

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK HUKUKUNDA MÜŞTEREK VELAYET
SORUNU

ZÜMRÜT ENERJİN
2501160663

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR.B. BAHADIR ERDEM

İSTANBUL- 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ZÜMRÜT ENERJİN Numarası : 2501160663
Anabilim Dalı / Anasat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. B. BAHADIR ERDEM
Tez Savunma Tarihi : 11.09.2019 Saati : 14.00
Tez Başlığı : TÜRK HUKUKUNDA MÜŞTEREK VELAYET SORUNU

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. B. BAHADIR ERDEM		KABUL
2-PROF. DR. GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL		KABUL
3-DR. ÖGR. ÜYESİ EBRU ŞENSÖZ MALKOÇ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
P1-DOÇ. DR. FARUK KEREM GİRAY		
2-DOÇ. DR. BAHAR CEYDA SÜRAL		

ÖZ

TÜRK HUKUKUNDA MÜŞTEREK VELAYET SORUNU ZÜMRÜT ENERJİN

Çalışmamızda, ortak hayata son verilmesi ile velayet hakkının eşler tarafından müştereken kullanılmasının mümkün olup olmadığı Türk Medeni Kanunundaki düzenlemeler, doktrindeki yaklaşım ve yargı kararlarındaki bakış bağlamında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle toplum yapısının değişmesi, kadın-erkek eşitliğine yönelik çalışmaların yapılması ve çocuk haklarına verilen önemim artması gibi etkenler çerçevesinde velayet kavramına yüklenen anlamın ve algının zaman içerisindeki dönüşümünden bahsedilerek velayet kavramının hukuki niteliği ve özelliklerine yer verilmiştir. Çalışmanın devamında, ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde velayet hakkına ilişkin düzenlemeler incelenerek Türk Medeni Kanunun 336/3. maddesinin lafzı itibarıyla açık olup olmadığı, emredici nitelik taşıyıp taşımadığı ve yerinde bir düzenleme olup olmadığının tartışması yapılmıştır. Doktrinde uzun zamandır tartışmalı olan müşterek velayet kurumunun, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 Nolu Protokolün onaylanması ile daha da tartışılır hale gelmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları mahkemesinin müşterek velayet konusundaki yaklaşımına da ayrıca yer verilmiştir. Yine, yabancı mahkemeler tarafından verilen müşterek velayet kararlarının Türkiye’de tenfizi incelenmiştir. Bu kapsamda MÖHUK’da ve milletlerarası sözleşmelerde öngörülen tanıma ve tenfiz usulüne yer verilerek daha çok velayete ilişkin hususlar üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Velayet Hakkı, Müşterek Velayet, Çocuğun Üstün Menfaati, Kamu Düzeni, Tanıma, Tenfiz.

ABSTRACT

THE JOINT CUSTODY PROBLEM IN TURKISH LAW

ZÜMRÜT ENERGIN

In this study, it is evaluated whether the custody right can be jointly used by the spouses after the termination of the common life in the context of the regulations in the Turkish Civil Code, the approach in the doctrine and the perspective in the judicial decisions. Within this scope, first of all, the legal nature and characteristics of the concept of custody were mentioned by referring the transformation of meaning and perception in custody concept within the framework of factors such as change of the social structure, conducting studies on equality between men and women and increasing the importance given to children's rights. In the course of this study, the regulations on custody rights in national and international legal texts were examined and it was discussed whether the wording of Article 336/3 of the Turkish Civil Code is clear, whether this provision is mandatory and appropriate. The question of the joint custody, which has long been discussed in doctrine has become a highly controversial topic with the adoption of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. Thus, the approach of the European Court of Human Rights' to joint custody has also been emphasized. This study examines the enforcement of foreign court judgments regarding custody issues. Besides, the enforcement of foreign court judgments in Turkey regarding joint custody was examined. In this regard, the procedures envisaged under International Private and Civil Procedure Law and international conventions have been stated, custody related issues have been emphasized.

Keywords: Custody, Joint Custody, The Best Interests of the Child, Public Policy, Recognition, Enforcement.

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmada, Türk Hukukunda müşterek velayete hükmedilmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Konu ele alınırken velayet kavramının hukuki nitelendirilmesi yapılmış, doktrindeki görüşlere yer verilerek hâlihazırdaki düzenlemeler kapsamında müşterek velayetin uygulanabilirliği değerlendirilmiştir. Buna ek olarak ise yabancı devletlerden alınan velayet kararlarının MÖHUK ve milletlerarası andlaşmalar çerçevesinde tenfizi irdelenmiştir.

Bu tezin konusunun belirlenmesinden son noktasının konulmasına kadar geçen her aşamasında katkısını esirgemeyen, fikirleri ve nezaketi ile bana yol gösteren, tezimin hazırlanmasına büyük emek veren tez danışmanım saygıdeğer hocam Prof. Dr. B. Bahadır Erdem'e teşekkür ederim.

Maddi ve manevi desteklerini benden hiçbir zaman esirgemeyen, en stresli dönemlerimde bana hep destek olup yol gösteren hayatımdaki en kıymetli ve yeri doldurulamaz hocalarım canım annem ve babama, bu süreçte desteğini ve iyi temennilerini benden esirgemeyen abime ve Büşra'ya, varlığı ve minicik elleri ile bana güç veren Metin Efe'ye teşekkürlerin en büyüğünü borç bilirim.

Ayrıca tüm aşamalarda bana destek olan sevgili meslektaşlarım Av. Ceylan Bilici ve Av. Selin Kaçmaz'a; 2210/A Yurtiçi Yüksek Lisans bursu kapsamındaki maddi desteklerinden dolayı da TÜBİTAK'a teşekkürlerimi sunarım.

İstanbul, 2019
Zümrüt ENERĞİN

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	viv
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

BİRİNCİ BÖLÜM

VALAYET KAVRAMI

I. Velayet Kavramının Tarihi Gelişimi.....	3
A. Roma Hukukunda Velayet	3
B. Cermen Hukukunda Velayet	4
C. Türk Hukuk Tarihinde Velayet	5
II. Velayet Kavramının Değişimi.....	6
III. Türk Medeni Kanununda Velayet Kavramının Tanımı ve Hukuki Niteliği	8
A. Velayet Kavramı.....	8
B. Velayetin Hukuki Niteliği	10
C. Velayete Hâkim Olan Genel Prensipler	12
1. Çocuğun Yararı Prensibi.....	12
2. Velayet Hakkının Süreli Olması	14
3. Velayet Hakkının Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklardan Olması	15
4. Velayet Hakkının Bütünlüğü İlkesi	16
a. Velayet Hakkı Ana Baba Tarafından Birlikte Kullanılmaktadır	16
b. Velayet Hakkı Taksim Edilemez.....	17
IV. Karşılaştırmalı Hukukta Kabul Edilen Velayet Sistemi	18
A. İsviçre Hukuku	18

B. Alman Hukuku	19
C. Fransız Hukuku	21
D. İngiltere Hukuku.....	22
E. İspanya Hukuku.....	23

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA VELAYETE İLİŞKİN MEVCUT YASAL DÜZENLEMELER VE HÂKİMİN BOŞANMA DURUMUNDA MÜŞTEREK VELAYETE HÜKMEDİP HÜKMEDEMEYECEĞİ MESELESİ

I. Genel Olarak	24
II. Velayete İlişkin Ulusal Düzenlemeler	25
A. Anayasadaki Mevcut Düzenlemeler.....	25
B. Türk Medeni Kanunundaki Mevcut Düzenlemeler	27
1. Velayetin Kullanılması	27
2. TMK. m. 336/3 Hükmünün Emredici Niteliğinin Değerlendirilmesi	33
3. Velayete İlişkin Yasa Hükmünün Değerlendirilmesi	36
C. Yargı Uygulamasındaki Durum	38
III. Velayete İlişkin Milletlerarası Düzenlemeler	422
A. Milletlerarası Hukuk Metinlerinde Müşterek Velayete İlişkin Yer Alan Prensipeler	422
1. Avrupa Konseyinin Tavsiye Kararı	422
2. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi.....	444
3. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi	488
4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No’lu Protokol	499
B. Milletlerarası Hukukun İç Hukuka Etkisi.....	50
1. Milletlerarası Sözleşmelerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Sorunu....	522
2. Milletlerarası Sözleşmelerin Aile Hukukuna Etkisi	577

a. AİHS Ek 7 No'lu Protokolünün 5. Maddesinin Türk Hukukuna Etkisi ve AİHM Yargısında Müşterek Velayet	588
IV. Türk Hukukunda Mevcut Düzenlemeler Kapsamında Müşterek Velayete İlişkin Karar Verilip Verilemeyeceği Değerlendirmesi	61

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI MAHKEMELER TARAFINDAN MÜŞTEREK VELAYETE İLİŞKİN VERİLEN KARARLARININ TENFİZİ

I. Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Uyarınca Yabancı Velayet Kararlarının Tenfizi.....	688
A. Tenfiz İçin Aranılan Ön Koşullar	688
B. Tenfiz İçin Aranılan Asli Koşullar	722
1. Kararın Verildiği Ülke ile Türkiye Arasında Karşılıklılık Bulunması ..	722
2. Kararın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi Kapsamında Bulunmayan Bir Konuya İlişkin Olması ve Aşkın Yetkili Bir Mahkeme Tarafından Verilmemiş Olması.....	755
3. Kararın Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Bulunmaması	788
4. Kararın Savunma Haklarına Riayet Edilerek Verilmiş Olması	855
II. Milletlerarası Sözleşmeler Uyarınca Yabancı Velayet Kararlarının Tenfizi	866
A. 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi Kapsamında Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi	877
B. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi Kapsamında Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi	899
C. 1980 tarihli Lüksemburg Sözleşmesi Kapsamında Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi.....	933
1. Lüksemburg Sözleşmesinde Tanıma ve Tenfiz İçin Öngörülen Usul ...	988
D. 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi Kapsamında Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi	999

SONUÇ..... 1022

KAYNAKÇA..... 1066



KISALTMALAR LİSTESİ

§	: bölüm
A.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHF	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Borçlar Kanunu)
B.	: Başvuru
Bkz./bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BVerfGE	: Bundesverfassungsgerichts (Alman Federal Anayasa Mahkemesi)
C./c.	: Cilt
ÇHDS	: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
çev.	: çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
Haz.	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: Karar
m.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No./no.	: Numara
s.	: Sayfa, Sayfalar
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
V./v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

Türk Hukukunda, evlilik süresince velayet hakkı kural olarak anne ve baba tarafından birlikte kullanılmakta olup velayet hakkından doğan tüm hak ve yükümlülükler de ebeveynler tarafından birlikte üstlenilmektedir. Boşanma durumunda ise velayet hakkının kullanımı eşlerden yalnızca birine bırakılmaktadır. Velayet hakkı kendisine bırakılan eş, çocuğa ilişkin kararları tek başına alma yetkisine sahip olurken velayet kendisine verilmeyen taraf çocuk ile yalnızca kişisel ilişki kurma hakkını elde edebilmektedir.

Toplumun kültürel ve ekonomik yapısının değişmesine bağlı olarak artan ebeveynlik bilinci ve aile hukukuna ilişkin meselelerde tarafların iradesine atfedilen önemin artması ile boşanma neticesinde velayete ilişkin uyuşmazlıklarda eşlerin iradelerine saygı duyulması ve buna göre muamele edilmesi düşüncesi yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu durum ise boşanma neticesinde velayet hakkının anne ve baba tarafından müştereken kullanılabileceği fikrini güçlendirmiştir.

Müşterek velayet kavramı birçok yabancı devlet hukukunda kendisine yer bulmuş olmasına rağmen Türk Hukukunda müşterek velayete imkân sağlayan açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Fakat Türk Medeni Kanununda yer alan velayete ilişkin düzenlemeler tereddüte yer vermeyecek açıklıkta bulunmadığından müşterek velayetin hukukumuz açısından mümkün olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalara ve görüş ayrılıklarına sebebiyet vermiştir.

Türkiye Cumhuriyeti tarafından 14.05.1985 tarihinde imzalanan ve 25.05.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan 6684 sayılı kanunla yürürlüğe giren“11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol” neticesinde müşterek velayete ilişkin tartışmalar daha da önem kazanmıştır. Zira söz konusu ek protokolün “eşler arasında eşitlik” başlıklı 5. maddesinde evliliğin bitmesi halinde dahi eşlerin çocukları ile olan ilişkilerindeki hak ve sorumluluklar bakımından eşit olacakları belirtilmiştir.

Ek 7 Nolu Protokolün yürürlüğe girmesi neticesinde, özellikle yabancı mahkemeler tarafından verilmiş müşterek velayet kararlarının tanınma ve tenfiz taleplerinin değerlendirilmesi konusunda önemli bir gelişme yaşanmıştır. Yargıtay, Ek 7 Nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra istikrar bulmuş içtihadından dönmüştür. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2016/15771 E. ve 2017/1737 K. sayılı ve 20.02.2017 tarihli kararında, müşterek velayetin Türk toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal edeceği sonucuna varılmasının mümkün olmadığını belirterek müşterek velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizini mümkün kılmıştır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, söz konusu kararının gerekçesinde Ek 7 Nolu Protokolün 5. maddesine atıf yapmıştır.

Nitekim bu çalışmada, Türk Medeni Kanununda yer alana velayete ilişkin hükümler kapsamında müşterek velayet konusunda karar verilmesinin mümkün olup olmadığı, mümkün ise bu kararların ne şekilde temellendirileceği konusu incelenecektir.

Çalışmanın birinci bölümünde tarihi süreç içerisinde değişen velayet algısından bahsedilerek velayet kavramının tanımı ve hukuki niteliği belirtilecektir. Yine, karşılaştırmalı hukuktaki velayet sistemleri hakkında bilgi verilecektir.

İkinci bölümde ise, ulusal ve uluslararası düzenlemeler kapsamında müşterek velayetin Türk Hukukundaki yeri incelenecektir. Bu inceleme yapılırken doktrinde müşterek velayete ilişkin yer alan görüşlere yer verilecek, Türk Medeni Kanununda yer alan velayete ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşıyıp taşımadığını değerlendirilecek ve yargı uygulamasındaki duruma değinilerek neticeye varılmaya çalışılacaktır. Yine çalışmamız açısından özel önem taşıyan 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokolü ve diğer milletlerarası hukuk metinlerinin hukukumıza etkisi incelenerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin müşterek velayete ilişkin kararları konusunda kabul ettiği prensiplere değinilecektir.

Üçüncü bölümde, yabancı devletlerden alınan müşterek velayet kararlarının MÖHUK'da öngörülen ulusal ve uluslararası sözleşmeler kapsamında tanınması tenfizi incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAVRAMI

I. Velayet Kavramının Tarihi Gelişimi

Aile kavramı, bulunduğu toplumun kültürel ve sosyo-ekonomik yapısına göre farklı özellikler arz etmiş olsa da toplum açısından sahip olduğu önemi dolayısıyla günümüze kadar tüm hukuk sistemleri içerisinde kendisine yer bulmuş ve bu sistemlerce tanınmıştır. Bu kavram, kendi içerisinde çocuğun hukuki durumu ile anne-babası arasındaki ilişkiyi düzenleyen velayet kavramı gibi çeşitli kavramların doğumuna sebebiyet vermiştir. Toplumsal anlayışın ve aile yapısının tarihi süreç içerisindeki değişim ve gelişimi hukuk sistemlerini ve yapılan düzenlemeleri doğrudan etkilemiştir. Toplumun ihtiyaçları doğrultusunda yapılan düzenlemeler, aile yapısının değişimine paralel olarak yeniden şekillenmiştir. Bu husus, özellikle çocuğun aile içerisindeki konumu ile anne-baba arasındaki ilişkiye yansımıştır.

Velayet kavramının tarihsel süreç içerisindeki değişim ve gelişimi çocuğun aile içerisindeki hukuki statüsünü doğrudan etkilediğinden bu hususu incelemek çalışmanın daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacaktır. Zira velayete yüklenen anlam ve velayet algısı Roma Hukukundan günümüze büyük değişikliğe uğramıştır.

A. Roma Hukukunda Velayet

Roma toplumunda, tarıma bağlı kapalı ekonomik şekle sahip ataerkil bir aile yapısı mevcuttu. Buna bağlı olarak kendi içerisinde sert bir disiplin ile yönetilen otoriter bir aile yapılanması görülmekteydi. Roma hukukuna göre aile babası konumunda olan *pater familias*'ın, elinde bulundurduğu *patria potestas*¹ yetkisine bağlı olarak sadece çocukları üzerinde değil, tüm aile fertlerinin şahıs ve mal varlıkları üzerinde sınırsız bir hâkimiyeti vardı². Aile babasına hukuken bağlı olup

¹ Aile içerisindeki hakimiyeti ifade eden bu kavram, babanın *familias*'da bulunan kimseler (çocuğun, kadının, kölenin) üzerinde bulunan hak ve yetkilerini ifade etmektedir.

²Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, 8. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s.265; Nadi Günel, “**Roma Hukukunun Temek Krtiterleri, Kavram ve Kurumları**”, Doğu Batı Dergisi: Romalılar, C. 1, Y. 2009, S. 9, 2009, s.28; Heinrich Honsell, **Römisches Recht**, 8. Auflage, Berlin Heidelberg, SpringerVerlag, 2015, s. 182.

onun hâkimiyeti altında bulunan kümeye *familia* denmekteydi³. *Pater familias*, *familiası* içerisinde bulunan kişiler ve eşyalar (köleler de eşya olarak kabul edildiğinden bu kapsamda değerlendirilmekteydi) üzerinde egemenlik haklarını kullanarak istediği gibi tasarruf etme yetkisine sahipti⁴. Bu hâkimiyet kapsamında, baba çocuğun tek velisi konumunda bulunmakla beraber bu yetki çocuğun ergin olması ile dahi sona ermemekteydi⁵. Var olan bu güçlü yapı neticesinde baba ailenin tek hâkimi konumunda bulunmakta olup annenin velayet konusunda hiçbir söz hakkı bulunmamaktaydı. Zira kadın da kocasının, yani *pater familias*'ın hâkimiyeti altında bulunmaktaydı⁶.

Nitekim babanın sahip olduğu velayet hakkı mülkiyet hakkından farklı değildi. Bu hak kapsamında; baba, aile üyelerini istediği gibi yargılayabilir, cezalandırabilir, boşayabilir, satabilir, hatta öldürebilirdi⁷. Sonraki süreçlerde imparator emirnameleri ile velayet konusunda bir takım kısıtlamalar getirilmiş olsa dahi babanın hâkimiyetinin ortadan kaldırılması gibi bir durum söz konusu olamamıştır⁸. Çocuk ancak beş halin gerçekleşmesi durumunda babasının hâkimiyetin çıkarak hak ehliyetin sahip olabilmekteydi. Bunlar; *pater familias*'ın ölmesi, *pater familias*'ın hak ehliyetini yitirmesi, *pater familias*'ın çocuğu üzerinde var olan hâkimiyet hakkından vazgeçmesi, çocuğun ölümü veya çocuğun rahip olması olarak sayılabilir⁹.

B. Cermen Hukukunda Velayet

Cermen hukukunda ise “munt” olarak adlandırılan velayet sistemi hâkimdi¹⁰. Bu sistem uyarınca baba yine eşin ve çocuğun reisi konumundaydı. Fakat buradaki velayet anlayışında çocuğun güvenliği ve yararı da göz önünde bulundurulmuştur.

³Selda Güneş Ceylan, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 30; Honsell, **a.g.e.**, s. 24.

⁴ Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, 17. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 158.

⁵ Babanın çocuk üzerindeki hakkı ancak baba ölünce, Roma vatandaşlığını kaybedince veya çocuğu evlatlık verdiğinde sona ermekteydi. Bkz. Max Kaser, **Das Römische Privatrecht**, 16. Auflage, München, C.H Beck, 1992, s.277; Şakir Berki, “**Romada Aile Hukuku**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, Y.1957, S. 1, s.120 (Aile Hukuku).

⁶Fulya İlçin Gönenc, **Roma Hukukunda Kadın**, İstanbul, On İki levha Yayınları, 2010, s.55.

⁷Ceylan, **a.g.e.**, s. 37.

⁸Selma Baktır Çetiner, **Velayet Hukuk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 25.

⁹ Sevgi Usta, **Velayet Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 41 (Velayet Hukuku).

¹⁰Hans Planitz, **Germanische Rechtsgeschichte**, 2. Auflage, Berlin, Verlag Franz Vahlen, 1941, s. 27; Usta, (**Velayet Hukuku**), s. 42.

Zira “munt”, anlam itibari ile “koruma” ve “kayıma” kavramlarını da içerisinde barındırmaktadır. Roma hukukundan farklı olarak, babanın çocuğun şahıs ve malvarlığına ilişkin yetkilerini kullanmasının yanında çocuğu korumak, çocuğun mallarını idare etmek ve çocuğu dışarıya karşı temsil etmek gibi yükümlülüklerinin de bulunduğunu söylemek mümkündür¹¹. Yine Roma hukukundan farklı olarak, çocuğun kendi kendini geçindirebilecek duruma geldiğini kanıtlaması halinde velayet hakkı sona ermekteydi. Anne ise yalnızca babanın ölümü durumunda velayet hakkına sahip olabilmekteydi¹².

Velayet hakkının anlam ve mahiyeti, Orta Çağda yaşanan ekonomik gelişmelere ve toplumsal yapının değişimine paralel olarak evrilmiştir. Buna göre, büyük ve otoriter ailelerin yerini çekirdek aileler olarak hâkimiyet anlayışı büyük değişikliğe uğramıştır. Çocukların bir “obje” olduğu anlayışı yavaş yavaş terk edilerek çocuğun aslında velayet hakkının süjesi olduğu kabul edilmeye başlanmıştır¹³.

C. Türk Hukuk Tarihinde Velayet

Velayet hakkının, Türk Hukuk tarihi açısından İslamiyet öncesi ve sonrası olarak iki dönem şeklinde ele alınması gerekmektedir. İslamiyet öncesinde ataerkil yapının hâkim olduğu sosyal düzende çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olan kişi kural olarak yine babaydı. Fakat savaş zamanlarında veya babanın ailenin yanında olmadığı durumlarda velayet hakkının kullanımı anneye geçmekteydi¹⁴. Dönem itibariyle kıyaslandığında annenin diğer toplumlara nazaran daha fazla toplumsal role sahip olduğu görülmektedir¹⁵. Eski Türk toplumlarında çocuk sahibi olmanın önemi dolayısıyla bu toplumlarda çocuğu olmayanlara evlat edinme hakkı tanınmıştır. Evlat

¹¹Emine Akyüz, **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması**, Ankara, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1983, s.22 (Çocuğun Korunması); Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 25; İlknur Serdar, “**Birlikte Velâyet**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, Y. 2008, S. 1, s.156; Usta, (**Velayet Hukuku**), s. 42.

¹² Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 25; Akyüz, (**Çocuğun Korunması**), s. 20; Ancak burada anne ile baba arasında bir eşitlik söz konusu olmayıp, babanın oyu üstündür. Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 26; Serdar,**a.g.e.**, s. 156; Usta,**a.g.e.**, s. 47.

¹³ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 26; Ali Naim İnan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968, s. 124 (Çocuk Hukuku).

¹⁴Akyüz, (**Çocuğun Korunması**), s. 22; Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 26; Usta,**a.g.e.**, s. 29.

¹⁵M. Beşir Acabey, **Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2002, s. 21; Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 26.

edinen kişi, evlat edindiği çocuğa bakmak, çocuğu korumak, yetiştirmek ve onu topluma kazandırmak ile ykmlyd¹⁶.

İslamiyet'in kabulü ve özellikle halifeliliğin Osmanlı Devletine geçmesi ile Türk hukuku, İslam hukukundan belirgin bir şekilde etkilenmiştir. İslam hukukunda velayet çeşitli alt başlıklara ayrılmıştır. Çocuğun doğumu ile onun üzerinde üçlü bir yetki doğmaktadır. Çocuğun şahsına ilişkin hakların kullanılmasına velayet, çocuğun mal varlığının idaresine mal velayeti ve vesayet, çocuğun bakımı, eğitilmesi ve yetiştirilmesine ise hidne¹⁷ denmekteydi¹⁸. Velayetin sağladığı genel bakım ve koruma yetkisini içeren hidne hakkı evlilik süresi boyunca asıl olarak anneye ait olmakla birlikte, baba ile müştereken yürütülen bir haktır. Fakat velayet bütün olarak babaya ait bir hak olarak kabul edildiğinden, son sözü söyleme yetkisi de babadadır. Babanın velayet hakkından doğan görevlerini yerine getiremez hale gelmesi durumunda velayet doğrudan anneye geçmez, çocuğa vasi atanması yoluna gidilirdi¹⁹. Fakat bu durum annenin vasi olarak atanmasına engel teşkil etmemektedir. Annenin bu görevi üstlenebilmesi için; zgr, ayırt etme gücüne sahip, haysiyetli hayat süren itikada layık bir birey olması şart koşulmuştur. Annenin bu şartları taşımaması durumunda başka bir kimse vasi olarak atanırdı²⁰.

II. Velayet Kavramının Değişimi

Toplum düzeninin tarih içerisinde köklü değişikliklere uğraması aile kurumuna ilişkin kalıplaşmış düşüncelerin ve kabullerin de farklılaşmasına sebebiyet vermiştir. Meydana gelen bu değişim ve gelişimler, tanımını ve sınırlarını toplumun kendisinde alan velayet kavramının da evirilmesine sebep olmuştur.

¹⁶ Baktır etiner, **a.g.e.**, s. 27.; Serdar, **a.g.e.**, s. 156.

¹⁷ Sözlük anlamı olarak "bir şeyi yanına almak, çocuğu kucağına almak ve beslemek" olan hidne kavramı İslam hukukunda çocuğun korunup gözetilmesi amacıyla kanun koyucunun belirli kişilere tanıdığı haktır. Bkz. Ali Bardakoğlu, **Hidane**, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, s. 437 vd.

¹⁸ Bahar cal Apaydın, "İsviçre Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Y. 2016, S. 145–146, s. 16; Bardakoğlu, **a.g.e.**, s. 467; Ali Naim İnan, **ocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve ocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları**, İstanbul, Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, 1999, (Yetersizlikler), s. 705 vd; Usta, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁹ Serdar, **a.g.e.**, s. 157.

²⁰ Serdar, **a.g.e.**, s. 157.

Fransız devrimi sonrası gelişen sanayileşme hareketi, toplumun siyasi ve ekonomik yapısında köklü değişikliklere neden olduğu gibi sosyal ve kültürel yapısında önemli ölçüde etkilemiştir. Tarıma bağlı kazanç yolu terk edilerek fabrikalarda üretim yapılmaya başlanmış. Buna bağlı olarak toplumun yapısı, davranış kalıpları, geleneksel düşünce tarzı giderek değişmeye ve gelişmeye başlamış. Sanayileşme kentleşmeyi tetiklemiş, özellikle babanın hâkimiyeti altında olan büyük, güçlü ve otoriter aile yapısı zamanla anne, baba ve çocuklardan oluşan çekirdek aile yapısına evrilmiştir²¹.

Bu süreçte insan hakları konusunda yaşanan gelişmelere paralel olarak çocukların konum ve hakları konusunda da önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu döneme kadar bir nesne olarak vasıflandırılan ve malikin eşyası üzerinde var olan tasarruf yetkisinde olduğu gibi muamelede bulunan çocuk, artık bir hak süjesi olarak kabul edilemeye başlanmıştır²².

Özellikle I. Dünya Savaşından sonra çocukların korunmasını sağlamak amacıyla bugünkü Birleşmiş Milletlerin temelini oluşturan Milletler Cemiyeti kurulmuştur. Savaşların yarattığı olumsuz durumları ortadan kaldırmak, çocuğun ihmal ve istismara karşı korunması sağlamak ve çocuklara ilişkin hakların belirli standart ve ilklere bağlanması amacıyla 1924'te Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi yayınlanmıştır²³. Özellikle II. Dünya savaşı sırasında yaşanan büyük kıyım neticesinde daha huzurlu ve barışçıl bir toplumun inşası amacıyla 1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından İnsan Hakları Bildirgesi yayınlanmıştır. Bu bildirgede toplum barışının sağlanması için insan haklarının önemi vurgulanmış olmakla beraber çocuk haklarına ilişkin de düzenlemeler yapılmıştır. Fakat bu bildirgede çocuklar için yapılan düzenlemeler yetersiz görüldüğünden 1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından çocuk haklarına özel bir bildirme yayınlanmıştır. Bu bildirme 1989

²¹Hans Planitz / Karl August Eckhardt, **Deutsche Rechtsgeschichte**, 4. Auflage, Graz/Köln/Wien, Böhlau Verlag, , 1991, s. 106 vd; Nurten İnce, “**Karşılaştırmalı Hukukta Ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet**”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Y. 2018, S. 9, s.194.

²² Akyüz, (**Çocuğun Korunması**), s.21.

²³ Serdar, **a.g.e.**, s.158.

yılında revize edilerek genişletilmiş ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi üye ülkeler tarafından imzalanarak yasa haline getirilmiştir²⁴.

Değişen toplum yapısında bağlı olarak; küçülen aile yapısı, insan hakları ve özellikle çocuk hakları gibi kavramlarının önemsenmeye başlanması, yaygınlaşan feminizm akımı ve buna bağlı olarak kadının toplumda daha aktif rol almaya başlaması gibi etkenler aile içi ilişki biçiminin de değişmesini ve anne-babanın eşit söz hakkına sahip olmasını sağlamıştır²⁵. Buna bağlı olarak evlilik birliği içerisinde annenin de velayet hakkı konusunda en az baba kadar söz sahibi olabileceği kabul edilmiştir. Fakat bu durum velayete ilişkin anlaşmazlıklara net bir çözüm getirmediği gibi müşterek velayet kavramının tartışılmaya başlanmasına sebebiyet vermiştir.

III. Türk Medeni Kanununda Velayet Kavramının Tanımı ve Hukuki Niteliği

A. Velayet Kavramı

Türk Medeni Kanununda velayet kavramının tanımı açık bir şekilde yapılmamıştır²⁶. Mevcut madde metinlerinde yalnızca velayetin kapsamını belirleyen düzenlemeler vardır. Bu madde metinlerinden yola çıkarak doktrinde velayete ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. Buna göre geniş anlamda velayet; kural olarak küçüklerin ve istisnai olarak ergin olan kısıtlıların bakımı, gözetimi, korunması, yetiştirilmesi ve mallarının idaresi ile bu kimselerin temsilini sağlamaya ilişkin hak, yükümlülük ve görevler bütünü olarak tanımlanmıştır²⁷. Bu tanım çerçevesinde velayet hakkının içerisinde; “çocuğun şahıs varlığının korunması”, “çocuğun malvarlığının

²⁴ Serdar, **a.g.e.**, s.158. En fazla ülkenin onayladığı insan hakkı belgesi niteliğinde sahip olan Çocuk Hakları sözleşmesi 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁵ Usta, **a.g.e.**, s.48.

²⁶ Çocuk Hakları Sözleşmesinde velayete ilişkin bir tanımı yapılmamış olmasına rağmen sözleşmenin 5. ve 8. maddelerinde anne ve babanın hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir.

²⁷ Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 5. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 625-626; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku: Cilt III Aile Hukuku**, 12. Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.341-342; Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 250; Hilal Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, 1. Basım, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015, s. 21 vd.; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, 14. Basım, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012, s.406; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, **Aile Hukuku**, 2. Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s.248; Cem Baygın, **Soybağı Hukuku**, 1. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 259; Ömer Uğur Gençcan, “Ortak Velâyet”, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, s. 24.

korunması” ve bu ikisini de içinde barından “çocuğun temsili” şeklinde üç temel noktanın bulunduğu görülecektir²⁸.

Yapılan bu tanım, kaynağını yasadan almakta olup toplumun geleceği olan çocukların gelişimi, eğitimi, malvarlığının korunması ve temsili açısından anne ve babanın hak ve sorumluluklarına ilişkin hukuki zemin oluşturmaktadır. Tarihsel sürece bakıldığında velayete yüklenen anlamının değiştiğini; ilk dönemlerde var olan babanın çocuk üzerindeki mutlak egemenlik yetkisinin, yapılan çalışmalar neticesinde günümüzde anne ve babaya hak sahibi olma fırsatı sağladığı gibi bu haktan doğan ödevlerin yerine getirilmesi sorumluluğunu da yüklediği görülmektedir.

Velayet hakkının²⁹, anne ve babaya, çocuğun üstün menfaatini koruyarak bedensel, ruhsal, ekonomik, psikolojik ve ahlaki gelişimini sağlamaları için yüklenen sorumlulukların yerine getirilmesi amacıyla tanınan haklar şeklinde değerlendirilmesi de mümkündür. Bu kapsamda, velayetin yüküm-hak şeklinde çift yönlü bir nitelik taşıdığının kabulü gerekmektedir³⁰.

Velayet hakkı doğrudan çocuğun doğumu ile veya mahkeme kararı ile olmak üzere iki farklı şekilde kazanılabilir. Çocuğun doğumu hatta ana rahmine düşmesi ile velayetin kime ait olacağı anne ve babanın evli olup olmadıkları hususuna göre değişmektedir. Buna göre evlilik birliği içerisinde sağ ve tam olarak doğan çocuğun velayeti herhangi bir işlem gerekmeksizin annesi ve babasına ait olur³¹. Fakat evlilik

²⁸Serozan, **a.g.e.**, s. 250.

²⁹Serozan velayet teriminin otorite ve egemenlik duygusu uyandıran çağdışı bir kavram olduğunu ifade ederek bu kavramın değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Nitekim İsviçre ve Alman kanunlarında “elterliche Gewalt” kavramı yerini “elterliche Sorge” kavramına bırakmıştır. Fransızca “garde”, İngilizcede ise “parental responsibility” deyimleri velayet kavramının yerini almıştır. Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s.250.

³⁰Serdar, **a.g.e.**, s.165

³¹Şakir Berki, **Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şümulü**, Ankara, Yargıçoğlu Matbaası, 1970, s. 12 (Velayetin Şümulü); Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 34, 37; Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, 7. Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 483; Hakkı Özlü, **Türk Medeni Hukukunda Velâyetin Kaldırılması**, Ankara, Adil Yayınevi, 2002, s. 18; Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, Legal Yayıncılık 2005, s. 19; Serdar, **a.g.e.**, s. 160; Gülçin Elçin Grassinger, **Türk Medeni Kanun’unda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2009, s. 9; Cem Baygın, “**Kan Bağına Dayanan Soybağı**”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, AÜEHF’nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, C. 6, Y.2002, S. 1-4, s.262,(Soybağı).

dışı doğan çocuğun velayeti anneye aittir³². Evlat edinme durumunda ise mahkemenin evlat edinilmesine ilişkin kararı ile bu kimse kendiliğinden veli sıfatını kazanır³³.

Görüldüğü üzere, Türk Medeni Kanuna göre ancak doğal soybağı ile bağlı olan anne ve baba ile evlat edinen kimse veli sıfatını alabilir. Bunun dışındaki kimselerin bu sığata haiz olmaları mümkün değildir. Velayet hakkı, veliye çocuğun şahsı ve malvarlığı üzerinde çok geniş bir yetki verdiğinden sınırlı sayıda kimselere tanınmıştır. Hukukumuzda üvey anne veya babaya velayet hakkı tanınmamış olmakla birlikte, TMK'nın 338. maddesi uyarınca bu kişilere çocuğun eğitimi ve bakımı ile ilgilenme, özen gösterme ve gerekli durumlarda temsil yükümlülüğü verilmiştir. Veli bulunmadığı durumlarda vasi atanması söz konusu olabilir.

B. Velayetin Hukuki Niteliğı

Velayet kavramının tanımından da anlaşılacağı üzere velayeti yalnızca bir hak veya yalnızca bir yükümlölük olarak nitelendirmek velayetin açıklanması bakımından yetersiz kalacaktır. Zira anne ve baba çocuğun gelişimi, korunması ve temsili gibi var olan yükümlölüklerini yerine getirebilmeleri amacıyla bir takım yetkilerle donatılmışlardır. Oysa önceki dönemlerde veli, yalnızca haklar ile donatılmış olmakla birlikte bu yetkisini çocuğun aleyhine kullanması durumunda dahi kimseye hesap verme gibi bir yükümlölüğü bulunmamaktaydı. Çocuğun menfaatine uygun davranılması beklenilmeyen velinin yetkilerinin sınırlandırılması yoluna sonraki dönemlerde gidilmiştir. Yaşanan gelişmeler neticesinde sonraki

³²Grassinger, **a.g.e.**, s. 13; Baygın, (Soybağı), s.270 v.d.; Ali İhsan Özuğur, **Türk Medeni Kanunun Değışen Yeni Düzenlemeleri İle Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı, Evlat Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, 4. Basım, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s. 469; Özlü, **a.g.e.**, s. 22; Ahmet Cemal Ruhi, “Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiye’de Tenfizi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Faköltesi Dergisi, C.7, Y.2003, S. 3-4, s. 725 (Velayet Konusundaki İlamları); Huysal, **a.g.e.**, s. 21; Cemil Çelik, “Velayetin Kaldırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, C. 54, Y.2004, S. 1, s. 260; Emine Akyüz, **Çocuk Hukuku: Çocuk Hakları ve Korunması**, 2. Basım, Ankara, Pegem Akademi, 2012, s. 136 (Çocuk Hukuku).

