

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK MİLLETLERARASI AİLE HUKUKUNDA
MÜŞTEREK VELAYET

Süheyla KAHRAMAN

2501140722

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY

İstanbul, 2018



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : SÜHEYLA KAHRAMAN Numarası : 2501140722
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : DOÇ.DR.FARUK KEREM GİRAY
Tez Savunma Tarihi : 20.06.2018 Saati : 11:00
Tez Başlığı : TÜRK MİLLETLERARASI AİLE HUKUKUNDA MÜŞTEREK VELAYET

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	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.MEHMET SERKAN ERGÜNE		KABUL
2- DOÇ.DR.FARUK KEREM GİRAY		KABUL
3- Dr. Öğr. ÜYESİ.EBRU ŞENSÖZ MALKOÇ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.ZEKERİYA KURŞAT		
2- DOÇ.DR.BAHAR CEYDA SÜRAL		

ÖZ

Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet

Süheyla KAHRAMAN

Bu çalışmada, velayetin boşanma sonrasında eşler tarafından birlikte kullanılması hususu incelenmiştir. Bu amaçla birinci bölümde, geçmişten bugüne velayet algısının dönüşümü ve hukuki düzenlenişi, tek başına velayet sisteminden doğan müşterek velayet sistemine geçiş sürecinden bahsedilmiştir.

İkinci bölümde, müşterek velayete dayanak teşkil eden uluslararası düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu uluslararası düzenlemelerin müşterek velayetle ilgili hükümleri, Türk hukuku bağlamında incelenerek ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde, mukayeseli hukuk bağlamında müşterek velayetin ne şekilde düzenlendiği incelenmiş ve son olarak Türk Hukuku'nda yer alan düzenleme ve olması gereken yasa değişikliği hakkında görüş ve öneriler beyan edilmiştir.

Çalışmanın dördüncü bölümünde, yabancılık unsuru içeren müşterek velayet ihtilaflarına tatbik edilecek hukuk, Türk kanunlar ihtilafı kuralları ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler bakımından incelenmiştir.

Çalışmanın beşinci bölümde, yabancı mahkemelerden alınan müşterek velayet kararlarının tanınması ve tenfizi, milletlerarası usul hukuku bakımından incelenmiş ve son olarak altıncı bölümde müşterek velayete ilişkin ihtilaflarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin ne şekilde belirleneceği hususuna yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ortak Velayet, Velayet, Tek Başına Velayet

ABSTRACT

Joint Custody in Turkish International Family Law

Süheyla KAHRAMAN

In this paper, joint custody, which means exercise of custody of spouses after divorce has been examined. With this purpose, in the first chapter, history of custody from Roman to today was mentioned and how joint custody rise in the world was questioned.

In the second part, international arrangements which form the basis of common law are given. The provisions related to joint custody of the said international regulations have been examined separately in the context of Turkish law.

In the third chapter, it is examined how the joint custody is regulated in the context of comparative law and finally the opinions and suggestions about the regulation and the required legislative changes in Turkish Law have been declared.

In the fourth part of the study will be applied to joint custody disputes containing foreign elements of law, Turkish law are examined in terms of international conventions to which Turkey is party rules and conflict.

In the fifth part of the work, the recognition and enforcement of joint custody decisions taken from foreign courts were examined from the standpoint of international procedural law, and finally, in the sixth section, the issue of how international powers of Turkish courts should be determined in disputes related to common courtship.

Key Words: Joint Custody, Custody, Sole Custody

ÖNSÖZ

Müşterek velayet; çocuk, anne ve baba üçlüsü var olduğu sürece var olan bir kavramdır. Bu bağlamda, müşterek velayet kavramının hem evlilik birliği kurulmadan önce hem evlilik birliğinin askıya alındığı ayrılık halinde hem de evlilik birliği sona erdiğinde gündeme gelebilecektir. Ancak konumuz gereği çalışma boyunca esas incelenecek olan müşterek velayet, boşanma sonrası müşterek velayettir.

Konumuzun belirlenmesinde, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2016/15771 E., 2017/1737 K., 20.02.2017 T. kararı ile birlikte müşterek velayetin Türkiye'de de uygulanmaya başlanacağı ve bununla uyumlu bir yasanın olmaması hususu etkili olmuştur.

Çalışmamızda, müşterek velayet uygulamasının faydalı yönleri aktarıldığı gibi meydana getirebileceği sakıncalar ve uygulamasında yaşanabilecek zorluklardan da bahsedilmektedir. Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun velayetin kullanılmasına ilişkin hükümlerinin müşterek velayetle uyumlu olarak revize edilmesine ilişkin yasa değişikliği hakkında birtakım önerilerde bulunmaktadır.

Çalışmanın konusunun belirlenmesinde ve hazırlanmasında yardımcı olan tez danışmanım sayın Doç. Dr. Faruk Kerem Giray'a çok teşekkür ederim. Kendisi tez yazım sürecimde değerli fikirleriyle tezimi geliştirmemi sağlamış, hem de tezimi en ince ayrıntısına kadar okuyarak fikirlerini belirtmiş, maddi ve manevi desteğini esirgememiştir.

Tezin içeriğinin belirlenmesinde değerli vaktini ayırarak katkı sağlayan sayın Dr. Öğr. Üyesi Bahar Öcal Apaydın'a teşekkürlerimi sunarım.

Tezimin olgunlaşmasında maddi ve manevi desteğinden ötürü değerli arkadaşım Arş. Gör. Emine Aslı Küçükaydın'a teşekkürü bir borç bilirim. Kendisi tez konumun belirlenmesinden kaynakçamın yazılışına, tez sürecimin başından sonuna kadar hem kaynakları temin etmede yardım etmiş hem de yaşadığım zorlu süreçte beni motive ederek çalışmayı tamamlamam için bana güç vermiştir.

Müşterek velayetin uygulamadaki yönüne ilişkin fikirlerimin gelişmesinde yardımcı olan sevgili arkadaşlarım Av. Nilgün Topraktepe, Av. Duygu Dede, Av. Neriman Dilek, Hakim Emine Betül KİRİK'e değerli destekleri için teşekkür ederim.

Tez yazım sürecinde belki en fazla ihtiyaç duyulan hususlardan biri, çalışma arkadaşlarının anlayışıdır. İş yükümü hafifletmemde yardımcı olarak bana çalışma ortamında bana anlayış gösteren sayın hocam Dr. Öğretim Üyesi Eylem Apaydın'a teşekkür ederim.

Bu süreçte çokça başımı ağrıttığım, dertlerimi dinleyen, güzel arkadaşlığıyla bu süreci bana çekilir kılan, maddi ve manevi desteğini esirgemeyen sevgili kürsü arkadaşım Arş. Gör. Merve Keskin Orhan'a teşekkürü bir borç bilirim.

Stresli tez döneminin sancılı zamanlarında verdikleri psikolojik destekleri için sevgili aileme teşekkür ederim. Özellikle beni akademik çalışma yapmaya teşvik eden, birikimleri ve tecrübesiyle daima bana yol gösteren, değerli fikirlerini benimle paylaşan, desteğini her daim hissettiğim canım babama sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Hayatımızın her döneminde bizim iyiliğimiz için çalışıp didinen ve çalışkanlığıyla her zaman bize iyi örnek olan canım anneme de sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Bir insanın sahip olabileceği en büyük zenginlik olan kardeşlerime, hep yanımda olduklarını hissettirdikleri ve varlıklarıyla bana güç kattıkları için minnettirim.

Burada ismini zikredemediğim ancak çalışmanın oluşmasında en ufak katkısı bulunan herkese de ayrıca teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	I
ABSTRACT.....	II
ÖNSÖZ.....	III
KISALTMALAR LİSTESİ.....	VIII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAVRAMININ ZAMAN İÇERİSİNDEKİ DÖNÜŞÜMÜ VE MÜŞTEREK VELAYETİN ORTAYA ÇIKIŞI

I. Velayetin Tarihsel Gelişimi.....	4
A. Genel Bilgi.....	4
B. Roma Hukukunda Velayet.....	5
C. Germen Hukukunda Velayet.....	6
D. Türk Medeni Kanunu Öncesinde Velayet.....	6
II. Velayet Kavramının Dönüşümü ve Müşterek Velayet Kavramı.....	7
A. Velayet Kavramının Dönüşümü.....	7
B. Müşterek Velayet.....	12
1. Genel Bilgi.....	12
2. Müşterek Velayet Kavramı.....	13
C. Velayetin Kullanılması ve Müşterek Velayet.....	14
1. Evli Olmayan Çiftler Arasında Velayetin Kullanılması ve Müşterek Velayet.....	14
2. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi veya Ayrılık Halinde Velayetin Kullanılması ve Müşterek Velayet.....	17
3. Boşanma Sonrasında Velayetin Kullanılması ve Müşterek Velayet.....	18
a. Fiziksel Müşterek Velayet (Joint Physical Custody/Residential Custody).....	21
b. Yasal Müşterek Velayet (Joint Legal Custody).....	26

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDE MÜŞTEREK VELAYET

I. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde Müşterek Velayet.....	30
A. Genel Bilgi.....	30
B. Çocuklar Arasında Ayrım Gözetmeme İlkesi.....	31
C. Çocuğun Yüksek Yararının Gözetilmesi İlkesi.....	32
1. Genel Bilgi.....	32
2. Velayetin Tevdiinde Çocuğun Yüksek Yararının Gözetilmesi.....	35
D. Çocuğun Anne ve Babası ile Yaşama Hakkı.....	39
E. Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi.....	41
II. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 84(4) Sayılı Tavsiye Kararı Bağlamında Müşterek Velayet.....	43
III. AİHS Ek 7 Nolu Protokol Bağlamında Müşterek Velayet.....	45

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA MÜŞTEREK VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

I. Mukayeseli Hukukta Müşterek Velayet.....	47
A. Alman Hukukunda Müşterek Velayet.....	47
B. İsviçre Hukukunda Müşterek Velayet.....	47

C. Hollanda Hukukunda Müşterek Velayet	49
D. Avustralya Hukukunda Müşterek Velayet	50
II. Türk Hukukunda Müşterek Velayet	53
A. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme	53
B. Türk Doktrininde Yer Alan Görüşler	55
C. Türk İlk Derece Mahkemeleri ve Yargıtay'ın Konuya Yaklaşımı	56
D. Görüş ve Öneriler	58

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KANUNLAR İHTİLAFINDA MÜŞTEREK VELAYET

I. Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk	Error! Bookmark not defined.
A. 1961 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bakımından Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk	66
1. Sözleşme'nin Uygulama Alanı	66
2. Sözleşme Gereğince Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk	67
B. 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi Gereğince Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk	69
1. Sözleşme'nin Uygulama Alanı	69
2. Sözleşme Gereğince Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk	70
a. Genel Bilgi	70
b. Koruma Önlemlerine Uygulanacak Hukuk	71
c. Velayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk	71
C. Kanunlar İhtilafı Kuralları Gereğince Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk	74

BEŞİNCİ BÖLÜM

YABANCI MAHKEMELERCE VERİLEN MÜŞTEREK VELAYET İLAMLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

I. 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi Gereğince Müşterek Velayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizi	79
A. Genel Bilgi	79
B. Sözleşme Gereğince Müşterek Velayet Kararlarının Tanınması	80
C. Sözleşme Gereğince Müşterek Velayet Kararlarının Tenfizi	81
II. 1980 Tarihli Lüksemburg Sözleşmesi Gereğince Müşterek Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi	82
A. Sözleşme'nin Uygulama Alanı	82
B. Sözleşme Hükümlerine Göre Müşterek Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi	85
C. Sözleşme Hükümlerine Göre Müşterek Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizinde İzlenmesi Gereken Usul	86
III. 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi'nin Müşterek Velayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Önemi	88
IV. Brüksel II-A Tüzüğü Kapsamında Tanıma ve Tenfiz	89
A. Genel Bilgi	89
B. Tüzük Hükümleri Uyarınca Tanıma ve Tenfiz	91
1. Tanıma	91
2. Tenfiz	92
V. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tanıma ve Tenfiz	94
A. Genel Bilgi	94

