.
- Aybay, Rona / Dardağan, Esra:** Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Aygün, Mesut:** “*Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Yeri*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Penkanitez’e Armağan, 2015, s. 1025-1066.
- Ayiter, Nurşin:** ‘*TMK Ön Tasarısı ve Gereğesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkında Görüşler*’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 30, Sayı I, Yıl 1973, ss. 145-167.
- Badur, Emel:** Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayıncılık 2017, s. 115.)
- Baer, Ingrid:** Das Sorge- und Umgangsrecht im europäischen Vergleich, Luchterland, Germany 1997.

Baktır Çetiner, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2000.

Balkar Bozkurt, Süheyla: “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Cilt II

Baçoğlu, Başak: “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8 Sayı:1 Yıl 2017, ss.351-378.

Baygın Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm: “Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi Ve C-01/03 Sayılı Ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü” AÜHFD, C. 57, Sa. 2, ss. 17-49, 2008.

Beaumont, Paul: “Recent Developments on the Meaning of Habitual Residence” in *Alleged Child Abduction Cases*” (Çevrimiçi) <https://www.abdn.ac.uk/law/> (Erişim Tarihi 24.05.2019)

Berki, Şakir: Türk Medeni Kanununda Velayetin Çocuğun Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, Ankara 1970.

Birinci Uzun, Tuba: “Türk Medeni Kanununa Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı I, 2016, ss. 135-166.

Breitschmid, Peter: Handkommentaar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2007.

Büchler, Andrea /Rolf, Vetterli: Ehe Partnerschaft Kinder, 2. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.

Canyaş, Aslı Bayata: "Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts", International Journal of Law, Policy and Family, Cilt: 27, Sayı:3, Yıl: 2013. (*Joint Custody*)

Canyaş, Aslı Bayata: "Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Ortak Velayet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu", Eskişehir, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Editörler Bilgin Tiryakioğlu/Mesut Aygün/Ali Önal/Kübra Altıparmak/Cansu Kaya, Yetkin Yayınları 2016. (*Tanırma-Tenfiz*)

Canyaş, Aslı Bayata: "5718 sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009. (*Doğrudan Uygulanan Kurallar*)

- Ceylan, Ebru:** “*Türk Medeni Kanunu’nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*”, (Çocuğun Korunması) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017. (Çocuğun Korunması)
- Ceylan, Ebru:** “*Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*”, Doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul Ocak 2006. (Boşanma)
- Çalışkan, Yusuf:** Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, 1. Baskı, İstanbul, Beta, 2014.
- Çelikel, Aysel / Şanlı, Cemal:** Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, C. I, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır:** Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, İstanbul 2017.
- Çelikel, Aysel:** “*Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi*” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, S. I-II, İstanbul, 1963.
- Çetiner, Selma:** “*Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği*”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, ss. 25-46.
- Çörtoğlu Koca, Sema:** “*Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velayete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu*”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, Sa. 2, ss. 209-268. (Yetki)
- Çörtoğlu Koca, Sema:** “*Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)*”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Editörler: Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ekim 2016. (Brüksel II-A Tüzüğü)
- Dardağan Kibar, Esra:** “*Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar*”, Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, S. 1.
- Doğan, Vahit:** Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Ankara, 2019.
- Dural, Mustafa, / Öğüz, Tufan, / Gümüş, Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku, C. III, 9. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Dyer Adair:** Internalisation of Family Law, UC Devis Law Review, 1997.
- Edward, L./ Barrett, Jr.:** “*The Doctrine of Forum Non Conveniens*”, California Law Review, Volume 35 | Issue 3, Article 4, 1947.
- Ekşi, Nuray:** “*Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*” “(Brüksel IIa Tüzüğü)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı 2009.

Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.

Erdem, Bahadır: “22.01.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB, C. 22, S. II, 2002.

Erdem, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Erdoğan, Ersin: “Milletlerarası Derdestlik (*Lis Alibi Pendens*)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014.

Erkan Mustafa: MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/2.

Ertaş, Şeref: Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı 2007.

Erten, Rifat: Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41), Yetkin Yayınları, 2017.

Esen, Emre: “5718 Sayılı MÖHUK’un Zaman İtibariyle Uygulama Alanı”, İBD, Cilt 83, S. 2009/III.