³³Emine Akyüz, **Evlat Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu**, Ankara, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, 1995, s. 166 (Evlat Edinme); Grassinger, **a.g.e.**, s. 9; Cem Baygın, “Evlat Edinmenin Sonuçları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Faköltesi Dergisi, C. 7, Y.2003, S. 3-4, s. 639, (Sonuçlar); Huysal, **a.g.e.**, s. 19; Ruhi, (Velayet Konusundaki İlamları), s. 722; Akyüz, (Çocuk Hukuku), s. 223; Osman Fazıl Berki, **Evlat Edinenin Ölümü Halinde Velayet Hakkının Asıl Ana Babaya Avdet Edip Etmeyeceğı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, C. 11, Y.1954, S. 1, s. 636; Tekinay, **a.g.e.**, s. 484; Dural/Öğuz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 300.

süreçte velinin, çocuğun menfaatini gözeterek hareket etme yükümlüğünün bulunduğu kabul edilerek velayetin salt bir hak olmadığı yanında birçok sorumluluk ve ödevi de barındırdığı kabul edilerek günümüzdeki velayet anlayışına ulaşılmıştır.

Velayet hakkını salt bir hak, yani yalnızca anne ve babanın çocuk üzerinde sahip olduğu yetki olarak kabul ettiğimizde çocuğun bir sebep dolayısıyla ebeveynlerinden alınması durumunda, velayet hakkı elinden alınan kişiden nafaka talep edilebilmesinin hukuki dayanağı ortadan kalkmış olacaktır³⁴. Bu hakkı yalnızca ebeveynlerin yükümlülüğü³⁵ olarak kabul ettiğimiz durumda ise velayet, duygusal boyuttan tamamen soyutlanarak yalnızca bir ödev kapsamına girecek ve buna bağlı olarak velayet hakkı kendisinden alınan kimsenin çocuğu görme, çocuk ile şahsi ilişki kurma gibi sonuçlar reddedilmiş olacaktır³⁶. Her iki seçenekten yalnızca birinin kabulü halinde velayet hakkının eksik ve yetersiz olacağı açıktı. Bu nedenle velayetin yalnızca bir hak veya yetki olmadığı, aksine hem hak hem de yüküm niteliği taşıdığının kabulü gerekmektedir.

Velayetin asıl amacı çocuğun ruhsal ve fiziksel gelişimini destekleyerek ona bağımsızlık kazandırmak ve fikişsel olgunluğa erişmesini sağlamaktır³⁷. Velayet hakkının kapsam ve sınırının anlaşılması, ancak velayet hakkının amacının değerlendirilmesi neticesinde mümkün olacaktır. TMK.'nın 340. maddesi uyarınca; anne ve baba çocuğu eğitmek ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlamak ile sorumludurlar. Anne ve baba çocuğa mesleki ve ahlaki eğitim vererek onun vatani için faydalı, dürüst, erdemli bir birey olarak yetişmesini temin etmek ile yükümlüdür. Yine TMK.'nın 341. maddesi uyarınca çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı da anne ve babaya aittir. Dini eğitim kavramı içerisinde iki unsur barındırmaktadır. Bunlardan ilki bir din seçme, ikincisi ise seçilmiş olan din

³⁴ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 29 vd.

³⁵ Berki'ye göre velayet yalnızca görev olarak kabul edilmiştir. Bu fikre gerekçe olarak ise; ana ve babanın velayet hakkını kullanırken çocuğa bir vasi tayin edilmesini isteyerek velayet külfetinden kurtulmasının mümkün olmadığını ve yine velayeti bir başkasına iradi olarak devir etmelerinin mümkün olmadığını göstermektedir. Bkz. Berki, (**Velayetin Şümulü**), s. 5.

³⁶ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 30; Fulya Erlüle, “**Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, Y. 2010, S. 3-4, s. 219.

³⁷ Çelik, **a.g.e.**, s. 256; Serdar, **a.g.e.**, s.161.

kurallarına göre eğitim verilmesidir³⁸. Ebeveynler çocuğu kendi inandıkları dine göre yetiştirebilecekleri gibi çocukları için farklı bir din seçme hususunda da özgürdürler.

Fakat çocuğun eğitim ve gelişimini sağlayarak ona bağımsızlık kazandırma yolunda, anne ve babanın, olgunluğu nispetinde çocuğa kendi hayatı üzerinde söz söyleyebilme imkânı sağlamaları ve çocuğun fikrini almaları gerekmektedir³⁹. Çocuk, zihinsel ve fiziksel olarak geliştikçe anne ve babasının rehberliğine daha az ihtiyaç duyar. Buna göre, velayete ilişkin var olan hakların kapsamının çocuğun gelişimi ile ters orantılı olduğunu ve çocuk olgunlaştıkça bu hakkın daraldığını ve neticeden ortadan kalktığını söyleyebiliriz.

C. Velayete Hâkim Olan Genel Prensipler

Velayete ilişkin yapılan tanım ve hukuki nitelendirmelerden yola çıkıldığında, velayet hakkına hâkim olan ilkelerin; “çocuğun üstün yararı prensibi”, “velayet hakkının süreli olması”, “velayet hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan olması” ve “velayet hakkının bölünemez olması” şeklinde olduğu söylenebilir.

1. Çocuğun Yararı Prensibi

Daha önce de belirttiğimiz gibi velayet, salt bir hak olmayıp çift yönlü bir nitelik taşımaktadır. Velayetin asıl amacı çocuğun yetiştirilmesi ve ona bağımsızlık kazandırılması olduğundan bu hak anne-baba menfaatine tanınmış bir ayrıcalık olmayıp çocuğun yararı için anne babaya verilmiş sosyal bir yüküm-hak özelliği taşımaktadır⁴⁰. Velayet hakkının kullanımı sırasında daima çocuğun menfaati ön

³⁸ Anne ve babanın çocuğu herhangi bir dini eğitim vermeksizin yetiştirmesinin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş; ergin oluncaya kadar çocuğun özgür bırakılmasını ve çocuğun belirli bir dine göre yetiştirilmesinin reddedilmesini mümkün görürken, Bkz. Akyüz, **(Çocuğun Korunması)**, s. 47; Berki, **(Velayetin Şumulü)**, s.43; Nedim Turhan, “**Ana Babanın Çocuklarına Karşı, Çocukların Ana Babaya Karşı Olan Hak ve Yükümlülükleri ve Ehliyet Sorunu**”, Yargıtay Dergisi, C.27, Y. 2001, S. 3, s. 346; İnan, **(Çocuk Hukuku)**, s. 129, diğer görüş çocuğa muhakkak bir din eğitimi verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 67; Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s.413.

³⁹ BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinde: “Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.” demek suretiyle çocuğu kendisini ilgilendiren konularda karar sürecine katılması gerekliliği vurgulanmıştır. Nitekim TMK m.339/3 hükmü de sözleşme metnine paralel olarak “Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁰ Emine Akyüz, **Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet’in

plandadır. Anne ve baba ile çocuk arasında var olan güçlü bağ ve sevgi duygusu göz önünde bulundurulduğunda, kural olarak, anne ve baba ile çocuğun menfaatinin aynı doğrultuda olduğu kabul edilse dahi, gerçek yaşamda anne ve baba ile çocuğun çıkarların çatıştığı durumların oluşması olasıdır. Bu gibi durumlarda ebeveynlerin, daima çocuğun üstün yararına göre hareket etmesi gerekecektir.

Velayette çocuğun yararının gözetilmesi hususu, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3. maddesinde “çocuğun en üstün yararı” şeklinde ifade edilmiştir. Yine Sözleşmenin 18. maddesinde, çocuğun yetiştirilmesinden sorumlu olan anne ve babanın veya yasal varislerin çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket etme zorunlulukları açıkça ifade edilmiştir. Yargıtay’ın da birçok kararında gerek velayet hakkının kullanılması gerekse velayet hakkını kimin kullanacağı konusunda çocuğun yararı ilkesini uyarınca karar verdiği görülmektedir⁴¹.

Sözleşmede çocuğun üstün yararının dikkate alınacağı belirlenmiş olmasına rağmen bu kavrama ilişkin net bir tanım yapılmamıştır. Çocuğun üstün yararı kavramının tanımı net olarak yapılmasa da doktrinde bu kavramın içeriğinin belirlenmesi mümkün görülmüştür⁴². Buna göre çocuğun üstün yararı kavramına; çocuğun fiziksel, ruhsal, ahlaki ve duygusal gelişimi dâhil⁴³ olduğu gibi hukuki, ekonomik ve sosyal menfaatleri de dâhil olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Velayetin kullanılması sürecinde çocuğun yararının neyi gerektirdiği somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Bu menfaatin belirlenmesinde ise anne ve babanın öncelikli olarak karar verme yetkisi bulunmaktadır⁴⁵. Fakat bu konuda yetkileri sınırsız değildir. Zira çocuğun menfaati ilkesi aynı zamanda çocuğun bağımsızlığını kazanarak hayatını idame edebilecek yaşa gelene kadar kendisine ilişkin, anne ve babası tarafından verilecek kararların sınırını oluşturur. Diğer bir ifade ile anne ve

75. Yıl Armağanı, 1999, s. 648 (Değerlendirilmesi); Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 32; Serozan, **a.g.e.**, s. 250; Serdar, **a.g.e.**, s. 166.

⁴¹Yargıtay HGK. E. 2017/2-1887, K. 2017/1196, T. 14.06.2017; Yargıtay 2. HD E. 2016/19767, K. 2017/556, T. 17.01.2017 (Çevrimiçi), www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.12.2018).

⁴²Andreas Brauchli, **Das Kindeswohl als Maxime des Rechts**, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1982, s. 114, 165; Serdar, **a.g.e.**, s.163, 164.

⁴³Hülya İmamoğlu, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, Y.2005, S. 1, s. 170; Serdar, **a.g.e.**, s. 164.

⁴⁴Brauchli, **a.g.e.**, s. 109; Serdar, **a.g.e.**, s.164.

⁴⁵Brauchli, **a.g.e.**, s. 126; Serdar, **a.g.e.**, s.166.

baba, bu süreçteki yetkilerini çocuğun menfaati prensibi sınırları içerisinde kullanabileceklerdir. Herhangi bir ihtilaf sonucu çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi durumunda, hâkim, anne ve babanın kararlarına müdahale ederek çeşitli önlemler alabilir. Çocuğun yararı ilkesi bu kapsamda hâkim müdahalesinin meşru temelini oluşturur⁴⁶.

Çocuğun yararı ilkesi pratik anlamda yalnızca çocuğun şahsına ilişkin bir menfaat olmayıp toplumun yararı için de önem arz etmektedir⁴⁷. Nitekim huzurlu bir toplum ancak sosyal, bedensel, ruhsal ve ahlaki açıdan iyi yetişmiş bireylerce oluşturulabilir.

2. Velayet Hakkının Süreli Olması

Velayet hakkı, kural olarak, çocuğun doğumu hatta ana rahmine düşmesi ile başlamakla beraber, çocuğun reşit olmasıyla sona ermektedir. Nitekim BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1. maddesinde kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu söz konusu olmadığı müddetçe on sekiz yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağı açıkça ifade edilmiştir.

İstisnai olarak, ergin olmuş çocuğun mahkeme kararı ile kısıtlanması ve velayet altına alınması halinde bu hak devam eder⁴⁸. Bu durumda dahi velayet hakkı süresiz bir nitelik kazanmaz, zira kısıtlılık halinin sona ermesi durumunda velayet hakkı ortadan kalkar.

Velayet hakkı kanunda belirtilen tüm ergin olma hallerinde sona erer. Diğer bir ifadeyle, çocuk üzerindeki velayet hakkı çocuğun on sekiz yaşını doldurması ile sona ereceği gibi mahkeme kararı ile ergin kılınması veya evlenmek sureti ile ergin olması durumunda da sona ermektedir⁴⁹.

⁴⁶ Serdar, **a.g.e.**, s. 166.

⁴⁷ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s.33.

⁴⁸ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s.43; Serozan, **a.g.e.**, s. 251; Baygın, **a.g.e.**, s.277.

⁴⁹ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s.43.

3. Velayet Hakkının Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklardan Olması

Doktrindeki ağırlıklı görüş velayetin anne ve babanın kişilik hakkına dâhil olduğu doğrultusundadır. Buna göre veli bu hakkından feragat edemez, bu hakkı devredemez, sözleşmeye konu edemez; çocuk kendi rızası ile velisinin değiştirilmesini talep edemeyeceği gibi velayetin kaldırılması durumları söz konusu olmadıkça veli de velayetin kaldırılması talep edemez⁵⁰. Anne veya babanın ölmesi durumunda velayet hakkı da sona ermekte olup bu hakkın mirasçılara geçmesi söz konusu olmamaktadır. Velayet hakkının kişiyeye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak nitelendirilmesinin en önemli sebebi, bu hakkın ebeveynlerin çıkarlarının korunması için değil, çocuğun çıkarlarının korunması için tanınmış bir hak olmasıdır. Dolayısıyla velayete hakkı, doktrinde, her ne kadar kişilik hakkı olarak tanımlanmış olsa da bu hakkın çocuğun menfaatine tanınan bir hak olduğu kabul edilmektedir⁵¹.

Anne ve baba, sahip oldukları velayet hakkını çocuğun yararı çevresinde kullanmak zorunda olduklarından, bu haktan kısmen veya tamamen feragat edemeyecekler ve bu hakkın kendilerinden alınarak başkasına verilmesini talep edemeyeceklerdir. Fakat velayet kavramının bu özelliği, yaşanan ekonomik ve sosyal gelişmeler ile birlikte esnetilmiştir. Buna göre anne ve babanın, her an geri alma hakkı saklı tutularak, velayetin kullanılmasından doğan bir yetkiyi, üçüncü bir kişiyeye bırakabileceği kabul edilmiştir⁵². Anne ve babanın, çocuğu, eğitim alması amacıyla yatılı okula göndermeleri veya küçüğün evde bakımı için sözleşme yapmaları hallerinde velayetten kaynaklanan bir kısım yetkiler okul yönetimine/ öğretmenlere veya bakıcıya bırakılmaktadır. Ancak böyle bir durumunda, velayet hakkının kendisinin devri söz konusu olmayıp, velayet hakkından doğan yetkilerin sınırlı ve

⁵⁰Emine Akyüz, “**Medeni Kanuna Göre Ana Babanın Çocuğu Yetiştirme Görevi**” , Ankara, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C. 16, Y. 1983, S. 1, s. 515 (Yetiştirme); Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s.43; Rona Serozan, **Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler**, İstanbul, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan 1997, s. 387 (Yetersizlikler); Akyüz, **(Değerlendirilmesi)**, s. 649; Özlü, **a.g.e.**, s. 27; Öztan, **a.g.e.**, s. 627; Ceylan, **a.g.e.**, s. 152; Serdar, **a.g.e.**, s. 160; Emine Akyüz, **Velayet ve Çocuğun Korunması**, Ankara, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, 2009, s. 119 (Velayet); Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 410; Baygın, **a.g.e.**, s.277; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 343.

⁵¹Akyüz, **(Çocuk Hukuku)**, s.220.

⁵²Serozan,**(Yetersizlikler)**, s. 387; Özlü, **a.g.e.**, s. 29; Öztan, **a.g.e.**, s. 627.

sürelî olarak bir başkasına bırakılması söz konusu olmaktadır⁵³. Dolayısıyla, velayet hakkından kaynaklanan bir takım yetkilerin devri halinde, anne ve babanın velayetten kaynaklanan koruma ve bakım gibi yükümlülüklerinin sona ermeyerek devam edeceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır⁵⁴.

4. Velayet Hakkının Bütünlüğü İlkesi

a. Velayet Hakkı Ana Baba Tarafından Birlikte Kullanılmaktadır

Evlilik birliği devam ettiği müddetçe velayet hakkı anne ve baba tarafından birlikte kullanılır⁵⁵. Bu düzenleme kadın erkek eşitliği prensibi uyarınca getirilmiştir. Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 263. maddesinde hüküm altına alınmış olan, anne ile baba arasında velayet hakkı kapsamında kalan bir konuda uyuşmazlık yaşanması halinde babanın sözünün geçerli olacağına ilişkin düzenleme, yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa dâhil edilmemiştir. Yürürlükteki düzenleme ile babanın oyuna tanınan üstünlük kaldırılmış ve her iki tarafın eşit söz hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir.

Kanun koyucunun, velayet hakkını, anne ve babanın ortak kullanımına bırakmasının asıl amacı çocuğun eğitimi, bakımı, yetiştirilmesi gibi önemli konularda ortak bir karara vararak çocuk açısından en iyi ve faydalı kararların alınmasını sağlamaktadır. Bu şekilde anne ve babanın birbirlerine danışarak çocuğun menfaati ve gelişimi açısından en doğru kararı verecekleri kabul edilmektedir.

Her ne kadar kanunda evlilik birliği devam ettiği sürece anne ve babanın velayeti birlikte kullanacağı düzenlenmişse de bazı durumlarda velayet hakkının yalnızca anne veya baba tarafından tek başına kullanılması söz konusu olabilmektedir. Örneğin, anne veya babadan birinin bir süreliğine yurt dışında bulunması veya hastalık nedeniyle velayeti kullanamayacak duruma gelmesi gibi

⁵³Serozan, **(Yetersizlikler)**, s.387.

⁵⁴Öztan, **a.g.e.**, s. 627.

⁵⁵Akyüz, **(Yetiştirme)**, s. 519; Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 42; Ali Naim İnan, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, Y.1995, S. 1, s. 768 (Sözleşme); Özlü, **a.g.e.**, s. 19; Ruhi, **(Velayet Konusundaki İlamları)**, s. 722; Huysal, **a.g.e.**, s. 19; Öztan, **a.g.e.**, s. 627; Serdar, **a.g.e.**, s. 160; Akyüz, **(Velayet)**, s. 118; Akyüz, **(Çocuk Hukuku)**, s. 225; Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 408; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 343.

hallerde velayetin geçici bir süreliğine yalnızca bir ebeveyn tarafından kullanılması mümkün olacaktır. Fakat böyle bir durumda dahi, velayeti tek başına kullanan tarafın önemli konularda karar alamayacağı; almak durumunda kaldığı zamanlarda ise mümkün olduğu ölçüde diğer ebeveyni bilgilendirmek ve onun fikrini almak zorunda olduğu kabul edilmektedir.⁵⁶ Diğer bir ifade ile velayeti kullanmakta olan tarafın yetkisinin, diğer ebeveynin velayeti tamamen kaybetmesi durumundaki yetkileri kadar geniş olmayacağı kabul edilmektedir⁵⁷.

Türk Medeni Kanununun 336/2. maddesinde ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hâlinin gerçekleşmesi durumunda, hâkimin, velayeti eşlerden birine verebileceği düzenlenmiştir. Bu madde metninden, velayetin bir tarafa bırakılmasının zorunlu olmadığı hâkimin durumun şartlarına göre velayet hakkını her ikisine birlikte de bırakabileceği sonucuna varmak gerekir. Yine aynı maddede, anne ve babadan birinin ölümü hâlinde velayetin sağ kalan tarafa ait olacağı düzenlenmiştir⁵⁸. Boşanma durumunda ise velayet hakkının kim tarafından kullanılacağı, müşterek velayetin mümkün olup olmadığı çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.

b. Velayet Hakkı Taksim Edilemez

Velayetin bütünlüğü ilkesinin bir yansıması da velayet hakkının taksim edilemez oluşudur⁵⁹. Bu kapsamda anne ve baba, velayet hakkının kendilerine yüklediği tüm hak ve ödevleri birlikte yerine getirmek durumundadırlar. Yani çocuğun mal varlığına ilişkin yetkilerinin biri tarafından, şahıs varlığına ilişkin yetkilerinin ise bir diğeri tarafından kullanılacağına ilişkin bir paylaşım yapılması mümkün değildir.

Velayetin zaman bakımında taksim edilmesi, yani boşanma veya ayrılık durumunda çocuğun velayetinin belirli bir süre anneye sonrasında belirli bir süre babaya verilmesi hususunun mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır. Doktrinde bir

⁵⁶Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 42; Çelik,**a.g.e.**, s. 259; Akyüz, (**Velayet**), s. 119; Akyüz, (**Çocuk Hukuku**), s. 225 vd.; Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 408-409.

⁵⁷Baktır Çetiner, **a.g.e.**,s.43.

⁵⁸Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 42; Ruhi, (**Velayet Konusundaki İlamları**), s. 723; Akyüz, (**Velayet**), s. 121; Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 408; Baygın, **a.g.e.**, s. 269; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 342.

⁵⁹Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 47; Çelik, **a.g.e.**, s. 257 vd.; Ceylan,**a.g.e.**, s. 153; Ayüz, (**Velayet**), s. 114; Baygın, **a.g.e.**, s. 278.

görüş velayetin zaman yönünden bölünebileceğini savunmaktadır⁶⁰. Bu görüş, çocuk ergin oluncaya kadarki süreçte velayet hakkının belirli dönemler halinde, anne ve baba arasında paylaştırılarak kullanabileceğini kabul etmektedir. Doktrinde olan ve bizim de katılmakta olduğumuz diğer görüşü ise, velayet hakkının anne ve baba arasında zaman yönünden taksiminin mümkün olmadığı doğrultusundadır⁶¹. Zira böyle bir durumda, henüz gelişim evresinde olan ve bağımsız birey olmak için çabalayan çocuğun kendisini güvensiz hissetmesi ve gelişiminin olumsuz yönde etkilenmesi kuvvetle muhtemeldir. Velayet hakkının, çocuğun üstün menfaatine göre kullanılması gerekliliğine bağlı olarak özellikle küçük yaştaki çocuğun düzenli bir hayata sahip şekilde yaşamını sürdürmesi gerekmektedir. Nitekim velayet hakkının belirli bir süre annede, belirli bir süre babada kalması gerçek hayatta uygulanabilirlik açısından da sorunlar yaratacağı gibi çocuğun gelişimi esnasında da uyumsuzluklar yaratacaktır.

IV. Karşılaştırmalı Hukukta Kabul Edilen Velayet Sistemi

Avrupa ülkelerinin büyük bir kısmında, eşlerin boşanması durumunda çocuk üzerindeki velayet haklarını birlikte kullanacakları kabul edilmektedir. Bu kabulün temelinde ise, tarafların boşanma neticesinde ebeveyn kimliklerini taşımaya devam edecekleri ve bu sebeple velayete ilişkin hak ve yükümlülükleri beraberce kullanmalarının çocuğun yüksek menfaatine daha uygun olacağı inancı yatmaktadır. Bazı ülkelerde, boşanma sonrası, müşterek velayet kanun gereği devam ederken, bazı ülkelerde velayetin birlikte kullanılabilmesi ancak tarafların mahkemeden bu konuya ilişkin talepte bulunması ile mümkün görülmüştür.

A. İsviçre Hukuku

İsviçre Medeni Kanununda, 2000 ve 2014 yıllarında olmak üzere iki kez değişikliğe gidilmiştir. İsviçre Hukukunda 2000 yılına kadar, müşterek velayete temel oluşturabilecek herhangi bir hüküm bulunmazken 2000 yılında yapılan ilk revizyon ile İsviçre Medeni Kanunun 133. maddesinde, hâkime, belirli şartların gerçekleşmesi halinde müşterek velayete hükmetme yetkisi tanınmıştır. Buna göre,

⁶⁰ Berki, (Velayetin Şumülü), s.11.

⁶¹ Baktır Çetiner, a.g.e., s.49; Baygın, a.g.e., s. 278.

anne ile babanın ortak velayete ilişkin talepte bulunması, çocuğun bakımının beraberce sağlanması ve bakım giderlerinin paylaşılması konularında anlaşma yapmaları durumunda, çocuğun üstün yararına uygun olması şartıyla hâkim tarafından müşterek velayete hükmedilebilmekteydi⁶². Bu düzenleme uyarınca velayetin eşlerden yalnızca birine verilmesi kural, birlikte kullanılması ise istisnayı. Fakat 01.07.2014 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenleme ile İsviçre Medeni Kanununda velayete ilişkin hükümlerde değişikliğe gidilmiştir. İsviçre Medeni Kanunun 296. maddesinin 2. fıkrasında, çocukların ergin oluncaya kadar anne ve babasının velayeti altında olduğu, aynı kanunun 298/A. maddesinin 1. fıkrasında ise boşanma durumunda çocuğun menfaati gerektirdiği sürece, hâkim tarafından velayetin eşlerden yalnızca birine verilebileceği düzenlenmiştir. Anılan iki madde birlikte değerlendirildiğinde, 2014 yılında yapılan değişiklik ile İsviçre Hukukunda müşterek velayetin temel kural olarak, tek başına velayetin ise çocuğun üstün yararı gerektirdiği durumlarda başvuru istisnai bir yol olarak düzenlendiği görülmektedir⁶³. Buna rağmen müşterek velayet doğrudan gerçekleşmemekte, her olayın koşulları hâkim tarafından incelenerek çocuğun üstün yararının neyi gerektirdiği değerlendirilmektedir. Diğer bir ifade ile kural olarak, ergin oluncaya kadar anne ve babasının ortak velayeti altında olan çocuk, somut olayın koşulları ve üstün menfaati gerektirdiği durumlarda ebeveynlerinden yalnızca birinin velayetine bırakılabilir⁶⁴. Bu kapsamda tek başına velayetin, çocuğun yüksek yararı gerektirdiği durumlarda başvuru istisna bir yol olduğu söylenebilir.

B. Alman Hukuku

Alman Medeni Kanunun 1671. maddesinin emredici nitelikte olan 4. fıkrası (eski hali) uyarınca, boşanma sonrası velayet anne ve babadan yalnızca birine verilmekteydi⁶⁵. Fakat birçok ebeveyn boşanma neticesinde müşterek velayeti

⁶²Heinz Hausheer/Stephan Wolf/Cornelia Achermann-Weber, “**Parental Responsibilities in Switzerland**”, European Family Law in Action, Vol.III, Intersentia, Antwerp, 2005, s. 12 <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Switzerland-Parental-Responsibilities.pdf> (Çevrimiçi), (erişim tarihi 10.02.2019); Öcal Apaydın, **a.g.e.**, s.635.

⁶³Leyla Müjde Kurt, “**Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Y. 2018, S. 2, s.163; Öcal Apaydın, **a.g.e.**, s. 648-650; İnce, **a.g.e.**, s. 204-205.

⁶⁴İnce, **a.g.e.**, s.205.

⁶⁵Wilfred Schlüter, **BGB-Familienrecht**, 14. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 2012, s. 262, 265.

mümkün kılmayan söz konusu hükmün Anayasada teminat altına alınan temel haklara aykırılık teşkil ettiğinden bahisle Alman Federal Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur⁶⁶. Alman Federal Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirme neticesinde, 03.11.1982 tarihli karar ile ebeveynlerin velayete ilişkin hak ve sorumlulukları paylaşma istek ve taleplerine rağmen boşanmış eşlere müşterek velayet imkânı tanımayan hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır⁶⁷. Mahkeme, Federal Alman Anayasa'nın 6. maddesinde devlet tarafından özel olarak korunan evlilik ve aile hayatı özgürlüğü kapsamında, boşanmış eşlere de velayeti birlikte kullanma hakkı tanınması gerektiğini savunmuştur. Anılan karar sonrasında mahkemeler; tarafların isteği, velayete ilişkin sorumlulukları birlikte yerine getirebilecek yeteneğe sahip olmaları ve bunun çocuğun üstün yararına uygun olması gibi koşulların sağlanması durumunda boşanma sonrasında da velayetin birlikte kullanılabileceğine ilişkin karar vermeye başlamıştır⁶⁸. Müşterek velâyet Alman hukukunda Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararı ardından kanuni bir kural haline getirilerek Alman Medeni Kanunun 1671. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁹.

Buna göre, hâlihazırda yürürlükte bulunan Alman Medeni Kanunun 1671. maddesi uyarınca eşlerin boşanmalarının müşterek velayet hakkı üzerinde bir etkisi olmayacak ve taraflar boşanma neticesinde de velayeti birlikte kullanmayı sürdüreceklerdir. Zira mevcut hukuki durumda müşterek velayet temel kural, tek başına velayet ise istisna olarak düzenlenmiştir.

Alman Medeni Kanunun 1671/1. hükmüne göre boşanma durumunda dahi devam etmekte olan müşterek velayet ancak ebeveynlerden birinin Aile Mahkemesine başvurarak velayet hakkının yalnızca kendisine verilmesini talep etmesiyle son bulabilir. Fakat bu talebin mahkemece kabul görmesi için kanunda öngörülen iki koşuldan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre; diğer

⁶⁶ İnce, **a.g.e.**, s.202.

⁶⁷ BVerfGE 61, 358, 374. Bkz. Schlüter, **a.g.e.**, s.262.

⁶⁸ Jutta Limbach, **Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern**, Heidelberg, C.F. Müller, 1988, s. 18; İnce, **a.g.e.**, s.202.

⁶⁹ Schlüter, **a.g.e.**, s.262 vd.

ebeveyn tek başına velayete ilişkin talebe muvafakat ederse ve on dört yaşını tamamlamış olan çocuk da bu talebe itiraz etmezse veya çocuğun üstün yararına uygun olanın müşterek velayeti kaldırarak çocuğa ilişkin sorumlulukları talep eden ebeveyne tek başına vermek ise bu talep Mahkemece kabul edilebilir⁷⁰.

Belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda boşanma sonrası müşterek velayet hakkı tanınmış olmasına rağmen uzun yıllar boyunca evlilik dışı doğan çocuğa ilişkin müşterek velayet hakkı mümkün kılınmamıştır. Yapılan yasa değişikliği öncesinde, çocuğun doğum tarihi itibarı ile evli olmayan anne ve babanın, müşterek velayet hakkına sahip olabilmeleri için tarafların ortak talepte bulunmaları şartı aranmıştır. Fakat Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 21.07.2010 tarihli kararında, Alman Medeni Kanunu'nun 1626/a. maddesi uyarınca babanın evlilik dışı doğan çocuğa ilişkin velayet hakkını annenin rızası hilafında kullanamamasını, babanın velâyet hakkını ölçüsüz biçimde sınırlandırdığını belirtmiş⁷¹ ve neticeden anılan hükümde değişikliğe gidilmiştir. Buna göre, mevcut düzenleme uyarınca çocuğun doğumu sırasında evli olmayan anne ve babadan her biri, evlilik dışı çocuğun velayetini birlikte kullanacaklarını beyan edip buna ilişkin karar verilmesini talep edebilecektir⁷².

C. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda 1982 yılından sonraki süreçte boşanma neticesinde müşterek velayet istisna olarak düzenlenmişken 08.01.1993 tarihinde yapılan değişiklik ile müşterek velayet, Fransız Medeni Kanunun 287. maddesinde kural haline getirilmiştir⁷³. Diğer bir deyişle, eşlerin boşanması çocuk üzerindeki hak ve yükümlüklerini sona erdirmeyecek olup taraflar velayete ilişkin sorumluluğu paylaşmaya devam edecektir. Fransız Medeni Kanununda, 2002 yılında, velayete

⁷⁰Schlüter, **a.g.e.**, s.264.

⁷¹BVerfGE 127, 132. Bkz. Schlüter, **a.g.e.**,s.265; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Zaunegger v. Almanya* kararında mevcut yasanın evlilik dışı doğan çocukların babalarına karşı, evlilik içerisinde doğan çocukların babalarına göre, adil olmayacak şekilde ayrımcılık oluşturduğundan bahisle anılan hükmün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. ve 14. maddelerini ihlal ettiğini açıkça belirtmiştir. (*Zaunegger v. Almanya*, B. No: 22028/04, 03.12.2009)

⁷²Schlüter, **a.g.e.**, s. 261.

⁷³Frederique Ferrand, **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities**, Katharina Boele-Woelki/ Bente Braat/ Ian Curry-Sumner (Editors) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford. 2005, s. 85.

ilişkin hükümlerde tekrar değişikliğe gidilmiş ve müşterek velayet kanunun 373-2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir⁷⁴. Bu fıkra ebeveynlerin boşanmalarının, velayet hakkının kullanımına bir etkisi olmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Aynı maddede devamla her ebeveynin çocuk ile kişisel ilişkisini sürdüreceğini ve ebeveynlerin karşılıklı olarak bu ilişkiye saygı göstermesi gerektiği ifade edilmiştir. Velayetin kullanımına ilişkin bir uyuşmazlık olması durumunda ise Aile Mahkemesine başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Kanunun 373-2-1. maddesinin birinci fıkrasında, yalnızca çocuğun üstün menfaati gerektirdiği durumlarda hâkim tarafından müşterek velayet sonlandırılarak velayet hakkının taraflardan birine bırakabileceği düzenlenmiştir. Velayetin ebeveynlerden yalnızca birine bırakıldığı durumlarda çocuk kendisine verilmeyen ebeveynin; çocuk ile sürekli ve etkin bir şekilde kişisel ilişki kurma, çocuğun eğitim ve bakımını denetleme ve çocuğun hayatına ilişkin önemli seçimlerinden haberdar olma hakkı vardır⁷⁵.

D. İngiltere Hukuku

İngiltere Hukukunda, ebeveyn sorumluluğu (parental responsibility) terimi 16.11.1989 tarihli Çocuk Kanunu ile değişikliğe uğramış ve eşlerin boşanması durumunda veli sıfatlarını kaybetmeyecekleri fikri ekseninde hazırlanan yasa uyarınca boşanma durumunda anne ve babanın müşterek velayet hakkının kendiliğinden sona ermeyeceği kabul edilmiştir⁷⁶.

İngiltere’de boşanan taraflara, çocuk ve velayete ilişkin konularda sorumluluğun nasıl kullanılacağı konusunda karar verme özgürlüğü tanınmıştır. Yasada tanınan aile hukuku politikası, her iki ebeveyne de velayet sorumluluğunun yüklenmesini desteklemektedir⁷⁷.

Anne ve babaya velayetin tevdi konusunda bir özerklik tanınarak mahkemenin müdahalesi zorunlu görülmemiştir. Bu kapsamda tarafların; çocuğun

⁷⁴Ferrand, **a.g.e.**, s. 283.

⁷⁵Ferrand, **a.g.e.**, s. 283.

⁷⁶ “once a parent, always a parent” bkz. Nigel Lowe, **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities**, Katharina Boele-Woelki/ Bente Braat/ Ian Curry-Sumner (Editors) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford. 2005, s. 5-6.

⁷⁷Lowe, **a.g.e.**, 612.

nerede yaşayacağı (residence order), kiminle ne koşullarda ve ne sürede görüşeceği (contact order), çocuğun bırakıldığı tarafın izinsizce ikametgâhını değiştirmeyeceği (prohibited step order) ve çocuğun eğitimi, sağlığı gibi önemli konularda anlaşmaları ve bunu mahkemenin onayına sunmaları gerekmektedir⁷⁸. Prensip olarak, ebeveynler, çocuğa ilişkin tüm konuları mahkemenin müdahalesi olmaksızın belirleyebilseler de bazı durumlarda mahkeme verilen kararlara müdahale edebilir. Mahkeme bu müdahaleyi, çocuğun üstün yararı prensibi çerçevesinde inisiyatif kullanarak yapabileceği gibi ebeveynlerin talebi üzerinde de yapabilir⁷⁹.

E. İspanya Hukuku

İspanya yasal düzenlemelerinde 08.07.2005 tarihinde yapılan değişiklik uyarınca, boşanmanın velayet üzerinde bir etkisi olmamakta ve taraflar kural olarak velayet hakkını birlikte kullanmaya devam etmektedir⁸⁰. Fakat hâkim, çocuğun yararı doğrultusunda⁸¹, müşterek velayeti kaldırarak bu hakkı taraflardan yalnızca birine verebileceği gibi müşterek velayet hakkının varlığına rağmen çocuğun bakımı veya eğitimi gibi bazı konularda taraflardan birini karar alma yetkisinden men edebilir. İspanya Medeni Kanunun 92/5. maddesinde, hâkimin velayete ilişkin vereceği kararlarda kardeşleri ayırmamaya özen göstermesi ve buna ilişkin etkili ve uygun önlemler alması gerektiği ifade edilmiştir. Hâkim, on iki yaşını doldurmuş veya on iki yaşından küçük olsa dahi kendini ifade edebilen ve kararlarını verebilen küçükleri karar vermeden önce bizzat dinlemelidir⁸². Hâkimin çocuğun üstün menfaatine en uygun kararı verebilmesi ve en makul önlemleri alabilmesi için ebeveynlerin birbirleriyle ve çocuklarıyla sürdürdüğü ilişkileri de değerlendirmesi gerekmektedir⁸³.

⁷⁸ Tim Jarrett, **Children: Parental Responsibility - What is it and How is it Gained and Lost (England and Wales)**, House of Commons Library, Briefing Paper, Number 2827, 9 August 2017, s.6 <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02827> (Çevrimiçi)

⁷⁹ Lowe, **a.g.e.**, s.517-518.

⁸⁰ Andrina Hayden, **Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England**, InDret, Vol. 1, 2011, s.9 (<https://ssrn.com/abstract=1762804>) (Çevrimiçi)

⁸¹ Çocuğun yararına ilişkin bir belirleme yaparken dikkate alınacak kriterler için bkz. Hayden, **a.g.e.**, s. 10.