B. 5718 sayılı MÖHUK Hükümlerine Göre Velayet Kararlarının Tenfizi İçin	
Aranan Şartlar	95
1. Ön Şartlar	95
2. Aslî Şartlar	96
VI. Yabancı Müşterek Velayet Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Etkisi	98
VII. Velayet Kararlarının İki Taraflı Adlî Yardım Anlaşmaları Kapsamında	
Tenfizi	101

ALTINCI BÖLÜM

MÜŞTEREK VELAYETE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

I. Türk Mahkemelerinin Genel Olarak Milletlerarası Yetkisi	103
II. Türk Milletlerarası Usul Hukukuna Göre Velayet Uyuşmazlıklarında Yetki. 105	
A. 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi Kapsamında Türk Mahkemelerinin	
Milletlerarası Yetkisi	106
1. Genel Bilgi	106
2. Sözleşme Uyarınca Yetkili Makamın Tespit Edilmesi	107
a. Küçüğün Mutad Meskeni Makamlarının Yetkisi	107
b. Küçüğün Vatandaşı Olduğu Devlet Makamlarının Yetkisi	107
c. Küçüğün veya Mallarının Bulunduğu Yer Makamının Yetkisi	109
B. 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi Gereğince Türk Mahkemelerinin	
Milletlerarası Yetkisi	110
1. Genel Bilgi	110
2. Sözleşme Hükümlerinde Yer Alan Genel Yetki Kuralı	110
3. Sözleşme Hükümlerinde Yer Alan Genel Yetki Kuralının İstisnaları	111
SONUÇ	114
KAYNAKÇA	117

KISALTMALAR LİSTESİ

§	: Bölüm
a.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Alm. MK	: Alman Medeni Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
ÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
E.	: Esas
Ed.	: Editör
HD.	: Hukuk Dairesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İsv. MK	: İsviçre Medeni Kanunu
K	: Karar
Md	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
N.	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri

vd. : ve devamı
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y. : Yargıtay
Y : Yıl
yy. : yüzyıl



GİRİŞ

Evlilik birliği içerisinde velayet, Türk Hukuku'nda kural olarak anne ve baba tarafından birlikte kullanılmakta; velayete ilişkin hak ve yükümlölükler, ebeveyn arasında paylaştırılmaktadır. Boşanma sonrasında ise velayetin kullanılması, geleneksel olarak ebeveynlerden birine bırakılmakta, çocuk kendisine bırakılan anne veya baba, çocuğun hem fiziksel hem de yasal velayetini elinde bulundurmakta, hem çocuğun günlük bakımıyla ilgilenmekte hem de çocuğun hayatına ilişkin kararları verme konusunda tek başına yetkili olmaktadır. Velayetin kendisine bırakılmadığı anne veya babanın çocuk üzerindeki hakkı, çocuğu ziyaret etmekten; yükümlölüğü ise yalnızca çocuğun bakımını maddî anlamda desteklemekten ibaret olmaktadır.

Anlaşmalı boşanmaların giderek yaygınlaşması, eşlerin iradelerinin boşanma esnasında ve boşanma sonrası süreçte eskiye nazaran daha fazla ön plana çıkmasını beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla boşanma ve velayete dair sorunlar, yalnızca kamu düzenini ilgilendiren meseleler olmaktan çıkıp, daha bireysel niteliğe bürünmeye başlamıştır. Bu durum, boşanma sonrasında da anne ve babanın, çocuğun velayeti hususunda anlaşabilecekleri, hatta velayeti birlikte kullanmak konusunda mutabık kalabilecekleri bir hukukî zemin meydana getirmiştir.

Müşterek velayet hususu, ilk önce Amerika'nın Kuzey Kaliforniya Eyaletinde yapılan yasal düzenleme ile ortaya çıkmış ve tüm dünyada tartışılmaya başlanan bir konu haline gelmiştir.

Müşterek velayete ilişkin doktrinel tartışmalar zamanla Amerika kıtasından Avustralya'ya, sonrasında da diğer Avrupa ölkelerine sıçramış, özellikle Almanya ve İsviçre hukuk doktrinlerinde konu etraflıca tartışılmış ve nihayetinde müşterek velayeti destekleyen mahkeme kararlarını takip eden süreçle kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Türk Hukuku bakımından ise pek uzun bir geçmişi olmayan müşterek velayet tartışması; psikologlar tarafından çoğunlukla çocuğun yararı bağlamında ele alınmasına karşın, hukukçular tarafından genel itibariyle mevcut kanuni düzenlemeler özelinde tartışılmış, konuya ilişkin evrensel değerler doğrultusunda olması gereken düzenleme pek dikkate alınmamıştır.

Velayete ilişkin Türk Medeni Kanunu hükümleri, müşterek velayete ilişkin açıkça bir düzenlemeye yer vermediğinden, müşterek velayet mevzusu doktrinde ve yargı kararlarında farklı şekillerde ele alınmış ve alınmaktadır.

Yabancı devlet mahkemelerinin müşterek velayete ilişkin kararlarının Türk mahkemelerince tanınma ve tenfiz edilmelerine dair talepler, çoğunlukla kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile reddedilmiş, kamu düzenine aykırılığın sebebi olarak da müşterek velayet düzenlemesinin Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmemesi gösterilmiştir.

Müşterek velayetin Türk Hukuku bakımından değerlendirilmesinde, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2016/15771 E., 2017/1737 K., 20.02.2017 T. sayılı kararı ile önemli bir gelişme yaşanmıştır. Söz konusu karar, 6684 sayılı Kanun ile, 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan ve 25.05.2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe giren "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol"ün, evliliğin bitmesi halinde eşlerin eşit haklara sahip olduğuna vurgu yapan 5. Maddesine atıf yaparak, evliliğin sona ermesi durumunda çocuğun velayetinin anne ve babadan her ikisinde kalmasına olanak sağlayan müşterek velayet uygulamasının önünü açmıştır.

Halihazırda, Türkiye'de müşterek velayet uygulamasının hukuki anlamda önünü açan tek durum, Yargıtay'ın müşterek velayeti onaylayan kararıdır. Bunun dışında, Türk Medeni Kanunu'nun velayete ilişkin hükümlerinde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Boşanma sonrası müşterek velayet uygulamasına olanak veren Yargıtay kararı, elbette azımsanamayacak derecede önemlidir. Ancak, müşterek velayetin Türk Hukuku'na göre ne şekilde uygulanacağı, müşterek velayet uygulamasının getireceği risklerin ne şekilde tolere edileceğine ilişkin hususlarda, kamuoyunu tatmin edecek ayrıntılı bir düzenleme getirilmesinin gerekliliği aşikârdır. Hâl böyle iken, Türkiye'de konuyu düzenleyen makalelere yer yer rastlanmakla birlikte, müşterek velayete ilişkin kriterleri, müşterek velayete dayanak teşkil eden hukuki düzenlemeleri ve müşterek velayete uygulanacak hukuku kapsayacak bir çalışma neredeyse bulunmamaktadır.

Yukarıda zikredilen boşluğu doldurmak amacıyla yapılan bu çalışmanın birinci kısmında velayet kavramının tarihsel dönüşümü ele alınarak değişen velayet algısı ile müşterek velayete giden süreç hakkında bilgi verilecektir.

İkinci kısımda, müşterek velayete kaynaklık eden uluslararası metinlerin ilgili hükümleri incelenecek; bu bağlamda öncelikle Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ayırım gözetmeme ilkesi, çocuğun yararını ön planda tutma ilkesi, çocuğun görüşünün alınması ilkesi ve çocuğun anne baba ile yaşama hakkı ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Üçüncü kısımda, yürürlükteki bazı hukuk sistemlerinin müşterek velayete ilişkin yaklaşımları ele alınacak; bu bağlamda Almanya, İsviçre, Hollanda, Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya Hukuku'ndaki düzenlemelere yer verilecektir.

Dördüncü kısımda, müşterek velayet milletlerarası özel hukuk bağlamında ele alınacak; müşterek velayete uygulanacak hukuka ilişkin kurallar incelenecektir. Çalışmanın beşinci kısmında, Türk milletlerarası usul hukuku bakımından müşterek velayet incelenecek, müşterek velayet kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin uluslararası sözleşmeler ve Türk milletlerarası usul hukukunun tanıma ve tenfize ilişkin kuralları aktarılacaktır.

Altıncı kısımda, velayet uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin yetkisi ele alınacak; Türkiye'nin taraf olduğu velayete ilişkin ihtilaflarda milletlerarası yetki kuralları içeren uluslararası sözleşmeler ile yetkiye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları tespit edilerek velayete ilişkin yabancı nitelikli bir uyuşmazlıkta Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin ne şekilde belirleneceği irdelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAVRAMININ ZAMAN İÇERİSİNDEKİ DÖNÜŞÜMÜ VE MÜŞTEREK VELAYETİN ORTAYA ÇIKIŞI

I. Velayetin Tarihsel Gelişimi

Aile, toplumsal hayatın en önemli kurumlarından birisidir. Yürürlükteki Anayasa¹'nin 41. maddesi ile ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı hüküm altına alınmış, ailenin huzur ve refahı ile özellikle annenin ve çocukların korunması ve aile planlanmasının öğretimi ile uygulanmasının sağlanması için gerekli teşkilatı oluşturmak ve tedbirleri almak, devlete bir ödev olarak yüklenmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu², herhangi bir aile tanımına yer vermemiştir. Ancak doktrindeki yazarlar³, aileyi; dar anlamıyla sadece eşlerden oluşan birlik olan evlilik birliği, geniş anlamıyla ise anne, baba ve çocuklardan oluşan topluluk şeklinde tanımlamışlardır. Geniş anlamda aile ise, anne baba ve çocuklardan oluşan topluluk olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamdaki aileyi düzenleyen hükümlerin ekserisinin velayet kurumuna, anne ve babanın çocuğa ilişkin yükümlülüklerine ve çocuğun anne ve babaya karşı olan ödevlerine ilişkin olması sebebiyle bu aile “velayet ailesi” şeklinde de tanımlanmaktadır⁴. Eski Roma'dan bugüne velayet kavramının değişmesi, toplumda velayet algısının da değişmesi sonucunu beraberinde getirmiştir. Çalışmanın bu kısmında, velayet kavramının tarihsel süreçteki değişimi ve gelişimi, tarihi akış göz önüne alınarak aktarılacaktır.

A. Genel Bilgi

Velayete verilen anlam, Roma Hukuku'ndan bugüne önemli ölçüde değişkenlik göstermiş; zamanla, çocuğu üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olunabilecek bir “şey” olarak gören velayet modelinden, çocuğun kişisel yararını her şeyin üzerinde tutan,

¹ RG. 20.10.1982-17844.

² RG. 08.12.2001-24607.

³ H. Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, C. II Aile Hukuku, İstanbul, Nurgök Matbaası, 5. Baskı, 1965, s. 6; Ferit Hakkı Saymen, Halid Kemal Elbir, **Türk Medeni Hukuku**, C. III Aile Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 2. Baskı, 1960, s. 120; Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, **Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku**, Aile Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 5. Baskı, 1963, s. 3; Feyzi N. Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, 1986, s. 176; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, , 1993, s. 3; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku**, C. 2 Aile Hukuku, İstanbul, Beta, 19. Baskı, 2016, s. 5-6.

⁴ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 6.

çocuk merkezli bir anlayış modeline geçilmiştir⁵. Bu nedenle velayetin tanımı yapılmadan önce velayetin tarihi süreç içerisindeki değişimine göz atmak gerekmektedir.