Evgen, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler, MHB, Yıl: 35, Sayı: 1, 2015.

Geiser, Thomas / Fountoulakis, Christiana: Zivilgesetzbuch I. Basler Kommentar, (*Basler Kommentar*), Art. 1-456 ZGB, Basel, 2015.

Gelgel, Günseli: Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler (Ders Notları), Beta, İstanbul 2012.

Gençcan, Ömer Uğur: Velâyet Hukuku, Yargıtay Uygulaması, Bilimsel Açıklama ve en son İçtihatlar, Ankara 2015. (*Velayet Hukuku*)

Giray, Faruk Kerem: “Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003) Yetki Kuralları “(*Brüksel Ila Tüzüğü*)”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Editörler: Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ekim 2016.

Grassinger, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2008. (*Tedbirler*)

Grassinger, Gülçin, Elçin: ‘Çocuğun Menfaati Gereği Görüşününün Alınmaması Gereken Durumlar’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010. (*Görüş*)

- Hadimoğlu, Nimet Özbek:** “ *Yeni Brüksel II Tüzüğü Üzerine Bir İnceleme*”, Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Ankara Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 2012.
- Hahn, Dieter:** Kindheits-, Jugend- und Erziehungsrecht, Beck AG, München 2004.
- Hatemi, Hüseyin / Oğuztürk Kalkan, Burcu:** Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona:** Aile Hukuku, Filiz Kitabevi 1993.
- Hausheer, Heinz / Geiser, Thomas / Aebi-Müller, Regina:** Basler Kommentar - ZGB I, Honsell, Heinrich/Vogt, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.
- Hausheer, Heinz / Geiser, Thomas / Aebi-Müller, Regina:**, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stampfli Verlag AG Bern, 2014.
- Hegnauer, Cyril / Breitschmid Peter:** Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Bern 2000.
- Hegnauer, Cyril:** Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2 Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Bern, 1997. (*Berner Kommentar*)
- Hegnauer, Cyril:** Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Auflage, Bern 1999. (*Kindesrechts*)
- Helvacı, Serap:** Gerçek Kişiler, Legal, İstanbul 2017.
- Henkel, Helmut:** Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen germ. Art 307 rev. ZGB, Diss, Zurich 1977.
- Huysal, Burak:** Devletler Özel Hukukunda Velayet, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.
- İmamoğlu, Hülya:** “Çocuğun Kişiliğinin Ana ve Babaya Karşı Korunması”, AÜHFD, Y, 2005, C. 54, S. 2, Ankara.
- İmamoğlu, S. Hülya:** ‘‘Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi’’, AÜHFD, 54(1), 2005, ss. 165-190.
- İnan, Ali Naim:** Çocuk Hukuku, İstanbul 1968.
- Kahraman, Süheyla:** Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, Legal Kitabevi, 2019.
- Karaca, Hilal:** Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015.
- Karataş, Ayşe Elif Ulusu:** “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, MHB, Cilt: 37, Sayı:2, 911-1003.

- Karrer, Pierre / Arnold, Karl:** Switzerland's Private International Law Statute of December 1987, Code of Conflict of Laws and Related Legislation, Deventer Boston, 1989.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Aile Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz:** Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara, 2004.
- Köksal, Mehmet:** “”Çocuğun Menfaati” Konusunda Türk, Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, c. I, Ankara 2017.
- Köle, Naz Elif:** “Velayet Hakkına, Birlikte Velayet Kavramına, Velayet Davalarında Çocuğun Dinlenmesine Kısa Bir Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 91, Sayı 6, Yıl 2017, ss. 141-157.
- Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim:** Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1989.
- Kuru, Baki:** Medenî Usul Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2018.
- Kuru, Baki / Budak, Ali Cem:** “Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, 2011.
- Lagarde, Paul:** Explanatory Report on the 1996 Hague child Protection Convention by Paul Lagarde, HCCH Publications, 1998. (Lagarde)
- Long, Eimear:** Children's Rights In Private International Law, Trinity College Dublin Library Press 2008.
- Magnus, U./Mankowski P./ Pintens W.:** “Brussels IIbis Regulation”, Editor: Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich, Sellier European Law Publishers, 2012.
- Moritz, Heinz Peter:** Die (zivil-)rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Families, Berlin: Duncker u. Humblot, 1989 (Schriften zum Bürgerlichen Recht).
- Nomer, Ergin:** Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul, 2017.
- Nomer, Ergin:** Milletlerarası Usul Hukuku, Beta, İstanbul, 2009. (Usul Hukuku)
- Nomer, Haluk:** “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000.
- Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami:** Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2006.
- Oğuzman, Kemal / Dural Mustafa:** Aile Hukuku, İstanbul 1998.
- Oğuzman, M. Kemal, / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi İstanbul 2018,