⁸² Cristina Gonzalez Beilfuss, **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities**, Katharina Boele-Woelki/ Bente Braat/ Ian Curry-Sumner (Editors) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford. 2005, s. 199.

⁸³ Hayden, **a.g.e.**, s. 10-11.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA VELAYETE İLİŞKİN MEVCUT YASAL DÜZENLEMELER VE HÂKİMİN BOŞANMA DURUMUNDA MÜŞTEREK VELAYETE HÜKMEDİP HÜKMEDEMEYECEĞİ MESELESİ

I. Genel Olarak

Türk Hukukunda kural olarak evlilik birliği devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanır. Bu hakkın kullanımına anne ve baba eşit şekilde katılır. Diğer bir ifade ile çocuk için verilecek kararlarda her iki tarafın oyu eşit niteliktedir⁸⁴. Velayet hakkının kullanımı süresince her iki eş müşterek ve eşit haklara sahip olacaktır. Buna göre çocuk bağımsız bir kişilik kazanarak kendi kararlarını alabilecek duruma gelene kadar, anne ve babanın çocuğa ilişkin verecekleri kararlarda, birbirlerine danışmaları ve ortak hareket etmeleri önem taşımaktadır.

TMK.'nın 195. maddesi uyarınca velayet hakkını birlikte kullanmakta olan anne ve baba velayetin kullanımı konusunda anlaşmazlığa düştükleri durumlarda, ister ayrı ayrı isterse beraberce söz konusu anlaşmazlığın giderilmesi için hâkimin müdahalesini talep edebilirler. Böyle bir durumda, hâkim, ebeveynlerin yerine geçerek velayet hakkını kullanmaz, aksine tarafları uzlaştırmaya çalışır. Fakat hâkim gerekli gördüğü takdirde, eşlerden birinin istemi üzerine, tarafların çocuk ile olan ilişkilerine yönelik önlemler başta olmak üzere yasada öngörülen birçok önlemi alabilir ve bu kapsamda velayet hakkını kısıtlayabilir veya kaldırabilir.

Anne ve babanın, evliğin devamı sürecinde, velayet hakkının birlikte kullanacağı hususu herkesçe kabul edilmektedir. Hukukumuz açısından asıl tartışmalı olan, anne ve babanın boşanma neticesinde velayet hakkını birlikte

⁸⁴ 743 sayılı Türk Medeni Kanunun 263. maddesinde her ne kadar velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılacağı düzenlenmiş olsa da anlaşamama halinde babanın oyunu geçerli sayarak velayetin kullanımında babanın anneye nazaran üstün olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 249; Tekinay, **a.g.e.**, s. 250.

kullanmaya devam edip edemeyeceği noktasıdır. Toplumdaki sosyal gelişmeler neticesinde değişen aile yapısı bu tartışmayı daha da önemli hale getirmiştir.

Türk Hukuku açısından boşanma halinde müşterek velayetin mümkün olup olmadığı sorusunun cevabı için öncelikle velayet konusunda mevcut olan ulusal ve milletlerarası düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir.

II. Velayete İlişkin Ulusal Düzenlemeler

A. Anayasadaki Mevcut Düzenlemeler

1982 Anayasasındaki “*Aile, Türk toplumunun temelidir*” düzenlemesine, 2001 yılında “*ve eşler arasında eşitliğe dayanır*” ibaresi eklenerek⁸⁵ normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan yasa ile eşlerin eşitlik prensibi koruma altına alınmıştır. Yine Anayasa’nın 10. maddesinde, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu düzenlenerek cinsiyet ayrımı gözetmeksizin herkesin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Eşitlik ilkesinin hayata geçirilme yükümlülüğü ise yine aynı madde kapsamında devlete yüklenmiştir.

Velayet hakkı, her ne kadar Anayasa’da açıkça düzenlenmiş olmasa da, bu hak Anayasa Mahkemesi tarafından “Özel Hayatın Gizliliği” kenar başlıklı 20. maddesi ve “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları” başlıklı 41. maddesi kapsamında değerlendirmektedir⁸⁶.

Anayasa Mahkemesi, velayeti kavramını; “*Velayet, reşit olmayan çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda anne ve babaya verilen hak ve*

⁸⁵<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011017m1.htm> (erişim tarihi: 06.01.2019)

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi Murat Atılğan Başvurusu, B. No: 2013/9047, T. 07.05.2015, § 22 ve 23; “Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasanın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında, resmi makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup, söz konusu düzenleme Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasadaki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa’nın 41. maddesinin, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır. Aile yaşamındaki temel ilişkiler kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir. Resmi evlilik birliklerinin aile hayatı kapsamında korunduğu kuşkusuz olup, evlilik içinde doğan çocuklar da kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar. Bu çerçevede, çocuğun doğumundan itibaren çocuk ve ebeveyn arasında aile yaşamı anlamına gelen bir bağ kurulduğunun kabulü gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Gluhakovic/Hırvatistan, B. No: 21188/09, 12/4/ 2011, § § 54, 60).”

yükümlülüklerden oluşan bir müessese olup bu bağlamda çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, mal varlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturmaktadır. Yakın bir geçmişe kadar anne ve babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velayet, günümüzde hem bir yükümlülük hem de bir hak olarak kabul görmektedir.⁸⁷” şeklinde tanımlamaktadır.

Anayasa’da, ailenin toplumun temelini oluşturduğundan bahisle, çocuğun ve ailenin menfaatini korumak amacıyla düzenlemeler yapılmış ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlete bir takım pozitif yükümlülükler yüklenmiştir⁸⁸. Anayasanın 41. maddesine 2010 yılında yapılan ekleme ile her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir⁸⁹.

Fakat Anayasa Mahkemesinin, aile yaşamına ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin esas aldığı somut ve kesin ilkeleri mevcut değildir. Mahkeme verdiği kararda “*Aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki sınırları kesin biçimde tanımlamak mümkün olmayıp ilgili makamların her iki yükümlülük çerçevesinde de belirli bir takdir alanına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte her iki yükümlülük kapsamında da benzer ilkelerin göz önünde bulundurulması, özellikle her iki durumda da kamusal makamlarca olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen*

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi Hayriye Özdemir Başvurusu, B. No: 2013/3434, T. 25.06.2015, § 39.

⁸⁸ “Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa’nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi, kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa’daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa’nın 41. maddesinin, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına içkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.” Anayasa Mahkemesi N. Ö. Başvurusu, B. No: 2014/19725, T. 19.11.2015, § 32; Marcus Frank Cerny Başvurusu, B. No: 2013/5126, T. 2.7.2015, § 36; Murat Atılğan Başvurusu, B. No: 2013/9047, T. 07.05.2015, § 22.

⁸⁹ Anayasa 41. Maddesi:

“...Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

*gösterilmesi gerekmektedir. Bu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesi gerektiği açıktır”*⁹⁰ demek suretiyle her uyuşmazlığın çözümünde somut durumun değerlendirilmesi gerektiğini ve farklı koşulların ortaya çıkması halinde farklı çözüm yollarının benimsenebileceğini ifade etmiştir. Somut olayın bağlamına göre farklı neticelere varılmasının asıl nedeni ise “çocuğun üstün yararı” ilkesidir.

Anayasa’daki mevcut düzenlemelere bakıldığında aileye ve çocuğa özel ihtimam verildiği açıkça görülmektedir. Ancak kanun koyucu, Anayasa’da yalnızca ailenin toplumsal açıdan önemi ve eşlerin eşitliğine ilişkin düzenlemeler yapmakla yetinmiş olup velayete ilişkin temel düzenlemeler yapmaktan kaçınmıştır. Velayete ilişkin düzenlemeler ise Türk Medeni Kanununda belirlenmiştir.

B. Türk Medeni Kanunundaki Mevcut Düzenlemeler

1. Velayetin Kullanılması

Türk Hukuku açısından müşterek velayetin mümkün olup olmadığı hususunun tespitine ilişkin Medeni Kanununda iki temel düzenleme mevcuttur. Bunlar, TMK’nın 182.⁹¹ ve 336⁹². maddeleridir.

Türk Medeni Kanunun 182. maddesinde “*Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken,...ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler*” demek suretiyle velayet kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişkisinin tesisi konusunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Bu fıkranın düzenleniş biçiminden, müşterek velayetin mutlak surette yasaklandığı sonucuna varılması

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi N. Ö. Başvurusu, B. No: 2014/19725, T. 19.11.2015, § 53.

⁹¹ **1. Hâkimin takdir yetkisi**

Madde 182 - Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasiinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.

⁹² **II. Ana ve baba evli ise**

Madde 336- Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.

Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir

mümkün değildir⁹³. Hükmün ikinci fıkrasında ise kanun koyucu, velâyet kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesi ve çocuğa ilişkin ödeyeceği nafaka miktarının belirlenmesinden bahsetmiştir. Bu fıkradaki “*velâyet kendisine verilmeyen eş*” ifadesinden velayet hakkının yalnızca taraflardan birine verilmesinin zorunlu olduğu anlamına varılması mümkün değildir⁹⁴. Zira boşanma sonrası, velayetin her iki eşe birlikte verilme ihtimali olduğu gibi çocuğun yararının gerektirmesi durumunda, velayetin eşlerden yalnızca birine verilme ihtimali de bulunmaktadır. Bu durumda ise, velâyet kendisine verilmeyen eş ile çocuğun ilişkisi hususunda belirli kurallara uyulması gerekmektedir. Dolayısıyla bu fıkra, velayetin taraflardan yalnızca birine tevdi edilmesi ihtimali göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Zira velayet hakkının her iki tarafa ortak verildiği durumlarda, velayete ilişkin hak ve yükümlülükler taraflarca müştereken yerine getirileceğinden çocuk ile kişisel ilişki kurulması veya nafaka hususları söz konusu olmayacaktır.

Dolayısıyla “hâkimin takdir yetkisi” başlıklı TMK. 182. maddesinde, doğrudan velayetin tevdi ile ilgili bir düzenleme yapılmamış olup hükmün tamamı değerlendirildiğinde velayet hakkının anne ve babaya müştereken bırakılmayacağına ilişkin bir sonuca varılamamaktadır⁹⁵.

Müşterek velayetin incelenmesi açısından büyük önem taşıyan bir diğer düzenleme ise Türk Medeni Kanununun 336. maddesidir. Söz konusu madde metni üç fıkradan oluşmakta olup birinci fıkrasında evliliğin devamı sürecinde velayetin kullanımından, ikinci fıkrasında ortak hayata son verilmesi veya ayrılık durumunda velayetin kullanımından, üçüncü fıkrasında ise eşlerden birinin ölümü veya boşanma

⁹³ “Bu anlatımda da, boşanmada velayetin mutlaka ana babadan birine ait olduğunu gösteren bir anlam olamaz. Böyle bir anlam açık, apaçık olarak mevcut olmadığı gibi keşif yoluyla da bulunamaz. Olsa olsa, icad edilebilir.” Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s.104; Bilge Öztan, **Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu**, Ankara, Prof.Dr. Tuğrul Ansay Armağanı, 2006, s. 253 (Birlikte Velâyet); Serdar, **a.g.e.**, 174; Ünsal Dönmez/Taylan Barın, “**Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu**”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Y.2018, S. 35, s.185; TMK m. 182/I.’de belirtilmiş olan hâkimin takdir yetkisinin velâyeti anneye mi yoksa babaya mı vereileceği hususunda olduğu kabul edilmektedir (Çelik, **a.g.e.**, s. 290).

⁹⁴ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s.104-105; Öztan, (Birlikte Velâyet), s. 253; Serdar, **a.g.e.**, 174.

⁹⁵ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 96; (Birlikte Velâyet), s. 253-254; Eylem Apaydın, **Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Y. 2018, S. 1, s.460.

durumunda velayetin kullanımından bahsedilerek bunlara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, evliliğin devamı süresince velayet hakkının anne ve baba tarafından birlikte kullanılacağı ifade edilmektedir⁹⁶. Buna göre, anne ve baba çocuğun bakımını, eğitimi ve öğretimi birlikte yönetecek ve velayet hakkını beraberce kullanacaklardır. Fakat belirtmek gerekir ki, evliliğin devamı süresince velayet hakkı tarafların müşterek kullanımında olsa dahi, bu hak tarafların şahıslarına ayrı ayrı tanınmıştır. Diğer bir ifadeyle, eşlerden her biri velayet hakkının kullanımı bakımından diğerinden bağımsız olarak tek başına sorumludur⁹⁷. Bu durum ise, velayet hakkının kullanımı sırasında çocuğun menfaatine aykırı davranan anne veya babanın yalnızca birinden velayet hakkının kaldırılmasının dayanağını oluşturur⁹⁸. Anne ve baba, velayetten doğan sorumluluklarını yerine getirirken her ne kadar birbirlerinden bağımsız olsalar da, velayet hakkı kapsamında bulunan tüm görevleri beraberce yerine getirecek ve çocuğu birlikte temsil edeceklerdir⁹⁹. TMK. 336/1 fıkrasının, çocuğun üstün menfaati gözetilerek hazırlandığına ilişkin herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira anne ve babanın birbirlerine danışarak hareket etmeleri, çocuğa ilişkin daha sağlıklı ve kontrollü kararlar vermelerini sağlamasının yanında tarafların birbirleri ile uyumlu davranışlarına bağlı olarak ailenin bütünlüğünü ve huzurunu sağlama konusunda da etkili olacaktır.

TMK. 336. maddenin ikinci fıkrasında ise, ayrılık (TMK. 171) veya ortak hayata son verilmesi (TMK. 197) durumlarında, hâkime, velayeti taraflardan birine verilmesi konusunda takdir yetkisi tanınmıştır¹⁰⁰. Bu fıkranın düzenlenmesinde de yine çocuğun üstün yararı prensibinden hareket edilerek eşlerin henüz boşanmadığı fakat fiilen ayrı yaşamaya başladıkları durumda velayet hakkının her ikisi tarafından birlikte kullanılması genel kural, eşlerden yalnızca birine bırakılması ise istisna olarak düzenlenmiştir. Fakat hâkime tanınan bu istisnai takdir yetkisinin sınırını yine

⁹⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 408.

⁹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 343; Sevgi Usta, **Çocuk Hakları ve Velayet**, 1. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 26.

⁹⁸ Usta, **a.g.e.**, s.26.

⁹⁹ Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.246; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 343; Öztan, **a.g.e.**, s. 628; Usta, **a.g.e.**, s.26.

¹⁰⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 408.

çocuğun üstün menfaati oluşturmaktadır¹⁰¹. Diğer bir deyişle, çocuğun yararı aksini gerektirmedikçe, hâkimin genel kuralı göz ardı ederek velayet hakkını anne veya babadan yalnız birine bırakması mümkün olmayacaktır. Nitekim bu fıkra kapsamında da müşterek velayete ilişkin bir yasak getirilmediği görülmektedir. Kanun koyucu, velayetin tevdiini eşlerin birlikte veya ayrı yaşamalarına göre değil, çocuğun üstün yararına göre belirlemektedir¹⁰². *Kochisarlıoğlu*, söz konusu hükmün mefhumu muhalifinden, velayet hakkının kullanımının, hâkim tarafından, anne ve babanın müşterek kullanımına bırakılacağı sonucuna ulaşılabileceğini savunmaktadır¹⁰³. Zira ayrılık durumunda evlilik birliği sona ermemekte, taraflar sadece fiilen bir süre ayrı yaşamaktadır. Evlilik devam ederken ise çocuğun menfaati gerektirmediği müddetçe velayetin anne ve babadan yalnızca birine verilmesi kabul edilemez.

TMK. 336. maddesinin üçüncü ve son fıkrasında, eşlerden birinin ölümü veya tarafların boşanmaları durumunda velayet hakkının kime ait olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, devam etmekte olan evlilik birliği sürecinde, eşlerden birinin ölümü halinde velayet sağ kalan eşe ait olacaktır¹⁰⁴. Boşanma durumunda ise velayet, çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacaktır¹⁰⁵. Bu hükmün müşterek velayet olanağını tamamen dışlayıp dışlamadığı hususu doktrinde tartışmalı olup bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrindeki bir kısım yazara göre, TMK. 336/3 hükmü gereğince boşanma neticesinde anne ve babanın velayete birlikte sahip olması mümkün olmayıp velayetin eşlerden yalnızca birine tevdi edilmesi gerekmektedir.¹⁰⁶ Buna göre boşanma durumunda velayet eşlerden yalnızca birine verilecek ve velayet kendisine verilen taraf bu hakkı tek başına kullanacaktır. Fakat bu yazarlar, mevcut

¹⁰¹ Dönmez/ Barın, **a.g.e.**, s.186.

¹⁰² Öztan, (**Birlikte Velâyet**), s.255.

¹⁰³ Kochisarlıoğlu, **a.g.e.**, s.151-152.

¹⁰⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 408.

¹⁰⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 408.

¹⁰⁶ Hüseyin Hatemi/ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, 6. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 131; Dural/Öğuz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 140; Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 310; Rona Serozan, **Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler**, Ankara, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, s. 772 (Soybağı Hukuku); İsmail Özmen, **Velayet Hakkı Davaları ve Çocuk Mahkemeleri**, Ankara, Kartal Yayınları, 2005, s.541; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986, s.381; Ahmet Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, 3. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 624; Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s.48.

düzenlemenin isabetli olup olmadığı konusunda birbirinden ayrılarak farklı görüşler ileri sürmektedir. *Hatemi/ Kalkan Oğuztürk*, müşterek velayet konusunda kanunda bir boşluk bulunmayıp menfi çözüm yönteminin benimsendiğini kabul etmekle beraber mevcut hükmün yerinde olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, müşterek velayeti mümkün kılan bir düzenleme, evliliği bitmiş olan eşlerin kavgalarını çocuk üzerinden devam ettirmelerine zemin oluşturarak çocuğun menfaatinin zedeleyecektir¹⁰⁷. *Köprülü/Kaneti*, boşanma neticesinde ortak hayata son verileceğinden velayet hakkının zorunlu olarak eşlerden birine bırakılması gerektiğini ifade etmiştir. Velayetin düzenlenmesi görevinin ise, çocuğun menfaati doğrultusunda, hâkim tarafın re'sen yerine getirilmesi gerektiğini belirterek tarafların anlaşmalarının bu kararı yalnızca belirli ölçüde etkileyeceğini ifade etmiştir¹⁰⁸. *Akıntürk/Ateş Karaman* ise, çocuğun menfaati doğrultusunda velayetin eşlerden birine bırakılması gerektiğini ifade ederek müşterek velayeti mümkün görmemişlerdir. Yazarlar, boşanma tarihine kadar beraberce kullanılan velayet hakkının evliliğin kesin olarak sona ermesi nedeniyle ebeveynlerden yalnızca birine verilmesi gerektiğini ifade ederek hâkimin velayetin tevdi konusunda oldukça geniş bir takdir yetkisinin olduğunu belirtmişlerdir¹⁰⁹. *Serozan*, mevcut hükmün müşterek velayete olanak tanımayarak velayetin yalnızca eşlerden birine verilmesini zorunlu kıldığını kabul etmesine rağmen bu düzenlemeyi doğru bulmamaktadır. Yazara göre, çocuğun menfaatine aykırı olmadığı sürece, tarafların velayet hakkını birlikte kullanma konusunda anlaşmaları durumunda bunun mümkün kılınması gerekmektedir. Yazar, müşterek velayeti mümkün kılmayan TMK. m. 336/3 hükmünün kadın-erkek eşitliğine aykırı olmasının yanında çocuğun kişiliğini geliştirme ve anne babadan ayrılmama hakkına da ayrılık teşkil ettiğini belirterek mevcut düzenlemenin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'ya aykırı olduğunu ve Anayasa Mahkemesine başvurulmak suretiyle söz konusu düzenlemenin iptal ettirilmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹⁰. *Baygın*, boşanma ve ayrılık durumlarında tek başına velayetin asıl olduğunu belirtmekle birlikte belirli koşulların varlığında

¹⁰⁷ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 131-132.

¹⁰⁸ Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 198-199.

¹⁰⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.**, s.310.

¹¹⁰ Serozan, (**Soybağı Hukuku**), s.772-773.

müşterek velayeti mümkün kılan açık bir düzenlemenin yapılması gerektiğini ifade etmiştir¹¹¹.

Doktrindeki bir kısım yazar ise, TMK. m.182 ve 336/3 hükümlerinin lafızlarından hareketle kanun koyucunun doğrudan müşterek velayeti mümkün kılmadığı sonucuna ulaşılmasının mümkün olmadığını, boşanma durumunda velayetin anne ve babaya birlikte verilebileceğini savunmaktadır¹¹². Bu görüşü savunanlar çocuğun üstün menfaati gerektirdiği takdirde velayetin her iki eşe birden tevdiinin mümkün olduğunu belirtmektedirler¹¹³. Diğer bir deyişle, yürürlükte olan hükümlerin müşterek velayeti yasaklamadığından bahisle eşlerden her ikisinin de boşanma sonrasında velayet hakkını beraberce kullanmayı talep etmeleri ve çocuğun yararının bunu gerektirmesi durumunda velayet hakkının her ikisine birlikte verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹¹⁴. Koçhisarlıoğlu, kanun koyucunun madde metninde “taraf” kelimesini kullanmış olması nedeniyle salt bu tekil anlatımdan yola çıkarak müşterek velayetin mümkün olmayacağı sonucuna varılmasını isabetli bulmamaktadır¹¹⁵. Öztan, kanun koyucunun, birinci ve ikinci fıkralarda çocuğun menfaatini gözetmesine rağmen üçüncü fıkra da bunu göz ardı etmesinin mantıklı bir açıklaması olmayacağını ifade ederek kanun koyucunun velayeti anne veya babadan yalnızca birine verme isteğinin, bunun çocuk yönünden daha faydalı ve üstün yararına uygun olacağı varsayımından kaynaklandığı belirtilmektedir¹¹⁶.

Nitekim günümüzde kanun koyucu, özellikle tarafları doğrudan etkileyecek olan boşanma ve bunun sonuçları gibi hususlarda asıl aktör olmaktan vazgeçmiş ve TMK.166/3 maddesinde de belirtildiği üzere eşlerden birinin menfaatine aykırı

¹¹¹ Baygın, **a.g.e.**, s. 268.

¹¹² Öztan, **(Birlikte Velâyet)**, s. 256; Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 244; Akyüz, **(Çocuk Hukuku)**, s.232; Grassinger, **a.g.e.**, s. 12; M. Beşir Acabey, **Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Hukuki Konular**, İzmir Barosu Dergisi, Y.200, S.4., s. 101; Serdar, **a.g.e.**, s.175; İnce, **a.g.e.**, s.221.; Aysel Çelikel/B.Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s. 735; Cemal Şanlı/Emre Esen/ İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.551-552, dn. 417.

¹¹³ Akyüz, **(Çocuk Hukuku)**, s.232; Öztan, **(Birlikte Velâyet)**, s. 256.

¹¹⁴ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 104; Akyüz, **(Çocuk Hukuku)**, s.232.

¹¹⁵ “Kanun koyucuların, burada, “taraf” ve “eş” kelimelerini çok bilinçli olarak kullandıkları ve bunlarla kesinlikle eşlerden birini kasdettikleri yollu fikir, bizce, bir tür karine, bir tür ön gerçek, bir tür ön yargı, bir tür varsayım (faraziye) olmaktan öteye gitmemektedir.” Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 104 vd.

¹¹⁶ Öztan, **(Birlikte Velâyet)**, s. 256.

olmadığı sürece taraflara boşanmanın sonuçları bakımından serbestçe karar verme yetkisi tanımıştır. Taraflara, velayetin anne veya babadan hangisinin sahip olacağı, velayet kendisine bırakılmayan eşin çocuğa ilişkin ne kadar nafaka ödeyeceği gibi konularda karar verme özgürlüğü tanıyan kanun koyucunun, velayetin taraflara birlikte tevdiine ilişkin meselede bu serbestiyi tanımaması ise bu hükmün çizgisine ters düştüğü görüşüne katılmaktayız¹¹⁷.

2. TMK.m. 336/3 Hükmünün Emredici Niteliğinin Değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanununda boşanma sonrasında velâyeti düzenleyen ayrıntılı hükümler bulunmadığından, boşanma sonrasında velâyet hakkının tek bir tarafa mı yoksa her iki tarafa birlikte mi verileceği ancak TMK.'nın 182. ve 336/3. hükümlerinin uygulanması ve yorumu ile çözüme kavuşturulabilecektir. Türk Hukuku açısından müşterek velayetin mümkün olup olmadığının tespiti için ise öncelikle velayete ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşıyıp taşımadığı hususu değerlendirilmelidir.

Emredici hukuk kuralları, kendilerine mutlak surette uyulması gereken kurallardır. Bu kuralların en belirgin özellikleri ise kesin ve bağlayıcı nitelik taşımaları olup kendilerine aykırı davranılmasının mümkün olmamasıdır¹¹⁸. Diğer bir ifadeyle, bu kuralların uygulanması açısından tarafların iradesinin bir önemi bulunmadığı gibi tarafların bu kuralları bertaraf etmeleri de söz konusu olmaz. Bir kuralın emredici olup olmadığı ise yazılış şekli, yani hükmün ifadesinden tespit edilebilir. Fakat bazı durumlarda hükmün lafzı tek başına bu tespiti yapmayı mümkün kılmaz. Böyle bir durumda hükmün konuluş amacı göz önünde bulundurularak yapılacak değerlendirme ile emredici nitelik taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir¹¹⁹. Yargıtay, genel anlamda kamu yararı ve kamu düzenine hizmet eden hükümlerin emredici hukuk kuralı özelliği taşıdığını kabul etmektedir¹²⁰.

¹¹⁷ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 37 vd.; Öztan, (**Birlikte Velâyet**), s. 257.

¹¹⁸ Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, 14. Basım, Bursa, Ekin Kitabevi, 2017, s. 248 (Hukuka Giriş).

¹¹⁹ Aydın Zevkliler/ Şeref Ertaş/ Ayşe Havutçu/ M. Beşir Acabey/ Damla Gürpınar, **Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 10. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 3.

¹²⁰ “Genellikle kamu yararının, kamu düzeninin, genel ahlakın, zayıfların, kişiliğin korunmasına hizmet eden ve bir hukuki işlemin şekline ilişkin getirilen hükümler, emredici hukuk kuralı özelliği

Doktrindeki ilk görüş velayete ilişkin düzenlemelerin emredici nitelik taşıdığına ilişkindir¹²¹. Bu görüşe göre, mevcut düzenleme ile kanun koyucu velayetin eşlerden yalnızca birine bırakılması prensibini benimsemiştir. Dolayısıyla kanunda bir boşluk değil, menfi bir çözüme gidildiği kabul edilmiştir¹²². Yargıtay da uzun yıllar boyunca vermiş olduğu kararlarda, velayeti düzenleyen hükümlerin emredici nitelik taşıdığını kabul ederek velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılmasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle müşterek velayetin mümkün olmadığını belirtmiş ve buna ilişkin kararların tenfizini dahi reddetmiştir.¹²³

Diğer görüş ise, düzenlemenin lafzından her ne kadar velayetin eşlerden birine bırakılması gerekliliği anlaşılrsa da hüküm emredici nitelikte olmayıp hükümde örtülü boşluk bulunduğu ilişkindir¹²⁴. Öztan, düzenlemenin konuluş amacının, kanun maddesinde kullanılan kelimeler ile açıkça çeliştiğini ifade ederek hükümde örtülü boşluk olduğunu belirtmiştir. Yazar, kanun koyucunun velayete ilişkin düzenlemelerde çocuğun üstün menfaatine uygun davranılmasını amaç edinmiş

taşıır. Emredici kurallar aksi taraflarca kararlaştırılamayan ve uyulması zorunlu olan kurallardır. Bu kuralların uygulanmaması konusunda yapılan sözleşmeler hüküm ifade etmediği gibi, emredici kuralın uygulanmasına da engel teşkil etmez. Bir hükmün emredici nitelik taşıyıp taşımadığı genel olarak kuralın ifade ve yazılışından anlaşılırsa da bazı durumlarda değişiklik gösterebilir. Bu yüzden ilk olarak maddenin yazılış ve ifade tarzına bakılmalı, maddenin düzenleniş amacı da değerlendirilerek kuralın emredici nitelik taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir.” Bkz. Yargıtay 3. HD. E. 2016/3414, K. 2017/5913, T. 25.04.2017

¹²¹ Öztan’ın ifadesiyle, “Öğretide ağır basan görüş, kuralın emredici olduğudur. Uygulamadaki görüş de bu yöndedir. Öğretide ve uygulamada ağır basan görüş, Medenî Kanun’un 336/3’üncü maddesinin kural içi bir boşluk ihtiva etmediği, kanun koyucunun boşanmada velâyet hakkının ana babadan birine tevdi edilmesini istediği görüşüdür.... Mevcut hukukî düzenlemeye göre, hâkim boşanmada velâyet hakkını ana babadan birine tevdi etmekle yükümlüdür ve zorunlu olarak bunu yapmalıdır.” Bilge Öztan/ Fırat Öztan, “**Boşanmada Velayetin Tevdii**”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Y. 2016, S.2, s.483-484; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 131; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.381.

¹²² Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 131.

¹²³ “Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. (MK. md. 336) Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocukların velayetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUK. md. 38/c)” Bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2004/13947, K. 2004/15854, T. 27.12.2004; Yargıtay 2. HD. E. 2006/2773, K. 2006/9267, T. 12.06.2006. Önemle belirtmek gerekir ki; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı kararında istikrarlı görüşünü değiştirerek ortak velâyet düzenlenmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına ilişkin karar vermiştir.

¹²⁴ Yasada konuya ilişkin uygulanabilir bir hüküm olmasına rağmen, kuralın sözü ile özünün bağdaşmadığı durumlarda ortaya çıkan ortaya çıkan bir boşluk türüdür. Bkz. Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 6. Basım, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1997, s.134; Çiğdem Kırca, **Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, Y.2001, S. 1, s.110. Yazar örtülü boşluğun doldurulmasına ilişkin kısımda müşterek velayetten de bahsetmiştir.

olmasına rağmen çocuğun en çok menfaatine olan müşterek velayet sistemini dışladığının kabul edilmesinin, kanun koyucunun hedeflediği amaç ile uygun olmadığı görüşündedir. Yazar bu kapsamda, “amaca göre sınırlama” (teleologische Reduktion)¹²⁵ yoluyla çocuğun menfaatinin gerektirdiği hallerde müşterek velayetin mümkün kılınması gerektiğini belirtmiştir¹²⁶. Yazar, kanun koyucunun müşterek velayete ilişkin atipik durumu gözden kaçırdığını belirterek hükümdeki örtülü boşluğun Türk Medeni Kanunun 1/I maddesi gereğince hâkim tarafından çocuğun yararına doldurulması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁷. *Koçhisarlıoğlu*, mevcut düzenlemelerde amaca uygunluk sorunu olduğunu ifade etmektedir. Yazar, yasanın varmak istediği amaç (ratio leges) olan çocuğun yüksek menfaatinin sağlanması ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç niteliğinde olan yasal düzenlemeler arasında bir uyumsuzluk ve çelişki olduğunu savunmaktadır. Bu durumda ise, yazara göre, yasa lafzı itibarıyla açık dahi olsa contra legem (kanun hükmüne aykırı) bir yorum ile müşterek velayete izin verilmesi gerekmektedir¹²⁸. *Serdar* ise, kanun koyucunun yorum yöntemiyle maddenin anlamını keşfetmesi gerekliliğinden bahsederek velayete ilişkin hükmü; lafzi yorum, mantıksal yorum ve amaca bağlı yorum metotları çerçevesinde incelemiş ve neticeden TMK. 182. ve 336/3. maddelerinden müşterek velayetin kesin olarak mümkün olmadığı sonucuna varılamayacağını ifade etmiştir¹²⁹.

Apaydın, velayete ilişkin yürürlükte bulunan düzenlemeler ile menfi bir çözüm yolunun benimsendiğini kabul etmemiştir. Yazar, kanun koyucunun kanun yapılırken müşterek velayet kurumundan haberdar olmadığını ve bu sebeple buna ilişkin bir düzenleme yapamadığını belirtmiştir. Diğer bir ifade ile kanun koyucunun, iradi olarak müşterek velayete ilişkin bir düzenleme yapmaktan kaçınmamış olduğunu ifade etmiştir. Yazar, bu sebeple yasada gerçek bir boşluk olduğunu ve bu

¹²⁵ Teolojik Redüksiyon, toplumun zaman içerisinde değişen ihtiyaçları nedeniyle, kanun maddelerinin yorum yoluyla mevcut düzenleme amacının gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi şeklinde tanımlanabilir. Bu yorum metodunda kanunun amacı esas alınır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, **a.g.e.**, s.98 vd.; Gözler, **a.g.e.**, s. 271.

¹²⁶ Öztan, (**Birlikte Velâyet**), s. 260.

¹²⁷ Öztan, (**Birlikte Velâyet**), s. 260.

¹²⁸ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s.243-244.

¹²⁹ Serdar, **a.g.e.**, s.175 vd.

boşluğun hâkim tarafından TMK.'nın 1. maddesi uyarınca doldurulması gerektiğini belirtmektedir¹³⁰

3. Velayete İlişkin Yasa Hükmünün Değerlendirilmesi

Doktrindeki yazarların bir kısmı TMK m. 336/3 hükmünün anlam ve kapsamının yorum yoluyla belirlenmesi gerektiğini ifade ederken, bir kısmı ise yasal bir boşluğun bulunduğunu ve bu boşluğun TMK. m. 1/1 hükmü uyarınca hakim tarafından doldurulması gerekliliğini ifade etmektedir.

Fakat önemle belirtmek gerekir ki, yorum yoluyla mevcut bir hükmü dönemin şartlarına uyarlanma yoluna başvurulduğunda, kanun maddesinin lafzı çerçevesinde hareket edilmesi zorunludur. Diğer bir ifade ile, yapılacak yorumun sınırını yine hükmün kendisi oluşturmaktadır¹³¹. Aksi takdirde, yürürlükte bulunan bir hükmün günün koşullarına uygun hale getirilmesi amacıyla kanuna aykırı yorum yapılması zorunlu olur ki böyle bir yaklaşımın kabulü mümkün değildir¹³².

Hâkim TMK. m.1 uyarınca öncelikle uygulayacak olduğu kanun maddesin lafzında yola çıkarak bir çözüm elde etmeye çalışacaktır, bu mümkün olmadığı takdirde ise maddenin özünü tespit ederek uyuşmazlığı çözmeye çalışacaktır. Yasa metni tüm çabalara rağmen uyuşmazlığın çözümüne yetmez ise yasal bir boşluğun olduğu kabul edilerek söz konusu boşluğun hâkim tarafından giderilmesi gerekecektir. Fakat hâlihazırda yürürlükte olan bir kuralın beğenilmemesi veya eleştirilmesi bir boşluk olarak nitelendirilmez¹³³ ve hâkime hukuk yaratma yetkisi vermez. Türk Medeni Kanunda, her ne kadar soysal hayattaki ihtiyaçlara ve toplumsal değişime tam olarak uyum sağlamadığı eleştirisine katılsak da, boşanma neticesinde velayet hakkının kimde kalacağına ilişkin yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Mevcut düzenlemenin beğenilmemesi veya tasvip edilmemesi bu

¹³⁰ Apaydın, **a.g.e.**, s.457-459.

¹³¹ “Yasa kuralının söylemi (sözcükleri) yorumun sınırını çizer. Sözün tükendiği yerde yorum da biter.” Bkz. Rona Serozan, **Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 8. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.145 (Medeni Hukuk).

¹³² M. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 21. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 76-77.

¹³³ Yazar “Pozitif hukukta hukuki meselenin çözümü için bulunması gerekli bir kuralın yokluğu halinde ancak hukukta boşluktan söz edilir. Pozitif hukuku düzeltmeye yetkili olmaksızın onda kusur görülmesi, teknik anlamda bir boşluk değildir. Bu itibarla kanuna karşı içtihat yolu ile boşluk doldurmaya kalkışmak doğru değildir.” demek suretiyle bu hususu ifade etmiştir. Bkz. Edis, **a.g.e.**, s.123.

hükümün yorum veya kıyas yoluyla değiştirilmesine veya genişletilmesine olanak sağlamadığı gibi bu yöntemi meşru da kılmaz.

Önemle belirtmek gerekir ki, ancak aranılan bir hususa ilişkin kanunda cevap bulunamadığı durumlarda hukuki bir boşluktan bahsedilir ve bu boşluk hâkim tarafından doldurulur. Fakat kanun koyucunun bilinçli olarak sustuğu ve negatif düzenlemede bulunduğu hususların boşluk olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹³⁴. Bu kapsamda, kanun koyucunun ortak velayet kurumundan haberdar olmaması sebebiyle buna ilişkin bir düzenleme yapmadığı ve kanunda açık bir boşluk bulunduğuna ilişkin görüşe katılmamaktayız. Zira açık bir boşluk, ancak, ne kanunun lafzından ne de yorumundan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin herhangi bir düzenlemeye rastlanılmaması durumunda mevcuttur¹³⁵. Oysa yürürlükte olan Türk Medeni Kanununda, velayete ilişkin uyuşmazlıklara uygulanabilecek bir hüküm mevcuttur.