B. Roma Hukukunda Velayet

Hristiyanlık öncesi Roma ve Germen toplumları incelendiğinde, ataerkil bir toplum yapısı ve babanın, aile mensupları üzerinde sınırsız bir hakimiyet hakkı olduğu görülmektedir. Roma'da *pater familias*'ın, hanede yaşayan tüm bireyler üzerindeki sınırsız denilebilecek iktidarı olan *patria potestas* (*baba egemenliği*) sistemi vardı⁶. *Patria potestas*, babaya çocuğun vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı üzerinde dahi söz sahibi olma yetkisini veren çok geniş bir velayet ilişkisidir⁷. Kural olarak *pater familias*, aile bireylerinin yaşları, sosyal statüleri, yetenekleri, evli veya çocuk sahibi olup olmadıkları gözetilmeksizin onlar adına tek başına karar verme yetkisine sahipti⁸. Annenin velayet hakkı söz konusu bile olamazdı, zira anne de *pater familias*'ın hakimiyetine tâbi idi⁹.

Aile içerisinde hem şahıs varlığı, hem de malvarlığı konusunda tek yetkili kişi olan *pater familias*'ın, sahip olduğu bu geniş yetkilerinden doğan sorumluluğunun sınırı, yalnızca kendi vicdanı ve tanrısı idi. *Patria potestas*'ın sona ereceği beş durumda, çocuk baba hakimiyetinden çıkarak *sui iuris* hale gelir ve hak ehliyetine sahip olurdu. Bu durumlar; *pater familias*'ın ölmesi, *pater familias*'ın ehliyetinin düşmesi (*capitis deminutio*), *pater familias*'ın çocuk üzerindeki hakimiyet hakkından vazgeçmesi (*emancipatio*), çocuğun rahip/ rahibe olması ve çocuğun ölümü olarak sayılmıştır¹⁰.

⁵ Robert H. Mnookin, "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", **Law and Contemporary Problems**, C. 39, No. 3, Duke University School of Law, 1975, s. 231.

⁶ Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 158; A. M. Prichard, *Leage's Roman Private Law*, New York, **St Martin's Press**, 1964, s. 98.

⁷ Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 157; H. Cahit Oğuzoğlu, **Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti(Velayet)**, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1940, s. 4; Selma Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 25.

⁸ Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta, 2010, s. 170-172; Çelebican, **a.g.e.**, s. 160-166.

⁹ Oğuzoğlu, **Velayet**, s. 6.

¹⁰ Sevgi Usta, **Velayet Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 41. Iustinianus döneminde, babasından kötü muamele gören çocuk üzerindeki *patria potestas*'ın sona erebileceği kabul edilmiştir (Çelebican, **a.g.e.**, s. 166-167); Umur, **a.g.e.**, s. 173-174; Prichard, **a.g.e.**, s. 126-128.

C. Germen Hukukunda Velayet

Germen Hukuku'nda da aile reisinin, çocukların ve hatta torunların üzerinde dahi egemenliğe sahip olduğu bir velayet ilişkisi olan *munt* sistemi söz konusudur¹¹. Ancak Germen Hukuku'nda Roma Hukuku'ndan farklı olarak babanın yetkisi olduğu kadar sorumluluğu da vardır. Çocuğu koruma ve çocuğun mallarını idare etme yetkisi olan baba, aynı zamanda çocuğa ve çocuğun mallarına verdiği zarardan sorumludur¹². Bu hukuk sisteminde çocuk, ancak ekonomik özgürlüğe sahip olduğunda babanın egemenliğinden çıkabilir¹³. Annenin velayet hakkı ise ancak babanın ölümünden sonra söz konusu olabilir¹⁴.

Orta Çağ'da yaşanan ekonomik gelişmeler neticesinde kız ve erkek çocuklar aileden ayrılarak kendi özel hayatlarını oluşturmuşlar, eski büyük aile anlayışı yerine çekirdek aile kavramı benimsenmeye başlamış ve aile reisinin nüfuzu ve hukuki muhtevası değişmiş, reisin keyfi yetkileri yerine kendisine tâbi olan şahısların menfaat ve himayesi anlayışı yavaş yavaş yer bulmaya başlamıştır¹⁵.

D. Türk Medeni Kanunu Öncesinde Velayet

Türk aile yapısına baktığımızda, İslamiyet öncesi dönemdeki ataerkil toplum yapısının etkisinin velayete de yansıdığı ve annenin sadece babanın yokluğunda velayete sahip olabildiği görülmektedir¹⁶. İslamiyetin kabulünden sonra ve Medeni Kanunun kabulünden önceki Türk Hukukunda velayet, kapsamı açısından; *velâyet* (küçüğün şahsına bağlı hakların kullanımı), *mal velâyeti veya vesayet* (küçüğün malvarlığının korunması ve yönetimi), *hidâne* (küçüğün fiziksen ve ruhsal anlamda sağlıklı bir şekilde bakımı, gözetimi ve terbiyesi) olmak üzere üçe ayrılmıştır¹⁷. İslam Hukuku sisteminde evliliğin sona ermesi durumunda velayetin prensip olarak babaya veya sair erkek akrabaya tevdi edilmesinin küçüğün bakım, gözetim ve terbiyesi açısından yetersiz kalacağı düşüncesi ile çocuğun yetişmesinde anne ve

¹¹ Usta, **a.g.e.**, s. 42.

¹² **A.e.**

¹³ Oğuzoğlu, **Velayet** s. 6; Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 26.

¹⁴ Oğuzoğlu, **Velayet**, s. 6.

¹⁵ Oğuzoğlu, **Velayet**, s. 4; Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 26; Ali Naim İnan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968, s. 124.

¹⁶ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 26.

¹⁷ **İslam Ansiklopedisi**, C. 17, İstanbul, Türk Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, 1998, s. 467; Usta, **a.g.e.**, s. 30.

diğer kadın akrabaların desteğinin de devreye sokulduğu bir velayet sistemi oluşturulmuştur¹⁸. *İlk terbiye velayeti (velayetü'l-terbiye)* veya *hidane* olarak ifade edilen bu velayet, çocuğun dünyaya gelişinden, temyiz kudretini kazanmasına kadarki süreci (kızlarda 9-11, erkeklerde 7-9 yaş) kapsamaktadır¹⁹. Çocuk temyiz kudretini kazandıktan sonra ise *velayet-ü nefis* denen velayet türü devreye girmekte, bu velayet çocuğun terbiyesini tamamlama, evlendirme, okutma, tedavi ettirme gibi çocuğun kişiliği ile ilgili olan işleri kapsamakta ve çocuğun buluşa ermesine kadar devam etmektedir²⁰. Küçüğün malvarlığının korunma ve yönetimine ilişkin olan *velayet-ül mal (vesayet)* ise reşit olmayan çocukların mallarını korumak üzere tesis edilmiş olan velayet türüdür²¹.

Osmanlı Hukuku'nda sınırlı ehliyetli ve ehliyetsizlerin velisinin baba, baba olmadığına ise diğer asabe akrabalar olan baba-dede, erkek kardeş, amca, amca oğlu olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla Osmanlı Hukuku'nda velayetin tevdi bakımından asabe dikkate alınmış ve velayetin anneye tevdi edilmesi mevzubahis olmamıştır.

II. Velayet Kavramının Dönüşümü ve Müsterek Velayet Kavramı

A. Velayet Kavramının Dönüşümü

Sanayi İnkılabı ve onu izleyen Fransız Devrimi ile birlikte tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş sürecinin başlamasıyla toplum ve aile yapısında önemli değişiklikler meydana gelmiş, kadın ve çocuklar da artık halk ve yurttaş olarak görülmeye başlayınca babanın çocuklar üzerindeki sınırsız hakimiyeti düşüncesi de ciddi manada sorgulanmaya başlanmıştır²².

19. yy. başlarında, anne ile baba arasındaki velayet uyumsuzlukları basit bir kural ile

¹⁸ **İslam Ansiklopedisi**, s. 467.

¹⁹ Usta, **a.g.e.**, s. 30.

²⁰ **A.e.**, s. 31.

²¹ **A.e.**, s. 34.

²² Usta, **a.g.e.**, s. 45-49; Yeşim Öztürkmen İcan, “**Hakimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi**”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Samsun, 2015, s. 61.

çözümlemişdir. Bu kurala göre, “baba, kanunen çocuğun velisi olan kişidir²³”. Dolayısıyla o dönemdeki uyuşmazlıklarda yalnızca hak sahiplerinden birinin çocuğun doğumu esnasında çocuğun annesiyle evli olan biyolojik baba olup olmadığı hususu değerlendirilerek karar verilmekte idi²⁴.

19. yy. sonlarına doğru, çocuğu en iyi yetiştirecek olan tarafın boşanmada kusursuz olan taraf olacağı anlayışı (*innocent assumption*) ortaya çıkmış ve velayet davalarında eşlerden biri, diğerinin kusurunu ispatlama çabası içine girmişlerdir²⁵. Bu anlayış, kusuru gösterme gerekliliğinin tarafları yalan beyanda bulunmaya teşvik etmesi ve kusura dayalı boşanmanın, aile hukuku davalarını daha çatışmalı hale getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiş ve zamanla anlaşmalı (*no-fault*) boşanmaların ortaya çıkması, doktrinindeki görüşlere ve mahkeme kararlarına farklı bir yaklaşım getirerek bu anlayışı çürütmüştür²⁶. Özetle, velayetin tevdiine ilişkin kullanılan eski varsayımlar artık ihtiyaçlara cevap vermemeye başlamış, hakimler velayetin ebeveynden hangisine verileceğine ilişkin kanaatlerini oluştururken daha çocuk odaklı bir ölçüt bulma eğilimine gitmişlerdir²⁷.

Nihayet 20. yy. başlarında karının koca ile eşit düzeyde olduğu göz önüne alınarak, özellikle çocuk küçük ise velayetin anneye bırakılması seçeneğinin öncelikli olması yönünde kanaat geliştirilmiştir²⁸. Diğer bir deyişle, velayetin “babanın doğal hakkı” olduğu anlayışı yerini, anne sevgisinin benzersiz üstünlüğünü savunan ve velayetin çocuğun annesine tevdi edilmesi gerektiğini öngören duyarlı yıllar (*tender years*) doktrini²⁹ne bırakmıştır³⁰. Söz konusu doktrine göre, çocuğun duyarlı yıllar³¹daki

²³ Mnookin, **a.g.e.**, s. 234; Bernardo Cuadra, “Family Law-Maternal and Joint Custody Presumptions for Unmarried Parents: Constitutional and Policy Considerations in Massachusetts and Beyond”, **Western New England Law Review**, C. 32, 2010, s. 602.

²⁴ Mnookin, **a.g.e.**, s. 234.

²⁵ Mnookin, **a.g.e.**, s. 235; Jay Einhorn, “Child custody in historical perspective: A study of changing social perceptions of divorce and child custody in Anglo-American law”, **Behavioral Sciences & the Law**, C. 4, N. 2, Chicago, 1986, s. 126; Sean Steel, “**Having Your Cake and Eating It Too: The Law and Politics of Child Custody in Canada**”, University of Calgary, Department of Political Science (Yüksek Lisans Tezi), Calgary, 2001, s. 2.

²⁶ Öztürkmen İcan, **a.g.e.**, s. 63; Steel, **a.g.e.**, s. 7.

²⁷ Steel, **a.g.e.**, s. 8.

²⁸ Mnookin, **a.g.e.** s. 235; Einhorn, **a.g.e.**, s. 126.

²⁹ *Tender years* doktrini ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Ramsay Laing Klaff, “The Tender Years Doctrine: A Defense”, **California Law Review**, C. 70 S. 2, 1982.

³⁰ Mnookin, **a.g.e.**, s. 235; Einhorn, **a.g.e.**, s. 128.

üstün yararını en iyi şekilde gözetebilecek kişi annedir ve annenin çocuğun üstün yararını sağlayabilmesi için velayete sahip olması gereklidir³². Dolayısıyla tender years doktrini velayette anneyi önceleyerek onu öncelikli ebeveyn olarak tayin etmiştir³³.