- Özdemir Kocasakal, Hatice:** Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.
- Özdemir, Hatice:** "Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı" Argumentum Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, S. 57, 1998.
- Özden, Özer Taşkın:** Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, Eskişehir, 2006.
- Özel, Sibel:** "Ülkelerarası Evlat Edinme", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı:1, Ocak 2011, ss. 609-611. (Ülkelerarası Evlat Edinme)
- Özel, Sibel:** Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, Alkım Yayınları, İstanbul 1998. (Kültür Varlıkları)
- Özgenç Zeynep:** Velayete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sa. 1, C. XXII, Y. 2018.
- Özkan, Işıl:** Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Naturel Yayınları, Ankara 2013.
- Öztan, Bilge:** 'Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu', Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Editör: Sabih Arkan/Aynur Yongalık, Ankara Turhan Kitabevi, 2006. (Velayet)
- Öztan, Bilge:** Aile Hukuku, Turhan Kitabevi 6. Bası, Ankara 2015. (Aile)
- Öztan, Bilge:** Şahsın Hukuku, Dokuzuncu Basım, Ankara Turhan Kitabevi, 2000. (Şahsın Hukuku)
- Öztekin Gelgel, Günseli:** "Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler", İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 8, 2005.
- Öztekin Gelgel, Günseli:** "Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler", MHB, Cilt: 34, Sayı: II, ss. 107-138. (Tenfiz)
- Öztürk, Reyhan Huriye:** "Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Sahsi Bakımından Sonuçları" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000.
- Partalcı, Rümeysa:** Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2014.
- Pazarıcı, Hüseyin:** Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, Ankara 2018.

Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekeş, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul 2018.

Practical Hanbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention, Hague Conference on Private International Law, 2014.

Pürselim Arning, Hatice Selin: Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, Adalet Yayınları, Ankara 2014.

Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz / Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları 4. Baskı, 2018.

Rausher, T.: “Parental Responsibility Cases under the New Council Regulation Brussels IIA”, European Legal From, Vol. I, 2005, s. 37-46, (Çevrimiçi) www.simonslaw.com (Erişim Tarihi 25.04.2019)

Ruhi, Ahmet Cemal / Ruhi, Canan: Velayet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Ruhi, Cemal: “Türk Hukukunda Velayet ve Velayet ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Sayı: 90, 2014.

Sargın, Fügen: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996.

Sarı, Suat: Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması, Lagal Hukuk Dergisi, Sayı: 49, Ocak 2007.

Schnyder, Tuor: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Kindesrecht, Supplement, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1977.

Schwenzer, Ingeborg / Keller, Tomie: “Recent Developments in Swiss Family Law”, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 35, Issue: 1, 1-28, 2014.

Schwenzer, Ingeborg: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I. Basler Kommentar, (Basler Kommentar), Art. 1-456 ZGB, Basel, 2014

Scott, J. M: “Resolving the Problems of Jurisdiction in Family Law Brussels Ibis and Points West”, ss. 1-12, (Çevrimiçi) www.murraystable.com/assets/files/articles/resolvingpdf.

Serdar, İlknur: “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, İzmir 2008.

Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2017.

Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2014. (Medeni Hukuk)

Silberman, Linda / Wolfe, Karin: "The Importance of Private International Law for Family Issues in an Era of Globalization: Two Case Studies - International Child Abduction and Same Sex Unions", Hofstra Law Review, Volume 32, Issue 1, 2003.