Nitekim İsviçre Medeni Kanununda, boşanma durumunda müşterek velayete ilişkin 2000 ve 2014 yıllarında olmak üzere iki kez değişikliğe gidilmiştir. 2000 yılında yapılan değişiklikle İMK. 133 maddesi uyarınca çocuğun menfaatine aykırı düşmemesi ve anne ile babanın ortak talebinin bulunması durumunda, hâkim tarafından velayet hakkının birlikte kullanılmasına ilişkin karar verilebileceği düzenlenmiştir¹³⁶. Ülkemizde yürürlükte olan 4721 sayılı Medeni Kanunu ise 22.11.2001 tarihinde kabul edilmiş olup bu tarih itibarıyla mehz İsviçre Medeni Kanununda müşterek velayet konusunda istisnai düzenlemeye gidilmiş bulunulmaktaydı. Dolayısıyla müşterek velayet kurumundan haberdar olan kanun koyucunun, hukukumuz açısından, bilinçli bir şekilde müşterek velayeti mümkün kılan bir düzenleme yapmayı tercih etmediği söylenebilir¹³⁷.

Madde metninde örtülü boşluk olduğundan bahisle yorum yoluyla bu boşluğun giderilmesi gerekliliğine ilişkin görüşe de katılmamaktayız. Zira örtülü bir boşluğun varlığından söz edebilmek için kanun koyucunun çok geniş kapsamlı bir düzenleme yaparak belirli istisnaları ve atipik olayları eklemeyi ihmal etmiş olması

¹³⁴Edis, **a.g.e.**, s. 123; Kırca, **a.g.e.**, s. 91.

¹³⁵ Kırca, **a.g.e.**, 94; Serozan, (**Medeni Hukuk**), s. 157.

¹³⁶ Kurt, **a.g.e.**, s.162.

¹³⁷ Kurt, **a.g.e.**, s.172.

gerekmektedir¹³⁸. Kanun koyucu, maksadını aşan böyle bir duruma ise ancak ihmali ile sebebiyet verilebilir¹³⁹. Fakat daha önce de belirttiğimiz üzere, kanun koyucu boşanma sonucu velayet hakkının ebeveynlerden yalnızca birine tevdi edilmesine ilişkin hükmü düzenleyerek müşterek velayeti kasıtlı bir şekilde hariç tutmuştur. Dolayısıyla TMK. m. 336/3 hükmünde örtülü bir boşluğun bulunduğu fikrini kabul etmek mümkün değildir¹⁴⁰.

Tüm bu anlatılanlar neticesinde vardığımız şahsi kanı ise; Türk Medeni Kanunun 336/3 maddesinde gerçek veya örtülü bir boşluğun bulunmadığına ilişkindir¹⁴¹. Mevcut hüküm her ne kadar değişen aile yapısındaki gelişmeleri karşılamakta yetersiz kalsa da, kanun koyucu, velayet hakkının taraflardan birine verilmesinin çocuğun menfaatine daha uygun olacağı kanısıyla yasanın düzenlenmesinde menfi çözüm yoluna başvurmuş ve müşterek velayeti mümkün kılmamıştır. Bu düzenlemeler çerçevesinde müşterek velayete karar verilmesi yasanın aşılmasına sebebiyet verecektir. Nitekim İsviçre Medeni Kanunda, müşterek velayete ilişkin yapılan revizyonlardan önceki dönemde, TMK. m.336/3'e tekabül eden İMK. m. 297/3 hükmü uyarınca da hakimın velayeti eşlerden birine bırakmakla yükümlü olduğu ve bu hükmün emredici nitelik taşıdığı Federal Mahkeme tarafından kabul edilmiştir¹⁴².

Kanun koyucunun iradi bir şekilde müşterek velayeti dışlamış olmasına rağmen Türk Hukuku açısından müşterek velayete ilişkin karar verilmesinin mümkün olup olmayacağı sorusuna ise taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmelerin değerlendirilmesi neticesinde daha sağlıklı bir cevap verilebilecektir.

C. Yargı Uygulamasındaki Durum

Türk ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay'ın müşterek velayet konusundaki tutumuna baktığımızda uygulamada benimsenen görüşün de boşanma neticesinde velayetin anne veya babadan birine bırakılacağı yönündedir. Nitekim Yargıtay 2016 yılında yürürlüğe giren AİHS 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana

¹³⁸Serozan, (Medenî Hukuk), s. 157; Edis, a.g.e., s.134.

¹³⁹Serozan, (Medenî Hukuk), s. 157; Edis, a.g.e., s.134.

¹⁴⁰ Kurt, a.g.e., s.173.

¹⁴¹ Kurt, a.g.e., s.173-174.

¹⁴²Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s.34.

Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 Nolu Protokolüne kadar velayete ilişkin kararların emredici nitelik taşıdığından bahisle, müşterek velayete ilişkin olan yabancı mahkeme kararlarının tanınip tenfiz edilmesini dahi reddetmekteydi¹⁴³.

Türk Hukukunda müşterek velayete ilişkin ilk karar 27.05.2009 tarihinde İzmir 4. Aile Mahkemesi tarafından verilmiştir. İlgili 2009/448 E. ve 2009/470 K. sayılı kararda;

“..çocuk için ideal olanı her iki ebeveynin de çocukla ilgili kararlara aktif katılması, çocuğun sınırlama olmaksızın istediği kadar her iki ebeveyni de görebilmesidir. Boşanma sonrasında en sık görülen negatif durum, eski eşlerin çocuk bakımı ve görüşmeler hususunda çatışmalarıdır. Çatışmaları çocuk üzerinden devam ettirerek birbirlerini cezalandırma, öfkelerini aktarma yolu olarak çocuğu kullanma ortaya çıkabilmektedir. Çocuk velayeti ile ilgili düzenleme ne olursa olsun, çocuğun ihtiyaçları her zaman birinci planda kalmalıdır. ... çifti ile yapılan görüşmede, her iki tarafın da çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurabilecek, boşanma sonrasında da müşterek çocuk ile ilgili olarak bir araya gelerek karar alabilecek istek ve bilince sahip oldukları, çocukla ilgili alınacak kararlarda işbirliği içinde bulunabilecekleri izlenimi edinilmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonucunda, tarafların ortak velayet uygulamasına yönelik istek, bilinç ve gerekli motivasyona sahip oldukları, tarafların küçüğün psiko-sosyal gelişimini göz

¹⁴³ “Yabancı boşanma ilamında 30.7.1998 doğumlu müşterek çocuk K’nin velayeti anne ve babaya birlikte verilmiştir. Evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanılır. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocuğun velayetini anne babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır...ilamın velayete ait kısmı hakkındaki tenfiz isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”; “Yabancı boşanma ilamında 9 Aralık 1988 doğumlu E ve 24 Mart 1995 doğumlu M isimli müşterek çocukların velayeti anne ve babaya birlikte verilmiştir. Evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanılır. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocuğun velayetini anne babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır...ilamın velayete ait kısmı hakkındaki tenfiz isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Y. 2. HD. 27.12.2004 2004/13947-15854; “Tenfizi istenilen ilamda 1989 doğumlu Vn ile 1991 doğumlu Bn’nin velayeti anne babanın her ikisi üzerinde bırakılmasına karar verilmiştir. Evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanılır. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Bu nedenlerle mahkemenin velayet düzenlemesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde isabetsizlik yoktur.” Yargıtay 2. H.D., 2004/12285-13680, 22.11.2004 Bkz. Bilal Köseoğlu/ Köksal Kocağa, **Aile Hukuku ve Uygulaması**, Bursa, Ekin Yayınları, 2011, s. 710-711.

önünde bulundurarak küçüğün diğer ebeveyni ile olan iletişim ve paylaşımını destekleyici tutum içerisinde bulundukları izleniminin edinilmesi ile müşterek çocuğun alıştığı yaşam düzeninin sağlanması durumunda ortak velayetin taraflarca kullanılabileceği kanısına varılmış ”

Söz konusu karada boşanmaya konu anlaşma protokolünde tarafların velayet hakkını birlikte kullanma talepleri dikkate alınmış ve çocuğun yüksek yararı ilkesi gereğince uzman görüşü de alınmak suretiyle müşterek velayete hükmedilmiştir¹⁴⁴.

Yargıtay, velayetin kamu düzenine ilişkin olduğu ve velayete ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşıdığı gerekçesiyle müşterek velayete ilişkin kararların tanınıp tenfiz edilme taleplerini reddetmekteydi. Fakat Ek 7 Nolu Protokolün yürürlüğe girmesi ile Yargıtay istikrar bulmuş içtihadından dönmüştür. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2016/15771 E. ve 2017/1737 K. sayılı ve 20.02.2017 tarihli kararında,

“Kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek tam bir tarifini yapmak kolay değildir. Genel bir tanımla; "Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür". Bu genel çerçeve içerisinde kamu düzeni kuralları bir toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar olarak açıklanabilir. (Prof. Dr.Aysel Çelikel-Prof.Dr. B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk 11.bası-sayfa:149). Genel olarak; hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf-âdet ve ahlak telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak ifade edilebilir ve bu değerlerle açık bir şekilde uyuşmayan yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün kamu düzenine aykırı sayılarak uygulanmayacağı söylenebilir. Yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün somut olayda

¹⁴⁴ Önemle belirtmek gerekir ki; İzmir 4. Aile Mahkemesi tarafından verilen 2009/448 E. ve 2009/470 K. sayılı karar anlaşmalı boşanma kapsamında hüküm altına alınmış olduğundan taraflarca temyiz yoluna başvurulmamış ve karar kesinleşmiştir. Fakat söz konusu karar eşlerden biri tarafından temyiz edilmiş olsaydı kararın Yargıtay tarafından bozulacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira Yargıtay o dönem itibarıyla değil müşterek velayete ilişkin bir kararı onamak, müşterek velayete ilişkin yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizini dahi kabul etmemekteydi.

tatbiki ile ortaya çıkaracağı sonuç, yukarıda belirtilen temel ilke ve değerler karşısında da tahammül edilmez bir durum yaratmakta ise, yabancı hukukun kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahisle yabancı hukuk uygulanmaz. Burada, yabancı hukukun tatbikini engelleyen kamu düzeninin "menfi etkisi"nden bahsedilir. Kamu düzeni kavramı geniş, muğlâk, izafî ve değişkendir(Prof.Dr.Cemal Şanlı-Doç.Dr.Emre Esen- Yrd.Doç.İnci Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk-4.Bası-sayfa: 72-73-78). Türk hukukunda kamu düzeni (ordre public, amme intizamı) yabancı hukukun tatbikini önleyen istisnâî bir göreve sahiptir. Kanunlar ihtilâfî kaidelerimizce yetkilendirilen yabancı hukuk ülkenin kamu düzenine "açıkça" aykırılık teşkil etmemesi şartıyla tatbik olunma imkânına sahiptir(MÖHUK m.5). Şu halde, kamu düzeni bizim için kanunlar ihtilâfî hukukuna ait tek taraflı bir "bağlanma kaidesi" değildir. Aksine kanunlar ihtilâfî kaidemizin gösterdiği yabancı hukuk nizamının tatbiki prensibinin bir istisnasıdır (Prof.Ergin Nomer-Prof.Cemal Şanlı, Devletler Hususî Hukuk, 18.bası-sayfa:159) "...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" (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K.sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı). Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ORTAK VELAYET" DÜZENLENMESİNİN, TÜRK KAMU DÜZENİNE "AÇIKÇA" AYKIRI OLDUĞUNU YA DA TÜRK TOPLUMUNUN TEMEL YAPISI VE TEMEL ÇIKARLARINI İHLAL ETTİĞİNİ SÖYLEMEK MÜMKÜN DEĞİLDİR."

demek suretiyle müsterek velayetin kamu düzenine aykırı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yaparak müsterek velayet kurumunun Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Kararın gerekçesinde, olayın esasına uygulanacak hukukun Türk hukukundan farklı olması nedeniyle müsterek velayet kurumunun Türk toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal edeceği sonucuna varılmasının mümkün olmadığını ifade edilerek ilk derece mahkemesinin verdiği karar bozulmuştur¹⁴⁵.

III. Velayete İlişkin Milletlerarası Düzenlemeler

Çocuk haklarının etkin bir şekilde korunması ve çocuğun yüksek menfaatinin sağlanabilmesi açısından devletler tarafından yapılan ulusal düzenlemelerin yanında çeşitli milletlerarası hukuk metinleri de düzenlenmiştir. Dolayısıyla hukukumuz açısından müsterek velayetin mümkün olup olmadığı konusunda bir neticeye varabilmek için ulusal hukukumuzu etkilemekte olan söz konusu milletlerarası düzenlemelerin de incelenmesi gerekmektedir.

A. Milletlerarası Hukuk Metinlerinde Müsterek Velayete İlişkin Yer Alan Prensipler

Boşanma durumunda velayet hakkının nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin milletlerarası nitelikte birçok metin yayınlanmıştır. Bu kapsamda, Türkiye’nin tarafı olduğu sözleşmeler ve üyesi bulunduğu kuruluşlar tarafından toplum yapısında meydana gelen gelişim ve değişimler dikkate alınarak hazırlanmış metinler ve bu metinlerde benimsenen prensiplere değinilecektir.

1. Avrupa Konseyinin Tavsiye Kararı

Türkiye Cumhuriyeti olarak üyesi olduğumuz Avrupa Konseyi bugüne kadar insan haklarını ilgilendiren çok fazla tavsiye kararı alarak bunları yayınlamıştır. Her ne kadar tavsiye kararlarının üye devletler açısından bir bağlayıcılığı olmasa da, bu kararlar özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yorumlanması konusunda oldukça yol göstericidir.

¹⁴⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 734; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s.553-555, dn. 421.

Türk Medeni Kanunun 184. maddesinin 5. bendinde taraflara boşanmanın ferileri hususunda anlaşmaya varma konusunda yetki verilmiş, fakat bu anlaşmanın geçerliliği hâkimin onayı koşuluna bağlanmıştır. Buna göre, taraflar kanunen belirlenmiş konularda bir anlaşmaya varamazken bunların dışında kalan konularda serbestçe tasarruf edebileceklerdir.

Bakanlar Komitesinin 28.02.1994 tarihinde yayınladığı (84) 4 sayılı Ebeveyn Sorumluluklarına İlişkin Tavsiye Kararı'nın¹⁴⁶ 6. İlkesinde de;

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

denmek sureti ile TMK 184. maddesinin 5. bendi ile paralel olarak tarafların velayet konusunda da bir anlaşma yapabilecekleri belirtilmiştir. Hâkim, çocukların çıkarlarına aykırı olmamak kaydıyla tarafların yaptığı anlaşmayı dikkate alacak fakat bu anlaşma ile bağlı olmayacaktır.

Türk Medeni Kanununda boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmaya varma konusunda taraflara inisiyatif tanındığı göz önünde bulundurulduğunda, anne ve babanın velayet hakkının kullanımına ilişkin de aralarında anlaşmaya varmalarının mümkün görülmesi gerekmektedir. Nitekim söz konusu tavsiye kararda da, yetkili merciin velayete ilişkin karar verirken, çocukların çıkarlarına aykırı

¹⁴⁶ Karar metni için bkz. https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20090707173539_Coe.Recommendation%2884%294onParentalResponsibilities.pdf (Çevrimiçi) (erişim tarihi: 18.01.2019)

olmamak kaydıyla, ebeveynler arasında yapılan anlaşmayı dikkate alması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁷.

Yine Avrupa Konseyi tarafından 02.10.2015 tarihinde, “Eşitlik ve Ortak Ana Baba Sorumluluğu: Babaların Rolü Üzerine” başlıklı ve 2079 (2015) sayılı tavsiye kararı yayınlanmıştır¹⁴⁸. Bu kararda ise, özel hayata saygı hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde teminat altına alınan temel bir hak olduğu ifade edilerek ebeveyn ve çocuk açısından birlikte olmanın aile hayatının çok önemli bir parçasını oluşturduğu belirtilmiştir. Ebeveyn ve çocukların birbirlerinden ayrılmaları, ilişkileri açısından telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabileceğinden bu yönde bir kararın ancak çocuğun yararının gerektirdiği istisnai hallerde verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kararın devamında, çocuk ile ilişkilerinde anne ve babaya eşit hakların tanınması gerektiği, bunun çocuğun yaşamına ve gelişimine olumlu katkı sağlamasının yanında toplumda yerleşmiş cinsiyet kalıplarının da aşılması açısından faydalı olacağı belirtilmiştir.

Görüleceği üzere Avrupa Konseyi vermiş olduğu tavsiye kararları ile üye devletlerine, boşanmış tarafların ortak talepleri halinde müşterek velayete ilişkin karar vermeleri konusunda telkinde bulunmaktadır¹⁴⁹.

2. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Gerek ulusal gerek uluslararası alanda müşterek velayete dayanak oluşturan temel unsur “çocuğun yararı” ilkesidir. Bu ilke tanzim edilen birçok milletlerarası metinde kendine yer bulmuş ve böylece devletlerin ulusal hukuk sistemlerine sirayet ederek çocukları ilgilendirecek düzenlemelerde yer almıştır. Söz konusu ilke birçok milletlerarası metinde kendine yer bulsa da BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde çokça vurgulanması ve sözleşmeye taraf olan ülke sayısının fazla olması, ilkenin etki alanını genişletmiş ve bu sözleşmeyi daha da önemli kılmıştır. “Çocuğun yüksek

¹⁴⁷Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s.196.

¹⁴⁸Karar metni için bkz.

<http://semanticpace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbncveG1sL1h%20SZWYvWDJILURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yMjlyMCZsYW5nPUVO&xsl=%20aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YT%20UwyUERG LnhzbA==&xslparams=ZmlsZWlkPTIyMjIw> (Çevrimiçi), (erişim tarihi: 18.01.2019)

¹⁴⁹Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s.239; Kurt, **a.g.e.**, s.165.

yararı” ilkesi BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin temel taşıını oluşturan genel bir prensip ve bir “şemsiye hak”tır¹⁵⁰.

Milletlerarası alanda çocuk haklarına ilişkin temel unsurları belirleyen ve bunları kurallara bağlayan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi¹⁵¹, çocuk haklarının gelişimi sürecinde büyük bir öneme sahiptir. Bu sözleşme, 1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirgesi¹⁵² baz alınarak hazırlanmış olup bildirgeyi tamamlar nitelikte bulunmaktadır. Türkiye, Çocuk Haklarına dair sözleşmeyi 14 Eylül 1990’da imzalamış, sözleşme 10 Aralık 1994 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş ve 23 Aralık 1994 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından 4058 sayılı yasa ile onaylamıştır¹⁵³. Yasa 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve böylece Türkiye sözleşmeye taraf haline gelmiştir.

¹⁵⁰ Çocuk Adalet Sisteminde Çocuğun Yüksek Yararı Politika Belgesi, Ankara, 2012 <http://www.cocukhaklarizleme.org/wp-content/uploads/cocuk-adalet-sisteminde-cocugun-yuksekyarari.pdf> (Çevrimiçi), (erişim tarihi: 20.01.2019).

¹⁵¹ Sözleşme, 20 Kasım 1989 tarihinde, BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve 26 Ocak 1990 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme aynı gün içerisinde 61 ülke tarafından imzalanmış ve 20 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁵² Bu bildirge, 20 Kasım 1959 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul edilmiştir. On iki temel ilkeden oluşan bildirmede tüm çocukların İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine yazılı olan haklardan eşit bir şekilde yararlanması amaçlanmıştır. Yine çocukların fikir ve beden olgunluğuna henüz erişmediklerinden özel bir hukuki koruma ve güvenliğe ihtiyaç duydukları belirtilmiştir. Bkz. İnan, **(Çocuk Hukuku)**, s. 98-99; Akyüz, **(Çocuk Hukuku)**, s.38-39.

¹⁵³ Türkiye, BM Çocuk Hakları Sözleşmesini, Sözleşmenin 17, 29 ve 30. maddelerine çekince koymak suretiyle kabul etmiştir. Çekince konulmasına gerekçe olarak ise söz konusu maddelerin yorumlanması sırasında mevzuat ile çelişen bir netice oluşmamasının amaçlandığı belirtilmiştir. Çekince konulan madde hükümleri aşağıdaki gibidir;

Madde 17

Taraf Devletler, kitle iletişim araçlarının önemini kabul ederek çocuğun; özellikle toplumsal, ruhsal ve ahlaki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik çeşitli ulusal ve uluslararası kaynaklardan bilgi ve belge edinmesini sağlarlar. Bu amaçla Taraf Devletler:

- a) Kitle iletişim araçlarını çocuk bakımından toplumsal ve kültürel yararı olan ve 29 uncu maddenin ruhuna uygun bilgi ve belgeyi yaymak için teşvik ederler;
- b) Çeşitli kültürel, ulusal ve uluslararası kaynaklardan gelen bu türde bilgi ve belgelerin üretimi, değişimi ve yayımı amacıyla uluslararası işbirliğini teşvik ederler;
- c) Çocuk kitaplarının üretimini ve yayılmasını teşvik ederler;
- d) Kitle iletişim araçlarını azınlık grubu veya bir yerli ahalیه mensup çocukların dil gereksinimlerine özel önem göstermeleri konusunda teşvik ederler;
- e) 13 ve 18 inci maddelerde yer alan kurallar göz önünde tutularak çocuğun esenliğine zarar verebilecek bilgi ve belgelere karşı korunması için uygun yönlendirici ilkeler geliştirilmesini teşvik ederler.

Madde 29

1. Taraf Devletler çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul ederler;

- a) Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi;

Sözleşmede çocuğun tanımı yapıldıktan sonra, ayırım gözetmeksizin tüm çocukların yüksek menfaati doğrultusunda hareket edilmesi gerekliliğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Sözleşmeye taraf olan devletler, çocuklar arasında herhangi bir ayırım gözetmeksizin tüm haklardan yararlanabilmelerini güvence altına alacaklardır.

Sözleşmede, doğrudan velayete ilişkin hüküm bulunmamakla birlikte çocuğun yararı ilkesi doğrultusunda çocuk ile anne ve baba arasındaki ilişkiye, hak ve yükümlülükler dair temel esasları belirleyen düzenlemeler mevcuttur. Buna göre; sözleşmenin 3. maddesinde “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*” demek suretiyle çocuğun yararı ilkesi göz önünde tutularak muamelede bulunma gerekliliği açıkça belirtilmiştir. Çocuğun yararı sözleşmenin genelinde vurgulansa da sözleşme kapsamında bu kavramın net bir tanımına ulaşmak mümkün değildir. Bu sebeple hükmün değerlendirilmesi yapılırken sözleşmenin bütünsel olarak yorumlanması gerekmektedir¹⁵⁴.

Yine sözleşmenin 5. maddesinde¹⁵⁵ sözleşme kapsamında çocuğa tanınan haklara ilişkin olarak anne ve babanın çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme

b) İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi;

c) Çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi;

d) Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması;

e) Doğal çevreye saygısının geliştirilmesi,

2. Bu maddenin veya 28 inci maddenin hiçbir hükmü gerçek ve tüzel kişilerin öğretim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen ilkelere saygı gösterilmesi ve bu kurumlarda yapılan eğitimin Devlet tarafından konulmuş olan asgari kurallara uygun olması koşuluyla, aykırı sayılacak biçimde yorumlanmayacaktır.

Madde 30

Soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halkların varolduğu Devletlerde, böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli halktan olan çocuk, ait olduğu azınlık topluluğunun diğer üyeleri ile birlikte kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz.

¹⁵⁴Grassinger, **a.g.e.**, s.62.

¹⁵⁵ Madde 5

Taraf Devletler, bu Sözleşmenin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın,

konusundaki hak ve ödevlerine taraf devletlerce saygı gösterileceği ifade edilmiştir. Sözleşmenin 7. maddesinde¹⁵⁶ çocuğun anne ve babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olduğu; 9. maddesinde¹⁵⁷ ise anne ve babası tarafından çocuğa kötü muamele edilmediği ya da çocuğun ihmal edilmesi gibi durumlar söz konusu olmadığı sürece, çocuğun anne ve babasından rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alınmaktadır. Nitekim sözleşmenin 18. maddesinde¹⁵⁸, çocuğun yetiştirilmesi ve gelişiminin sağlanması sürecinde anne ve babanın birlikte sorumluluk taşıdıklarını ve bu amaç doğrultusunda çaba gösterirken çocuğun yüksek yararı ilkesini göz önünde bulundurmak suretiyle hareket etmeleri gerekliliğinden bahsedilmiştir.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi bütün olarak değerlendirildiğinde, çocuğun yetiştirilmesi ve bağımsız bir kişilik kazandırılması evresinde anne ve babanın müştereken sorumlu oldukları ve çocuğun menfaati doğrultusunda birlikte hareket ederek bu yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Bu gerekliliğin tarafların boşanması durumunda da geçerliliğini sürdüreceğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla sözleşmede, velayetin evlilik birliği içinde veya boşanma neticesinde kim tarafından kullanılacağına ilişkin spesifik bir düzenleme bulunmasa da sözleşmenin genelinde, çocuğun bağımsızlık kazanmaya çalıştığı gelişim evresindeki tüm hak ve yükümlülüklerden anne ve baba beraberce sorumlu tutulmuştur.

yerel gelenekler öngörüyorsa uzak aile veya topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler.

¹⁵⁶ Madde 7

1. Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

2. Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.

¹⁵⁷ Madde 9

1. Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun ana babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

¹⁵⁸ Madde 18

1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.

3. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Çocuk hakları bakımından önem taşıyan bir diğer sözleşme ise Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesidir¹⁵⁹. Türkiye Sözleşmeyi 9 Haziran 1999 tarihinde imzalamış ve 18 Ocak 2001 tarihinde onaylamıştır.

Sözleşmenin uygulanma alanı ve amacı başlıklı birinci maddede, asıl hedefin çocukların haklarını geliştirmek ve özellikle de kendilerini bizzat ilgilendiren hususlarda görüşlerini almak ve iradelerini göz önünde bulundurarak çıkarlarını korumak olduğu belirtilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti, aynı maddenin dördüncü fıkrasına¹⁶⁰ uygun olarak adli bir makam önünde görülen boşanma davalarında, ayrılık davalarında, çocukların velayetine ilişkin davalarda, ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarda sözleşmeyi uygulayacağını sunduğu beyan metninde belirtmiştir¹⁶¹.

Sözleşmenin 3. maddesinde ise idrak çağına ulaşmış çocuğa, kendisini ilgilendiren tüm hukuki süreçlerde bilgilendirilme ve görüşünü ifade etme gibi temel bazı haklar tanınmıştır. Buna göre çocuğa talep ettiği tüm bilgilerin verilmesi ve kendisine danışılarak görüşlerinin olası sonuçlarının açıklanması gerekmektedir. Sözleşmenin 6. maddesi¹⁶² ile bu süreçte adli mercilere de bir takım görev ve

¹⁵⁹ Sözleşme 25 Ocak 1996 tarihinde Strasburg'da imzalanmış ve 1 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁶⁰ Madde 1 - Sözleşmenin uygulanma alanı ve amacı

2. Bu Sözleşmenin amacı, çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmaktır.

4. Her Devlet, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgesinin tevdii sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine muhatap bir beyanla, bir adli merci önünde bu Sözleşmenin uygulanacağı en az üç çeşit aile uyuşmazlığını belirlemelidir.

¹⁶¹ Dönmez/Barın, **a.g.e.**, s.16.

¹⁶² Madde 6- Karar süreci

Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce :

a) Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.
b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,
- Çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.

yükümlülükler yüklenmiştir. Buna göre, ilgili merci tarafından bir karar alınmadan önce çocuğun yeterli bilgiyle sahip olup olmadığı araştırılmalı, idrak çağında olduğunun kabulü halinde ise gerekli bilgiyi edindiğine emin olunduktan sonra çocuğa danışılmalı ve görüşlerine önem verilmelidir.

Bu sözleşmede düzenlenen hükümler, özellikle velayete ilişkin davalarda uygulanmaları açısından önem taşımaktadır. Velayetin anne ve babanın her ikisine veya yalnızca birine tevdi edilmesi çocuğu doğrudan etkilemekle birlikte çocuğun menfaatine ilişkin bir husus olduğundan sözleşmenin 3. ve 6. maddeleri uyarınca çocuğun bizzat görüşünün sorulması ve bu görüşün değerlendirme sürecinde dikkate alınması gerekmektedir.

4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No’lu Protokol

11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 14 Mart 1985 tarihinde imzalanmış fakat protokolün onaya uygun bulunması ancak 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6684 sayılı kanunla mümkün olabilmektedir. Bu protokolün ülkemizde yürürlüğe girmesi neticesinde ortak velayetin mümkün olup olamayacağına ilişkin tartışmalar yeniden gündeme gelmiş ve bu protokol referans gösterilerek görüşler belirtilmiştir¹⁶³. Bu kapsamda, Ek 7 No’lu Protokol konumuz açısından en çok öneme sahip milletlerarası düzenleme olarak kabul edilebilir.

Protokol’ün “Eşler Arasında Eşitlik” başlıklı 5. maddesinde;

“Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir.”

- Çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.

- çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermemelidir.

¹⁶³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan; 6684 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesi ile Türk Medeni Kanunda ortak velayete izin vermeyen mevcut düzenlemelerin örtülü olarak ortadan kaldırıldığı görüşünü savunmaktadır. Bkz. Gençcan, **a.g.e.**, s.26.

denilmek suretiyle eşlerin yalnızca evlilik sürecinde değil, evliliğin sona ermesi durumunda dahi eşit hak ve sorumluluklara sahip oldukları açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu protokolün Türk hukukuna etkisi ve ortak velayeti emredip emretmediği hususu sonraki bölümlerde incelenecektir.

B. Milletlerarası Hukukun İç Hukuka Etkisi

Milletlerarası hukukun iç hukukta yeri ve etkisi konusunda doktrinde, monist ve dualist görüş olmak üzere iki temel görüş bulunmaktadır¹⁶⁴. Buna göre milletlerarası hukukun iç hukuktaki yeri incelenirken iki durum ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki milletlerarası hukuk ile iç hukukun birbirinden bağımsız iki hukuk sistemi oluşturduğuna ilişkindir. Diğeri ise, birtakım farklılıklara rağmen milletlerarası hukuk ile iç hukukun bir bütün oluşturarak tek bir sistemin parçası olduğuna ilişkindir. Türk hukukunda, dualist görüşün mü yoksa monist görüşün mü benimsendiği hususu ise doktrinde tartışmalıdır.

Dualist (ikici) görüşe göre¹⁶⁵, milletlerarası hukuk ve ulusal hukuk birbirinden farklı ve bağımsız iki hukuk düzenidir. Bu görüşü savunan yazarlar yaptıkları ayrımı iki temel nedene dayandırmaktadırlar. Bu nedenlerden ilki ulusal hukuk ile milletlerarası hukuk sisteminin düzenlediği toplumsal ilişkilerin farklı olması iken; ikinci neden ise ulusal hukuk ile milletlerarası hukuk sisteminin doğdukları kaynakların farklı olmasıdır¹⁶⁶. Ulusal hukuk sistemi, özellikle devlete bağlı konumda bulunan bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar koyarken milletlerarası hukuk sistemi birbirleri ile eşit konumda bulunan hukuk sükjelerine yönelik düzenlemeler yapmaktadır. Buna göre, milletlerarası hukukta birden fazla devletin müşterek iradesi mevcut olmasına rağmen ulusal hukukta hukukun kaynağı egemenlik ve yasama gücüne sahip olan devletin tek taraflı iradesidir¹⁶⁷.

Düalist teoriye göre milletlerarası hukuk ile ulusal hukukun çatışması mümkün değildir. Zira milletlerarası hukuk siteminde yapılan bir düzenlemenin

¹⁶⁴ Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 15. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s.17.

¹⁶⁵ Heinrich Triepel/çev. Orhan Arslan, **İç Hukukla Arsiulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 3, Y.1937, s.7.

¹⁶⁶ Triepel, **a.g.e.**, s.8.

¹⁶⁷ Triepel, **a.g.e.**, s.9; Pazarıcı, **a.g.e.**, s.18; Işıl Özkan, **Uluslararası Hukuk- Ulusal Hukuk İlişkileri**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C.8, Y. 2013, Özel Sayı, s.2129.

ulusal hukuk açısından etkili olabilmesi için öncelikle bu kuralın bir ulusal hukuk tasarrufu ile benimsenmesi ve iç hukuk kuralı haline getirilmesi gerekmektedir¹⁶⁸.

Monizm (Tekçi) görüşünü savunanlar ise¹⁶⁹, dünyada tek bir hukuk düzeni var olduğunu belirterek ulusal hukuk ve milletlerarası hukukun bu düzenin birer parçaları olduklarını ifade etmektedir. Gerek ulusal hukukun gerekse milletlerarası hukukun aynı hukuk sùjelerine uygulandıklarından, bu iki hukuk düzeni arasında bir fark bulunmayacağı ifade edilmiştir¹⁷⁰. Milletlerarası hukuk da iç hukuk da şahıslar arasındaki münasebetleri düzenledikleri için nihai olarak aynı sahaya ve aynı kişilere uygulanmaktadır. Dolayısıyla monist görüşün savunucuları, adı ister milletlerarası hukuk olsun ister iç hukuk olsun, hukuk sitemlerinin ayniliğini savunmaktadırlar¹⁷¹.

Bu görüşe göre, milletlerarası hukuk ile iç hukuk düzeni “tabilik” ilişkisi içerisinde. Zira milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasında bir eşitlik prensibinin bulunabilmesi için her iki düzeni arasında eşitliği sağlayan ve geçerlilik alanlarını oluşturan üçüncü bir sistemin varlığı gerekir. Fakat üçüncü bir düzen olmadığından eşitlik değil tabilik ilişkisi mevcuttur. Bu ilişkide hiyerarşik olarak milletlerarası hukuk iç hukuktan üstün olup iç hukuk milletlerarası hukuka bağımlı bulunmaktadır¹⁷². Bu durumda, milletlerarası hukuk ile ulusal hukuk arasında bir çatışma veya uyumsuzluk olması halinde milletlerarası hukuk kuralı daha üstün olduğundan iç hukuk kuralını *ipso facto* olarak ortadan kaldırır¹⁷³.

Türk hukuku açısından hangi sistemin benimsendiği hususunda ise ne Anayasada ne de uygulamada net bir tercih yansıtılmamıştır. Yine, ulusal hukuk ile milletlerarası hukuk düzenleri arasında birinin diğerine üstünlüğüne tam olarak karar verme olanağı da tanınmamıştır.

¹⁶⁸ Pazarcı, **a.g.e.**, s.19.

¹⁶⁹ Pazarcı, **a.g.e.**, s.18-19’ da bulunan yazarlar.

¹⁷⁰ Pazarcı, **a.g.e.**, s.19; Özkan, **a.g.e.**, 2133.

¹⁷¹ Seha L. Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968, s.122.

¹⁷² Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki ilişkiler**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1973, s.35; Meray, **a.g.e.**, s.122; İki görüşün temelleri için bkz. Özkan, **a.g.e.**, s. 2127–2176.

¹⁷³ Meray, **a.g.e.**, s.123.

1. Milletlerarası Sözleşmelerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Sorunu

Milletlerarası sözleşmeler ancak kanun hükmü ile uygun bulunmaları durumunda Türk Hukuk düzeninin parçası haline gelerek iç hukuk açısından geçerlilik kazanabilir. Anayasa'nın 90/1 maddesinde; *“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.”* denmek suretiyle bu husus açıkça ifade edilmiştir. Bu hükmü takip eden ikinci¹⁷⁴ ve üçüncü¹⁷⁵ fıkralarda ise bu ana kuralın istisnaları, dördüncü¹⁷⁶ fıkroda da istisnaların istisnası düzenlenmiştir.

Milletlerarası sözleşmelerin Türk Hukukundaki hiyerarşik yeri ise Anayasanın 90/5. maddesinde belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca; *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”*. Fakat Anayasa 90. maddesinin son fıkrasının yeterince net olmaması, usulüne uygun yürürlüğe girmiş milletlerarası sözleşmelerin yeri konusunda görüş farklılıklarına sebebiyet vermiştir. Fıkranın birinci cümlesinde milletlerarası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek bu sözleşmelerin iç hukuktaki yeri açıkça ifade edilmiş fakat devamındaki cümlede milletlerarası sözleşmelere ilişkin anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Madde metninde birbiri ile çelişiyormuş gibi görünen bu iki cümlenin bulunması milletlerarası metinlerin Türk

¹⁷⁴**Madde 90/2-** Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

¹⁷⁵**Madde 90/3-**Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

¹⁷⁶**Madde 90/4-**Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

hiyerarşik sistemi içerisindeki yerinin tespitini konusunda tartışmalara sebebiyet vermiştir.

Görüşlerden ilki, milletlerarası sözleşmeler hakkında Anayasa Mahkemesine aykırılık iddiası ile başvurulamayacağından bahisle milletlerarası sözleşmelerin kanunlara kıyasen daha üst düzeyde olduklarına ilişkindir¹⁷⁷.