1970’lerde feminist hareketin katkısıyla kadının bireysel ve toplumsal statüsünde meydana gelen önemli değişiklikler, kadının aile içindeki rolünü ve velayet hakkını etkilemiştir³⁴. Bu zamandan itibaren artık çalışma hayatına daha aktif olarak katılan kadınlar, duyarlı yıllar doktrinini kendilerini kısıtlama aracı olarak görmüş ve doktrine karşı çıkmışlardır³⁵. Bu değişime bağlı olarak Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme³⁶ imzalanmış ve sözleşmenin 16. Maddesinde kadın-erkek eşitliği şu şekilde ifade edilmiştir: “*Medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her durumda çocukların yararı en ön planda gözetilecektir.*”(md.16/1-d)

Aynı zamanda baba hakları grupları da, velayetin anneye verilmesini önceleyen doktrinin mahkemelerin velayete ilişkin kararlarında öncelenmesine karşı çıkarak, babaları velayet hakkından “mahrum eden” bu anlayışın değişmesi gerektiğini savunmuşlardır³⁷.

Bu bağlamda, öncelikle kadının yalnızca cinsiyetinden ötürü velayet hakkının verilemeyeceği ve babaların da anneler kadar çocuğun bakım ihtiyaçlarını karşılayabilecekleri savını ileri süren “*sex neutrality*” fikri ortaya atılmış ve tender

³¹ Duyarlı yıllar, çocuğun doğumu ile ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilen 14 yaşına kadar olan süreci, 0-14 yaş aralığını kapsamakla birlikte, çocuğun anneye bağlılık derecesine göre farklılık arz edebilmektedir (Klaff, **a.g.e.**, s. 353).

³² New York Temyiz Mahkemesi’nin ifadesiyle, “*duyarlı yıllardaki çocuğun, sadece iyi ve özverili bir annenin sağlayabileceği bakım, sevgi ve gözetime hakkı vardır.*” (Mnookin, **a.g.e.**, s. 235).

³³ Cuadra, **a.g.e.**, s. 604.

³⁴ Usta, **a.g.e.**, s. 48.

³⁵ Steel, **a.g.e.**, s. 25.

³⁶ RG. 14.10.1985-18898. (Sözleşme, 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılarak 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, sözleşmeye katılmayı 11.6.1985 tarih ve 3232 Sayılı Kanunla uygun bulmuş, 24.7.1985 tarihli ve 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylamıştır.)

³⁷ Elizabeth S. Scott, “Pluralism, Parental Preference, and Child Custody”, **California Law Review**, C. 80, S. 3, 1992, s. 616; Helen Rhoades/Susan B. Boyd, “Reforming Custody Laws: A Comparative Study”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, C. 18, S. 2, 2004, s. 121.

years doktrini ile ortaya çıkan *maternal preference* prensibi mahkemelerce terkedilmeye başlanmıştır³⁸. Ek olarak, tender years doktrini mahkeme kararlarında ırkçılık yaptığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁹. Bununla birlikte, velayet davalarında *status quo* prensibi de etkisini göstermeye ve yargı kararlarında vurgulanmaya başlamış ve bu prensip babalara da velayeti tek başına alabilme imkanını vermiştir⁴⁰.

1970'li yıllarda çocuğun velayetinin düzenlenmesine ilişkin olarak meydana gelen bir diğer görüş ise, çocuğun psikolojik iyi oluşunun önemine vurgu yapan ve çocuğun üstün yararı kavramını beraberinde getiren "*psychological parenthood*" anlayışıdır⁴¹.

1973 yılında, Goldstein, Freud ve Solnit tarafından kaleme alınarak yayınlanan *Beyond the Best Interests of the Child* isimli kitap⁴², velayetin düzenlenmesinde çocuğun psikolojisinin evleviyetle düşünülmesini vurgulamış ve o dönemde verilen mahkeme kararlarını büyük ölçüde etkilemiştir⁴³. Bu anlayış, ebeveyn olsun olmasın, çocukla en yakın bağlantısı olan kişinin velayete ilişkin hakları tek başına ve tam yetkili olarak kullanması gerektiğini savunan ve velayet kendisinde olmayan anne/babaya çocukla kişisel ilişki kurma hakkı dahi tanımayan bir düşünceyi benimsemektedir⁴⁴.

Bir yandan çocuğun velayetinde anneye öncelik veren *tender years doktrininin* etkinliğini yitirmesi, diğer yandan baba hakları gruplarının babaların da çocuklarının velayetlerinde söz sahibi olmaları gerektiği konusundaki savları, pek çok psikologun baba-çocuk ilişkilerine dair çalışma yapmasını sağlamış ve bu çalışmalar, babaların da anneler gibi "psikolojik veli" olabileceklerini kanıtlamıştır. Hal böyle olunca, madem hem anne hem baba velayeti iyi yönetmek konusunda başarılı ise çocuğu

³⁸ Kirsti Kurki Suonio, "Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective", **International Journal of Law, Policy and the Family**, C. 14, 2000, s. 186; Mary Ann Mason, "The Roller Coaster of Child Custody Law Over the Last Half Century", **Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers**, C. 24, 2012, s. 457.

³⁹ Nancy Gilsan Gourley, "Joint Custody: Best Interests of the Child", **Tulsa Law Journal**, C. 18, S. 159, 1982, s. 162.

⁴⁰ Kurki Suonio, **a.g.e.**, s. 186.

⁴¹ Kurki Suonio, **a.g.e.**, s. 187; Mason, **a.g.e.**, s. 456.

⁴² Bkz: Joseph Goldstein, Anna Freud, Albert J. Solnit, **Beyond the Best Interest of the Child**, New York, The Free Press, 1973.

⁴³ Kurki Suonio, **a.g.e.**, s. 187.

⁴⁴ Mason, **a.g.e.**, s. 457.

anne veya babasından mahrum bırakmanın onun yararına uygun olmayacağı kanaati gelişmiştir⁴⁵.

Toplumsal cinsiyet rollerindeki değişiklik, kadın hakları gruplarındaki hareketlilikler ve kusura dayanmayan boşanma oranının artması, duyarlı yıllar doktrininin, yerini çocuğun üstün yararı prensibine bırakmasına katkıda bulunmuştur⁴⁶. Söz konusu prensip, 1989'da kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi⁴⁷'nin 3. Maddesinde de "çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi" olarak yer bulmuş, ilgili hükümde, çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olarak baz alınması gerektiği vurgulanmıştır. Çocuğun yüksek yararı prensibinin velayet davalarında uygulanması, hem 1970'lerle beraber gelen eşitlik akımını destekleyerek anne ve babayı velayet hakkı bakımından eşit kılmış hem de çocuğun üstün yararının her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesini gerektirdiği için duyarlı yıllar doktrinine nazaran daha adil olduğu düşünülmüştür⁴⁸.

Velayetin öncelikle babaya, sonraları ise anneye tevdi edilmesinin çocuğun yararına olacağını öngören fikir akımları, bir süre sonra etkinliklerini yitirmiş ve hakimler velayet uyuşmazlıklarında işin içinden çıkamaz hale gelmişlerdir. 1957 yılında, Amerika Birleşik Devletleri'nin Kuzey Karolina eyaletinde boşanma sonrası müşterek velayete olanak veren bir yasal düzenleme yapılmış, bu gelişmeyi 22 yıl sonra Kaliforniya'da, anne ve babaların evliliğin sona ermesinden sonraki süreçte de velayet haklarını muhafaza etmeleri için teşvik eden bir kamu politikası takip etmiştir⁴⁹. Devam eden yıllarda pek çok devlet Kaliforniya'daki yasal düzenlemeden esinlenmiş, gerek yasal düzenleme ile gerekse yargı kararlarıyla boşanma sonrası

⁴⁵ A.e.

⁴⁶ Mnookin, a.g.e., s. 235; Öztürkmen İcan, a.g.e., s. 63; Steel, a.g.e., s. 8; Cuadra, a.g.e., s. 604; Mason, a.g.e., s. 454-455; Elizabeth Scott, Andre Derdeyn, "Rethinking Joint Custody", **Ohio State Law Journal**, S: 45, 1984, s. 466.

⁴⁷ RG. 27.01.1995-22184.

⁴⁸ Scott, Derdeyn, a.g.e., s. 466.

⁴⁹ Jay Folberg, "Custody Overview", **Joint Custody and Shared Parenting (Ed: Jay Folberg)**, New York, The Guilford Press, 1991, s. 5. Alaska, Florida, Hawaii, Connecticut, Illinois, Kentucky, Maine, Minnesota, New Mexico, Montana, Ohio, New Hampshire, Kansas, Indiana, Idaho, Iowa, Louisiana, Maine, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Nevada, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Wisconsin, Texas, Oregon bu akımı takip ederek yasalarında müşterek velayet düzenlemesi gerçekleştiren eyaletlerdir (Scott, Derdeyn, a.g.e., s. 456).

müşterek velayet uygulamasının önü açılmıştır⁵⁰. Bu sonucun doğmasında, alanında otorite olan pek çok sosyal bilimcinin gerek kanun koyucular gerekse hakimler üzerinde etkili olması, uzman bilirkişilerin alternatif ebeveyn uygulamalarının mümkün olabileceğine olan inancı ve bu yönde yaptıkları çalışmalar, mahkemelerin özellikle aile hukuku alanında uzlaşma yöntemini kullanmaya yönelmesi ve kadın-erkek eşitliğinin gündeme gelmesi hususları etkili olmuştur⁵¹.

Halihazırda, boşanma sonrasına ilişkin beş çeşit velayet anlaşması tarzının bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlar, anne veya babadan herhangi birinin çocuğa ilişkin tüm yetkileri elinde bulundurduğu ve diğerinin çocuğa erişiminin bulunmadığı “ayrıcılık velayet”, anne veya babadan birinin velayete sahip olduğu ve diğerinin belirli sınırlarla çocuğa erişim sağlayabildiği “tek başına velayet”, anne ve babanın çocuğun geleceğine ilişkin önemli konularda ortak karar verdiği fakat çocuğun günlük bakımının yalnızca birine ait olduğu “yasal müşterek velayet”, anne ve babanın çocuğa ilişkin hak ve yetkileri paylaştığı “fiziksel müşterek velayet” ve kardeşlerin anne ve baba arasında paylaştırıldığı “ayrılmış velayet”tir⁵².

B. Müşterek Velayet

1. Genel Bilgi

Velayetin, evlilik birliği içerisinde kural olarak eşler tarafından beraber kullanıldığı hususu yukarıda ifade edilmişti. Dolayısıyla Türk Hukuku bakımından, evlilik birliği devam ederken, eşlerin ortak çocukları üzerindeki velayeti birlikte kullanacağına şüphe yoktur. Ancak çocuğun veya çocukların velayetinin kime tevdi edileceği meselesi, evlilik birliğinin hiç kurulmadığı evlilik dışı ilişki dönemi, evlilik birliğinin askıya alındığı ayrılık dönemi ve evlilik birliğinin sona erdiği boşanma sonrası dönem için önem arz etmekte, tartışılmakta, sorunun çözümü için öneriler sunulmakta ve müşterek velayet kavramı esasen bu tartışmalar neticesinde ortaya çıkmaktadır.

⁵⁰ Folberg, **a.g.e.**, s. 5; Cuadra, **a.g.e.**, s. 605-606; Solangel Maldonado, “Beyond Economic Fatherhood: Encouraging Divorced Fathers to Parent”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. 153, 2005, s. 946.

⁵¹ Mason, **a.g.e.**, s. 456; Scott, Derdeyn, **a.g.e.**, s. 458.

⁵² Steel, **a.g.e.**, s. 32; Öztürkmen İcan, **a.g.e.**, s. 65.

Müşterek velayet kavramı için, uluslararası doktrinde ve yargı kararlarında, “joint custody⁵³”, “joint parental⁵⁴”, “shared custody⁵⁵”, “shared parenting⁵⁶” gibi kavramlar kullanılmaktadır. Türk doktrininde ve yargı kararlarında ise, “ortak velayet”, “birlikte velayet” ve “müşterek velayet” kavramları tercih edilmektedir. Bu çalışmada, karışıklığa yer vermemek ve çalışma bütünlüğünü sağlamak adına yalnızca “müşterek velayet” kavramı kullanılacaktır.