- Sirmen, K. Sedat:** “Uluslararası Havacılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrininin Uygulanmasında Emsal Karar: Piper Aircraft Co. V. Reyno Davası”, AÜHFD, 63 (1) 2014: 199-217.
- Sutter Somm, Thomas / Kobel Felix:** Familienrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel 2009.
- Sutter-Somm Thomas:** Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht (ZGB-OR), 26. Auflage, Liberalis Verlag AG, Basel 2014.
- Şanlı, Cemal:** “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, MHB, Y. 16, S. I-II, 1996.
- Şenocak, Zarife:** ‘ ‘Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası’ ’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, Sa.4, 2001, ss. 65-81.
- Malkoç Şensöz, Ebru:** Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Malkoç Şensöz, Ebru:** “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, MHB, Cilt 35, Sayı: 2, 13-49.
- Takavut, Doğan:** “Türkiye’nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Kapsamında Çocuklara İlişkin Verilen Adli, İdari Kararların Doğrudan Tanınması, Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, Editörler: Günseli Öztekin Gelgel, Faruk Kerem Giray, Beta, İstanbul 2017.
- Tandoğan, Haluk:** “Velayetten Doğan Kanun İhtilafları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, Ankara 1946, ss. 505-531.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge:** Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara 2011. (Çocuğun Korunması)
- Tanrıbilir, Feriha, Bilge:** “Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, (Sözleşme) MHB Yıl: 16, Sayı:1-2, 1996.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge:** “30 Haziran 2005 tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y.2007. (Yetki)
- Tarman, Zeynep Derya:** “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)’daki Boşluk: Ada Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 66 (2) 2017: 461-490, s. 473.

Tekinalp, Gülören / Uyanık, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Tiryakioğlu, Bilgin: Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar (T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, Ankara 1991. (*Çocuklara İlişkin Kurallar*))

Tiryakioğlu, Bilgin: Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz, ve İşbirliğine Dair Sözleşme (Lahey 19 Ekim 1996), Prof. Dr. Nihat Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999. (*1996 tarihli Lahey Sözleşmesi*)

Tiryakioğlu, Bilgin: Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Adalet Yayınevi, Ankara, 1996. (*Boşanma*)

Uluocak, Nihal: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989.

Usta, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul 2012.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta, İstanbul 2006.

Uzun, Fatih Burak: Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti, Yüksek Lisans Tezi, 2014.

Ünal, Şeref: “*Velayetin Nez'i*” YKD, Cilt 17, Ocak-Nisan 1991, Sayı 1-2. (*Velayetin Nez'i*)

Ünal, Şeref: “*Alman Federal Cumhuriyeti Mahkemelerinin Küçüklerin Korunması Konusunda 5 Ekim 1961 Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme*”, AD, 1987, Y. 78, S. 2.

van Loon, Hans: Hague Conference on Private International Law, Cambridge Press, 2013.

Vassilakakis, Evangelos: “The Impact of Substantive Law on the Material Scope of the Application of Regulation Brussels IIbis”, Public and Private International Law Bulletin, C. 35, S. 2.

Weller, Marc Philippe: Der gewöhnliche Aufenthalt, Brauchen wir eine Rome 0-Verordnung?, Stefan Leible/Hannes Unberath (Hrsg.), 2013, s. 295-323

Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2014.

Yavuzer, Haluk: Çocuk ve Suç, 10. Baskı, İstanbul 2001.

Yıldırım, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, 1. Basım Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

Yılmaz, Canan: Türk ve İsviçre Hukuklarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Yücel, Özge: “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2013, ss. 117-137.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin / Özakman, Cumhur / Sarıal, Enis: *Aile Hukuku*, İstanbul 1986.

Tekinay, Selahattin Sulhi: *Türk Aile Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 1990.

Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayla K. Emre: *Medeni Hukuk*, Seçkin Yayınları, Ankara 2000.

Zevkliler, Aydın: “*Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları*”, *DÜHFD*, S. 1, 1983.

Zeybek, Elvan: *Velayet Hakkının Kullanılması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<http://curia.europa.eu>
<http://www.etimolojiturkce.com>
<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/>
<https://eur-lex.europa.eu/>
<https://jurix.com.tr/>
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>
<https://www.abdn.ac.uk/law/>
<https://www.admin.ch/>
<https://www.hcch.net>
<https://www.icj-cij.org/en/>
<https://www.incadat.com/>
<https://www.lexpera.com.tr/>
<https://www.tbmm.gov.tr/>
<https://www.umbricht.ch/>
www.ciec1.org/
www.euromed-justice-iii.eu/
www.kazanci.com
www.murraystable.com/
www.simonslaw.com/