Diğer görüş ise, milletlerarası sözleşmeleri kanunlar ile eşit statüde görmektedir¹⁷⁸. Bu görüş savunan yazarlar; milletlerarası sözleşmelerin Anayasanın 90. maddesinde açık bir şekilde kanun hükmünde kabul edildiğini belirterek milletlerarası sözleşmelere ilişkin Anayasa Mahkemesinin denetiminin olanaksız kılınmış olmasının, tek başına milletlerarası sözleşmelere kanunlardan daha üst bir nitelik kazandırmayacağını savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, milletlerarası sözleşmeler kanunlar ile aynı değere sahip olduğundan, milletlerarası sözleşmeler ile kanun maddeleri arasında çelişki çıkması durumunda bu uyuşmazlığın giderilmesi konusunda kanunlar arasında doğan uyuşmazlıkların giderilmesinde kullanılan yöntemlerin kullanılması gerekecektir. Diğer bir ifade ile böyle bir durumda birbiri ile eş değerde iki hukuk normu olacağından, iki kanun arasındaki uyuşmazlığın çözümünde kullanılan *genel düzenleme-özel düzenleme* veya *önceki düzenleme-sonraki düzenleme* kriterleri esas alınacaktır¹⁷⁹. Buna göre hangi düzenleme daha yeni tarihliyse veya daha özel bir niteliği sahipse onun uygulanması gerekecektir¹⁸⁰.

¹⁷⁷Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 311; Necmi Yüzbaşıoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine**, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 2, Y.1994, S.1, s. 34; Edip Çelik, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması**, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Özel Sayısı), C. 9, Y. 1988, S. 1- 3, s. 50 vd; Zafer Gören, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1999, s. 204; Mehmet Turhan, **Anayasal Devlet**, Ankara, Natural Yayıncılık, 2004, s. 194.

¹⁷⁸Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 383; Meray, **a.g.e.**, s.131-132; Toluner, **a.g.e.**, s.595-596; Pazarcı, **a.g.e.**, s.27-28; Rona Aybay, **Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2007, S. 70, s. 198; Faruk Bilir, **Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, Y. 2005, S., s. 79-81.

¹⁷⁹Özbudun, **a.g.e.**, s.383; Meray, **a.g.e.**, s.132.

¹⁸⁰Tartışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, C. 24, Y. 2004, S. 1-2, s. 279-336.

Milletlerarası sözleşmelerin doğrudan anayasal denetime tabi tutulması mümkün kılınmamış ise de, bu sözleşmeleri uygun bulan kanunların anayasal denetime tabi tutulması mümkündür. Fakat Anayasa Mahkemesinin denetim kapsamı sadece sözleşmeyi uygun bulan kanun ile sınırlı olacaktır. Bu denetim sırasında söz konusu sözleşmenin içeriğine girerek bir denetleme yapması mümkün olmayacaktır¹⁸¹.

Anayasa 90. maddesine 2004 yılında¹⁸² eklenen “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” cümlesi ile “temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler” ve bunların dışında kalan sözleşmeler olarak ikili bir ayrıma gidilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin dışında kalan sözleşmelerin durumunda, 2004 yılında yapılan bu ekleme neticesinde bir değişiklik olmamasına

¹⁸¹ Anayasa Mahkemesi E. 2011/47, K2012/87, T. 31.05.2012;

“Bir milletlerarası andlaşma, doğrudan denetime tabi tutulamamasına rağmen onaylanmasını uygun bulan kanunun anayasallık denetimi mümkündür. Ancak Anayasa’nın 90. maddesindeki emredici hüküm gereği, uygun bulma kanunu denetlenirken, andlaşmanın denetiminin yapılmasına izin verilmemiştir. Ana kanun koyucunun milletlerarası andlaşmaların Anayasal denetimini açık bir irade ile dışarıda bırakmasına rağmen, uygun bulma kanununun denetimi yoluyla andlaşmalar hakkında değerlendirme yapmak Anayasa’nın 90. maddesindeki yasaklayıcı düzenlemeyi işlevsiz hale getirecektir. Uygun bulma kanununun şekil bakımından denetimi, kanunun son oylamasında öngörülen çoğunlukla kabul edilip edilmediği ile sınırlıdır. Şekil denetimi kapsamında Anayasa’nın 90. maddesiyle getirilen yasağı bertaraf edici nitelikte denetim yapılması da söz konusu olamaz. Uygun buldukları andlaşmayı tekrar etmeyen ve ilke olarak üç maddeden oluşan uygun bulma kanunlarının esas yönünden denetimini yapmayı kabul etmek, andlaşmanın içeriğine ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunmayı gerektirir. Uygun bulma kanununun andlaşma kuralları gözetilerek yapılacak bir incelemesi, andlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelir. Oysa Anayasa’nın 90. maddesi böyle bir incelemeye engeldir. Bununla beraber, uygun bulma kanununun bazı hükümleri, onaylanmasını uygun bulduğu andlaşmadan ayrılabilir, bağımsız olarak kendi başına hüküm ifade edebiliyor ve ondan ayrı olarak hukuk düzeninde etki yapabiliyorsa, anılan hükümlerin Anayasa’ya aykırılığı iddiasının esas bakımından incelenmesi mümkündür. Buna karşılık uygun bulma kanununun ancak andlaşma ile birlikte anlam ve etki taşıyan nitelikteki hükümlerinin esas bakımından denetlenebilmesi söz konusu değildir.”

¹⁸² 07.05.2004 Tarih ve 5170 Sayılı Kanunun (RG. 22.05.2004, 25469) 7. maddesinin gerekçesinde “Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.” denmiştir. (5170 Sayılı Kanunun 430 S. Sayılı Genel Gerekçesi ve Anayasa Komisyonu Raporu) <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (Çevrimiçi), (erişim tarihi: 16.02.2019)

rağmen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin normlar hiyerarşisindeki yeri daha da tartışılır hale gelmiştir.

Bir görüş, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerinin ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yasalar karşısında üstün bir nitelikte olduğunu ve bu durumun onun "özelliği olan" bir sözleşme olmasından kaynaklandığı kabul etmektedir¹⁸³. Bu görüşü destekleyen yazarlar, üstünlüğün sözleşmenin konusundan doğduğunu savunmaktadırlar. Zira sözleşmenin konusu, insan haklarına ilişkin olup anayasaların temelini oluşturmaktadır. Dolayısıyla hukuk devletleri açısından vazgeçilmez olan bu temel norm anayasa ile eşit değere sahiptir¹⁸⁴.

Fakat bu görüşe katılmak mümkün değildir. Türk hukuku açısından, Anayasa ile milletlerarası sözleşmelerin yeri açıkça belirlenmiş olup bu sözleşmeler kanun hükmündedir. Zaten kanun koyucu, milletlerarası sözleşmelerin iç hukukumuzda kanun üstü bir statüye sahip olmasını istemiş olsaydı düzenlemeyi bu şekilde yapabilecekken milletlerarası sözleşmeleri kanunlar ile eş değer tutmayı seçmiştir¹⁸⁵. Nitekim diğer ülkelerde, sözleşmelerin devletlerin iç hukukundaki yeri konusunda farklı uygulamalar mevcuttur. Örneğin Avusturya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine anayasal statü tanımış ve kendi iç hukukunda Anayasası ile sözleşmeyi aynı düzeye getirmiştir. Norveç ise, sözleşmede mevcut düzenlemeler uyarınca Anayasasında kendiliğinden değişiklikler yapmıştır¹⁸⁶.

Dolayısıyla, her ne kadar yapılan bu ekleme ile bir kısım yazar tarafından söz konusu sözleşmelere kanun üstü bir statü kazandırıldığı savunulsa da, bizim de katıldığımız görüşe göre, son fıkra ile söz konusu sözleşmelere bir üstünlük sağlanmaktan ziyade normlar hiyerarşisinde eşit basamakta bulunan iki hukuk normu arasında yaşanan uyumsuzluğun çözümü için temel bir yol sunulması

¹⁸³Tekin Akıllıoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 44, Y. 1989, S. 3–4, s. 158; Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993, s. 32–33; Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993, s. 58; Bu görüşlerin eleştirisi için bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa, Ekin Basım Yayınları, 2016, s. 200–213.

¹⁸⁴Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, 11. Basım, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s.394-395.

¹⁸⁵Dönmez/ Barın, **a.g.e.**, s.196.

¹⁸⁶Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993, s.73.

amaçlanmıştır¹⁸⁷. Örnelemek gerekirse, Türk hukuk düzeni içerisinde iki kanun hükmünün çatışması durumunda, *lex posterior* uyarınca önceki kanun ihmal edilerek sonraki kanun veya *lex specialis* uyarınca genel kanun ihmal edilerek özel kanun uygulanıyorsa, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası ile de temel hak özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası sözleşme hükmü ile Türk hukukunda mevcut bir kanunun hükmünün çatışması durumunda da kanun hükmünün ihmal edilerek milletlerarası sözleşmenin esas alınması ve uygulanması amaçlanmıştır. Dolayısıyla Anayasa 90. maddesinin son hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelere kanunlar yanında bir üstünlük tanınmamakta ve normlar hiyerarşisinde yeri değiştirilmemektedir. Söz konusu hüküm ile yalnızca, çatışma durumunda “özel bir çözüm kuralı” getirilmiştir¹⁸⁸.

Aksi görüşün kabulü, normlar hiyerarşisi fikri ile de çelişecektir. Zira bir hukuk düzeninde normların rastgele bir halde bulunmadığı, aralarında hiyerarşik bir düzenin bulunduğu ve her normun kendi geçerliliğini üstünde bulunan bir diğer normdan aldığı¹⁸⁹ kabul ettiğimiz durumda, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir sözleşmenin iç hukuktaki normun geçerliliğine etki eden bir yönünün bulunmadığı görülecektir. Öyle ki, iç hukukumuz açısından temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelere aykırı düzenleme yapılmasını engelleyen bir husus veya bunu denetleyecek bir merci de bulunmamaktadır. Milletlerarası hukuk tarafından belirlenen yükümlülükler uyulmamasının sonucu uluslararası sorumluluk olup uluslararası organların bir iç hukuk kuralını değiştirme veya iptal etme yetkisi yoktur¹⁹⁰.

Nitekim kanunlar ve milletlerarası sözleşmeler arasındaki uyumsuzlukların giderilmesindeki yöntemin tespit edilebilmesi için öncelikle hangi milletlerarası sözleşmelerin Anayasanın m. 90/5. fıkrasında ifade edilen temel hak ve hürriyetlere ilişkin sözleşmeler sınıfında değerlendirildiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bunun tespiti için ise milletlerarası sözleşmelerdeki düzenlemelerin Anayasanın

¹⁸⁷ Atar, **a.g.e.**, s.390.

¹⁸⁸ Atar, **a.g.e.**, s.391.

¹⁸⁹ Gözler, **(Hukuka Giriş)**, s.193–194.

¹⁹⁰ Hüseyin Pazarcı, **Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, C. 24, Y.2004, S. 12, s. 655 (Türk Hukukunda).

ikinci kısmını içerisinde yer alıp almadığına bakılması gerektiği ifade edilmektedir. Fakat bu tespiti yapmak ve kesin bir kanıya varmak oldukça zordur. Zira Anayasanın temel haklar ve ödevlere ilişkin olan ikinci kısmı 63 maddeden oluşmakta olup buradaki düzenlemelere temas etmeyen milletlerarası bir sözleşme yok denilecek kadar az sayıdadır. Bir milletlerarası sözleşmenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması için “doğrudan” temel hak ve özgürlükleri düzenlemesi şart değildir.¹⁹¹ Dolayısıyla bu hususun tespiti sırasında milletlerarası sözleşmelerin başlığı ve içeriğinin yanı sıra düzenlemeyi amaçladığı konuların esas alınması gerekmektedir¹⁹².

2. Milletlerarası Sözleşmelerin Aile Hukukuna Etkisi

Milletlerarası sözleşmelerin aile hukukuna etkisinin özellikle incelenmesi gerekmektedir. Zira aile hukukuna ilişkin düzenlemeler; sosyal, siyasi ve ahlaki etkenlere açık olduğundan daha yerel ve milli yapıda bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile aile hukuku; toplumsal yapı, örf-adetler, dini değerler ile doğrudan ilintili olup bulunduğu topluluğun kültürel tezahürünü oluşturmaktadır. Bu sebeple, aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin yeknesaklaştırılması çok zordur. Dolayısıyla, aile hukukuna ilişkin yapılan milletlerarası sözleşmeler, kendilerine milli hukuk içerisinde yer bulabilmek ve pratik anlamda milli hukuka fayda sağlamak için eşitlik ve insan hakları temelinden hareket etmek durumundadırlar¹⁹³. Aksi halde, bu sözleşmeler kendilerine iç hukukta bir karşılık bulamayacak ve beraberinde birçok sorunu da getirecektir.

11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesi ile getirilen düzenlemeyi de temel haklar bağlamında değerlendirmek gerekir. Madde “Eşler Arasında Eşitlik” başlığını taşımakta olup maddenin ilk cümlesinde ana kural, ikinci cümlesinde ise istisna düzenlenmiştir. Buna göre, maddenin ilk cümlesinde “*Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve*

¹⁹¹ Atar, **a.g.e.**, s.390.

¹⁹² Dönmez/ Barın, **a.g.e.**, s.197; Aybay, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan andlaşmaların Anayasa 90/son hükmü kapsamı dışında bırakılmak sureti ile bir sınırlama yapılabileceği görüşündedir. Bkz. Aybay, **a.g.e.**, s.202-203.

¹⁹³ Dönmez/ Barın, **a.g.e.**, s.198.

çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir.” demek suretiyle evlilik sürecinde eşler arasındaki eşitlik ilkesi vurgulanmıştır. Sözleşmeye göre evliliğin bitmesi durumunda da eşlerin gerek kendi aralarındaki ilişkilerinde gerekse çocukları ile olan ilişkilerinde eşit hak ve sorumluluklarının olduğu açıkça ifade edilmiştir. Madde metninde belirtilen “eşlerin çocukları ile aralarında var olan hak ve yükümlülükler” ise velayet kavramının tanımlanmasından başkası değildir. Dolayısıyla bu sözleşme ile eşlerin velayet hakkının kullanımı bakımından eşit oldukları ve her iki eşin de çocuklarına karşı aynı derecede sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Sözleşmenin en önemli özelliği ise, eşlerin çocuklar üzerinde sahip oldukları eşit hak ve yükümlülüklerin sadece evlilik birliği ile sınırlı tutmamış olmasıdır. Evliliğin bitmesi durumunda eşitlik ilkesinin geçerliğini koruyacağı düşünüldüğünde, sözleşmeye taraf olan devletler açısından ortak velayetin mümkün olması gerektiği sonucuna varılabilecektir.

Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesinin ikinci cümlesinde ise “*Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir.*” denilerek çocuğun üstün menfaati gereği, konuya ilişkin devletlerin gerekli gördüğü durumlarda iç hukuk kuralları ile önemler alınabileceği ifade edilmiştir.

a. AİHS Ek 7 No’lu Protokolünün 5. Maddesinin Türk Hukukuna Etkisi ve AİHM Yargısında Müşterek Velayet

11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanarak yürürlüğe girmesi ile bu protokolün içerdiği hak ve güvenceler de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek hak ve güvenceler olarak işlem görme kabiliyeti kazanmıştır. Buna göre, protokolde düzenlenen hak ve güvenceler AİHS’in milletlerarası düzeyde güvencesi altına girmiş olup bu hakların ihlal edilmesi durumunda AİHS’in koruma sistemi devreye girecektir. Koruma alanı kapsamında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı Protokolde düzenlenen güvenceler ölçüsünde genişlemiş olacak ve iç hukuk yollarının tüketilmesinin akabinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilecektir.

Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesinde “..evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir.” denilerek özel hukuk alanında eşler arasındaki hak ve sorumlulukların eşitliği düzenlenmiştir. Söz konusu eşitlik prensibinin kendisine özellikle özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulacağı maddenin lafzından da anlaşılmaktadır. Dolayısıyla özel hukuk ilişkilerinin en önemlilerinden olan velayet ilişkisinde de bu ilkenin kendisine uygulama alanı bulacağı konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat ilgili hükmün son fıkrasında düzenlemenin istisnası belirtilerek çocukların üstün menfaatinin gerektirdiği ölçüde devlet tarafından tedbirler alınabileceği ifade edilmiş ve devlete sınırlı bir takdir hakkı tanınmıştır.

Ek 7 No’lu Protokolün yürürlüğe girmesi ile Türk Hukuku açısından müşterek velayete ilişkin karar verilmesinin mümkün hale gelip gelmediğine ilişkin görüş belirtmeden önce söz konusu protokolün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından nasıl yorumlanıp değerlendirildiğinin tespiti önem taşımaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, velayet hakkına ilişkin müdahaleleri “özel ve aile hayatına saygı hakkı” ile “eşler arasında eşitlik” ilkesi içerisinde görerek velayete ilişkin uyuşmazlıkları sözleşmenin 8. maddesi ve Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesi kapsamında incelemektedir.

Mahkeme, *Purtonen v. Finlandiya*¹⁹⁴ kararında; devletin 5. madde uyarınca asıl yükümlülüğünün, eşlerin çocuklarıyla ilişkileri gibi konularda eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmaları konusunda onlara tatmin edici yasal çerçeveyi sağlamak olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesinin son cümlesi kapsamında, devletlerin, çocukların çıkarları için gereken önlemleri almasını engellenmediğini ifade etmiştir. Karara konu olayda, Komisyon tarafından çocuğun yararının neyi gerektirdiğine ilişkin tekrardan bir değerlendirme yapılmasının söz konusu olmadığı, çocuğun menfaatine ilişkin değerlendirmenin yerel otoritenin takdirinde olduğu belirtilmiştir.

¹⁹⁴Purtonen v. Finlandiya, B. No: 32700/96, 09.09.1998.

*Cerneckı v. Avusturya*¹⁹⁵ kararında, Mahkeme, Avusturya Medeni Kanunu'nun belirli koşullar dışında müşterek velayete izin vermemesinin çocuğun menfaatini saptamak amacıyla taraf devletlere tanınan takdir yetkisi kapsamında kaldığını belirtmiştir. Devamında ise, velayet sahibi olmayan ebeveynin, çocuğa erişim hakkı veya çocukla ilgili önemli kararlar hususunda bilgilendirilme ve danışma hakkı gibi belirli haklara sahip olduğundan bahisle çocuğun velayet hakkının menfaati gereği tek bir eşe tevdi edilmesinin, eşlerin eşitlik ilkesine orantısız bir müdahale oluşturmadığını ifade etmiştir.

Yukarıda yer verilen kararlardan da anlaşılacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesine ilişkin görüşü, temel olarak, eşlerin çocuklar ile olan ilişkileri hakkında eşitliğin sağlanması amacıyla gerekli yasal düzenlemeleri yapma konusunda taraf devletlere bir takım pozitif yükümlülükler yüklemek şeklindedir¹⁹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeye taraf devletlerin takdir hakkını çok geniş tutmakta olup Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin yorumu ve değerlendirmesinde taraf devletler açısından müşterek velayeti zorunlu görmemektedir. Mahkemenin madde kapsamında ölçüt aldığı husus ise velayet kendisinde olmayan ebeveynin müşterek çocuk ile sağlıklı ilişki tesis edebilmesinden ibarettir.

Bu kapsamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşmiş içtihatlarına göre sözleşmeye taraf devlete yüklenen pozitif yükümlülüğün, velayete sahip olmayan taraf ile çocuk arasında sağlıklı ilişki kurulmasını veya bunu etkili bir şekilde isteyebilmesini sağlama hakkından ibaret olduğu, müşterek velayetin ise doğrudan bir zorunluluk olarak öngörülmediği söylenebilir¹⁹⁷.

Müşterek velayetin gerekliliği her durum için çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Fakat daha önce de belirttiğimiz gibi, Avrupa

¹⁹⁵Cerneckı v. Avusturya, B. No: 31061/96, 11.07.2000.

¹⁹⁶Purtonen v. Finlandiya B. No:32700/96, 09.09.1998; Cerneckı v. Avusturya, B. No: 31061/96, 11.07.2000; IosubCaras v. Romanya, B. No: 7198/04, 27.07.2006, § 56.

¹⁹⁷ Dönmez/ Barın, **a.g.e.**, s.203.

İnsan Hakları Mahkemesi çocuğun üstün menfaatinin saptamasını taraf devletlerin takdirine bırakarak kendisi bu konuda bir değerlendirme yapmadığını açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla, çocuğun üstün yararının neyi gerektirdiği ilgili taraflar ile doğrudan temas halinde olan organlarca tespit edilecektir¹⁹⁸.

IV. Türk Hukukunda Mevcut Düzenlemeler Kapsamında Müşterek Velayete İlişkin Karar Verilip Verilemeyeceği Değerlendirmesi

Yukarıdaki da belirttiğimiz üzere¹⁹⁹, kanaatimize göre, boşanma durumunda velayet hakkının eşlerin müşterek kullanımına bırakılmasına ilişkin Türk Medeni Kanununda açık bir yasa hükmü bulunmamakla beraber *conrta legem* yorum yöntemiyle veya menfi bir boşluk bulunduğu kabulü ile hareket edilerek müşterek velayete hükmedilebileceği sonucuna ulaşılması yasanın aşılmasına sebebiyet verecektir. Bu ise hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir yöntem olup hukuk güvenliğini önemli derece zedeleyecektir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu sorunun çözümü ancak normlar hiyerarşisi ekseninde sağlanabilecektir²⁰⁰. Diğer bir ifade ile iç hukukumuzda müşterek velayete imkân sağlamayan düzenlemeler, çocuğun üstün menfaati çerçevesinde hazırlanmış olan milletlerarası düzenlemelerin esas alınması ile bertaraf edilmelidir.

Boşanma durumunda müşterek velayete imkân vermeyen TMK. m. 336 hükmü ile Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ve üyesi bulunduğu

¹⁹⁸ “Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsur olup bu bağlamda ilgili taraflarla direkt temas hâlinde olan yargısal organların, belirtilen hususun tespiti noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerinin yerine geçerek koruma ve kişisel ilişki tesisine ilişkin davalarda belirtilen hususun bizzat tanzim ve tespiti olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesidir.” Anayasa Mahkemesi N. Ö. Başvurusu, B. No: 2014/19725, T. 19.11.2015, § 54.

¹⁹⁹ Yukarı bkz. “Velayete İlişkin Yasa Hükmünün Değerlendirilmesi”

²⁰⁰ Kurt, **a.g.e.**, s.174; Dönmez/ Barın, **a.g.e.**, s.205.

kuruluşlar tarafından yayınlanan metinler çelişmektedir²⁰¹. Zira söz konusu sözleşmelerin büyük çoğunluğu, çocuğun üstün menfaati ve eşler arasında eşitlik prensibi gibi ilkeler ekseninde hazırlanmıştır. Dolayısıyla, uygulamada mevcut olan bu çelişkinin Anayasanın 90. maddesi uyarınca, kanun hükmünde kabul edilen sözleşmelerdeki düzenlemelerin esas alınması suretiyle giderilmesi gerekecektir.

Buna göre, usulüne uygun yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuzun parçası haline gelmiş Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3., 9. ve 18. maddeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddeleri temel alınarak çocuğun yüksek menfaatinin gerektirdiği durumlarda müşterek velayete ilişkin karar verilebilecektir²⁰².

Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları, Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi kapsamında, eşlerin çocukları ile olan ilişkilerinde eşitliği sağlayan yasal düzenlemelerin varlığını yeterli görmüş olsa da Çocuk Hakları Sözleşmesinde vurgulanan “çocuğun yüksek menfaati” ilkesi Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin de istisnası olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla müşterek velayetin gerekliliği her durum için çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Henüz gelişimini tamamlamış büyüme çağındaki çocukların hem annelerine hem de babalarına ihtiyaçları vardır. Boşanma durumunda eşler arasındaki hukuki statüde değişiklik meydana gelse de, çocukları ile olan ilişkilerinde ve ebeveyn olma haklarında azaltıcı bir etki olmamaktadır²⁰³.

Nitekim Türkiye’de müşterek velayet kurumunun uygulama alanı bulması gerektiği konusunda ilk görüş bildiren yazarlardan olan *Çelikel/Erdem*, boşanma neticesinde tarafların eş sıfatlarını kaybetmeler dahi çocuklarına karşı olan sevgi ve yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik olmayacağından bahisle velayet hakkının

²⁰¹Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.733.

²⁰²Süheyla Kahraman, “**Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet**”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018, s. 63; Kurt, **a.g.e.**, s.174.

²⁰³Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.733; Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2010, s. 293.

müşterek kullanılması isabetli bir düzenleme olacağı görüşündedirler. Yazarlara göre, özellikle Türkiye'nin tarafı bulunduğu tüm milletlerarası sözleşmelerde ortak olarak koruma altına alınan "çocuğun üstün menfaati" prensibi çerçevesinde en doğru yöntem boşanma neticesinde velayetin anne ve babaya birlikte verilmesi olacaktır. Özellikle de somut durum itibarıyla çocuğun menfaatinin müşterek velayeti gerektirmesi ve tarafların buna uygun kişilik ve istekte bulunmaları durumunda velayetin birlikte kullanılmasına izin verilmelidir²⁰⁴.

Kanun koyucu, boşanma durumunda velayet hakkının kullanımının eşlerden birine bırakılmasının çocuğun yararına olacağı ön kabulü ile hareket etmektedir. Dolayısıyla mevzuattaki düzenlemeyi de bu doğrultuda yapmıştır. Müşterek velayet sistemine gelen eleştirilerin de kanun koyucunun ön kabulü ile paralel olarak, genel anlamında, boşanmış eşlerin aralarındaki çekişmeyi ve anlaşmazlığı çocukları üzerinden devam ettireceğine ilişkindir.

Ancak günümüzdeki aile kavramı ve ebeveynler arasındaki ilişkiler dikkate alındığında çok geniş ve soyut nitelikte olan bu ön kabulün geçerliliğini yitirdiği söylenebilir. Olayların kendine münhasır koşulları değerlendirilmeksizin böyle bir varsayım ile hareket edilmesi, gerek çocuğa gerekse ebeveynlere ilişkin ciddi mağduriyetlere sebebiyet vermektedir. Nitekim uygulamada karşılaşılan problemlere bakıldığında bu husus açık bir şekilde görülmektedir. Boşanma neticesinde çocuklar adeta ebeveynlerin çekişmesi arasında sıkışmış bir obje olarak muamele görmektedir. Çocuğun velayet hakkına sahip olmayan diğer ebeveynlerden kaçırılması, çocukla kişisel ilişki kurulmasına izin verilmemesi veya çocuk ile yalnızca icra kanalı vasıtasıyla ilişki kurulması bu problemlerden yalnızca birkaçı olarak gösterilebilir²⁰⁵. Görüldüğü gibi velayetin ebeveynlerden yalnızca birine tevdi durumunda karşılaşılan sorunlar da oldukça fazladır.

Ayrıca boşanma sonrasında aralarındaki çekişmeyi çocukları üzerinden sürdürmeyi devam ettiren eşlerin varlığı, medeni olarak boşanmayı başarmış ve sağlıklı iletişim kurabilen ebeveynleri, velayet hakkını birlikte kullanma imkânından

²⁰⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.733; Kahraman, **a.g.e.**, s. 39.

²⁰⁵ Kahraman, **a.g.e.**, s. 59-60.

yoksun bırakmamalıdır. Nitekim Türk toplumunun müşterek velayete olan bakışının olumsuz olmadığı yapılan araştırmalar neticesinde saptanmıştır²⁰⁶.

Türk Hukukunda boşanma neticesinde müşterek velayeti dışlayan yasal düzenlemelerin normlar hiyerarşisi çerçevesinde kabul ettiğimiz milletlerarası sözleşmeler ile bertaraf edilebileceğini tespit etmiş olsak da Türk Medeni Kanununun 336/3 hükmünün mevcut hali çevresinde çıkan sorunlara ilişkin en kalıcı ve etkili çözüm, şüphesiz, söz konusu maddede değişiklik yapmak olacaktır²⁰⁷. Yapılacak yasal değişiklik neticesinde müşterek velayet hakkının kural- istisna ayrımı yapılmaksızın düzenlenmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız²⁰⁸. Zira somut durum incelenmeksizin ne müşterek velayetin ne de tek başına velayetin çocuğun üstün menfaatine daha uygun olduğuna ilişkin bir kanıya varılması mümkün değildir. Dolayısıyla hâkim, önüne gelen her olayın koşullarını titizlikle inceleyerek çocuğun menfaatinin neyi gerektirdiğini tespit edecektir. Hâkim, bu tespiti yaparken boşanmış ebeveynler arasında velayet hakkını beraberce yürütebilecek iletişimin bulunup bulunmadığı, aile içerisinde şiddet unsurlarının olup olmadığı, çocuk ile ebeveynler arasındaki ilişkileri değerlendirerek çocuğun ruhsal, zihinsel, bedensel ve psikolojik gelişimi için en uygun velayet modelini belirlemelidir. Hâkimlerin bu tespiti yaparken pedagog, psikolog ve sosyal hizmet uzmanlarından yardım alarak en doğru karara ulaşmaları gerekecektir²⁰⁹.

²⁰⁶ Müge Kiremitçi Öztürk, “Boşanma Sürecinde Ortak (Müşterek) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı”, Çocuk Hakları Çalışmaları-I (Ed: Evgen Gülçin Elçin/Arzu Genç Arıdemir), İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017, s.72 vd.

²⁰⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.735.

²⁰⁸ Kurt, **a.g.e.**, s.174-175.

²⁰⁹ İnce, **a.g.e.**, s.222; Serdar, **a.g.e.**, s.182.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI MAHKELER TARAFINDAN MÜŞTEREL VELAYETE İLİŞKİN VERİLEN KARARLARIN TENFİZİ

Globalleşen dünya düzeninde, ülkelerarası etkileşimin artması sosyal yaşantıyı da doğrudan etkilemiş ve farklı uyruktaki kişilerin bir araya gelmesini ve birlikte bir hayat kurmalarını sağlamıştır. Buna bağlı olarak yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıkların da ortaya çıkması kaçınılmaz hale gelmiştir. Özellikle evlenme, boşanma, velayet, nafaka gibi aile hukukuna ilişkin meselelerin Türkiye’de de geçerlilik kazanabilmesi açısından tanıma ve tenfiz talepleri söz konusu olmuştur.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere ülkemizde müşterek velayete ilişkin verilen ilk karar 2009 yılında İzmir 4. Aile Mahkemesi tarafından verilmiş olup²¹⁰ müşterek velayet kararların büyük kısmı yabancı mahkemeler tarafından verilmektedir. Dolayısıyla velayete ilişkin kararların Türkiye’de geçerli hale gelebilmeleri için tenfiz edilmeleri gerekmektedir. Zira her ülkenin kendi egemenlik hakkı kapsamında yaptığı yargılama sonucu verilen kararların Türk Hukuku açısından geçerli olabilmesi ve Türkiye’de icra edilebilmesi için tanınması ve tenfiz edilmesi gerekmektedir²¹¹. Yabancı bir mahkeme tarafından verilen ve icra kabiliyeti bulunmayan kararların tanınması yeterli olurken bir edimin yerine getirilmesine ilişkin olan kararların tenfiz edilmesi gerekmektedir. Çünkü tenfiz ile icra kabiliyeti bulunan yabancı bir kararının, Türk kamu gücü vasıtasıyla yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır²¹². Tenfize ilişkin verilen bir karar tanımayı da bünyesinde barındırdığından, tenfize konu olan kararın tekrardan tanınması gerekmemektedir²¹³.

²¹⁰ Bkz. “Yargı Uygulamasındaki Durum”

²¹¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.679; Günseli Gelgel, **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012, s. 55; Nuray Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013, s. 542; Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 503; Ziya Akıncı/ Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 160.

²¹² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.681; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 507; Ergin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku: Kanunlar İhtilâfî Hukuku-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s. 507 (Devletler Hususî Hukuku).

²¹³ Gelgel, **a.g.e.**, s. 55; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 510;Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 508.

Velayete ilişkin kararlar eda kararları niteliği taşıdıklarından Türk hukuku açısından hüküm ifade edebilmeleri için tenfiz edilmeleri gerekmektedir²¹⁴. Velayete ilişkin hususlar, münferiden verilmiş bir kararda düzenlenmiş olabileceği gibi boşanma kararı içerisinde de düzenlenmiş olabilir²¹⁵. Böyle bir durumda, kararda verilen her hükmün ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Yenilik doğurucu nitelikte olan ve icra kabiliyeti bulunmayan boşanma kararının tanınması yeterli olurken, aynı karar içerisinde yer alan velayete ilişkin hükümlerin geçerlilik kazanabilmesi için tenfize konu edilmeleri gerekmektedir.

Yabancı bir devletten alınan kararın tanınması ve tenfiz edilmesi konusunda hukuki menfaati bulunan herkes tanıma ve tenfiz talebinde bulunarak dava açabilir²¹⁶. Buna göre, velayete ilişkin verilmiş kararın tenfizini çocuğun ebeveynleri talep edebileceği gibi çocukla ilişkisi bulunan gerçek ve tüzel kişiler de talep edebilir²¹⁷. Yine aşağıda belirteceğimiz üzere devletler arasında bulunan sözleşmeler kapsamında kurulmuş olan yetkili merciler de velayete ilişkin kararların tenfizi talebinde bulunabilecektir²¹⁸. MÖHUK51. maddesinde tenfiz konusunda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Fakat tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının aile hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıktan kaynaklanması durumunda, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun²¹⁹ 4. maddesi uyarınca görevli mahkemeler aile mahkemeleri olacaktır. Buna göre, velayete ilişkin kararların tenfiz değerlendirmelerinde aile mahkemeleri görevlidir. Aile mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise asliye hukuk mahkemesi aile mahkemesi sıfatıyla velayete ilişkin tenfiz talebini değerlendirerek karar verecektir. Tenfiz davalarında yetkili mahkeme ise MÖHUK 51/2. maddesinde aşamalı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, tenfiz davası, HMK'da bulunan düzenlemelere paralel olarak, tenfiz talebinde bulunan kişinin

²¹⁴ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 160; Cemal Şanlı, “**Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 16, Y.1996, S. 1-2, s. 72 (Tenfiz).

²¹⁵ Huysal, **a.g.e.**, s. 186; Akıncı/ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 159; Ekşi, **a.g.e.**, s. 542.

²¹⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 697; Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 589; Nomer, (**Devletler Hukusu Hukuku**), s.536-537; Ekşi, **a.g.e.**, s. 61.

²¹⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 61.

²¹⁸ Gelgel, **a.g.e.**, s. 61.

²¹⁹ Kanun 09.01.2003 tarihinde kabul edilmiş olup 18.01.2003 tarihinde 24997 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

yerleşim yerinde açılacaktır. Tenfiz talebinde bulunan kişinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmuyorsa tenfiz davası kişinin sakın olduğu yer mahkemesinde, bu da mevcut değilse İstanbul, Ankara veya İzmir mahkemelerinden bir tanesinde açılacaktır. Kanunda aşamalı bir sistem benimsenerek tenfiz davaları için her zaman yetkili bir mahkemenin bulunması amaçlanmıştır²²⁰.

MÖHUK 56. maddesi uyarınca, yabancı devletten alınan kararın tamamının tenfiz edilmesi mümkün olduğu gibi kısmen tenfiz edilmesi söz konusu olabilir²²¹. Örneğin, boşanma kararı ile müşterek velayete ve nafakaya ilişkin hususları da barındıran bir ilamın, tamamı tenfiz edilebilirken, yalnızca velayete ilişkin veya nafakaya ilişkin kısımlarının da tenfiz edilmesi mümkün olacaktır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki boşanma hükmü tanınmadan velayet ilişkin hüküm tanıma ve tenfiz incelemesi tabi tutulamaz²²².

Yukarıda da belirttiğimiz üzere yabancı bir devlet tarafından verilen boşanma kararının Türkiye’de hüküm ifade edebilmesi için tanınması yeterli görülmüşken velayete ilişkin bir hükmün icra edilebilmesi için tenfiz edilmesi gerekecektir. Hâkim, önüne gelen olayda boşanmaya ilişkin hükümlerin tanınmasını kabul ettiği halde, velayete ilişkin kısmı çocuğun yüksek menfaatine uygun olmaması gibi bir gerekçeler ile reddedebilir. Nitekim velayete ilişkin kısmın reddedilmesi, boşanmanın tanınmasına engel bir durum oluşturmayacaktır²²³. Fakat böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde çocuğun velayetine ilişkin meselede bir boşluk oluşacak ve velayet hususu askıda kalacaktır²²⁴. Doktrinde askıda kalan velayetin sebebiyet verebileceği sorunların önlenmesine ilişkin, tenfiz hâkimi tarafından

²²⁰ Şanlı/ Esen/ Ataman- Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 595-596; Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 694.

²²¹ Yargıtay 2. HD. E. 2003/3784, K. 2003/4670, T. 02.04.2003

“...Ancak yabancı ilamın kısmen tenfizine karar verilmesi de imkân dahilindedir.” Bkz. Ahmet Cemal Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 888-889 (Boşanmanın Sonuçları); Bilgin Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 94-95 (Yabancı Boşanma Kararları).

²²² Ebru Şensöz Malkoç, **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 424.