2. Müşterek Velayet Kavramı

Tek başına velayetin çocuğun kişisel yararını en iyi şekilde karşılayacağı anlayışının, yerini, boşanmış eşlerin velayeti birlikte kullanmalarının çocuğun psikolojik ve sosyal gelişimi açısından daha yerinde olacağı anlayışına bırakmasını sağlayan tarihsel sürece ilişkin bilgiyi yukarıda⁵⁷ sunmuştuk. Bu kısımda müşterek velayeti kavramsal açıdan ele alacağız.

Müşterek velayet, genel itibariyle anne ve babanın evli olup olmadığı, birlikte yaşayıp yaşamadıkları göz önüne alınmaksızın, çocuk üzerindeki haklar ve yükümlülükler bakımından eşit olmalarını sağlayan ve çocuğun yararı bakımından birlikte hareket etmelerini gerektiren bir müessese olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle, anne ve babanın hak-yüküm işlemi, aralarındaki hukuki ilişkiden bağımsız olarak Anayasa'nın md. 10 ve md. 41/I hükümlerinde öngörülen eşitlik ilkesine göre yerine getirmesidir⁵⁸.

Kavram, tek başına velayete alternatif olarak ABD'de ortaya çıkmış ve zamanla tüm dünyaya yayılarak yargı kararlarını ve kanun düzenlemelerini önemli ölçüde etkilemiştir⁵⁹.

Müşterek velayet, genel olarak ebeveynlerin müşterek çocuğun hayatına dair önemli konular olan çocuğun genel-dini eğitimi ve sağlığına ilişkin hususlar üzerinde ortak

⁵³ Bayata Canyaş, **a.g.e.**, s. 311.

⁵⁴ Christina Gyldenlove Jeppesen de Boer, **Joint Parental Authority**, Oxford, Intersentia, 2008.

⁵⁵ Andrina Hayden, “Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England”, **InDret**, C.1, 2011.

⁵⁶ Folberg, **a.g.e.**, s. 6.

⁵⁷ Bkz. Birinci Bölüm-I-A.

⁵⁸ Ediz Bingöl, “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, S. 2, 2014, s. 281.

⁵⁹ Meyer Elkin, “Joint Custody: In the Best Interest of the Family”, **Joint Custody and Shared Parenting** (Ed: Jay Folberg), New York, The Guilford Press, 1991, s. 11.

karar verme hakkı⁶⁰ olarak tanımlanabilir. Bir başka deyişle müşterek velayet, çocuk üzerindeki velayet hakkının anne ve baba tarafından, eşit olarak kullanılmasıdır⁶¹.

Esasen müşterek velayet kavramı, çoğunlukla boşanma sonrası müşterek velayet anlamında kullanılsa da müşterek velayet sorunu sadece evlilik birliği sona erdiğinde ortaya çıkan bir kavram değildir. Evlilik birliğinin hiç gerçekleşmediği evlilik dışı ilişkilerden doğan çocukların velayetinin kullanılmasında ve evlilik birliğinin askıya alındığı ayrılık hallerinde de müşterek velayet sorunu gündeme gelmekte ve çocuğun akıbetinin bu durumlarda ne olacağı tartışılmaktadır. Bununla beraber, evlilik birliği içerisinde anne ve baba tarafından birlikte kullanılan velayet de müşterek velayet kapsamına girmektedir. Ancak bu konu TMK. md. 336 hükmü ile açıkça düzenlendiğinden, evlilik birliği içinde müşterek velayet tartışma konusu yapılmamaktadır.

C. Velayetin Kullanılması ve Müşterek Velayet

1. Evli Olmayan Çiftler Arasında Velayetin Kullanılması ve Müşterek Velayet

TMK md. 337 hükmü, anne ile babanın evli olmaması halinde velayetin ne şekilde kullanılacağı hususunu düzenlemiştir. İlgili hükme göre, ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir (TMK md. 337/I). Ancak ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hakim, çocuğun menfaatine göre, çocuğa vasi atayabilir veyahut velayeti biyolojik babaya tevdi edebilir (TMK md. 337/II). Hükme lafzi açıdan yaklaşıldığında, Türk Medeni Kanunu'nun evlilik dışı ilişkide müşterek velayete ilişkin bir düzenlemesi bulunmadığı, böyle bir durumda velayetin anneye verilmesi gerektiği söylenebilir.

İsviçre Hukuku'nda, evli olmayan anne ile babanın velayeti müştereken kullanması hususu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, evli olmayan anne ve babadan baba, çocuğu tanıdıysa veya baba-çocuk ilişkisi mahkeme kararıyla kurulmuşsa, anne ve babanın velayeti birlikte kullanmayı talep etmesi ve bu durumun çocuğun yararına olması durumunda anne ve babaya velayeti birlikte kullanma hakkı verilir (İsv. MK 298a/I). Bunun için, anne ve babanın, müşterek velayeti talep ederken, müşterek velayeti kabul etmeye hazır olduklarını ve çocuğun

⁶⁰ Bayata Canyaş, **a.g.e.**, s. 311; Scott, Derdeyn, **a.g.e.**, s. 455.

⁶¹ Bingöl, **a.g.e.**, s. 281.

yerleşim yeri, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, çocuğa ilişkin yükümlülükler ve çocuğun giderlerini paylaşma konusunda anlaşmalarını beyan etmeleri gerekir (İsv. MK 298a/II). Şayet anne ve babadan biri, müşterek velayete ilişkin ortak talepte bulunmayı reddediyorsa, diğer taraf hakimın müdahalesini talep edebilir (İsv. MK 298b). Çocuk ile biyolojik baba arasındaki soybağı mahkeme kararıyla kurulduysa, bu kararda hakim, müşterek velayete de hükmedebilir (İsv. MK 298c). Mevcut şartlar değişirse ve çocuğun refahının korunması için gerekliyse, talep üzerine hakim, çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır (İsv. MK 298d)⁶².

Keza, Alman Medeni Kanunu'nda da evli olmayan anne veya babanın talepleri halinde çocuğun velayetini birlikte kullanma hakkına sahip olabilecekleri açıkça düzenlenmiştir (Alm. MK 1626a/1). Alman Medeni Kanunu'nda İsviçre Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak, çocuğun biyolojik babası tek başına müşterek velayeti talep etme hakkına sahiptir⁶³ (Alm. MK 1626a/1 no:3). Madde hükmünde 2013'te meydana gelen değişiklikten önce, anne ve babanın evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun müşterek velayetini edinebilmeleri için ortak başvuru yapması gerekmektedir. İlgili hüküm, ebeveynler arasında ve evli-boşanmış babalar arasında farklı muamele oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmiş, AİHM, 3 Aralık 2009 tarihli Zaunegger-Almanya kararı⁶⁴nda, çocuğun annesi ile evli olmayan babanın çocuk üzerinde müşterek velayete sahip olamamasının, AİHS md. 8 ile birlikte değerlendirildiğinde md. 14 anlamında ayrımcılığa neden olan bir uygulama olduğu gerekçesiyle Almanya'nın AİHS md. 14'ü ihlal ettiğine karar vermiştir⁶⁵. Ardından

⁶² 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikten önce, çocuğun doğumu anında anne ve baba evli değilse, velayet hakkı anneye aitti. Ancak eğer çocuğun yararına ise, anne ve babanın ortak talebi halinde müşterek velayete karar verilebilmekteydi. Anne, babanın velayet hakkını kullanmasına itiraz ettiğinde baba, velayet hakkından tamamıyla mahtum kalmakta idi. Bu hüküm, çocuğun annesi ile evli olmayan baba bakımından ayrımcılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmiş, anne ve babanın medeni durumundan bağımsız olarak müşterek velayet benimsenmiştir. (Bahar ÖCAL APAYDIN, "İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 145-146, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'nin Anısına Armağan, 2016, s. 632-635)

⁶³ Nina Dethloff, "Changing Family Forms: Challenges for German Law", **Victoria University of Wellington Law Review**, C. 46, S. 3, 2015, s. 674; Luise Hauschild, "Reforming the Law on Parental Responsibility", **International Survey of Family Law**, 2014, s. 149; Gerhard Hochloch, "Alman Aile Hukukundaki Yeni Gelişmeler, Reformun Hareket Noktaları, Reformun Gerçekleşmesi ve Diğerleri" (Çev: Zarife Şenocak), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1996, C. 45, S. 1-4, s. 387.

⁶⁴ AİHM, *Zaunegger-Almanya*, 03.12.2009 T., Başvuru No: 22082/04.

⁶⁵ Öcal Apaydın, **a.g.e.**, s. 641.

Almanya Federal Mahkemesi, 21 Temmuz 2010 tarihli kararında, annenin rızası olmaksızın babanın evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayet hakkını kullanamayacağına ilişkin düzenlemenin, babanın velayet hakkını ölçsüz biçimde sınırlandırdığına kanaat getirilmiştir⁶⁶. Bu gelişmelerin akabinde söz konusu hüküm değişikliğe uğrayarak günümüzdeki halini almıştır.

*Özta*n'a göre⁶⁷, İsviçre Medeni Kanunu'nun 275a maddesinde yer alan düzenleme, Türk Hukuku'nda da kabul edilmelidir, anne veya babadan her biri, velayet hakkına sahip olmasa bile çocuğun eğitim, sağlık ve diğer önemli durumlarıyla alakalı bilgi alma hakkına sahip olmalı ve haberdar edilmelidir.

Serozan'a göre⁶⁸, evlilik dışı çocuğun velayetinin anne ve babaya birlikte verilememesi demek, veli olamamış olan tarafın çocuğuyla ilgili hiçbir işlemde söz sahibi olamaması, yalnızca kişisel ilişki hakkının olması demektir. Bu da çocuklarının velayet sorumluluğunu paylaşmak isteyen anne baba tablosuna uymaz.

Serdar'a göre⁶⁹ kanun koyucu, anne ile babanın evli olmaması durumunda müşterek velayet hususunu kasıtlı olarak düzenlememiş değildir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesi hükmü gereğince, evlilik içerisinde doğmuş çocuk ile evlilik dışı dünyaya gelmiş çocuk arasında ayırım söz konusu olamayacağından ve kanun koyucu uluslararası bir sözleşmeye kasten aykırı hareket edemeyeceğinden, burada kasıtlı bir susma değil, boşluk söz konusudur. Kanun hükmü, kanun koyucunun amacına göre yorumlandığında, kanun koyucunun hükmü düzenlemekteki amacının anneyi ödüllendirmek, babayı cezalandırmak, çocuğu ise babasından mahrum bırakmak değildir. Dolayısıyla kanun koyucu, ilgili hükme bir istisna getirerek var olan boşluğu çocuğun yararına uygun olarak doldurmalıdır.

Birinci Uzun'a göre⁷⁰, TMK md. 337 hükmünde bir boşluk bulunmamakta, ilgili hüküm evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayetinin anne ve baba tarafından

⁶⁶ Tuba Birinci Uzun, "Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 2016, s. 161.

⁶⁷ Bilge Özta, **Aile Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 6. Bası, 2015, s. 1091-1092.

⁶⁸ Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, Üçüncü Bölüm, §5, No: 104.

⁶⁹ İlkur Serdar, "Birlikte Velayet", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 2008, s. 186 vd.

⁷⁰ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 162.

birlikte kullanılmasını engelleme amacı taşımaktadır. Aksi bir sonuca yorum yoluyla dahi ulaşılamaz.

2. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi veya Ayrılık Halinde Velayetin Kullanılması ve Müşterek Velayet

TMK md. 197/I hükmü, eşlerden birinin ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya aile huzurunun ciddi bir biçimde tehlikeye düşmesi halinde ayrı yaşama hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Eşlerin bu şekilde herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın birlikte yaşamaya ara vermesi yani fiilen ayrı yaşamaya başlamaları, velayet hakkını etkilemez⁷¹. Ancak, lüzum halinde hâkim TMK md. 197/IV hükmünde öngörülen tedbirleri alabilir ve velayet, eşlerden birine tevdi edilebilir⁷².

TMK md. 336/II hükmü gereğince, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık gerçekleşmişse, hâkim velayeti eşlerden birine verebilir. Koçhisarlıoğlu'na göre⁷³, TMK md. 336/II hükmünün mefhum-u muhalifinden, hâkimin velayeti anne ve baba üzerinde bırakabileceği sonucu çıkarılabilir. Zira, birlikte yaşamaya ara verilmiş olsa da hâlihazırda evlilik birliği devam etmektedir⁷⁴. Evlilik birliği devam ederken, eşlerden birinin velayet hakkının kaldırılması kabul edilemez. Ancak, birlikte yaşamaya ara verilmesini haklı kılan sebep, çocuğun korunması ve yararı açısından velayetin anne veya babadan birine verilmesini gerektiriyorsa, bu durumda velayet anne veya babadan birine verilebilir⁷⁵.

İsviçre Hukuku'nda da, evli ebeveynlerin ortak yaşama ara vermesi halinde, evli olan fakat ayrı yaşayan ebeveynlerin velayet haklarını ortak kullanmayı sürdürecekleri kuralı benimsenmiştir⁷⁶.

*Grassinger*⁷⁷'e ve *Koçhisarlıoğlu*⁷⁸'na göre, hükmün mefhumu muhalifinden velayetin sadece bir tarafa bırakılmayabileceği anlamı da çıkmaktadır. Yazara göre

⁷¹ Öztan, **Aile Hukuku**, s. 1088.

⁷² Akıntürk, **a.g.e.**, s. 408.

⁷³ Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 151.

⁷⁴ Mustafa Dural, Tufan Öğüz, M. Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III(Aile Hukuku)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, § 13, N: 718.

⁷⁵ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 143.

⁷⁶ Öcal Apaydın, **a.g.e.**, s. 648.

TMK md. 336/II hükmü, hâkime velayet hakkını kaldırıp kaldırmama konusunda takdir yetkisi vermekte ve hâkim, hukuki ayrılığa rağmen bir araya gelme ihtimalleri olan ve velayet hakkını birlikte kullanabilecek anlayışa sahip eşlerden velayeti almayarak, sadece çocuğu fiziken birlikte yaşayacağı ebeveynin yanına bırakıp velayet hakkını her iki eşe birden tevdi edebilecektir. Zira TMK md. 336 hükmünün gerekçesinde, “*madde İsviçre Medeni Kanunu’nun 297nci maddesinden aynen alınmıştır*” demektedir⁷⁹. Söz konusu ZGB 297/II hükmüne göre, “*Evlilik birliği ortadan kaldırılmış veya eşler ayrılmışlarsa, bu takdirde mahkeme velayeti eşlerden birine bırakabilir.*”

3. Boşanma Sonrasında Velayetin Kullanılması ve Müşterek Velayet

Tek başına velayet, yüz yıldan fazla bir zamandır boşanma sonrası için pratik bir çözüm olarak görülmekteydi. Lakin gelişen sosyal bilimler ve hukuk doktrininde, halihazırdaki velayet uygulaması ve prosedürlerinin yeniden gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi gerektiği göz önüne alınarak, çocuğun üstün yararının tek başına velayet ile sağlanamayacağı, çocuğun yararını karşılamak için evleviyetle bir bütün olarak ailenin yararına odaklanmak gerektiği düşüncesi oluşmuştur.

Boşanma sonrası müşterek velayet kavramı, boşanma sonrasında özellikle çocuk üzerindeki travmayı azaltmak ve zaten parçalanmış olan ailenin tekrar parçalanmaması için öne sürülen bir düşünce olup 20. yüzyılda tek başına velayete en iyi alternatif olarak ortaya çıkmıştır⁸⁰. Müşterek velayet uygulaması, önceleri çok seyrek başvurulmuş ve şüphe ile yaklaşılan bir çözüm olmasına karşılık zamanla, pek çok ülkede çocuğun yararı bakımından müşterek velayetin en iyi tercih olacağı düşüncesi gelişmiştir⁸¹. Bu düşüncenin oluşumunda, babaların çocukları ile daha fazla zaman geçirmeye ve çocuğun hayatına dair önemli kararlarda söz sahibi

⁷⁷ Gülçin Elçin Grassinger, **Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınan Tedbirler (Küçük İçin Alınacak Tedbirler)**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2009, s. 9.

⁷⁸ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 25.

⁷⁹ Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, **T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü**, Ankara, 1999, s. 126.

⁸⁰ Elkin, **a.g.e.**, s. 12; Scott, Derdeyn, **a.g.e.**, s. 460.

⁸¹ Kurki Suonio, **a.g.e.**, s. 184.

olmaya ilişkin talepleri ve uzlaşma anlayışının gelişmesi önemli ölçüde etkili olmuştur⁸².

Psikolojik etmenler de müşterek velayete geçiş sürecine büyük ölçüde önemli katkı sağlamıştır. Alanında iyi birer uzman olarak bilinen psikiyatrlar, çalışmalarında müşterek velayetin çocuk ve aile psikolojilerini olumlu etkilediği hususunda görüş bildirmiş ve müşterek velayet uygulamasına geçiş konusunda toplumu teşvik etmişlerdir⁸³.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bir grup eyalet⁸⁴, müşterek velayetin çocuğun yüksek yararına uygun olması koşuluyla uygulanması gerektiğini öngören “*öncelikli seçenek modeli*”ni (*favored option model*) benimserken, diğerleri⁸⁵ ise yasalarında müşterek velayetin çocuğun yararına olduğu karinesini kabul eden “*yasal tercih modeli*”ni (*the legal preference model*) düzenlemişlerdir⁸⁶. Öncelikli seçenek modelinde, taraflar müşterek velayet hususunda anlaşmışlarsa yasal olarak müşterek velayetin öncelikli olduğu kabul edilir⁸⁷. Yasal tercih modelinde ise, anne ve babanın iradesinin yerini müşterek velayetin yasal olduğuna ilişkin karine almaktadır⁸⁸.

Tek başına velayet uygulamasının, velayeti alamayan babalarda hayal kırıklığı yarattığı ve baba-çocuk ilişkisini önemli ölçüde zedelediği; öte yandan velayetin getirdiği yükümlülüklerle tek başında göğüs germek zorunda olan anneyi psikolojik ve maddî olarak baskı altında bıraktığına dair psikolojik çalışmalar da müşterek velayetin bir alternatif olarak gelişmesine zemin hazırlamıştır⁸⁹.

Müşterek velayete karar verilmesi, gerek dava masraflarını azaltması gerekse hakimlerin takdir yetkisini daraltması bakımından mahkemeler için de dikkat çekici

⁸² Bayata Canyaş, **a.g.e.**, s. 316.

⁸³ Kurki Suonio, **a.g.e.**, s. 188.

⁸⁴ Alaska, Idaho, Illionis, Colorado, Florida, Iowa, Michigan, Pennsylvania, Montana, Mississippi, Louisiana, New Mexico.

⁸⁵ Kaliforniya, New York, Kansas.

⁸⁶ Scott, Derdeyn, **a.g.e.**, s. 472-473.

⁸⁷ **A.e.**, s. 473.

⁸⁸ Bu model uyarınca hakim, müşterek velayetin çocuğu yıpratacağına ilişkin ciddi bir emare görmezse müşterek velayete hükmeder. Kanunlarında Bu modele yer veren devletlerin uygulamalarına bakılacak olursa, çoğu davada hakimin ebeveyn arasında ciddi uyumsuzluk görmediği takdirde müşterek velayete karar verdiği görülmektedir (Scott, Derdeyn, **a.g.e.**, s. 475).

⁸⁹ Scott, Derdeyn, **a.g.e.**, s. 459-460.

bir gelişme olmuştur⁹⁰. Velayetin ebeveynlerden her ikisine verilmesi, tender years doktrininin ebeveyn üzerinde meydana getirdiği eşitsizliği bertaraf ettiği için hakimlerin önyargılarını yıkarak daha adil kararlar verilmesi bakımından da rağbet görmüştür⁹¹.

Boşanma sonrası müşterek velayet, evliliğin sona ermesi durumunun aileyi etkilememesini, ailenin baki kalmasını amaçlayan bir kavram olup tek başına velayetteki gibi velayeti edinen tarafın, çocuğu diğer tarafa karşı koz olarak kullanmasını engelleme düşüncesinden yola çıkmıştır⁹².

Tek başına velayet aileyi bölmekte, müşterek velayet ise birleştirmektedir. Müşterek velayet planı, çocuğun boşanma sonrası reddedilmişlik ve terkedilmişlik hissiyatını büyük ölçüde azaltmakta, çocuğun ebeveynlerinden birini kaybetme korkusunu ortadan kaldırmaktadır⁹³.

Tek başına velayet, çoğunlukla babanın babalık duygusunu yaşamaktan yoksun kaldığı, buna karşın annenin tüm ebeveyn sorumluluğunu tek başına sırtlandığı eşitsiz bir tablo ortaya koymaktadır. Müşterek velayetin ayırt edici özelliği ise velayetten doğan hakların, yasal yetki ve yükümlülüklerin anne ve babaya eşit olarak paylaşılmasıdır⁹⁴. Bir başka deyişle müşterek velayet, çocuğun genel ve dini eğitimi, yetiştirilmesi, acil olmayan fakat önemli sağlık durumları hakkında karar vermekte hem anne hem de babasının söz sahibi olmasıdır⁹⁵. Buna karşılık, çocuğun günlük bakımına ilişkin meseleler, kısa vadede çözülmesi gereken günlük sorunlar, aktiviteler, beslenme alışkanlıkları veya acil sağlık müdahalesi gerektiren durumlar bakımından, çocuğun birlikte ikamet ettiği kişi söz sahibi olacaktır⁹⁶.

Boşanmada anne ve baba arasındaki güç dengesizliği, kazanan/kaybeden pozisyonu oluşturmakta ve bu pozisyon aile içi diyalog için büyük bir engel teşkil etmektedir.

⁹⁰ *Dodd v. Dodd* davasında, Hakim Shea'nın şu yorumu dikkat çekmektedir: “*Müşterek velayet, mahkemelere, acı verici bir seçim yapmaktan kurtulmalarına imkan veren ve ebeveynin özsayıgularına zarar gelmesini engelleyen çekici bir konsepttir.*” (93 Misc. 2d 641, 643, 403 N.Y.S.2d 401, 402) (A.e., s. 469).

⁹¹ Scott, Derdeyn, a.g.e., s. 470.

⁹² Elkin, a.g.e., s. 12.

⁹³ A.e.

⁹⁴ Folberg, a.g.e., s. 7.

⁹⁵ A.e.

⁹⁶ A.e.

İşte, müşterek velayet, ebeveynin her ikisini de kapsayacak bir uygulama olması hasebiyle, boşanmanın bu olumsuz etkisini bertaraf etmektedir⁹⁷.

Boşanan ailelerin çocuklarını baz alan bir çalışmada, iyi bir boşanma sonrası düzenlemede, ebeveynlerin çocuğa ilişkin iki temel noktada anlaşması gerektiği belirtilmiştir: Bunlardan ilki, her iki ebeveyne de kolay ulaşım ve devam eden velayet ilişkisi; ikincisi ise ebeveynlerin birbirleri için olan kişisel düşüncelerini bir kenara bırakarak çocuk için ortak kararlar alabilme mekanizması kurabilmeleridir⁹⁸. Bu noktada müşterek velayet doğası gereği, “kişisel ilişki kurma” kavramını boşanmış ailelerin sözlüğünden ve duygularından kaldırmaktadır. Müşterek velayette, ziyaret ve velayet kavramları ayrılmaz bir bütün olarak ele alınmaktadır⁹⁹. Uluslararası hukuk doktrininde, fiziksel müşterek velayet (*joint physical custody*) ve yasal müşterek velayet (*joint legal custody*) olmak üzere iki farklı müşterek velayet tipinden bahsedilmektedir¹⁰⁰. Müşterek velayet değerlendirilmeden önce bu iki müşterek velayet tipini birbirinden ayırmak gerekir.

a. Fiziksel Müşterek Velayet (Joint Physical Custody/Residential Custody)

Müşterek velayet, orijinalinde yasal müşterek velayet olarak ortaya çıkmıştır¹⁰¹. Yasal müşterek velayet düzenlemesi, çocuğun birlikte yaşadığı ebeveyne tevdi edilen fiziksel velayeti¹⁰² de kapsamaktadır¹⁰³.