²²³ Huysal, **a.g.e.**, s. 181; Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 161.

²²⁴ Gelgel, **a.g.e.**, s. 63; Şanlı, **(Tenfiz)**, s. 79; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006, s. 156; Giray, **a.g.e.**, s. 285.

yeniden bir düzenleme yapılması önerisi sunulmuştur²²⁵. Her ne MÖHUK uyarınca tenfiz hâkiminin yetkileri sınırlı olarak belirlenmiş olup *revision au fond*²²⁶ yasağı kapsamında uyuşmazlığın esasına girilmesi mümkün görülmemiş olsa da doktrinde çocuğun menfaatinin korunması amacıyla hâkimin velayete ilişkin bir düzenleme yapması kabul edilmiştir. Zira aksi durumda çocuğun kaçırılması veya alıkonulması söz konusu olabileceği gibi kişisel ilişki tesisi gibi konularda da sorunlar çıkabilecek ve çocuğun menfaati önemli şekilde zedelenebilecektir²²⁷. Dolayısıyla çocuğun üstün menfaati ilkesi kapsamında, tenfiz hâkiminin, velayete ilişkin konularda istisnai olarak düzenleme yapması ve mevcut boşluğu gidermesi çözüm olarak kabul edilmiştir.

I. Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Uyarınca Yabancı Velayet Kararlarının Tenfizi

A. Tenfiz İçin Aranılan Ön Koşullar

Yabancı mahkemelerce verilen kararların tenfiz edilmesine ilişkin ön şartlar MÖHUK 50/1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır*”. Madde metninden tenfiz davası için aranan üç ön şartın bulunduğu görülmektedir. Bunlar; “kararın yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olması”, “mahkeme kararının özel hukuk davalarına ilişkin olması” ve “verilen kararın kesinleşmiş olması”dır²²⁸.

Tenfizi talep edilen kararın “yabancı bir mahkeme” tarafından verilmiş olması kavramı ile kararın mahkeme sıfatına sahip bağımsız bir yargı organı tarafından verilmesi gerektiği ifade edilmiştir²²⁹. Doktrindeki kabule göre, kararı

²²⁵ Gelgel, **a.g.e.**, s. 76- 77; Şanlı, (**Tenfiz**), s. 80;Huysal, **a.g.e.**, s. 181, 186-187; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 156; Giray, **a.g.e.**, s. 286-287.

²²⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 690; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 511-512; Günseli Öztekin, “**Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.06.2000 Tarihli Kararı**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, Y.1999, S. 1-2, s. 780.

²²⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 63.

²²⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 523; Tiryakioğlu, (**Yabancı Boşanma Kararları**), s. 20; Giray, **a.g.e.**, s. 280.

²²⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 685.

veren merciin yargı organı sıfatına haiz olup olmadığı yalnızca kararın verildiği ülke hukukuna göre değil, aynı zamanda Türk hukukuna göre de değerlendirmelidir. Bu şekilde çifte vasıflandırmanın bulunması gerektiği kabul edilmiştir²³⁰. Bu kapsamda MÖHUK'daki düzenlemeler uyarınca, kural olarak yabancı devlet tarafından verilmiş idari bir kararın tenfizi mümkün olmayacaktır. Fakat bazı milletlerarası sözleşmeler ve özel kanunlar²³¹ ile söz konusu kural esnetilerek istisnai düzenlemeler getirilmiş ve idari kararların da tenfizi mümkün görülmüştür²³². Bizim konumuz açısından önem arz eden ve aşağıda incelenecek olan Lüksemburg Sözleşmesinde de velayete ilişkin idari makamlarca verilen kararların tenfizi mümkün görülmüştür.

Bir diğer ön şart ise, yabancı devletten alınan kararın özel hukuk davasına ilişkin olmasıdır²³³. Söz konusu karar ceza veya idare mahkemesi tarafından verilmiş olsa dahi uyuşmazlığın özel hukuk ilişkisinden doğması gerekmektedir. Nitekim MÖHUK 50/2. maddesinde, yabancı mahkemeler tarafından verilen ceza ilamlarında yer alan kişisel haklara ilişkin hükümlerin de tenfiz edilebileceği açıkça belirtilmiştir. Söz konusu maddeden de anlaşılabileceği üzere, tenfizi talep edilen kararın hukuk mahkemesi tarafından verilmesi değil, özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan bir uyuşmazlığa ilişkin olması aranmıştır²³⁴.

Bu durumda verilen kararın özel hukuk ilişkisinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının hangi hukuka göre vasıflandırılacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Usuli konular *lex fori*'ye tabi olduğundan, tenfizi talep edilen kararın özel hukuk ilişkisine ait olup olmadığının vasıflandırması da Türk hukukuna göre yapılacaktır²³⁵. Velayete ilişkin hükümler ise Türk Medeni Kanununda düzenlenmiş olup hukuk

²³⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.514-515.

²³¹ Bu hususa örnek olarak 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu gösterilebilir. Kanunun 30/2. maddesi uyarınca, yabancı adli veya idari makamlarca verilen kesinleşmiş veya kesin hüküm doğuran evlat edinme kararlarının da Türk mahkemelerince tanınması ve tenfizi mümkün görülmüştür. Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 685.

²³² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 515.

²³³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 685; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 517; Nomer, (**Devletler Hukusu**), s. 509.

²³⁴ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 685; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 517; Nomer, (**Devletler Hukusu**), s. 509.

²³⁵ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 481; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 517.

sistemimiz içerisinde özel hukuka ilişkin bir kavramdır. Dolayısıyla velayete ilişkin kararların Türkiye’de tenfizi mümkündür²³⁶.

MÖHUK 50. maddesinde öngörülen son şart ise, tenfizi talep edilen kararın verildiği ülke açısından kesinleşmiş olmasıdır. Kesin hüküm teşkil etmeyen bir kararın tenfizi mümkün görülmemiştir²³⁷. Yabancı devlet tarafından verinle kararın, kararı veren ülkede kesinleşmeksizin icra edilebiliyor olması Türkiye’de tenfiz edilmesi için aranan kesinleşme ön koşulunu sağlamaz²³⁸. Usul hukukunda kesin hüküm, maddi anlamda ve şekli anlamda olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Şekli anlamda kesin hüküm ile söz konusu karara ilişkin başvurulabilecek tüm itiraz ve kanun yollar sona ermiş olur²³⁹. Bir kararın şekli anlamda kesinleşmiş olması, taraflar arasındaki mevcut ihtilafın tamamen sona erdiği anlamına gelmemekle birlikte, yalnızca taraflar arasında görülen davanın şekli olarak sona erdiğinin gösterir. Diğer bir ifade ile karara karşı itiraz yolları kapanmış olur. Maddi anlamda kesin hükümde ise, kararın içeriğini oluşturan uyuşmazlık nihai olarak sona erdirilerek aynı konuya ilişkin aynı taraflar arasında tekrardan mahkemeye başvurulması mümkün olmamaktadır²⁴⁰. Bu kapsamda, uyuşmazlığın yeni bir davaya konu yapılması durumunda dahi ilk hüküm dikkate alınarak farklı bir sonuca varılmaması gerekmektedir.

Usul hukukumuzda göre, kararlar her zaman hem maddi hem de şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmek durumunda değildir. Fakat bir kararın maddi anlamda

²³⁶ Giray, **a.g.e.**, s. 281.

²³⁷ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 687; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 519; Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 509.

²³⁸ Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 509; Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 688.

²³⁹ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 687; Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 505; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 520; Baki Kuru/Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, **Medenî Usul Hukuku: Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 654; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 840; H. Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s.554; Ahmet Cemal Ruhi, **Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013, s. 63 (Yabancı Boşanma İlamları); Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 533; Timuçin Muşul, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 481.

²⁴⁰ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 687; Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 505; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 520; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 665; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 851; Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 556; Karslı, **a.g.e.**, s. 537; Muşul, **a.g.e.**, s. 482.

kesin hüküm teşkil edebilmesi için mutlaka şekli anlamda kesinleşmiş olması gerekecektir²⁴¹.

MÖHUK 50. maddesinde belirtilen kesinleşme şartının maddi anlamda kesinleşme mi yoksa şekli anlamda kesinleşme mi olduğu açıkça ifade edilmemiştir. Konuya ilişkin doktrinde kararın hem maddi hem de şekli anlamda kesinleşmesi gerektiğine ilişkin görüşler²⁴² mevcut olmakla birlikte, yalnızca şekli kesinleşmeyi yeterli gören görüşler²⁴³ de mevcuttur. Söz konusu kabul, velayet kararlarının tenfizi açısından özel bir önem taşımaktadır. Zira Yargıtay'ın²⁴⁴ ve bir takım yazarın²⁴⁵ kabul ettiği görüşe göre, değişen koşullar neticesinde velayete ilişkin kararların tekrardan gözden geçirilerek yeni durumlara uyarlanmaları mümkün olduğundan kesin hüküm teşkil etmezler.

Doktrinde bir kısım yazar²⁴⁶ ise, velayete ilişkin kararların kesin hüküm niteliği taşıdığını savunmaktadır. Buna göre, velayetin yeniden düzenlenmesi için açılan bir davada, her ne kadar taraflar ve talep aynı kalmaya devam etse de, velayet kararına dayanak oluşturan maddi olay değiştiği için, farklı bir olaya ve hukuki sebebe dayanan yeni bir davanın olduğu kabul edilmektedir²⁴⁷. Bu görüş temel alınarak velayete ilişkin verilen her kararın hem şekli hem de maddi anlamda kesin

²⁴¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 655; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 840; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 553; Ruhi, **(Yabancı Boşanma İlamları)**, s. 63, Karşlı, **a.g.e.**, s. 533.

²⁴² Erdoğan Göğçer, **Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 386; Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 504; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 521; Özbakan, **a.g.e.**, s. 150, 468; Giray, **a.g.e.**, s. 281.

²⁴³ Ata Sakmar, **Yabancı İlamların Türkite'deki Sonuçları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 58; Şeref Ertaş, **Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Kudret Ayiter'e Armağandan Ayrı Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1988, s. 391; Tiryakioğlu, **(Yabancı Boşanma Kararları)**, s. 38; Banu Şit, **"Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı"**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Y. 2011, S. 1, s. 62; Canan Ruhi/ Ahmet Cemal Ruhi, **Velayet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s.193.

²⁴⁴ Yargıtay 2. HD E. 2004/3313, K. 2004/4469, T. 07.04.2004 tarihli kararında "...Kişisel ilişki ile ilgili kararlar teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmez. İleride değişen şartlara göre her an yeniden düzenlenebilir. Somut olayda, velayet hakkı anneye verilen müşterek çocuk O.K. 24.2.2003 doğumlu olup anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Gerçekleşen bu durum karşısında küçüğün gece yatısına kalacak şekilde ve her yılın 1 Temmuz-20 Temmuz tarihleri arasında uzun süreli olarak babaya bırakılması küçüğün bedeni ve fikri gelişimi yönünden olumsuz sonuçlar doğuracağı gibi, anne bakım ve şefkatinden de yoksun bırakacaktır. Bu yön nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir." demiştir. Bkz. Ömer Uğur Gençcan, **Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 1279.

²⁴⁵ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 160.

²⁴⁶ Gelgel, **a.g.e.**, s. 65; Şanlı, **(Tenfiz)**, s. 72, Huysal, **a.g.e.**, s. 177.

²⁴⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 65; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 353-354.

hüküm taşıdığı ifade edilmiştir²⁴⁸. Dolayısıyla, tedbir niteliğinde geçici süreliğine verilen kararlar hariç olmak üzere, velayete ilişkin verilen kararların tenfizi mümkün görülmelidir²⁴⁹.

B. Tenfiz İçin Aranılan Asli Koşullar

Yabancı mahkeme tarafından verilen bir kararın Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için aranılan asıl koşullar MÖHUK 54. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir kararın tenfiz edilebilmesi için; “kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına dayanan bir ilişki olması”, “kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamında bulunmayan bir konuya ilişkin olması”, “kararın aşkın yetkili bir mahkeme tarafından verilmemiş olması” ve “kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunması” koşulları aranmaktadır. Görüldüğü üzere 54. maddede dört adet asli şart belirlenmiştir. Bu durumda yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için, yabancı mahkeme ilamının, ön şartlar ile birlikte toplam yedi adet şartı da sağlaması aranmaktadır.

1. Kararın Verildiği Ülke ile Türkiye Arasında Karşılıklılık Bulunması

MÖHUK 54/1. Maddesinde;

“a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.”

denmek suretiyle karşılıklılık şartı için üç farklı alternatif gösterilmiştir. Bu alternatiflerin birinin bulunması halinde söz konusu şartın sağlandığı kabul edilmektedir. Buna göre, karşılıklılık şartının sağlanabilmesi için ilk ihtimal ülkeler arasında akdedilmiş bir sözleşmenin bulunmasıdır. Böyle bir sözleşme bulunmaması halinde ise ülkeler arasında tenfiz şartlarına ilişkin yasal düzenlemeler ile veya fiili uygulama ile bir karşılıklılık sağlanması mümkün görülmüştür.

²⁴⁸ Gelgel, **a.g.e.**, s. 65; Şanlı, (**Tenfiz**), s. 72.

²⁴⁹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 54.

Kanunda öngörülen karşılıklılık şartı doktrinde bir takım eleştirilere sebebiyet vermiştir. Bir görüş, söz konusu şartın politik nitelik taşımakta olduğunu ve vatandaş ile kamunun menfaatini gözeten tenfiz kurumunun amacı ile çeliştiği ifade etmiştir²⁵⁰. Yine, karşılıklılık şartı, varlığının tespit edilmesi uzun sürdüğünden tenfiz kararlarını geciktirdiği ve mağduriyete sebebiyet verdiği yönüyle de eleştirilmiştir²⁵¹. Çalışmamızın konusu açısından özellikle önem taşıyan bir diğer eleştiri ise, en azından aile hukukuna ilişkin kararların tenfizi konusunda karşılıklılık şartı aranmayarak adaletin siyasi bir kararın neticesine bağlanmamasına ilişkindir²⁵². Diğer görüş ise, karşılıklılık şartının önem arz ettiğini belirterek Türkiye’deki yargı organları tarafından verilmiş bir kararı tenfiz etmeyen bir devlet tarafından verilen kararların Türkiye’de tenfiz edilmesi için haklı bir sebep oluşmadığını ifade etmiştir²⁵³.

Buna göre, öncelikle yabancı mahkeme kararını veren ülke ile Türkiye arasında bir sözleşmenin olup olmadığına bakılacaktır²⁵⁴. Zira böyle bir sözleşmenin varlığı halinde, tenfize ilişkin kurallar sözleşmeye göre belirlenecek²⁵⁵. Karşılıklılık şartının tenfiz talebinde bulunulduğu anda karşılanması yeterli görülmüştür. Kararın kesinleştiği anda karşılıklılığın bulunmaması önem taşımamaktadır²⁵⁶.

Sözleşmesel bir karşılıklılık ilişkisinin tespiti, kanuni ve fiili karşılılık ilişkisine göre daha kolaydır²⁵⁷. Bu şartın tespiti hâkim tarafından re’sen yapılmaktadır.

Karşılıklılık şartı için öngörülen diğer bir alternatif ise kanuni karşılıklılıktır. Kanuni karşılığın varlığı için kararın verildiği ülke ile Türkiye’deki tenfiz usul ve yöntemlerinin aynı olması koşulu aranmamıştır²⁵⁸. Önemli olan Türk yargı organları

²⁵⁰ Sakmar, **a.g.e.**, s. 88 vd.; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 519-520; Ruhi, (**Velâyet Konusundaki İlâmlar**), s. 742.

²⁵¹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 555-556.

²⁵² Ruhi/Ruhi, **a.g.e.**, s.196.

²⁵³ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 705.

²⁵⁴ Şanlı, (**Tenfiz**), s. 74.

²⁵⁵ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 158; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.524.

²⁵⁶ Aysel Çelikel, “**Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 2, Y. 1982, S. 2, s. 9 (Tenfiz Şartları); Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 711.

²⁵⁷ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 705.

²⁵⁸ Şanlı/ Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 531.

tarafından verilen kararların tenfizini zorlaştıracak özel ve ağır şartların olmamasıdır²⁵⁹. Eğer kararı veren ülke ile Türkiye’de tenfiz için öngörülen şartlarda denklik mevcutsa kanuni karşılıklılık şartının sağlanmış olduğu kabul edilmiştir. Buna göre, mesela *revision au fond* sisteminin benimsendiği ülkeler ile kanuni karşılıklılığın bulunmadığı söylenebilir²⁶⁰. Fakat *revision au fond* sistemini kabul eden bir ülkede, Türkiye tarafından verilen kararların tenfiz edilmesi haline, yani fiili karşılıklılığın sağlanması halinde, söz konusu ülkenin verdiği kararların Türkiye’de tenfizi engellenmemelidir²⁶¹.

Fiili karşılıklılık şartının tespiti zor olsa da tenfiz açısından önem taşımaktadır. Nitekim, kararı veren ülke ile Türkiye arasında bir sözleşme veya kanuni denklik bulunmasına rağmen Türkiye’de verilen kararlar yabancı ülkede fiilen tenfiz edilmiyorsa karşılıklılık şartının gerçekleşmediği kabul edilmektedir²⁶². Tenfiz istemi reddinin haklı bir sebebe dayanması bu kapsamda değildir²⁶³. Fiili karşılıklılık şartının sağlandığını göstermek için, söz konusu yabancı ülkede daha önceden Türk mahkemeleri tarafından verilmiş aynı tür ve nitelikteki bir kararın tenfiz edildiği ispat edilmelidir²⁶⁴. Fakat tek bir tenfiz isteminin reddi fiili karşılıklılık şartının sağlanmadığı anlamına gelmez. Böyle bir sonuca varabilmek için Türkiye tarafından verilen kararlara ilişkin tenfiz isteminin sistematik olarak reddedilmesi gerekmektedir.

Yabancı ülkelerde verilen velayet kararlarının tenfizi konusunda karşılıklılık şartı açısından ayrıca özellik gösteren bir husus bulunmamaktadır²⁶⁵. Yukarıda da

²⁵⁹ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 706; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 520-521; Şanlı/ Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 531.

²⁶⁰ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 706; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 521; B. Bahadır Erdem, “**Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü**”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı: Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, Haz. Şükran Şıpka, Ebru Şensöz, Ayşe Nilay Şenol, Arif Barış Özbilen, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 18, 2006, s. 136 (Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları); Giray, **a.g.e.**, s. 285; Şanlı/ Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 529.

²⁶¹ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 706; Giray, **a.g.e.**, s. 285.

²⁶² Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 710; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 523; Erdem, (**Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları**), s. 135; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s. 259-260 (Uluslararası Ticari Akitler); Şanlı/ Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 533.

²⁶³ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 710; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 519.

²⁶⁴ Çelikel, (Tenfiz Şartları), s. 8; Şanlı/ Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 526.

²⁶⁵ Huysal, **a.g.e.**, s. 179.

belirtildiği gibi velayet kararının tenfizinden önce, kararı veren ülke ile Türkiye arasında bir sözleşmenin olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu açıdan Lüksemburg Sözleşmesi önem taşımaktadır. Yabancı ülke ile Türkiye arasında velayet kararlarının tenfizine ilişkin bir sözleşme bulunmaması durumunda kanuni karşılığın bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Buna göre kararı veren yabancı ülkenin kanuna göre velayete ilişkin kararların tenfizinde MÖHUK'da öngörülerden daha ağır şartların bulunmaması gerekmektedir²⁶⁶. Diğer bir ifade ile velayete ilişkin kararların tenfizi konusunda denklik bulunmalıdır. Bunun dışında kararı veren ülke ile Türkiye arasında fiili karşılığın bulunup bulunmadığına da bakılabilir.

Tam karşılıklılık esasının sağlanabilmesi için fiili, gerçek ve hukuki anlamda karşılıklılığın bulunması gerekmektedir. Buna göre, sözleşmeye taraf ülkelerde bulunmakta olan akit devlet vatandaşlarının sözleşme ile temin edilen hak ve yetkilerden yararlanılmamaları mümkün kınıyor ise tam anlamda bir karşılıklılığın sağlandığı kabul edilebilecektir²⁶⁷.

2. Kararın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi Kapsamında Bulunmayan Bir Konuya İlişkin Olması ve Aşkın Yetkili Bir Mahkeme Tarafından Verilmemiş Olması

Tenfiz için aranan bir diğer şart ise MÖHUK 54/1-b maddesinde;

“İlamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması”

şeklinde belirtilmiştir. Buna göre, yabancı devlet tarafından verilen kararların Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde kalıp kalmadığı ve -taraflardan birinin itiraz etmiş olması şartıyla- milletlerarası alanda kendisine yetki tanına bir makam tarafından verilir verilmediği incelenmelidir.

²⁶⁶ Uyanık Çavuşoğlu, a.g.e., s. 158.

²⁶⁷ Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel, **Yabancılar Hukuku**, 22. Basım, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s.70.

MÖHUK’da münhasır yetkiden bahsedilmiş olsa da bu kavramın tanımına yer verilmemiştir. Türk mahkemelerinin ne zaman ve hangi konulara ilişkin münhasır yetkiye sahip olduğu konusunda kanunda bir netlik bulunmamaktadır²⁶⁸. Bu durum ise doktrinde birçok farklı görüşe sebebiyet vermiştir. Münhasır yetki kavramı; yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklara bakmaya yalnızca Türk mahkemelerinin yetkili kılınmış olması şeklinde tanımlanabilir²⁶⁹.

Bir uyuşmazlığın, yabancılık unsuru taşısa dahi Türk mahkemelerinde görülmesi gerektiği anlamına gelen münhasır yetki ile HMK’da bulunan kesin yetki kuralları birbirinden farklıdır²⁷⁰. HMK’da belirtilen kesin yetki kuralları iç hukuka ilişkindir. Kesin yetki kurallardan hangilerinin münhasır yetki kapsamına girdiği ise kuralın lafzından ve konuluş amacından yola çıkılarak yapılacak yorum ile tespit edilmesi gerekmektedir²⁷¹.

Türkiye’de bulunan taşınmazların aynına ilişkin olan davalarda HMK’nın 12. maddesi uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağına ilişkin kesin yetki kuralı, milletlerarası alanda da münhasır yetki olarak kabul edilmiştir²⁷². Gayrimenkullerin aynına ilişkin olan davalarda Türk mahkemelerinin münhasır

²⁶⁸ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 714; Şanlı, (**Uluslararası Ticari Akitler**), s. 260; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 535.

²⁶⁹ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 715; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 523. Nitekim Yargıtay 20. HD E. 2018/5596, K. 2018/7557, T. 26.11.2018 tarihli kararında münhasır yetkiye ilişkin; “Münhasır yetki kuralları, Devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, Devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan Türk Hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir.” şeklinde açıklamada bulunmuştur. (Çevrimiçi), www.kazanci.com (erişim tarihi 17.04.2019).

²⁷⁰ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 714; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 523; B. Bahadır Erdem, “**22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, Y. 2002, S. 2, s. 166; Şanlı, (**Uluslararası Ticari Akitler**), s. 261; Ruhi, (**Yabancı Boşanma İlamları**), s. 77.

²⁷¹ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 715; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 521; Şanlı, (**Uluslararası Ticari Akitler**), s. 261; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 535.

²⁷² Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 715; Cemal Şanlı, “**Türkiye’deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.6, Y.1986, S. 1, s. 45; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 523; Şanlı, (**Uluslararası Ticari Akitler**), s. 261; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 535; Ergin Nomer, “**Devletler Hususî Hukukunda ‘Milletlerarası Yetki’ Mefhumi**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 40, Y.1974, S. 1-4, s. 416-418 (Milletlerarası Yetki).

yetkili olduğu konusunda kuralın doktrinde görüş birliğine varılan tek kural olduğu söylenebilir²⁷³.

Türk hukuk sisteminde, velayete ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğuna ilişkin herhangi bir kural bulunmadığından bu şart velayet kararlarının tenfizi konusunda bir engel oluşturmayacaktır.

MÖHUK 54/1-b maddesinin ikinci kısmında ise tenfizi talep edilen kararın aşkın yetkili bir mahkeme tarafından verilmemiş olması şartı düzenlenmiştir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuya ilişkin karar verilip verilmediği Türk mahkemeleri tarafından resen incelenirken kararın aşkın yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş olmasının değerlendirilmesi davalının itiraz şartına bağlanmıştır²⁷⁴. Buna göre, kararı veren devletin dava konusu veya taraflar ile gerçek bağlantısı bulunmaması ve yetersiz ilişkilere dayanarak karar vermesi aşkın yetki olarak tanımlanmış²⁷⁵ ve bu şekilde verilen kararların Türkiye’de tenfiz edilmesi mümkün görülmemiştir. Bir mahkemenin milletlerarası alanda ve iç hukukuna göre yetkili olup olmadığı hususu ise kendi iç hukuku ile ilgili olup bu kurallar uyarınca belirlenmektedir²⁷⁶.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK’da aşkın yetki engeline yer verilmemiş olup bu uygulamanın engellenmesi amacıyla kamu düzeni şartı kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği savunulmuştur²⁷⁷. Ancak yürürlükte bulunan MÖHUK’da aşkın yetkiye ilişkin açıkça düzenlenme yapılması ile kamu düzeni şartına başvurulmasına gerek kalmamıştır. Söz konusu düzenleme ile anayasal hak olan eşit ve adil yargılanmanın sağlanması amaçlanmıştır²⁷⁸. Zira gerçekçi ve objektif bir bağlantı bulunmadığı halde geçici, zayıf ve sübjektif niteliklerin esas alınarak aşkın yetki ile

²⁷³Erdem, **(Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları)**, s. 137; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 535.

²⁷⁴Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 721.

²⁷⁵Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 719; Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 525; Şanlı, **(Uluslararası Ticari Akitler)**, s. 265; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 542.

²⁷⁶Erdem, **(Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları)**, s. 137.

²⁷⁷Ergin Nomer, “**Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, C. 23, Y. 2003, S. 1-2, s. 577 (Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni).

²⁷⁸Nomer, **(Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni)**, s. 577.

karar vermek hakkaniyet ilkesiyle de bağdaşmamaktadır²⁷⁹. Bu durum adil yargılanma ilkesini ihlal ettiği gibi tabii hâkim ilkesini de aykırılık oluşturmaktadır.

3. Kararın Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Bulunmaması

MÖHUK 54/1-c maddesinde düzenlenen ve yabancı devletler tarafından verilen kararların Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için konumuz açısından en önemli şart, yabancı mahkeme kararının kamu düzenine açıkça aykırı bulunmamasıdır. Aile hukukuna ilişkin meseleler ve özellikle velayete ilişkin hususlar kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı bulunmaktadır. Velayete ilişkin konularda çocuğun menfaatinin korunması gerekliliği sebebiyle velayet kararları çoğu zaman kamu düzeni müdahalesi ile karşı karşıya kalabilmektedir²⁸⁰. Yargıtay, yabancı mahkemeler tarafından verilen velayet kararlarına ilişkin tenfiz taleplerinin birçoğunu kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddetmiştir²⁸¹. Bu sebeple, özellikle velayete ilişkin kararlarda kamu düzeni şartının titizlikle incelenmesi ve doğru tespit edilmesi gerekmektedir²⁸².

Madde metninde kamu düzenine “açıkça” aykırılık aranmıştır. Kamu düzenine “açık” bir aykırılık olmadığı müddetçe tenfiz talebinin reddedilmemesi gerekmektedir çünkü kamu düzeni yetkisi istisnai özellikte bulunmaktadır²⁸³. Fakat kamu düzeni kavramının tespiti oldukça zordur. Zira bu kavram toplumun sosyal, kültürel ve siyasi değişim ve gelişimi ile doğrudan etkileşim halindedir. Kamu düzeni, niteliği gereği, zaman, mekân ve olaylara göre değişiklik göstermektedir²⁸⁴.

²⁷⁹ Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 540-541.

²⁸⁰ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 164; Esra Dardağan Kibar, “**Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2011/1, s. 559- 560.

²⁸¹ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 159.

²⁸² Ekşi, **a.g.e.**, s. 546.

²⁸³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 144; Gelgel, **a.g.e.**, s. 35-36; Günseli Öztekin Gelgel, “**Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler**”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, Y. 2005, S. 8, s. 128 (Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinme); Nedim Turhan, “**Devletler Özel Hukukunda Kamu Düzeni**”, Yargıtay Dergisi, C. 27, Y.2001, S. 1-2, s. 235; Ahmet Cemal Ruhi/Yavuz Kaplan, “**Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (OrdrePublic)**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, Y.2002, S. 2, s. 645.

²⁸⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 722; Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 546; Sakmar, **a.g.e.**, s. 77; Erdem, (Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları), s. 144; Ruhi, (Yabancı Boşanma İlamları), 80.

Bu sebeple kamu düzenine aykırılık teşkil eden hususların önceden sınırlı sayıda tespit edilmesi mümkün değildir²⁸⁵. Hâkim, önüne gelen her olayda kamu düzeni müdahalesin gerekip gerekmediğini resen tespit etmektedir. Kamu düzenine aykırılık oluşturan hallerin önceden sınırlı sayıda belirlenmesi mümkün olmadığından, buna ilişkin değerlendirme genel anlamda hâkimin takdirine kalmaktadır²⁸⁶.

Kamu düzenine ilişkin bir tanım yapmak oldukça zor olsa da doktrinde bazı tanımlar yapılmış ve Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay tarafından birtakım kriterler gösterilmiştir. Kamu düzeni, genel olarak, bir devlet için vazgeçilmez nitelikte bulunan ve uyulması gereken kurallar esasına dayanmaktadır²⁸⁷.

Anayasa Mahkemesi kararında²⁸⁸ kamu düzeni deyimini “*toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.*” şeklinde tanımlamıştır.

Yargıtay’ın vermiş olduğu İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında²⁸⁹;

“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

²⁸⁵ Aydanur Gürzumar, “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğ’e Armağan, C. 14, Y. 1994, S. 1-2, s. 22; YİBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012; Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2001, s. 26, 125-126, 134; Turhan, **a.g.e.**, s. 230, 231.

²⁸⁶ Sakmar, **a.g.e.**, s. 81; Şanlı, **(Uluslararası Ticari Akitler)**, s. 267; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 542.

²⁸⁷ Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 528-529; Sakmar, **a.g.e.**, s. 118; Ertaş, **a.g.e.**, s. 395; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 543-546.

²⁸⁸ Anayasa Mahkemesi E. 1963/128, K.1964/8, T. 28.01.1964

[http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a34330a1-f933-4562-9605-](http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a34330a1-f933-4562-9605-66c572f1daa6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False)

66c572f1daa6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (Çevrimiçi), (erişim tarihi: 21.04.2019).

²⁸⁹ Yargıtay İBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012 (Çevrimiçi), www.kazanci.com (erişim tarihi: 21.04.2019)

anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır.”

demek suretiyle kamu düzenine ilişkin dikkate edilmesi gereken hususları belirtmiştir.

Doktrinde de kamu düzeni için esas alınacak kıstaslara yer verilmiştir. Buna göre tarafların savunma haklarına uyulmaksızın verilen kararların²⁹⁰, hukuk sistemimizde yer alan temel hak ve hürriyetlere aykırı kararların²⁹¹, ifade özgürlüğüne uyulmayarak eşitlik, adil yargılanma ve iyi niyet prensiplerine aykırı verilen kararların²⁹², temel ahlak kurallarına aykırı kararların²⁹³, Türk ekonomisine fazlaca yük getiren ve ekonomik hayata ağır yük teşkil eden kararların²⁹⁴ kamu düzenine aykırı olacağı ifade edilmiştir. Tahdidi olarak sayılamayan kamu düzenine aykırılık hallerinin tespiti konusunda hâkimin geniş bir takdir yetkisi olduğu söylenebilir.

Kamu düzeni kavramı, hem iç hukuk düzeninde hem de milletlerarası alanda kendine yer bulmaktadır. Fakat bu kavramın niteliği ve sonuçları bulunduğu yere göre değişiklik göstermektedir²⁹⁵. İç hukuk düzeninde emredici hükümlere aykırılık durumunda kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabilir²⁹⁶. Emredici kurallar toplumun menfaati için koyulmuş kurallar olup bu kurallara aykırı davranılması mümkün değildir²⁹⁷. Fakat iç hukukta kamu düzeni müdahalesini gerektiren her husus milletlerarası alanda da kamu düzeni müdahalesini gerektirmez²⁹⁸. İkisi de

²⁹⁰ Çelikel, **(Tenfiz Şartları)**, s. 11; Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 529-530; Nomer, **(Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni)**, s. 569; Şanlı, **(Uluslararası Ticari Akitler)**, s. 267; Şanlı/Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 443.

²⁹¹ Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 528; Şanlı, **(Uluslararası Ticari Akitler)**, s. 267; Şanlı/Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 443; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 22.

²⁹² Turhan, **a.g.e.**, s. 238.

²⁹³ Gürzumar, **a.g.e.**, s. 22-23; Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 27; Şanlı, **(Uluslararası Ticari Akitler)**, s. 267; Şanlı/Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 443.

²⁹⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 728.

²⁹⁵ Gürzumar, **a.g.e.**, s. 24.

²⁹⁶ Ruhi, **(Yabancı Boşanma İlamları)**, s. 91.

²⁹⁷ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 36.

²⁹⁸ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 733; Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 529; Şanlı, **(Uluslararası Ticari Akitler)**, s. 276; Gülören Tekinalp/ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 54; Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 37.

farklı özelliktedir. Yabancı bir kararın tenfizi sırasındaki kamu düzeni engeli istisnai nitelikte olup iç hukuktaki kamu düzeni engeline göre daha sınırlı bir müdahale gücüne sahiptir²⁹⁹.

Yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırılık oluşturup oluşturmadığı şartı değerlendirilirken kararı veren ülkenin hukuk kuralları değil, yargılama neticesinde ortaya çıkan somut durumun kamu düzenine aykırı olup olmadığına bakılması gerekecektir³⁰⁰. Dolayısıyla yabancı mahkeme kararına uygulanan hukukun Türk hukukunda düzenlenen kurallardan farklı olması tek başına kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyecektir³⁰¹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu verdiği kararda³⁰²,

“5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 54/c maddesinde yer alan “Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” ifadesinden yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması hâlinde yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddedileceği sonucuna varılmalıdır. Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukundan farklı bulunması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez.”

diyerek bu prensibi özetlemiştir.

²⁹⁹Nomer, (Devletler Hususî Hukuku), s. 530; Ruhi, (Yabancı Boşanma İlamları), s. 82; Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, C. 19, Y. 1999, S. 1-2, s. 564.

³⁰⁰ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 722; Nomer, (Devletler Hususî Hukuku), s. 527; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, a.g.e., s. 547-548; Ruhi, (Yabancı Boşanma İlamları), s. 81.

³⁰¹ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 722; Nomer, (Devletler Hususî Hukuku), s. 527; Öztekin Gelgel, (Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme), s. 128; Şanlı, (Uluslararası Ticari Akitler), s. 276,276; Ruhi, (Yabancı Boşanma İlamları), s. 83-86.

³⁰²YİBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012 (Çevrimiçi), www.kazanci.com (erişim tarihi: 21.04.2019)

Nitekim tenfiz hâkiminin yabancı mahkeme kararının esasına girme ve doğruluğunu değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır. Hâkim yalnızca kararın tenfizi neticesinde oluşan somut duruma ilişkin bir değerlendirme yapabilecektir³⁰³.

Yabancı mahkeme kararı ile aynı konuya, taraflara ve sebebe sahip bir karar Türk mahkemeleri tarafından verilmiş ve kesinleşmiş bir karar ile çelişmekte ise yabancı mahkeme kararının tenfiz talebi reddedilmelidir. Zira bu durum kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaktadır³⁰⁴. Fakat tenfizi talep edilen karar velayete ilişkin olduğu durumlarda nasıl bir uygulamaya gidileceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre yabancı bir velayet kararının konusu, tarafları ve sebebi aynı olan Türk mahkeme kararı ile çelişmesi durumunda tenfiz talebinin doğrudan reddedilmemesi gerekmektedir³⁰⁵. Görüşün savunucuları öncelikle verilen iki karar arasından ne kadar bir sürenin geçtiğinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Zira koşullar değişmesi için yeterli bir sürenin geçmiş olması durumunda çocuğun menfaati gereği velayete ilişkin kararda değişiklik yapılması ve velayetin yeni koşullara uyarlanması gerekebilecektir ki, bu durum TMK 351. maddesinin açık hükmü ile de örtüşmektedir. Yazarlar savundukları bu görüşü, velayete ilişkin kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemeleri hususuyla temellendirmektedir. Eğer tenfizi talep edilen karar ile konusu, tarafları ve sebebi aynı olan ve çelişki bulunan Türk mahkemesi kararının tarihleri arasında koşulların değişmesi için gerekli makul süre geçmemişse, tenfiz talebinin kamu düzeni şartı kapsamında reddedilebileceği ifade edilmiştir³⁰⁶.

³⁰³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 722; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 527; Şanlı, (**Uluslararası Ticari Akitler**), s.276; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 547-548.

³⁰⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 729; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 534; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 549-550; Sakmar, **a.g.e.**, s. 80; Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 291; Erdem, (**Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları**), s. 139, Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163; Ekşi, **a.g.e.**, s. 318.

³⁰⁵ Huysal, **a.g.e.**, s. 178; Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163.

³⁰⁶ Huysal, **a.g.e.**, s. 178.

Diğer görüşe göre ise, yabancı bir velayet kararının konusu, tarafları ve sebebi aynı olan kesinleşmiş Türk mahkeme kararı ile çelişmesi durumunda tenfiz talebinin kamu düzeni şartı kapsamında reddedilmesi gerekecektir³⁰⁷.

Kanaatimizce de velayet kararlarının tenfizi taleplerinde her zaman çocuğun menfaati ekseninde hareket edilmesi gerekmektedir. Yabancı ülkeler tarafından verilen velayet kararlarının en önemli ret sebebi de genellikle çocuğun menfaatinin yeterince korunmuyor olması nedeniyle verilmektedir³⁰⁸. Yargıtay tarafından da çocuğun üstün menfaati ilkesine oldukça önem verilmektedir. Çocuğun menfaatinin sağlıklı bir şekilde korunabilmesi için kendisini yakından ilgilendiren konularda görüşünün alınması gerekmektedir. Nitekim velayete ilişkin kararlarda çocuğu doğrudan ilgilendirmektedir. Yabancı mahkeme tarafından velayete ilişkin karar verilirken çocuğun görüş ve isteklerinin dikkate alınmamış olması tenfiz açısından bir ret sebebi oluşturmaktadır³⁰⁹.

Çocuğun menfaatine aykırı kararların tenfizi kamu müdahalesi ile karşılaşmaktadır. Velayete ilişkin davalarda genel ret sebebi çocuğun menfaatine aykırılıktır³¹⁰. Fakat tenfiz davasında sadece şekli bir değerlendirme yapma yetkisi olan hâkimin her somut olay açısından çocuğun menfaatinin korunup korunmadığını tespit etmesi oldukça güçtür. Bu nedenle çocuğun menfaati ilkesi ile *revision au fond* yasağı ayrı bir önem taşımaktadır. Doktrinde özellikle aile hukukuna ilişkin meselelerin ancak davanın esasına girmek suretiyle anlaşılabileceği belirtilmiştir³¹¹. Dolayısıyla böyle bir durumda *revision au fond* yasağının sıkı bir şekilde uygulanmaması gerektiği ve kararın esasına uygulanan hukukun ve bağlı kalınan usulün incelenebileceği savunulmuştur³¹². Zira çocuğun üstün menfaatinin aykırı bir durumun olup olmadığı ancak verilen velayet kararın maddi ve usuli açıdan incelenmesi neticesinde tespit edilebilecektir. Ancak buradaki sınır çok ince ve hassas olduğundan hâkimlerin milletlerarası hukukun esaslarına uygun bir şekil ve

³⁰⁷ Gelgel, **a.g.e.**, s. 65; Ruhi, (**Velayet Konusundaki İlamları**), s. 745.

³⁰⁸ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 733; Öztekin Gelgel, (**Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme**), s. 128; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 43; Ruhi, (**Velâyet Konusundaki İlâmlar**), s. 745; Huysal, **a.g.e.**, s. 180, 182; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 159, 160; Gelgel, **a.g.e.**, s. 70; Dardağan Kibar, **a.g.e.**, s. 558.

³⁰⁹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 60.

³¹⁰ Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s.425.

³¹¹ Turhan, **a.g.e.**, s. 237-238.

³¹² Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 285.

dikkatli davranmalı gerekmektedir³¹³. Kanaatimizce de çocuğun üstün menfaatinin işlevsel bir şekilde tespiti ve korunması amacıyla kamu düzeni şartı kapsamında zorunlu bulunduğu ölçüde işin esasına girilmesi gerekmektedir.

Yargıtay uzun yıllar boyunca tenfizi talep edilen karara uygulanan hukuk kurallarının Türk hukukundan farklı olması nedeniyle tenfiz talebini reddetmiştir. Bu tutum doktrindeki birçok yazar tarafından eleştirilmiştir³¹⁴. Yargıtay'ın bu yaklaşımı velayet ve özellikle müşterek velayete ilişkin kararlarda da kendine fazlaca yer bulmuştur. Türk hukukunda boşanma neticesinde velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılabileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle müşterek velayete hükmedilen yabancı mahkeme kararları uzun bir süre kamu düzeni engeli ile karşılaşmıştır. Fakat daha önce de belirttiğimiz üzere yabancı devletlerde öngörülen hukuk kuralının TMK'daki düzenlemeden farklı olması kamu düzeni müdahalesi için haklı bir gerekçe oluşturmaz³¹⁵. Kamu düzeni şartı istisnai nitelik taşımakta olup her olay açısından özel olarak ele alınmak zorundadır. Yabancı devletler tarafından velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin verilen kararların çocuğun menfaatine daha uygun olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmaksızın kamu düzeni nedeniyle reddedilmesi adilane olmayıp hatalı bir davranış biçimidir³¹⁶.

Yargıtay 2017 yılında istikrar bulmuş görüşünden vazgeçmiş ve yabancı mahkeme kararında esas alınan düzenlemelerin Türk hukukundakilerden farklı olmasının tek başına bir kamu düzeni engeli oluşturmadığını ifade etmiştir³¹⁷. Nitekim, velayete ilişkin kararların düzenlenmesi sırasında çocuğun üstün menfaatinin göz ardı edilerek milli, dini, sosyal veya kültürel kriterlerden hareket edilmesi gerçek anlamda kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir³¹⁸.

³¹³ Gelgel, **a.g.e.**, s. 69- 70.

³¹⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 725; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, 555; Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 156; Öztekin Gelgel, (**Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme**), s. 128; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 424-425.

³¹⁵ Öztekin Gelgel, (**Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme**), s. 128-129; Ruhi, (**Velâyet Konusundaki İlâmlar**), s. 747-748; Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, 555; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 424.

³¹⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 251-252.

³¹⁷ Yukarı bkz. "Yargı Uygulamasındaki Durum"

³¹⁸ Şanlı, (**Tenfiz**), s. 76.

4. Kararın Savunma Haklarına Riayet Edilerek Verilmiş Olması

MÖHUK 54/1-ç maddesinde;

“O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.”

denmek suretiyle tenfiz için öngörülen son şart düzenlenmiştir. Kendisi aleyhinde tenfiz talebinde bulunulan kişinin savunma hakkının ihlal edilmiş olması tek başına bir tenfiz engeli olarak görülmemiş, bu kişinin Türk mahkemelerine itiraz etmesi şartı aranmıştır. Madde metninde, savunma hakkını ihlal eden üç husus üzerinde durulmuştur. Bunlardan ilki, kendisi aleyhinde tenfiz talebinde bulunulan kişinin kararın verildiği ülkenin yasaları uyarınca usulüne uygun mahkemeye çağrılmamış olmasıdır. İkinci husus, kendisi aleyhinde tenfiz talebinde bulunulan kişinin kararın verildiği ülkenin yasaları uyarınca mahkemede temsil edilmemiş olmasıdır. Üçüncü husus ise, kendisi aleyhinde tenfiz talebinde bulunulan kişinin yokluğunda veya gıyabında karar verilmiş olmasıdır.

Bu şartın bir tenfiz engeli oluşturabilmesi için -aşkın yetkili mahkeme tarafından verilen kararlarda olduğu gibi- mahkemeye itiraz edilmesi koşulu aranmıştır³¹⁹. Madde metnine karşın, doktrinde, savunma hakkının usul hukukunun temelini oluşturduğundan bahisle bu değerlendirmenin itiraz şartına bağlanması eleştirilerek savunma hakkı ihlalinin hâkim tarafından re’sen incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir³²⁰.

Madde kapsamında, kendisi aleyhinde tenfiz talebinde bulunulan kişinin savunma hakkına ilişkin tüm durumlar düzenlenmemiş olup yalnızca yukarıda

³¹⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 740; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 557; Nomer, (**Devletler Hususî Hukuku**), s. 536.

³²⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 557; Şanlı, (**Uluslararası Ticari Akitler**), s. 277; Ruhi, (**Velâyet Konusundaki İlâmlar**), s. 749.

sayılan üç husus belirtilmiştir³²¹. Bu sebeple, madde metninde belirtilemeyen bir husus nedeniyle savunma hakkı ihlal edilmesi durumunda, bu madde metnine dayanmak mümkün olmayacaktır. Bu durumda MÖHUK 54/1-c fıkrasında yer alan kamu düzenine ilişkin şarta başvurulması gerekecektir³²².

Velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi sırasında savunma hakkı şartına ilişkin bir özellik bulunmamaktadır³²³. Kendisi aleyhinde tenfiz talebinde bulunulan kişi itiraz etmek durumundadır. Velayete ilişkin davalarda çocuğun mahkeme tarafından dinlenilmemesi bu şart kapsamında bir ihlal oluşturmaz. Zira çocuk burada kendisi aleyhinde tenfiz talebinde bulunan taraf değildir. Bu sebeple, velayete ilişkin bir davada çocuğun dinlenilmemiş olması ancak kamu düzeni şartı kapsamında değerlendirilebilecektir³²⁴.

Nitekim savunma hakkı ile birlikte MÖHUK’da tenfiz için öngörülen asli şartların tamamı incelenmiştir. Hâkim, yabancı mahkeme tarafından verilen velayet kararlarını tenfiz etmeden önce her somut olay için sayılan tüm hususları değerlendirecektir. Sayılan tüm şartların sağlanması durumunda tenfiz kararının verilmesi zorunludur. Hâkimin bu konuda bir takdir yetkisi bulunmamaktadır³²⁵.

II. Milletlerarası Sözleşmeler Uyarınca Yabancı Velayet Kararlarının Tenfizi

Türkiye’nin taraf olduğu bazı milletlerarası sözleşmeler tanıma ve tenfiz konularında hükümler ihtiva etmektedir. Türkiye özellikle aile hukuku ile ilgili konularda yeknesaklığı sağlamak ve tanıma tenfiz prosedürünü kolaylaştırmak amacıyla milletlerarası sözleşmeler imzalamıştır. Nitekim tenfizi talep edilen konunun Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmeler kapsamında kalması durumunda öncelikli olarak bu sözleşmeler çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira MÖHUK 1. maddesinde yabancı mahkeme kararların tanınması

³²¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 739-740.

³²² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 742; Erdem, **(Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları)**, s. 140; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 557.

³²³ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 161.

³²⁴ Giray, **a.g.e.**, s. 295.

³²⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 743-744; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 510; Şanlı, **(Uluslararası Ticari Akitler)**, s. 243.

ve tenfizine ilişkin hükümlerin MÖHUK'da düzenlenmiş olduğu belirtilse de milletlerarası sözleşmelerdeki hükümler saklı tutulmuştur. Ancak kendisine uygulama alanı bulan sözleşmenin ihitva ettiği hükümlerin MÖHUK'da öngörülen şartlardan daha ağır olması durumunda, tenfiz talebinde bulunan kişinin lehe olan kanun hükümlerinden yararlanabileceği kabul edilmektedir³²⁶.

A. 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi Kapsamında Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi

Türkiye'nin 04.01.1977 tarihinde imzalayarak taraf olduğu 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi³²⁷ ile küçüklerin şahıs ve mal varlıklarının korunması konusunda tedbir alabilecek makamların ve uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda yeknesak kuralların belirlenmesi amaçlanmıştır³²⁸.

Kural olarak kesin hüküm niteliği taşımayan geçici koruma niteliğindeki tedbirlerinin Türk Hukuku açısından tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Fakat 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi ile bu kuralın bir istisnasını oluşturmuştur. Zira sözleşmenin 7. maddesinde akit devletlerce alınan geçici nitelikteki koruma tedbirlerinin Türkiye'de tanınması ve tenfizi kabul edilmiştir. İlgili hükme göre, Sözleşme uyarınca yetkili makamlar tarafından alınmış koruma tedbirlerinin tanınması zorunludur³²⁹. Buna göre yetkili makam tarafından yetkili hukuka göre alınmış bir tedbir kararı, başka bir akit devletin tanıma prosedüründen geçme zorunluluğu bulunmaksızın hüküm ve sonuç doğuracaktır. Fakat madde metninde yalnızca tanıma konusunda böyle bir zorunluluk öngörülmüş olup tenfiz konusunda *“..Bununla beraber, söz konusu tedbirlerin alındıkları devletten başka bir devlette icra edilmelerinin gerekmesi hâlinde bunların tanınması ve tenfizi talep edildiği devletin iç hukukuna göre ya da milletlerarası sözleşmelere göre yapılır.”*denmek suretiyle doğrudan tenfiz sistemi kabul edilmemiş ve tenfiz talep edilen ülkenin iç

³²⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 567.

³²⁷ Sözleşmenin tam adı “Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi” olmakla birlikte bundan sonra “1961 tarihli Lahey Sözleşmesi” olarak anılacaktır. 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi 04.01.1977 tarih ve 2029 sayılı Kanun ile onaylanarak uygun bulunmuş ve 12.01.1977 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

³²⁸ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 169.

³²⁹ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 179; Huysal, **a.g.e.**, 187-189; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.** 149; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 179.

hukukunda öngörülen usule veya milletlerarası sözleşmeler uyarınca tenfiz edilmesi gerektiği belirtilmiştir³³⁰. Dolayısıyla anlaşma kapsamında alınmış olan bir koruma tedbirinin Türkiye’de tenfiz prosedürü -hem 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi hem de Lüksemburg Sözleşmesine taraf olan devletler açısından- Lüksemburg Sözleşmesindeki hükümler uyarınca yapılacaktır. Lüksemburg Sözleşmesi dışında kalan durumlar açısından alınmış kararlar MÖHUK’a göre tenfiz edilecektir³³¹.

1961 tarihli Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinde, mutad meskeni akit devletlerden birinde bulunan tüm küçükler hakkında bu sözleşmenin uygulanacağı belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile, küçüğün vatandaşı bulunduğu devletin sözleşmeye taraf olma zorunluluğu aranmamıştır. Bununla birlikte, taraf devletlere sözleşmenin uygulanmasını yalnızca kendi vatandaşları olan küçükler ile sınırlı tutma hakkı tanınmış olmasına rağmen Türkiye bu yönde bir çekince koymaksızın sözleşmeye taraf olmuştur³³².

Sözleşmeye göre küçük kavramı hem mutad mesken hukukuna hem de vatandaşı olduğu devlet hukukuna göre belirlenecek olup her iki hukuk sistemi açısından da küçük kabul edilen kişilerin sözleşme kapsamında bulunacağı belirtilmiştir (m.12)³³³.

1961 tarihli Lahey Sözleşmesi, küçüğün mutad mesken devlet makamlarını (m.1) yetkili kılmasının yanında küçüğün vatandaşı bulunduğu devletin adli ve idari mercilerine (m.4) de yetki tanımış³³⁴ ve hatta uyuşmazlık çıkması durumunda milli makamları üstün tutmuştur (m.4/4)³³⁵.

³³⁰ Nihal Uluocak, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (Uygulama Kuralları)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 233; Şanlı, **(Tenfiz)**, s. 81; Tiryakioğlu, **(Çocukların Korunması)**, s. 26, Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.** 149; Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 179.

³³¹ Huysal, **a.g.e.**, s.188.

³³² Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 169; Uluocak, **(Uygulama Kuralları)**, s. 231.

³³³ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 169; Uluocak, **(Uygulama Kuralları)**, s. 231

³³⁴ Bilgin Tiryakioğlu, **“Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme”**, İstanbul, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, s. 383 (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi); Bilgin Tiryakioğlu, **Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku**, Ankara, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Özkan Matbaacılık, 2000, s. 24 (Çocukların Korunması); Dardağan Kibar, **a.g.e.**, s. 548.

³³⁵ Şanlı, **(Tenfiz)**, s. 81; Tiryakioğlu, **(1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi)**, s. 383.

Sözleşmede tanıma ve tenfize ile ilişkin düzenlemelere genel itibariyle yer verilmiş olması, buna ilişkin ayrıntılı ve işlevsel düzenlemelerin yapılmamış olması 1961 tarihli Lahey Sözleşmesinden umulan faydaya ulaşılmasını engellemiştir.

B. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi Kapsamında Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi

1961 tarihli Lahey Sözleşmesinin ihtiva ettiği hükümler açısından yetersiz kalması ve hedeflenen başarıyı sağlamaması nedeniyle 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi³³⁶ hazırlanmıştır³³⁷. Türkiye bu sözleşmeye taraf olmamıştır³³⁸. Bu sebeple Türkiye açısından 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi geçerliliğini sürdürmektedir. Fakat Türkiye bakımından uygulanmayacak olsa da konumuz açısından önem taşıyan bu sözleşme hükümlerinin 1961 tarihli Lahey Sözleşme hükümleri ile karşılaştırılarak değerlendirilmesi çalışma açısından faydalı olacaktır.

Sözleşme ile çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetkili olan devleti belirlemek; söz konusu yetkiler kullanırken koruma tedbirlerine ve velayet sorumluluğuna ilişkin uygulanacak hukuku belirlemek ve alınan koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizini sağlamak için gerekli işbirliğini oluşturmak amaçlanmıştır³³⁹.

1961 tarihli Lahey Sözleşmesinde, küçüğün mutad mesken devlet makamlarının yetkili kılınmasının yanında küçüğün milli hukukuna göre tanınan ilişkilere de yetki tanındığını belirtmiştik. Yetkinin bu şekilde, mutad mesken makamları ile milli makamların arasından paylaştırılması sorunlara sebebiyet vermiştir³⁴⁰. Nitekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ile milli makamlara ancak mutad mesken makamlarının takdirine bağlı olarak tedbir alma yetkisi tanınmıştır³⁴¹.

³³⁶Sözleşmenin tam adı “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi” olmakla birlikte bundan sonra “1996 tarihli Lahey Sözleşmesi” olarak anılacaktır.

³³⁷ Tiryakioğlu, (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 383.

³³⁸ “Türkiye gibi göçmen veren ülkeler, mutad mesken kıstası nedeniyle Sözleşmeye ihtiyatla yaklaşacaktır.” Bkz. Tiryakioğlu, (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s.424.

³³⁹ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 274; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, a.g.e., s. 579.

³⁴⁰ Tekinalp/ Uyanık Çavuşoğlu, a.g.e., s. 251; Şanlı, (Tenfiz), s. 82.

³⁴¹ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, a.g.e., s. 258.

Çocuk haklarının korunması açısından en önemli sözleşmelerden birisi olan 1996 tarihli Lahey Sözleşmesinin metninde “küçük” kavramı yerine “çocuk” kavramı kullanılmıştır. Bu şekilde “küçük” kavramının hangi hukuka göre belirleneceği konusundaki anlaşmazlıkların önüne geçilmesi amaçlanmıştır³⁴². Bu kapsamda sözleşme on sekiz yaşından küçük her çocuk açısından uygulama alanı bulacaktır³⁴³.

1961 tarihli Lahey Sözleşmesine göre daha sistematik bir metne sahip olan 1996 tarihli Lahey Sözleşmesinin amaçlarından biri de tüm akit devlerde çocukların şahıs ve mal varlıklarına yönelik adli ve idari makamlarca alınan koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizini sağlanmasını kolaylaştırmaktır³⁴⁴. Bu sebeple sözleşmenin dördüncü bölümünde (m.23-m.28) koruma tedbirlerinin tanıma ve tenfiz konularına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılarak 1961 tarihli Lahey sözleşmesindeki eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır³⁴⁵.

Sözleşmenin 23. maddesi uyarınca icra edilmesi gerekmeyen koruma tedbirinin akit devletlerce kanun gereği doğrudan tanınacağı öngörülmüştür³⁴⁶. Bu şekilde, akit devletlerde alınan bir koruma tedbirinin başka bir akit devlette hüküm ve sonuç doğurması için herhangi bir tanıma- tenfiz prosedürü gerekmez, söz konusu tedbir kanun gereğince tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Nitekim koruma tedbirinin tanınması ancak 23/2. maddesinde³⁴⁷ sayılan hususlardan birinin

³⁴² Tiryakioğlu, (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 383.

³⁴³ Tiryakioğlu, (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 386.

³⁴⁴ Ayşe Elif Ulusu 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”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 37, Y.2017, S. 2, s. 914.

³⁴⁵ Tiryakioğlu, (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi), s. 384-385; Nihal Uluocak, “Çocukların Korunması Hakkındaki Öntasarının Değerlendirilmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 16, Y.1996, S. 1-2, s. 112 (Öntasarı); Uyanık Çavuşoğlu, a.g.e., s. 153; Giray, a.g.e., s. 248.

³⁴⁶ Şensöz Malkoç, a.g.e., s. 235.

³⁴⁷ Sözleşmede belirtilen ret sebepleri aşağıdaki gibidir;

Madde 23/2-

- a) önlemin, yargı yetkisi II. Bölümde belirtilen gerekçelerden birine dayanmayan makam tarafından alınması halinde;
- b) önlemin, acil durum haricinde, adli veya idari yargısal işlem bağlamında çocuğun dinlenilmesine fırsat verilmeksizin talep edilen Devletin temel usul ilkelerini ihlal edecek şekilde alınması halinde;
- c) acil durum haricinde, böyle bir önlemin şahsın dinlenilmesine fırsat verilmeksizin alınması halinde, önlemin velayet sorumluluğunu ihlal ettiğini ileri süren herhangi bir şahsın talebi üzerine;

gerçekleşmesi durumunda reddedilebilecektir. Bu maddede belirtilen ret sebepleri sınırlı sayıda düzenlenmiş olan takdiri sebeplerdir. Diğer bir ifade ile maddede ret sebepleri düzenlenmekle birlikte, akit devletlere reddetme zorunluluğu yüklenmeyerek takdir yetkisi tanınmıştır. Özellikle çocuğun yüksek menfaatinin gerektirdiği durumlarda, ret sebebi olmasına rağmen koruma tedbirinin tanınması tercih edilebilecektir³⁴⁸.

Sözleşme ile akit devletlerce alınan koruma tedbirlerinin kanun gereği tanınacağı öngörülmüş olsa da koruma tedbirlerinin talep üzerine tanınmasına başvurma yolu da alternatif olarak sunulmuştur. Sözleşmenin 24. maddesinde, menfaati bulunan herkesin akit devletlerce alınan koruma tedbirinin tanınması talebinde bulunabileceğini düzenlemiştir. Tedbir kararlarının kanun gereğince tanınacağını öngörüldüğü sözleşmede ayrıca talep ile tanıma usulüne ihtiyaç olmadığı düşünülebilse de, talep ile tanıma yöntemi bazı durumlar açısından önem taşımaktadır. Özellikle çocuğun mutad meskenin başka bir akit devlete taşınacağı durumlarda, çocuk ile kişisel ilişki tesisine yönelik hakka sahip olan ebeveynin bu hakkını, çocuğun taşınacak olduğu akit devlette önceden tanıtılarak güvence altına alması kendi açısından önem taşımaktadır. Zira talebinin kabul edilmemesi durumunda kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ebeveyn, çocuğun söz konusu akit devlete taşınmasına muvafakat etmeyebilecektir³⁴⁹.

Sözleşme ile kanun gereğince doğrudan tanınma yolu öngörülmüş olmasına rağmen tenfize ilişkin böyle bir yol öngörülmemiştir. Buna göre, tedbir kararının gerekleri alınmış olduğu devlet makamlarınca gönüllü olarak yerine getirilmiyorsa veya söz konusu karar icrayı gerektiriyorsa, kararın diğer akit devlette uygulanmasını sağlamak açısından tenfiz yoluna başvurulması gerekecektir³⁵⁰. Tedbir kararlarının tenfizine ilişkin usul ise Sözleşmenin 26. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre,

d) çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak böyle bir tanımanın talep edilen Devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde;

e) söz konusu önlemin, sonradan alınan önlemin talepte bulunulan Devlette tanıma için gereklilikleri yerine getirmesi durumunda, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu Akit Olmayan Devlette sonradan alınan önlem ile bağdaşmaması halinde;

f) 33. maddede belirtilen usule uygun olmaması halinde.

³⁴⁸ Uluşu Karataş, **a.g.e.**, 980.

³⁴⁹ Uluşu Karataş, **a.g.e.**, 985.

³⁵⁰ Uluşu Karataş, **a.g.e.**, 986.

bir akit devlette alınan tedbir kararlarının başka akit devlette de uygulanabilmesi için sonraki devletin iç hukukunda öngörülen tenfiz prosedürünün uygulanması gerekmektedir.

Tenfiz talebinin ret sebepleri ise, 26/3 fıkrasının³⁵¹ yaptığı gönderme ile tanımanın reddi sebepleri ile aynıdır. Sözleşmenin 23/2. maddesinde düzenlenen ret sebepleri ise şu şekildedir;

- a) önlemin, yargı yetkisi II. Bölümde belirtilen gerekçelerden birine dayanmayan (Sözleşmenin “Yetki” başlığı altında düzenlenmiş 5-14 maddelerine dayanmayan) makam tarafından alınması halinde;
- b) önlemin, acil durum haricinde, adli veya idari yargısal işlem bağlamında çocuğun dinlenilmesine fırsat verilmeksizin talep edilen Devletin temel usul ilkelerini ihlal edecek şekilde alınması halinde;
- c) acil durum haricinde, böyle bir önlemin şahsın dinlenilmesine fırsat verilmeksizin alınması halinde, önlemin velayet sorumluluğunu ihlal ettiğini ileri süren herhangi bir şahsın talebi üzerine;
- d) çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak böyle bir tanımanın talep edilen Devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde;
- e) söz konusu önlemin, sonradan alınan önlemin talepte bulunulan Devlette tanıma için gereklilikleri yerine getirmesi durumunda, çocuğun mutlak meskeninin bulunduğu Akit Olmayan Devlette sonradan alınan önlem ile bağdaşmaması halinde;
- f) 33. maddede belirtilen usule uygun olmaması halinde.

Sınırlı olarak sayılan bu ret sebeplerinden birinin gerçekleşmesi durumunda tenfiz talebi de reddedilebilir. Fakat daha önce de belirttiğimiz gibi bu sebepler takdiri olduğundan, ret sebebinin varlığına rağmen tenfiz talebi kabul edilebilir³⁵².

Sözleşmenin 28. maddesi uyarınca, tenfiz edilen koruma tedbirleri, tenfizin talep edildiği akit devlet makamlarınca alınmış kararlar gibi icra edilecektir. Söz

³⁵¹ **Madde 26/3**-Tenfiz bildirimi veya kaydı, yalnızca 23. maddenin 2. fıkrasında belirtilen gerekçelerin birinden ötürü reddedilebilir.

³⁵² Ulusu Karataş, **a.g.e.**, 987.

konusu kararların, çocuğun üstün yararı dikkate alınmak suretiyle talepte bulunulan devletin hukuku uyarınca ve bu hukukun izin verdiği ölçüde uygulanacaktır. İlgili hüküm ile alınmış bir tedbirin icrası sırasında akit devletin iç hukuk kurallarına riayet edileceği kast edilerek akit devletlere genel ret sebepleri haricinde tenfizin mahiyeti gereği ayrı bir yetki daha tanınmıştır³⁵³. Buna göre icrası talep edilen koruma tedbirinin akit devletin iç hukuk kuralları uyarınca uygulanması mümkün değil ise, tenfizin talep edildiği devlet tarafından bu kararın icra edilmemesi mümkündür³⁵⁴. Örneğin; belirli bir olgunluğa erişmiş çocuğa akit devletin mutad mesken makamları tarafından vasi atanmasına ilişkin tedbir kararı verilmiş olmasına rağmen çocuğun ısrarla tayin edilen vasiyi istememesi durumunda, tenfizi talep edilen bu kararın akit devletin iç hukuku uyarınca icra edilmesi mümkün değilse tenfiz talebinde bulunulan akit devlet tarafından tedbir kararının uygulanmaması yoluna gidilebilecektir³⁵⁵.

C. 1980 tarihli Lüksemburg Sözleşmesi Kapsamında Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi

Lüksemburg Sözleşmesinin³⁵⁶ konusu, ebeveynlerin çocuk üzerinde sahip oldukları velayet hakkı ve çocuk ile kişisel ilişki tesisi hakkının korunması ile haksız olarak sınır dışına götürülen çocukların iadesini sağlayarak velayetin yeniden tesis edilmesine ilişkindir³⁵⁷. Çocuğun mal varlığı üzerindeki hak ve sorumluluklara ilişkin kararlar sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır³⁵⁸.

Sözleşme ile çocuğun yüksek menfaati kapsamında velayet kararlarının tanıma ve tenfiz prosedürünü kolaylaştırmak ve velayete ilişkin ihlallerin

³⁵³Nihal Uluocak, “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Nihai Metin, 19 Ekim 1996)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 16, Y.1996, S. 1-2, s. 124 (Değerlendirme).

³⁵⁴ Uluoğlu Karataş, a.g.e., 987.

³⁵⁵ Uluoğlu Karataş, a.g.e., 987.

³⁵⁶ Sözleşmenin tam adı “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” olmakla birlikte bundan sonra “Lüksemburg Sözleşmesi” olarak anılacaktır. Lüksemburg Sözleşmesi 20 Ekim 1997 tarihinde Strazburg’da imzalanmış, 04.08.1999 tarih ve 4433 sayılı Kanun ile onaylanarak uygun bulunmuş ve 08.08.1999 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁵⁷ Feriha Bilge Tanrıbilir, “Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 16, Y.1996, S. 1-2, s. 83; Akıncı/Demir Gökyayla, a.g.e., s. 180.

³⁵⁸ Huysal, a.g.e., s. 192; Gelgel, a.g.e., s. 79; Akıncı/Demir Gökyayla, a.g.e., s. 182.

gerçekleşmesi durumunda yabancı devletlerde önlem alınmasını kolaylaştırmak amaçlanmıştır³⁵⁹.

Sözleşme kapsamında çocuk kavramı, henüz on altı yaşını doldurmamış mutad meskeni kanununa veya Vatandaşlık Kanununa veya talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre kendi ikamet yerini tayin etme hakkına sahip olmayan kişi olarak tanımlanmıştır³⁶⁰. Sözleşmenin uygulanabilmesi açısından çocuğun hangi ülkenin vatandaşı olduğu önem arz etmemekle birlikte kararın akit devletlerce verilmesi yeterli görülmüştür³⁶¹.

Sözleşmede konumuz açısından en önemli kısım, velayete ilişkin kararların tanınma ve tenfiz prosedürünün kolaylaştırılmış olmasıdır. Sözleşmenin 7. maddesinde velayete ilişkin kararların hızlı bir şekilde tanınıp tenfiz edilebilmesi için düzenleme yapılmıştır. İlgili hükme göre, akit devletlerden birinde velayete ilişkin verilmiş olan bir karar diğer akit devlet tarafından tanınır ve icra kabiliyetine sahipse tenfiz edilir³⁶². Kararın diğer akit devletçe tenfiz edilmesi için, kararın verildiği ülkede icra edilebilmesi şartı aranmıştır³⁶³. Görüldüğü üzere sözleşme ile akit devletlere birbirlerinin vermiş olduğu kararları tanıma ve tenfiz zorunluluğu getirilmiştir³⁶⁴.

Sözleşmenin 1/b. maddesinde makam kavramı, taraf devletlerin adli ve idari makamları olarak tanımlanmıştır. Bu şekilde MÖHUK kapsamında tanınması ve tenfizi mümkün olmayan idari makamlarca verilmiş olan makamların da tanınması ve tenfizi mümkün hale getirilmiştir. Dolayısıyla akit devletler tarafından verilmiş

³⁵⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 576-577; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 148-149; Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 83; Aysel Çelikel, “Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 17, Y.1997, S. 1-2, s. 109 (Velayet); Yücel Sayman, “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 16, T.1996, S. 1-2, s. 129.

³⁶⁰ Gelgel, **a.g.e.**, s. 78; Giray, **a.g.e.**, s. 237; Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 84; Sayman, **a.g.e.**, s. 129; Çelikel, (Velayet), s. 109-110; Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 181.

³⁶¹ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 181.

³⁶² Öztekin Gelgel, (Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme), s. 124; Gelgel, **a.g.e.**, s. 79; Sayman, **a.g.e.**, s. 130; Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 86; Çelikel, (Velayet), s. 111; Huysal, **a.g.e.**, s. 193; Akıncı/ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185; Ekşi, **a.g.e.**, s. 364; Mehmet Tezgel, **Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 259.

³⁶³ Çelikel, (Velayet), s. 111; Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 86; Huysal, **a.g.e.**, s. 193; Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185; Ekşi, **a.g.e.**, s. 364; Sayman, **a.g.e.**, s. 130; Gelgel, **a.g.e.**, s. 79; Tezgel, **a.g.e.**, s. 259.

³⁶⁴ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185.

velayete ilişkin bir kararın Türkiye’de tanınması ve tenfiz edilmesi için, kararın verildiği ülkede icra edilebilmesi yeterli görülecek ve mutlaka adli merciler tarafından verilmiş kesin bir karar aranmayacaktır³⁶⁵.

Sözleşmenin amacına ulaşabilmesini sağlamak amacıyla sözleşmeye üye olan tüm devletler tarafından bir merkezi makam atanma zorunluluğu öngörülmüştür³⁶⁶. Türkiye’nin merkezi makamı ise Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüdür³⁶⁷. Merkezi makamların yerine getirmesi öngörülen görevler sözleşmenin 3. ve 5. maddelerinde belirtilmiştir. Sözleşmenin 3. maddesine göre, akit devletlerin merkezi makamlar işbirliği yaparak sözleşmenin işlemlerini kolaylaştırmak amacıyla; mevcut davalar hakkında birbirlerini bilgilendirmeli, velayete ilişkin mevzuat ve mevzuat değişiklikleri konusunda bilgi paylaşımında bulunmalı ve sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek engeller konusunda ve zorluklar karşısında birbirlerine yardım etmelidirler. Merkezi makamlara verilen görevler bununla sınırlı olmayıp sözleşmenin 5. maddesinde çocuğun bulunduğu yeri tespit etmek, gerekli önlemleri alarak çocuğun veya talepte bulunanın uğrayabileceği zararları engellemek, önlemler ve taleplerin sonuçları hakkında bilgi vermek ve talebin kabulü durumunda çocuğu teslim etmek gibi görevler de yüklenmiştir. Bununla birlikte merkezi makamların en önemli görevlerinden biri de kararın tanınması ve tenfizini sağlamaktır. Bu kapsamda merkezi makamların kararın tenfizini sağlamak amacıyla doğrudan yetkili makama başvuru hakkı bulunmaktadır³⁶⁸.

Sözleşmenin asıl amacı alınan kararların akit devletlerde hızlı bir şekilde tanınması ve icra edilmesini sağlamak olduğu için mümkün olduğunca fazla devletin sözleşmeye taraf olması hedeflenmiştir. Bunu sağlamak için de sözleşmenin 17. ve 18. maddeleri uyarınca sözleşmeye taraf olmak isteyen devletlere çekince koyma

³⁶⁵ Çelikel, (**Velayet**), s. 110; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 225.

³⁶⁶ Tekinalp/ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 242; Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 85; Çelikel, (**Velayet**), s. 110; Tiryakioğlu, (**Çocukların Korunması**), s. 40; Akıncı/ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 182; Huysal, **a.g.e.**, s. 192; Ekşi, **a.g.e.**, s. 363.

³⁶⁷ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 182; Ekşi, **a.g.e.**, s. 363.

³⁶⁸ RümeysaPartalcı, “**Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi**”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2014, s. 86.

konusunda geniş bir hak tanınmıştır³⁶⁹. Fakat belirtmek gerekir ki, bu imkânın sağlanması sözleşmenin etkinliğini zayıflatarak istenen amaca ulaşmaya zorlaştırdığından eleştirilmiştir³⁷⁰.

Sözleşmenin sistematığı açısından 8.ve 9. maddelerde çocuğun haksız olarak götürülmesi durumunda yapılması gerekenler ile ret sebepleri düzenlenmişken, 10. maddede genel olarak velayete ilişkin bir kararın tenfizi ile ret koşulları belirtilmiştir. Çalışmamız açısından sözleşmenin 10. maddesi önem taşımaktadır. Şayet çocuğun haksız olarak götürülme hali söz konusu değilse veya haksız götürülme olsa dahi 8. ve 9. maddelerde öngörülen altı aylık süre içerisinde talepte bulunulmamış veya tenfiz davası açılmamışsa velayete ilişkin tanıma ve tenfiz prosedürü sözleşmenin 10. maddesinde düzenlendiği şekilde gerçekleşecektir³⁷¹. İlgili hüküm kapsamında velayet kararlarının tanınması ve tenfizi için yapılmış başvurular ancak 9. ve 10. maddelerinde düzenlenen koşulların birlikte sağlanması durumunda reddedilebilecektir. Sözleşmenin 10. maddesinde, 9. madde hükmüne yapılan atıf kapsamında orada düzenlenmiş olan ret sebeplerinin de ek olarak göz önünde bulundurulması gerekmektedir³⁷².

Sözleşmenin 9/3. maddesinde talepte bulunulan mahkeme tarafından kararların hiçbir şekilde içeriğine girilerek esastan incelenme yapılamayacağı düzenlenerek revizyon yasağı açıkça ifade edilmiştir³⁷³.

Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ret sebepleri şu şekildedir;

- a) Kararın sonuçlarını, talepte bulunulan Devletin aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri ile bağdaşmadığı açık bir biçimde tespit edilmemişse;
- b) Aradan geçen zaman da dahil, ancak haksız götürme sebebiyle sadece çocuğun oturduğu yerin değişmesi hariç olmak üzere, şartlarda meydana

³⁶⁹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 83; Huysal, **a.g.e.**, s. 198.