Zamanla müşterek velayet, fiziksel müşterek velayet anlamında kullanılmaya başlanmış olup bu kavram, çocuğun hangi ebeveynde ne kadar süre ile kalacağını, anne ile babanın kararlaştırdığı, anne ile babanın uzlaşamamaları durumunda ise hakimin devreye girerek buna göre bir “ebeveynlik planı” (parenting plan/custody schedule) oluşturduğu velayet tipini ifade etmektedir¹⁰⁴. Belirlenen plana göre, çocuk

⁹⁷ Scott, Derdeyn, **a.g.e.**, s. 470.

⁹⁸ Elkin, **a.g.e.**, s. 12.

⁹⁹ **A.e.**

¹⁰⁰ Joanne Schulman, Valerie Pitt, “Second Thoughts on Joint Child Custody: Analysis of Legislation and its Implications for Women and Children”, **Golden Gate University Law Review**, C. 12, S. 3, 1982, s. 542; Folberg, **a.g.e.**, s. 7. Buna karşın, Persia Woolley bu ayrımı reddederek genel itibariyle müşterek velayetin, anneye ve babaya çocuklarının günlük durumları hakkında söz sahibi olma imkanını veren bir sistem olduğundan bahsetmektedir (Folberg, **a.e.**).

¹⁰¹ Bayata Canyaş, **a.g.e.**, s. 311.

¹⁰² “Shared parenting” veya “shared care” olarak da ifade edilmektedir.

¹⁰³ Patrick Parkinson, **Family Law and the Indissolubility of Parenthood**, ABD, Cambridge University Press, 2011, s. 46.

¹⁰⁴ Parkinson, **a.g.e.**, s. 47; Gilsan Gourley, **a.g.e.**, s. 161.

hem anne hem babası ile vaktinin en az %35'i ila %50'sini geçirebilecek durumda olmalıdır¹⁰⁵. Ebeveynlik planı, aynı zamanda, anne ile babanın ileride anlaşmazlık yaşamaları durumunda uygulanacak olan bir uyuşmazlık hükmünü de ihtiva etmelidir¹⁰⁶.

Kaliforniya Aile Yasası ise fiziksel müşterek velayeti, “velayetin ebeveynler arasında, çocuğun her ikisiyle de sık ve devam eden görüşmesini sağlamak amacıyla paylaşılması” olarak tanımlamıştır¹⁰⁷. Belirlenen plana göre, çocuk hem annesinin hem de babasının evinde kalarak her ikisiyle de eşit vakit geçirebilme imkanına sahip olmaktadır¹⁰⁸¹⁰⁹.

Minnesota Kanunu'nda ise fiziksel müşterek velayet, çocuğun günlük rutin bakımının, kontrolünün ve meskeninin taraflar arasında paylaşılması olarak ifade edilmiştir¹¹⁰. Başka bir deyişle, bu velayet tipinde anne ve babadan her ikisinin evi de çocuğun yerleşim yeri olmakta ve çocuk, dönüşümlü olarak anne ve babasının evinde kalabilmekte, böylece hem anne hem de baba çocuğun ihtiyaçlarını karşılamak bakımından eşit sorumluluğa sahip olmaktadır¹¹¹. Birincil yerleşim yeri, birincil ebeveyn kavramları bu velayet tipi bakımından hukuki anlam ifade etmemektedir¹¹².

¹⁰⁵ Linda Nielsen, “Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children?”, **Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers**, C. 28, S. 1, 2015, s. 80.

¹⁰⁶ Parkinson, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁰⁷ Kaliforniya Aile Yasası, md. 3004.

¹⁰⁸ William P. Statsky, **Family Law: The Essentials**, ABD, Cengage Learning, 2015, 3. Baskı, s. 227-228; Robert E. Emery, **Marriage, Divorce and Children's Adjustment**, Developmental Clinical Psychology and Psychiatry, C. 14, 2. Baskı, 1999, s. 64; İsveç Mahkemeleri, değişken ikametgah (alternating residence) yönünde karar verme yetkisini ellerinde bulundurmaktadır. Bu karar, ebeveynlerin anlaşması veya çocuğun yararı ilkesi gözetilerek verilebilir. Boşanan çiftlerin %40'ının bu şekilde yaşadığı tahmin edilmektedir. (Anna Singer, “Active parenting or Solomon's justice? Alternating residence in Sweden for children and separated parents”, **Utrecht Law Review**, C. 4, S. 2, 2008, s. 40).

¹⁰⁹ Bu planın işlevselliğini sağlamak amacıyla bazı devlet yasaları, ebeveynlerden birinin diğerinden 60 milden uzağa taşınmasını kısıtlayan hükümler de içermektedir. Örneğin, Oregon Devlet Yasası'na göre, mevcut evinden 60 milden fazla uzağa taşınacak olan ebeveyn, diğer ebeveynin itiraz etmesine ve mahkemenin birincil ikamet yerini yeniden belirlemesi veya velayet planını (parenting plan) çocuğun üstün yararını korumak amacıyla yeniden düzenlemesi için, taşınmadan 30 ila 60 gün önce diğer ebeveyne ve mahkemeye haber vermelidir.

(Çevrimiçi) https://www.osbar.org/public/legalinfo/1133_ChildCustody.htm, 30 Mart 2018.

¹¹⁰ Presumptive Joint Physical Custody Group Report under House File 1262.

¹¹¹ Schulman, Pitt, **a.g.e.**, s. 542.

¹¹² Parkinson, **a.g.e.**, s. 46; Nielsen, **a.g.e.**, s. 80.

Mahkeme kararlarında genel olarak periyodik görüşmenin ne anlama geldiğiyle alakalı kesin bir tanım yapılmamıştır. Maryland Temyiz Mahkemesi, *Taylor v. Taylor* kararı¹¹³nda, fiziksel müşterek velayeti “paylaşılmış” veya “bölünmüş” velayet olarak tanımlamış ve velayetin anne ve babaya, okul günleri-tatil günleri, gece-gündüz, haftaiçi-haftasonu şeklinde yarı yarıya (50/50) bölünebileceğini öngörmüştür.

Fiziksel müşterek velayetin uygulama alanı başlangıçta oldukça sınırlı idi. Nitekim, Kaliforniya hakimlerinden alınan bilgiye göre, müşterek velayete ilişkin kararların neredeyse %95’i yasal müşterek velayete ilişkindir¹¹⁴. Bununla birlikte, fiziksel velayet uygulaması da gün geçtikçe artmaktadır. Örneğin, Arizona’da 2002 yılında boşanan çiftlerin %15’i ebeveynlik planı düzenlemişken, 2008 yılında boşanan çiftlerin %30’u ebeveynlik planı uygulamasını benimsemişlerdir¹¹⁵. Aynı şekilde bu oran Belçika’da %30’a, Fransa, Hollanda ve Danimarka’da %20’ye, İsveç’te %50’ye yükselmiştir¹¹⁶.

Fiziksel müşterek velayetin çocuğun yararı açısından avantajlı olup olmadığı sorusuna, aile hukuku uzmanları ve sosyal bilimcilerden oluşan üç grubun yayınladığı üç rapor, yaptıkları kapsamlı araştırma sonucunda yanıt vermektedir¹¹⁷.

Bu gruplardan ilki, 1994 tarihinde Birleşik Devletler Çocuk Sağlığı ve İnsan Gelişimi Milli Enstitüsü’nün sponsorluğunda yapılmış olan çalışmadır¹¹⁸. Klinik psikologları, sosyolog ve sosyal hizmet uzmanlarından oluşan 18 kişilik grup, özellikle babaların, çocuklarıyla etkili bir iletişim kurmakta başarısız olduklarını veya çocuklarıyla iletişim kurmalarına izin verilmediğini tespit etmişler, bu bağlamda fiziksel müşterek velayetin öngördüğü ebeveynlik planlarının babalara çocuklarının hayatlarında daha etkili ve merkezi bir rol oynama imkanı vermesi ve

¹¹³ *Taylor v. Taylor*, 508 A.2d 964, 306 Md. 290, 22 Mayıs, 1986.

¹¹⁴ Schulman, Pitt, **a.g.e.**, s. 543.

¹¹⁵ Nielsen, **a.g.e.**, s. 81.

¹¹⁶ A. Carlsund, U. Eriksson, P. Lefstedt vd., “Risk Behavior in Swedish Adolescents: Is Shared Physical Custody a Risk or a Protective Factor?”, **European Journal of Public Health**, C. 23, 2012, s. 3-7.

¹¹⁷ Michael E. Lamb, Kathleen J. Sternberg, Ross A. Thompson, “The Effects of Divorce and Custody Arrangements on Children’s Behavior, Development, And Adjustment”, **Family and Conciliation Courts Review**, 1994, s. 393.

¹¹⁸ **A.e.**

çocukla etkili vakit geçirmesi anlamında olumlu bir etki yarattığı sonucuna varmışlar, fakat bu sistemin fazla çatışan ebeveyne uygulanmaması gerektiğini savunmuşlardır¹¹⁹.

Konuya ilişkin çalışma yapan ikinci önemli çalışma, Aile ve Uzlaştırma Mahkemeleri Derneği sponsorluğunda, 2013 yılında yapılan, aralarında sosyal bilimci, ruh sağlığı uzmanı, avukat, hakim, hukuk profesörlerinin bulunduğu 32 kişilik grup tarafından yapılan interdisipliner çalışmadır¹²⁰. Bu çalışmadaki katılımcılar, ebeveynlik planlarının 5 yaş ve altındaki çocuklar için uygun olduğu konusunda bir görüş birliğine varamamakla birlikte, bu uygulamanın çocuğun hem anne hem babasıyla kaliteli ve eşit şekilde vakit geçirmesine ve her ikisiyle de kaliteli bir ilişkisi olmasına katkı sağladığı konusunda uzlaşmışlardır¹²¹. Sonuç olarak katılımcılar, fiziksel müşterek velayetin, çocuğun 5 yaşından küçük olmaması, anne ve baba arasındaki çatışmanın üst düzeyde olmaması şartıyla uygulanabileceği kanısına varmışlardır¹²².

Fiziksel müşterek velayetin çocuk-ebeveyn ilişkisini ne şekilde etkilediğine dair yapılan üçüncü önemli çalışma, ebeveynlik planı hakkında önemli çözümler üretmesi bakımından benzersiz bir çalışmadır¹²³. Her biri velayet kararlarına ilişkin önemli kitap, makale ve yayınlara sahip olan 111 uzman psikologtan oluşan grup, ebeveynlik planına ilişkin pek çok öneri üzerinde mutabık kalmayı başarmışlardır. Bu çalışmaya katılan uzmanlar, yalnızca ebeveyn arasında yüksek çatışma olduğu gerekçesiyle fiziksel müşterek velayeti reddetmenin, çocuğun her bir veli ile olan etkileşiminde de önemli çekinceler oluşturacağı ve çocuğun hem anne hem de babasıyla olan kaliteli etkileşimden mahrum bırakacağı kanaatini taşımaktadır. Özetle çalışma, ebeveynlik planlarının çoğunun çocuğun yararına olacağı ve yalnızca çocuğun yaşının küçük olmasının veya yalnızca ebeveyn çatışmasının bu uygulamayı

¹¹⁹ A.e., s. 400-401.

¹²⁰ Marsha Kline Pruett, J. Herbie DiFonzo, "Closing The Gap: Research, Policy, Practice, and Shared Parenting", **Family Court Review**, C: 52, 2014.

¹²¹ A.e., s. 162.

¹²² Lamb, Sternberg, Thompson, a.g.e., s. 131.