³⁷⁰ Huysal, **a.g.e.**, s. 198; Giray, **a.g.e.**, s. 238, 244; İlknur Altuntaş, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006, s. 42; Partalçı, **a.g.e.**, s.96.

³⁷¹ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 189; Gelgel, **a.g.e.**, s. 81; Sayman, **a.g.e.**, s. 131-132; Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 88; Huysal, **a.g.e.**, s. 195.

³⁷² Partalçı, **a.g.e.**, s.100.

³⁷³ Nomer, **(Devletler Hususî Hukuku)**, s. 552.

gelen değişiklikler sebebiyle ilk kararın sonuçlarının artık çocuğunun yararıyla açıkça bağdaşmaz nitelikte görülürse;

c) Menşе Devlette dava açıldığı an:

i) Çocuk, talepte bulunulan Devlet vatandaşı veya mutad meskeni bu Devlette iken, menşе Devleti ile bu bağlardan hiçbirini yok idi ise;

ii) Çocuk aynı zamanda menşе Devlet ve talepte bulunulan Devlet vatandaşı ve mutad meskeni talepte bulunulan Devlette ise;

d) Karar, gerek talepte bulunulan Devlet, gerek üçüncü bir Devlette verilen ve talepte bulunulan Devlette yerine getirilebilir bir karar ile tanıma ve yerine getirme müracaatında önceki bir dava yüzünden bağdaşmıyorsa ve ret çocuğun çıkarlarına uygunsa tenfiz talepleri reddedilebilecektir.

Lüksemburg Sözleşmesinde kamu düzenine ilişkin bir ret sebebi açıkça düzenlenmediği için doktrinde söz konusu sözleşmede kamu düzeni şartına yer verilmediğine ilişkin görüş ifade edilmiştir³⁷⁴. Diğer bir kısım yazar ise sözleşmenin 10/1-a hükmünde, kararın aile ve çocuk hukukun temel prensipleri ile bağdaşmamasının bir ret sebebi olarak düzenlenmiş olduğunu ve bu şekilde kamu düzeni şartına yer verildiğini ama bu şartın sınırlandırıldığını ifade etmiştir³⁷⁵. Nitekim kamu düzeni şartının bu şekilde sınırlandırılmasının tanıma ve tenfiz açısından kolaylık sağlayacağından, böyle bir tercih yapılması isabetli bulunmuştur³⁷⁶.

Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen hususların varlığına rağmen hâkim tenfiz talebini reddetmeyebilir, bu konuda takdir yetkisi mevcuttur. Fakat 9. maddede sayılan hususlardan birinin varlığı durumunda tenfiz talebi reddedilmek durumundadır³⁷⁷. İki hüküm arasındaki fark, madde metinlerinin düzenleniş biçimlerinden kaynaklanmaktadır. Zira madde 9’da “reddedilir” denirken, madde 10’da “reddedilebilir” denmektedir.

³⁷⁴ Sayman, **a.g.e.**, s. 135; Çelikel, (**Velayet**), s. 115.

³⁷⁵ Huysal, **a.g.e.**, s. 199; Tezgel, **a.g.e.**, s. 262-263; Partalcı, **a.g.e.**, s.101.

³⁷⁶ Tezgel, **a.g.e.**, s. 263.

³⁷⁷ Giray, **a.g.e.**, s. 246.

Lüksemburg Sözleşmesinin 9. ve 10. maddelerinde çok geniş ret sebeplerine yer verilmesi doktrinde eleştirilerek³⁷⁸ bu durumun sözleşmenin amacına ulaşılmasını engellediği ifade edilmiştir³⁷⁹. Özellikle 1961 tarihli Lahey Sözleşmesindeki eksiklikleri tamamlamak amacıyla olan sözleşmenin kendisinden umulan faydayı sağlamadığı belirtilmiştir³⁸⁰.

1. Lüksemburg Sözleşmesinde Tanıma ve Tenfiz İçin Öngörülen Usul

Akit devletlerce verilmiş olan kararın sözleşmeye taraf başka bir devlette de tanınması ve tenfiz edilmesini isteyen kişi, Sözleşmenin 13. maddesinde belirtilen evrakları da eklemiş olduğu dilekçesi ile herhangi bir merkezi makama başvurmalıdır (m. 4/1-2).

Kendisine başvuru merkezi makam, sözleşmede öngörülen şartların açıkça yerine getirilmediğini tespit ederse girişimde bulunmaktan imtina edebilir (m.4/4). Ancak başvuru gerekli tüm şartları taşıyorsa, söz konusu makam 3. ve 5. maddelerde öngörülen görevleri yerine getirmek durumundadır³⁸¹. Eğer başvuru merkezi makam talepte bulunulan devletin merkezi makamı değilse, belgeleri doğrudan ve hızlıca söz konusu devletin merkezi makamına ulaştırmalıdır (m. 4/3).

Sözleşmenin asıl amacına ulaşma kapsamında her akit devlet tarafından velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizi konusunda basit ve seri bir usul uygulanması gerektiği belirtilmiştir (m.14). Bu şekildeki basit ve seri usul, işlem masraflarının azalması noktasında da etkili olacaktır³⁸².

Sözleşmenin 15. maddesinde ise yetkili merkezi makamın karar vermeden önce izlemesi gereken prosedürü belirtilmiştir. Buna göre, öncelikle yaşı ve takdir kabiliyeti bakımından bir olanaksızlık bulunmayan çocuğun görüşüne başvurulması gerekmektedir. Merkezi makam ayrıca lüzum gördüğü konularda gerekli araştırma ve soruşturmanın yapılmasını da isteyebilmektedir.

³⁷⁸Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 85-86; Öztekin Gelgel, (**Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme**), s. 126; Gelgel, **a.g.e.**, s. 83.

³⁷⁹Huysal, **a.g.e.**, s. 200.

³⁸⁰Huysal, **a.g.e.**, s. 200.

³⁸¹Partalçı, **a.g.e.**, s.105.

³⁸²Giray, **a.g.e.**, s.247.

Önemle belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliğine üye devletlerin Lüksemburg sözleşmesi yerine Brüksel II Tüzüğü'nü uygulamaları ve yine 1996 tarihli Lahey Sözleşmesinin yürürlüğe girmesi sebebiyle Lüksemburg Sözleşmesinin uygulama alanı önemli derecede azalmış ve kendisinden istenen verim alınamamıştır³⁸³.

D. 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi Kapsamında Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmesi³⁸⁴, içerisinde tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemeler barındıran bir sözleşme değildir. Fakat her ne kadar tanıma ve tenfiz konusunda hükümler içermese de Lüksemburg Sözleşmesinin tamamlayıcısı niteliğinde olduğundan³⁸⁵ çalışmada bu sözleşmeye de kısaca değinilecektir.

Sözleşme, çocukların kanun dışı yollardan götürülmesini veya alıkonulmasını ele almaktadır³⁸⁶. Sözleşme ile kaçırılan çocukların derhal mutad olarak ikamet ettikleri devlete geri dönmelerini temin etmek ve çocuğu korumak amaçlanmıştır.

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi ile de on altı yaşından küçük çocuklar koruma altına alınmış³⁸⁷ olup sözleşme bu bakımdan Lüksemburg Sözleşmesi ile paralellik arz etmektedir. Ancak Lüksemburg Sözleşmesinde, çocuğun on altı yaşından küçük olması şartının yanında aranan “mutad meskeni kanununa veya Vatandaşlık Kanununa veya talepte bulunulan Devletin iç hukukuna göre kendi ikamet yerini belirleme hakkına sahip olmama” şartı 1980 tarihli Lahey Sözleşmesinde aranmamıştır³⁸⁸.

Sözleşmede velayet hakkı kavramı, çocuğun şahsının bakımı ve ikamet yerinin tespiti hakkı şeklinde tanımlanmış olup çocuğun mal varlığına ilişkin hak ve

³⁸³ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s.577; Giray, **a.g.e.**, s.247.

³⁸⁴ Sözleşme Türkiye tarafından 21.01.1998 tarihinde imzalamış, 03.11.1999 tarihli ve 4461 sayılı Kanun ile onaylanmasını uygun bulmuş ve 15.02.2000 tarih ve 23965 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme bundan sonra “1980 tarihli Lahey Sözleşmesi” olarak anılacaktır.

³⁸⁵ Tiryakioğlu, (**Çocukların Korunması**), s. 43; Altuntaş, **a.g.e.**, s.42.

³⁸⁶ Tiryakioğlu, (**Çocukların Korunması**), s. 43; Giray, **a.g.e.**, s. 22; Huysal, **a.g.e.**, s. 204.

³⁸⁷ Öztekin Gelgel, (**Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme**), s. 133; Huysal, **a.g.e.**, s. 205; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 259; Tiryakioğlu, (**Çocukların Korunması**), s. 48; Giray, **a.g.e.**, s. 32; Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 203, 207-208.

³⁸⁸ Partalcı, **a.g.e.**, s.93.

sorumluluklar sözleşme kapsamında dâhil edilmemiştir³⁸⁹. Ancak Lüksemburg Sözleşmesindeki velayet hakkı kavramının 1980 tarihli Lahey Sözleşmesine göre daha geniş niteliktedir³⁹⁰. Zira Lüksemburg Sözleşmesinde çocuk ile kişisel ilişkinin de tesisi de velayet hakkının bir parçası olarak kabul edilmiştir.

Lüksemburg Sözleşmesi ile velayet hakkına ilişkin kararların tanınması ve tenfizi yanı sıra haksız olarak sınır dışına götürülen çocukların iadesi de güvence altına alınarak velayet hakkını ihlal eden her türlü müdahale haksız götürülme olarak değerlendirilerek sözleşme kapsamına alınmıştır³⁹¹. Oysa 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi yasa dışı yollardan götürülen veya alıkonulan çocuklarını iadesini amaçlamaktadır. Bu kapsamda, Lüksemburg Sözleşmesi ile çocuğun hukuki durumu esas alınırken 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi ile çocuğun fiili durumu korunmaya çalışılmıştır. Bu sebeple, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi uyarınca, velayet hakkına ilişkin adli veya idari merci kararı şart koşulmamış olup bu hak kanun veya sözleşme gereği de kazanılmış olabilecektir³⁹². Sözleşmede bu şekilde düzenleme yapılarak adli ve idari mercilerden alınmış velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizi sırasında geçecek süreden tasarruf edilmesi ve bu şekilde çocukların mümkün olan en kısa sürede iadesinin sağlanması hedeflenmiştir. Zira aksi takdirde çocuğun iadesinin sağlanabilmesi için adli veya idari kararın öncelikle tanınması ve tenfiz edilmesi gerekirdi³⁹³. Buna göre, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, Lüksemburg Sözleşmesine kıyasen, çocukların iadesi hususunda daha etkili olmaktadır³⁹⁴.

Nitekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesinin 14. maddesinde, çocuğun haksız olarak götürüldüğü veya alıkonulduğunun tespiti amacıyla, çocuğun mutad mesken makamları tarafından velayete veya koruma hakkına ilişkin verilmiş adli ve idari

³⁸⁹ Gelgel, **a.g.e.**, s. 79; Huysal, **a.g.e.**, s. 208-209; Giray, **a.g.e.**, s. 14.

³⁹⁰ Gelgel, **a.g.e.**, s. 78.

³⁹¹ Giray, **a.g.e.**, s. 237; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s.200.

³⁹² Çelikel, (**Velayet**), s. 114; Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 84; Şanlı/ Esen/Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 577; Tiryakioğlu, (**Çocukların Korunması**), s. 43; Huysal, **a.g.e.**, s. 207; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 151; Giray, **a.g.e.**, s. 24, 238; Altuntaş, **a.g.e.**, s. 42.

³⁹³ Giray, **a.g.e.**, s. 244; Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 202; Ekşi, **a.g.e.**, s. 365.

³⁹⁴ Huysal, **a.g.e.**, s. 201; Giray, **a.g.e.**, s. 247; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 153; Altuntaş, **a.g.e.**, s. 42.-43.

kararların veya belgelerin doğrudan tanınacağı ve kesin delil olarak dikkate alınacağı düzenlenmiştir³⁹⁵.



³⁹⁵ Giray, **a.g.e.**, s. 96-97; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 176.

SONUÇ

Çalışmamızda, Türk Hukuku uyarınca müşterek velayete hükmedilmesinin mümkün olup olmadığı ve yabancı devletlerden alınan müşterek velayet kararlarının Türkiye’de tenfizi incelenmiştir. Konu ele alınırken öncelikle velayet ile ilgili genel açıklamalara yer verilmiştir. Bu açıklamalardan sonra Türk Medeni Kanununda yer alan velayete ilişkin düzenlemeler incelenerek müşterek velayetin Türk Hukukundaki yeri incelenmiştir. Ayrıca doktrinde yer alan tartışmalardan da bahsedilerek bu görüşlerin değerlendirilmesi ile bir takım sonuçlara varılmıştır. Son olarak ise yabancı devletlerden alınan velayet kararlarının MÖHUK ve milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde tenfizi incelenmiştir. Çalışmamız neticesinde vardığımız sonuçlar ise aşağıda belirtilecektir.

Velayet, çocuğun hukuki durumu ile anne-babası arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir kavramdır. Toplumsal düzenden etkilenen bu kavrama yüklenen anlam zaman içerisinde değişikliğe uğrayarak bugünkü halini almıştır. Velayet; çocuğun ve istisnai olarak ergin olan kısıtlıların şahıs ve malvarlıklarının korunması için anne ve babaya tanınmış bir takım hak ve yükümlülüklerdir. Dolayısıyla Roma döneminde obje olarak vasıflandırılan ve bu şekilde muamele gören çocuk, toplumsal değişikliklere bağlı olarak zaman içerisinde birey olarak kabul edilemeye başlanmıştır. Bu kabul neticesinde velayete çift yönlü bir anlam yüklenmiş ve anne-babanın çocuk üzerinde sahip olduğu haklar kadar yükümlülüklerinin de bulunduğu kabul edilmiştir.

Türk Medeni Kanunda evlilik süresince velayet hakkının anne ve baba tarafından birlikte kullanılacağı düzenlenmişse de boşanma durumunda velayet hakkının yalnızca anne veya babadan birisine ait olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla TMK. 182/2 ve 336. maddeleri uyarınca müşterek velayete hükmedilip edilemeyeceği sorusunun cevabı aranmış ve bu durum doktrinde tartışmaya sebebiyet vermiştir.

TMK. 336/3. maddesinde velayet hakkının “çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa” ait olduğu düzenlenmiş olup bu konuda kanunda bir boşluk bulunmamaktadır.

Dolayısıyla mevcut bir düzenlemenin varlığına rağmen yorum yoluyla müşterek velayete ilişkin karar verilmesi yasanın aşılmasına sebebiyet verecektir.

Nitekim 4721 sayılı Medeni Kanunumuz 2001 yılında kabul edilmiştir. Söz konusu tarih itibarıyla mehz İsviçre Medeni Kanununda müşterek velayete ilişkin düzenleme yapılmış olup müşterek velayet kurumundan haberdar olan kanun koyucu, Türk hukuku açısından, bilinçli bir şekilde müşterek velayeti mümkün kılan bir düzenleme yapmamayı tercih etmiştir. Bu tercihin ise, Türkiye’deki toplum yapısını dikkate alarak velayetin anne veya babadan yalnızca birine tevdi edilmesinin çocuğun menfaati açısından daha iyi olacağı varsayımı ile yaptığı söylenebilir. Fakat belirtmek gerekir ki, velayet hakkının ebeveynlerden yalnızca birine tevdi edilmesinin çocuğun menfaatine daha uygun olacağına ilişkin kabul uygulamada görülen aksaklıklar ile kendi kendini çürütmüştür.

Türk Hukukundaki müşterek velayete ilişkin sorun ancak normlar hiyerarşisi çerçevesinde aşılabilecektir. Çalışmada ayrıntılı olarak belirtildiği üzere Anayasa 90/5. maddesi uyarınca usulüne uygun olarak onaylanarak yürürlüğe giren milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir.

Buna göre, iç hukukumuzun parçası haline gelmiş BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol gibi çocuğun üstün menfaatini temel alan milletlerarası sözleşmeler dayanak gösterilmek suretiyle müşterek velayete ilişkin karar verilmesi mümkün olacaktır. Zira Anayasanın 90/3. maddesinin son cümlesinde *“usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”* denilerek aynı konuda çelişkili hükümlerin olması durumunda sözleşmelerin esas alınacağı açıkça belirtilmiştir.

Bununla birlikte Türk Hukukunda müşterek velayete ilişkin karar verilip verilemeyeceği noktasından toplanan sorunlara ilişkin en kalıcı ve etkili çözüm Türk Medeni Kanununda yapılacak değişiklik ile sunulabilecektir.

Müşterek velayete ilişkin yapılacak düzenlemenin istisna olarak mı yoksa kural olarak mı düzenlenmesi gerektiği konusunda tartışmalar Türk doktrinde de kendine yer bulmuştur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, yapılacak yasal değişiklik neticesinde müşterek velayet hakkının kural- istisna ayrımı yapılmaksızın düzenlenmesi gerektiğine ilişkindir. Hâkim, hangi velayet sisteminin çocuğun üstün menfaatine daha uygun olduğu değerlendirmesi yapılarak velayetin tevdi buna göre sağlanmalıdır. Dolayısıyla hâkim, önüne gelen her olayın koşullarını titizlikle inceleyerek çocuğun menfaatinin neyi gerektirdiğini tespit edecektir. Hâkim, bu tespiti yaparken boşanmış eşlerin kendi aralarındaki ve çocukla olan iletişim becerileri ve uyumları, velayet hakkını kullanma konusundaki istekleri ve çocuğun görüşü gibi hususları dikkate alıp inceleyerek bir neticeye varacaktır. Değerlendirme sürecinde pedagog, psikolog ve sosyal hizmet uzmanlarından yardım alınarak çocuk açısından en sağlıklı sonuca ulaşmaya çalışılmalıdır.

Çalışmada yer verilen diğer bir husus ise yabancı devletlerden alınan müşterek velayete ilişkin kararların Türkiye’de MÖHUK ve milletlerarası anlaşmalar kapsamında tanınması ve tenfiz edilmesine ilişkindir.

Müşterek velayet kararlarının tenfizi edilmesi konusunda öncelikle yabancı mahkeme kararını veren ülke ile Türkiye arasında bir sözleşmenin olup olmadığı kontrol edilmelidir. Zira böyle bir sözleşmenin varlığı halinde, tenfize ilişkin kurallar sözleşmeye göre belirlenecek. Eğer bir sözleşme söz konusu değilse, yabancı mahkeme kararı MÖHUK’da öngörülen usule göre tenfiz edilecektir.

Müşterek velayet kararlarının tenfizi sırasında karşılaşılan en temel problem ise kamu düzeni şartıdır. Zira Yargıtay, velayetin kamu düzenine ilişkin olduğu ve velayete ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşıdığı gerekçesiyle müşterek velayete ilişkin kararların tanınıp tenfiz edilme taleplerini uzun yıllar boyunca reddetmiştir. Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre, yabancı devletler tarafından velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin verilen kararların çocuğun menfaatine daha uygun olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmaksızın kamu düzeni nedeniyle reddedilmesi hatalı bir davranış biçimidir. Zira yabancı devletlerde öngörülen soyut hukuk kuralının TMK’daki düzenlemeden farklı olması kamu düzeni müdahalesi için haklı bir gerekçe oluşturmaz. Bu şartın uygulanabilmesi için yargılama sonucunda varılan

hukuki durumun kamu düzenine açıkça aykırı olması gerekecektir. Müşterek velayete ilişkin kararların ise Türk toplumunun temel değerleri ile çelişmediği açıktır. Nitekim Yargıtay da 2017 yılında istikrar bulmuş görüşünden vazgeçmiş ve yabancı mahkeme kararında esas alınan düzenlemelerin Türk hukukundakilerden farklı olmasının tek başına bir kamu düzeni engeli oluşturmadığını ifade etmiştir.



KAYNAKÇA

- Acabey, M. Beşir: **Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Hukuki Konular**, İzmir Barosu Dergisi, Y.200, S.4, s. 88-140.
- Acabey, M. Beşir: **Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2002.
- Akıllıoğlu, Tekin: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 44, Y. 1989, S. 3–4, s. 155-173.
- Akıncı, Ziya:
Demir Gökyayla, Cemile: **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Akıntürk, Turgut:
Ateş Karaman, Derya: **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, 14. Basım, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012.
- Akyüz, Emine: **Çocuk Hukuku: Çocuk Hakları ve Korunması**, 2. Basım, Ankara, Pegem Akademi, 2012, (Çocuk Hukuku).
- Akyüz, Emine: **Evlat Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu**, Ankara, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, 1995, (Evlat Edinme).

Akyüz, Emine:

Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1983, (Çocuğun Korunması).

Akyüz, Emine:

“Medeni Kanuna Göre Ana Babanın Çocuğu Yetiştirme Görevi”, Ankara, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C. 16, Y. 1983, S. 1, s. 511-529 (Yetiştirme).

Akyüz, Emine:

Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağarı, 1999, s. 648 (Değerlendirilmesi).

Akyüz, Emine:

Velayet ve Çocuğun Korunması, Ankara, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, 2009, s. 111-156, (Velayet).

Alangoya, H. Yavuz:
Yıldırım, M. Kamil
Deren-Yıldırım, Nevhis

Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011.

Altuntaş, İlkur:

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006.

Apaydın, Eylem:

Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği,

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9,
Y. 2018, S. 1, s.445-476.

Atar, Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku**, 11. Basım, Ankara,
Seçkin Yayınları, 2017.

Aybay, Rona: **Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2007, S. 70, s.187–213.

Baktır Çetiner, Selma: **Velayet Hukuk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

Bardakoğlu, Ali: **Hidane**, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi.

Başlar, Kemal: **Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, C. 24, Y. 2004, S. 1–2, s. 279–336.

Batum, Süheyl: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993.

Baygın, Cem: **“Evlat Edinmenin Sonuçları”**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Y.2003, S. 3-4, s. 627-650 (Sonuçlar).

Baygın, Cem: **“Kan Bağına Dayanan Soybağı”**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi,

AÜEHF'nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, C. 6, Y.2002, S. 1-4, s. 255-284, (Soybağı).

Baygın, Cem: **Soybağı Hukuku**, 1. Basım, İstanbul, On İkiLevha Yayınları, 2010.

Beilfuss, Cristina Gonzalez: **European FamilyLaw in Action Volume III Parental Responsibilities**, Katharina Boele-Woelki/ Bente Braat/ Ian Curry-Sumner (Editors) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford. 2005, s. 199.

Berki, Osman Fazıl: **Evlad Edinenin Ölümü Halinde Velayet Hakkının Asıl Ana Babaya Avdet Edip Etmeyeceği**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Y.1954, S. 1,s. 634-638.

Berki, Şakir: **“Romada Aile Hukuku”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, Y.1957, S. 1, s.111-121, (Aile Hukuku).

Berki, Şakir: **Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şümulü**, Ankara, Yargıçoğlu Matbaası, 1970, (Velayetin Şümulü).

Bilir, Faruk: **Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, Y. 2005, S., s.77–107.

Brauchli, Andreas: **Das Kindeswohl als Maxime des Rechts**, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1982, s. 114, 165

- Çelik, Cemil: **“Velayetin Kaldırılması”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, Y.2004, S. 1,s.255-309.
- Çelik, Edip: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması**, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Özel Sayısı), C. 9, Y. 1988, S. 1- 3, s.47-56.
- Çelikel, Aysel:
Erdem, B. Bahadır **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- Çelikel, Aysel:
Öztekin Gelgel, Günseli **Yabancılar Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016.
- Çelikel, Aysel: **“Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 2, Y. 1982, S. 2, s. 7-13, (Tenfiz Şartları).
- Çelikel, Aysel: **“Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”** Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 17, Y.1997, S. 1-2, s. 107-116, (Velayet).
- Dardağan Kibar, Esra: **“Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2011/1, s. 541- 560.

Demir Gökyayla, Cemile: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2001.

Dönmez, Ünsal:
Barın, Taylan **“Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Y.2018, S. 35, s.175-210.

Dural, Mustafa:
Öğüz Tufan
Gümüş, Mustafa Alper **Türk Özel Hukuku: Cilt III Aile Hukuku**, 12. Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Edis, Seyfullah: **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 6. Basım, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1997.

Ekşi, Nuray: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013.

Erdem, B. Bahadır: **“22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, Y. 2002, S. 2, s. 149-182.

Erdem, B. Bahadır: **“Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü”**, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı: Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel

Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri,
Haz. Şükran Şıpka, Ebru Şensöz, Ayşe Nilay
Şenol, Arif Barış Özbilen, İstanbul, İstanbul
Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 18, 2006, s. 133-
151, (Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararları).

Erlüle, Fulya:

“Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”, Marmara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları
Dergisi, C. 16, Y. 2010, S. 3-4, s. 217-248.

Ertaş, Şeref:

Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi,
Ankara, Kudret Ayiter’e Armağandan Ayrı Bası,
Ankara Üniversitesi Basımevi, 1988.

Ferrand, Frederique:

**European Family Law in Action Volume III
Parental Responsibilities**, Katharina Boele-
Woelki/ Bente Braat/ Ian Curry-Sumner (Editors)
Intersentia EFL, Antwerp- Oxford. 2005.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:

Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986.

Gelgel, Günseli:

**Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan
Doğan Problemler**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012.

Gençcan, Ömer Uğur:

Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara,
Yetkin Yayınları, 2008.

Gençcan, Ömer Uğur:

“Ortak Velâyet”, İzmir Barosu Bülten 8 Mart
2017 Özel Sayısı, s.24-30.

- Giray, Faruk Kerem: **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2010.
- Göğer, Erdoğan: **Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977.
- Gören, Zafer: **Anayasa Hukukuna Giriş**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1999.
- Gözler, Kemal: **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa, Ekin Basım Yayınları, 2016.
- Gözler, Kemal: **Hukuka Giriş**, 14. Basım, Bursa, Ekin Kitabevi, 2017, (Hukuka Giriş).
- Gözübüyük, Şeref: **Anayasa Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- Grassinger, Gülçin Elçin: **Türk Medeni Kanun’unda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2009.
- Güenal, Nadi: **“Roma Hukukunun Temek Kriterleri, Kavram ve Kurumları”**, Doğu Batı Dergisi: Romalılar, C. 1, Y. 2009, S. 9, 2009, s.11-32.
- Güneş Ceylan, Selda: **Roma Hukukundan Günümüze Velayet- Vesayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.

- Gürzumar, Aydanur: **“Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğ’e Armağan, C. 14, Y. 1994, S. 1-2, s. 21-54.
- Hatemi, Hüseyin:
Kalkan Oğuztürk, Burcu: **Aile Hukuku**, 6. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2018.
- Hausheer, Heinz:
Wolf, Stephan
Achermann-Weber, **“Parental Responsibilities in Switzerland”**, European Family Law in Action, Vol.III, Cornelia Intersentia, Antwerp, 2005.
<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Switzerland-Parental-Responsibilities.pdf> (Çevrimiçi)
- Hayden, Andrina: **Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England**, InDret, Vol. 1, 2011, s.9 (<https://ssrn.com/abstract=1762804>) (Çevrimiçi)
- Honsell, Heinrich: **Römisches Recht**, 8. Auflage, Berlin Heidelberg, Springer Verlag, , 2015.
- Huysal, Burak: **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.
- İlçin Gönenç, Fulya: **Roma Hukukunda Kadın**, İstanbul, On İki levha Yayınları, 2010.
- İmamoğlu, Hülya: **“Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip**

Hakkının Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, Y.2005, S. 1, s. 165-190.

İnan, Ali Naim:

“Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, Y.1995, S. 1, s. 765-778, (Sözleşme).

İnan, Ali Naim:

Çocuk Hukuku, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968, (Çocuk Hukuku).

İnan, Ali Naim:

Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları, İstanbul, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, 1999, (Yetersizlikler).

İnce, Nurten:

“Karşılaştırmalı Hukukta Ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Y. 2018, S. 9,s.189-229.

Jarrett, Tim:

Children: Parental Responsibility - What is it and How is it Gained and Lost (England and Wales), House of Commons Library, Briefing Paper, Number 2827, 9 August 2017. <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02827> (Çevrimiçi)

- Kahraman, Süheyla: **“Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet”**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018.
- Kapani, Münici: **Kamu Hürriyetleri**, 7. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993.
- Karadeniz Çelebican, Özcan: **Roma Hukuku**, 17. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014
- Karaca, Hilal: **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, 1. Basım, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.
- Karlı, Abdurrahim: **Medeni Muhakeme Hukuku**, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 533; Timuçin Muşul, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Kaser, Max: **Das Römische Privatrecht**, 16.Auflage, München, C.H Beck, 1992.
- Kılıçoğlu,Ahmet: **Aile Hukuku**, 3. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- Kırca, Çiğdem: **Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, Y.2001, S. 1.
- Kiremitçi Öztürk, Müge: **“Boşanma Sürecinde Ortak (Müşterek) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı”**, Çocuk Hakları

Çalışmaları-I (Ed: Evgen Gülçin Elçin/Arzu Genç Arıdemir), İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz:

Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

Köprülü, Bülent:
Kaneti, Selim

Aile Hukuku, 2. Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

Köseoğlu, Bilal:
Kocaağa, Köksal

Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa, Ekin Yayınları, 2011.

Kurt, Leyla Müjde:

“Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Y. 2018, S. 2, s.157-186.

Kuru, Baki:
Arslan, Ramazan
Yılmaz, Ejder

Medenî Usul Hukuku: Ders Kitabı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Limbach, Jutta:

Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, Heidelberg, C.F. Müller, 1988.

Lowe, Nigel:

European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities, Katharina Boele-Woelki/ Bente Braat/ Ian Curry-Sumner (Editors) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford. 2005.

Meray, Seha L.:

Devletler Hukukuna Giriş, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968.

Nomer, Ergin:

Devletler Hususî Hukuku: Kanunlar İhtilâfî Hukuku-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, (Devletler Hususî Hukuku).

Nomer, Ergin:

“Devletler Hususî Hukukunda ‘Milletlerarası Yetki’ Mefhumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 40, Y.1974, S. 1-4, s. 393-426, (Milletlerarası Yetki).

Nomer, Ergin:

“Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, C. 23, Y. 2003, S. 1-2, s. 565-577, (Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni).

Nomer, Ergin:

“Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, C. 19, Y. 1999, S. 1-2, s. 555-576.

Oğuzman, M. Kemal:

Barlas, Nami

Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 21. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

Öcal Apaydın, Bahar:

“İsviçre Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”,

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
C. 11, Y. 2016, S. 145–146, s.631-658.

Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Özlü, Hakkı: **Türk Medeni Hukukunda Velâyetin Kaldırılması**, Ankara, Adil Yayınevi, 2002.

Özmen, İsmail: **Velayet Hakkı Davaları ve Çocuk Mahkemeleri**, Ankara, Kartal Yayınları, 2005.

Öztan, Bilge: **Aile Hukuku**, 5. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

Öztan, Bilge: **“Boşanmada Velayetin Tevdii”**, Çankaya
Öztan, Fırat Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Y. 2016, S.2, s. 473-495.

Öztan, Bilge: **Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu**, Ankara, Prof. Dr. Tuğrul Ansay Armağanı, 2006, s. 251-260, (Birlikte Velâyet).

Öztekin Gelgel, Günseli: **“Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, Y. 2005, S. 8, s. 119-148, (Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinme).

Öztekin, Günseli: **“Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.06.2000 Tarihli Kararı”**,

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk
Bülteni, C. 19, Y.1999, S. 1-2, s. 769-791.

Özuğur, Ali İhsan:

**Türk Medeni Kanunun Değişen Yeni
Düzenlemeleri İle Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-
Vesayet-Soybağı, Evlat Edinme Hukuku, Diğer
Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, 4. Basım,
Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.

Partalcı, Rümeysa:

**“Yabancı Devletlerden Alınan Velayet
Kararlarının Tenfizi”**, İstanbul, İstanbul
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel
Hukuk Anabilim Dalı, 2014.

Pazarcı, Hüseyin:

**Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların
Çatışması**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası
Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toluner’e
Armağan, C. 24, Y.2004, S. 12, s. 651-674, (Türk
Hukukunda).

Pazarcı, Hüseyin:

Uluslararası Hukuk, 15. Bası, Ankara, Turhan
Kitabevi, 2016.

Pekcanitez, Hakan:

Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları,
2013.

Atalay, Oğuz

Özekes, Muhammet

Planitz, Hans:

Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Auflage, Eckhardt,
Graz/Köln/Wien, Böhlau Verlag, 1991.

Karl August

Planitz, Hans:

Germanische Rechtsgeschichte, 2. Auflage,
Berlin, Verlag Franz Vahlen, 1941.

Ruhi, Ahmet Cemal: **Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, (Boşanmanın Sonuçları).

Ruhi, Ahmet Cemal: **Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013, (Yabancı Boşanma İlamları).

Ruhi, Ahmet Cemal: **“Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiye’de Tenfizi”**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7,Y.2003, S. 3-4, s. 721-756, (Velayet Konusundaki İlamları).

Ruhi, Ahmet Cemal: **“Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, Y.2002, S. 2, s. 643-664.

Ruhi, Canan:
Ruhi, Ahmet Cemal: **Velayet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.

Sakmar, Ata: **Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

Sayman, Yücel: **“Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi**

Hakkında Rapor”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 16, T.1996, S. 1-2, s. 129-138.

Schlüter, Wilfred:

BGB-Familienrecht, 14. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 2012.

Serdar, İlknur:

“Birlikte Velâyet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, Y. 2008, S. 1, s.155-197.

Serozan, Rona:

Çocuk Hukuku, 2. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

Serozan, Rona:

Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler, İstanbul, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan 1997, s. 381-406 (Yetersizlikler).

Serozan, Rona:

Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, (Medeni Hukuk).

Serozan, Rona:

Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Ankara, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, (Soybağı Hukuku).

Şanlı, Cemal:

Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Vedat

Esen, Emre

Kitapçılık, 2018.

Ataman Fıganmeşe, İnci

- Şanlı, Cemal: **“Türkiye’deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.6, Y.1986, S. 1, s. 40-45.
- Şanlı, Cemal: **“Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 16, Y.1996, S. 1-2, s. 71-82, (Tenfiz).
- Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, (Uluslararası Ticari Akitler).
- Şensöz Malkoç, Ebru: **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
- Şit, Banu: **“Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Y. 2011, S. 1, s. 61-74.
- Tahiroğlu, Bülent:
Erdoğan, Belgin: **Roma Hukuku Dersleri**, 8. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2012.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge: **“Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 16, Y.1996, S. 1-2, s. 83-92.

- Tekinalp, Gülören:
Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer
- Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları,**
11. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Tekinay, Selahattin Sulhi:
- Türk Aile Hukuku,** 7. Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.
- Tezgel, Mehmet:
- Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi,** Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Tiryakioğlu, Bilgin:
- Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku,** Ankara, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Özkan Matbaacılık, 2000, (Çocukların Korunması).
- Tiryakioğlu, Bilgin:
- “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme”,** İstanbul, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, s. 383 (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi).
- Tiryakioğlu, Bilgin:
- Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi,** Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, (Yabancı Boşanma Kararları).
- Toluner, Sevin:
- Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler,** İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1973.

Triepel, Heinrich:
çev. Arslan, Orhan

**İç Hukukla Arsiulusal Hukuk Arasındaki
Münasebetler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Mecmuası, C. 3, Y.1937, s.6-50.

Turhan, Mehmet:

Anayasal Devlet, Ankara, Natural Yayıncılık,
2004.

Turhan, Nedim:

**“Ana Babanın Çocuklarına Karşı, Çocukların
Ana Babaya Karşı Olan Hak ve
Yükümlülükleri ve Ehliyet Sorunu”**, Yargıtay
Dergisi, C.27, Y. 2001, S. 3, s. 333-362.

Turhan, Nedim:

“Devletler Özel Hukukunda Kamu Düzeni”,
Yargıtay Dergisi, C. 27, Y.2001, S. 1-2, s. 225-
238.

Uluocak, Nihal:

**“Çocukların Korunması Hakkındaki
Öntasarının Değerlendirilmesi”**, Milletlerarası
Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.
16, Y.1996, S. 1-2, s. 109-118, (Öntasarı).

Uluocak, Nihal:

**Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (Uygulama
Kuralları)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

Uluocak, Nihal:

**“Velayet Sorumluluğu ve Çocukların
Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye,
Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve
İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının
Değerlendirilmesi (Nihâî Metin, 19 Ekim
1996)”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel
Hukuk Bülteni, C. 16, Y.1996, S. 1-2, s. 119-128,
(Değerlendirme).

- Ulus Karataş, Ayşe Elif: **“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”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 37, Y.2017, S. 2, s. 911-1003.
- Usta, Sevgi: **Çocuk Hakları ve Velayet**, 1. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012.
- Usta, Sevgi: **Velayet Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016 (Velayet Hukuku).
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi: **Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine**, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 2, Y.1994, S.1.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi: **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993.
- Zevkliler, Aydın:
Ertaş, Şeref
Havutçu, Ayşe
Acabey, M. Beşir
Gürpınar, Damla
- Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 10. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.