¹²³ Nielsen, a.g.e., s. 131.

hayata geçirmeyi engelleyebileceğini savunmaktadır¹²⁴.

Fiziksel müşterek velayet, çocuğun her iki ebeveyn ile yaşama, hayatı paylaşma, her ikisinden de hayata dair bir şeyler öğrenme, her ikisini rol model olarak alma anlamında, hem her çocuğun ihtiyacı olan, hem de boşanmış anne-baba çocuklarının boşanmamış anne-baba çocuklarına göre toplumda daha farklı bir psikolojiye sahip olmalarının önüne geçebilecek faydalı bir sistemdir. Bu sistemin uygulanabilirliği açısından ortaya çıkabilecek problemler, sistem uygulandığında çocuk başta olmak üzere topluma da sağlayacağı katkı düşünülerek birlikte değerlendirilmelidir.

Fiziksel müşterek velayet, çocuğun yerleşim yerinin sürekli değişmesi nedeniyle çocuğa adaptasyon gücü yaşatacağı gerekçesiyle eleştirilmekte, bu velayet tipinin ancak ve ancak çocuğun çok küçük olması, ebeveynin birbirine yakın oturması ve birbirleriyle uyumlarının üst düzeyde olması durumlarında işlevsel olabileceği öngörülmektedir¹²⁵.

Fiziksel müşterek velayete gelen en önemli eleştirilerden biri, çocuğun hayatındaki istikrarı olumsuz etkileyebileceği düşüncesidir. Bu eleştiri her zaman anlamlı olmayabilir. Şöyle ki; çocuğun okulu veya devam ettireceği sosyal etkinliklere zeval gelmemesi kaydıyla, çocuğun hem annesinin, hem de babasının evinde kendine ait bir odasının bulunması ve taraflarca düzenlenip mahkemece onaylanan ebeveynlik planı çerçevesinde çocuğun, hayatını bu şekilde idame ettirmesinin çocuğun istikrarlı yaşamasına bir engel oluşturmayacağı söylenebilir. Bu sebeple, bu sistem düzenlenirken dikkate alınması gereken başlıca olgu, çocuğun anne ve baba evleri arasında dönüşümlü olarak yaşarken, okulunun ve yaşamındaki temel aktivitelerin değiştirilmemesi kaydıyla bir plan oluşturulmalıdır.

Müşterek fiziksel velayete ilişkin ikinci önemli sorun ise, ebeveynin çatışmasının çocuğa tek başına velayette olduğundan daha çok zarar vereceği düşüncesidir. Hakim, ebeveynlik planını hazırlarken, ebeveyn çatışmasını öngöreceği şekilde düzenlemeler yapmalı, ebeveyn arasındaki uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceğine

¹²⁴ A.e., s. 132.

¹²⁵ Statsky, a.g.e., s. 229.

ilişkin olarak da ebeveyn planında özel hükümler yer almalıdır. Ayrıca, elbette çocuğun hem annesi hem de babası ile eşit derecede ilişki kurmasına her zaman imkan olmayabilir. Örneğin, anne veya babadan birinin çocuğu istismar ettiği veya çocuğa şiddet uyguladığı veyahut veli görevini yerine getirmek istememesi, ihmal etmesi gibi durumlarda ve velayetin kaldırılması sebeplerinden herhangi biri mevcut ise, fiziksel müşterek velayetin uygulanmasına imkan ve gerek olmayacaktır. Zira, müşterek fiziksel velayetin çıkış noktası zaten Çocuk Hakları Sözleşmesi gereğince çocuğun yararı ilkesidir. Dolayısıyla çocuğun yararına hizmet etmeyecek hatta zararına neden olacak bir sistemi çocuk aleyhine uygulamak mantıklı bir çözüm olmayacaktır¹²⁶.

Mevzuatlarında müşterek velayete ilişkin düzenlemeye giden kimi eyaletler¹²⁷, müşterek velayetin çocuğun yararına olduğu karinesini kanunlarında düzenlemiş ve müşterek velayete ancak istisnai durumlarda karar verilemeyeceğini belirtmiş, kimi eyaletler ise¹²⁸ yalnızca tarafların bu yönde bir anlaşması var ise müşterek velayete karar verilebileceğini düzenlemiştir. Müşterek velayet uygulamasını karine olarak öngören kanuni düzenleme, bu velayet tipini uygulamayı reddetmenin ancak ve ancak aile içi şiddet, istismar gibi çok önemli durumlarda mümkün olabileceğini vurgulamaktadır.

b. Yasal Müşterek Velayet (Joint Legal Custody)

Yasal müşterek velayet ise, anne ve babaya eşit ölçüde sorumluluk yükleyen ve anne babanın, çocuğun hayatına ilişkin önemli konularda ortak karar vermesine dayalı bir velayet biçimidir¹²⁹. Bu velayet tipi anne ve babadan her ikisinin de çocukla eşit

¹²⁶ Folberg, **a.g.e.**, s. 9-10.

¹²⁷ Örnek olarak bkz: Minnesota, Missouri, Montana, New Hampshire, New Mexico, Texas, District of Columbia, Florida, Idaho, Kansas, Louisiana.

¹²⁸ Örnek olarak bkz: Maine, Michigan, Connecticut, California, Mississippi, Nevada, Tennessee, Vermont, Washington.

¹²⁹ Janet R. Johnston, Marsha Kline, Jeanne M. Tschann, "Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access", **American Journal of Orthopsychiatry**, C. 59, S. 4, 1989, s. 576; Schulman, Pitt, **a.g.e.**, s. 542; Steel, **a.g.e.**, s. 32; Judith A. Seltzer, "Father by Law: Effects of Joint Legal Custody Nonresident Father's Involvement with Children", **University of Wisconsin-Madison, Center for Demography and Ecology, A National Survey of Families and Households Working Paper**, No: 75, s. 2; Scott, Derdeyn, **a.g.e.**, s. 471.

biçimde kişisel ilişki kurabilmelerine, çocuk üzerindeki hak, yetki ve sorumlulukları paylaşabilmelerine, çocuğu büyütürken işbirliği yapabilmelerine olanak sağlar¹³⁰.

Fiziksel müşterek velayetten farklı olarak bu velayet biçiminde çocuğun yerleşim yeri ve günlük bakımı tek bir ebeveyne aittir. Buna karşılık, çocuğun eğitimi, sağlığı, dini ile alakalı konularda ebeveynden her ikisinin çocuğun üstün yararı çerçevesinde müşterek bir karar vermeleri beklenmektedir. Aynı zamanda ebeveynden her ikisi de çocuğun okul, hastane, diş hekimi, polis ve rehberlik kayıtlarına erişim yetkisini ellerinde bulundurmaktadır. Ancak çocuğun günlük bakımına ilişkin problemler, velayeti fiziki olarak elinde bulunduran ebeveyne bırakılmaktadır¹³¹.

Yasal müşterek velayet, fiziksel müşterek velayete göre daha işlevsel ve boşanma sonrası ebeveyn-ebeveyn, ebeveyn-çocuk çatışmalarını önemli ölçüde azaltacağı gerekçesiyle savunulmaktadır¹³².

Duyarlı yıllar doktrininin mahkeme içtihatlarına yön verdiği yıllarda, söz konusu anlayış gereği, duyarlı yıllardaki çocukların velayetinin anneye bırakılmasının en yerinde çözüm olacağı düşünülmekteydi. Ancak zamanla bu doktrin etkisini yitirmiş ve yerini çocuğun üstün yararı prensibine bırakmıştır. Çocuğun üstün yararı prensibini en iyi şekilde uygulamanın da ancak boşanma neticesinde velayetin, çocuğun anne ve babasına birlikte verilerek mümkün olabileceği anlayışı yerleşmiştir¹³³.

Yasal müşterek velayetin, çocuğun birlikte yaşamadığı babası ile çocuk arasındaki ilişkisini ne şekilde etkilediğini ölçen bir çalışmada, müşterek velayete sahip babaların, velayete hiçbir şekilde dahil olmayan babalara oranla çocuklarını daha sık ziyaret ettikleri ve nafakalarını daha düzenli ve yüksek ödedikleri gözlemlenmiştir¹³⁴.

Yasal müşterek velayet uygulaması, ebeveynin çocukla eşit şekilde vakit geçirebilmelerini öngören fiziksel müşterek velayeti kapsayacak şekilde düzenlenebileceği gibi fiziksel müşterek velayeti içermeyen de düzenlenebilmektedir. Örneğin; ABD'nin Indiana Eyaleti'nin müşterek velayete

¹³⁰ Marcia Mobilia Boumil, "Joint Child Custody: In Whose Best Interest", **Suffolk University Law Review**, C. 21, S. 1, 1987, s. 17.

¹³¹ Lee E. Teitelbaum, "Divorce, Custody, Gender, And The Limits of Law: On Dividing The Child", **Michigan Law Review**, C. 92, S. 6, 1994, s. 1821-1826.

¹³² Statsky, **a.g.e.**, s. 262.

¹³³ **A.e.**

¹³⁴ Seltzer, **a.g.e.**, s. 13.

ilişkin düzenlemesi yalnızca anne ve babanın boşandıktan sonra çocuk üzerindeki hak ve yetkilerini paylaşması üzerine düzenlenmiş olup ebeveynin çocuk ile kişisel ilişki kurma hususunda eşit olduğu düzenlemesine vurgu yapmamıştır¹³⁵. Buna karşılık, Kaliforniya Medeni Yasası'nda yapılan son değişiklikle, müşterek velayet, doğrudan “müşterek fiziksel velayet” şeklinde tanımlanmıştır¹³⁶.



¹³⁵ Scott, Derdeyn, **a.g.e.**, s. 455.

¹³⁶ **A.e.**

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDE MÜŞTEREK VELAYET

Anayasamızın 90. maddesi hükmü gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmünde kabul edilmiştir. Buna göre, uluslararası bir anlaşma TBMM tarafından bir yasayla onaylanınca ve Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe konunca tamamen iç hukuka aktarılmış olur¹. Bu şekilde iç hukuka giren uluslararası anlaşma hükümleri, olağan yasa hükümlerinden farklı olarak, Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilemezler (Anayasa md. 90/son) .

Bu şekilde iç hukuka aktarılan uluslararası anlaşma hükümleri genellikle somut bir düzenleme getirmediikleri için iç hukukta doğrudan doğruya uygulanma gücüne sahip değildirler². Bununla birlikte, bir uluslararası anlaşma hükmünde kullanılan terimlere göre bir karara dayanak olabilecek şekilde açık ve somut olarak düzenlenmiş olan ve kullanılan terimlere göre olduğu gibi net bir şekilde kabul edilen hükümler doğrudan uygulama alanı bulabilir³. Buna göre, “tanır”, “üstlenir”, saygı gösterir”, “sağlar” ve “güvenceye alır” ifadelerini içeren hükümler doğrudan doğruya uygulama alanı bulabilecekken; “gözetir”, “teşvik eder”, “çaba gösterir” ifadelerini içeren hükümler ise tavsiye nitelikli olarak kabul edilecektir⁴.

Çalışmanın bu bölümünde, müşterek velayet uygulamasının dayandırıldığı uluslararası kaynaklar ve çocuk hukukuna ilişkin evrensel prensipler incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi⁵, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu 84(4) Tavsiye Kararı ve AİHS Ek 7 No’lu Protokol hükmü müşterek velayete kaynaklık etmesi bakımından değerlendirilecektir.

¹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, Birinci Bölüm, §6 N: 2.

² Serozan, **Çocuk Hukuku**, Birinci Bölüm, §6 N: 3.

³ Tekin Akıllıoğlu, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13, Andlaşmalar Dizisi No: 1, 1995, s. 14.

⁴ A.e.

⁵ RG. 11.12.1994-22138. Sözleşme, 1978’de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 20 Kasım 1989 T. Ve 44/25 sayılı kararı ile kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmış, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde onaylamıştır.

I. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde Müşterek Velayet

A. Genel Bilgi

Uluslararası anlamda müşterek velayete dayanak teşkil eden ortak prensip, çocuğun menfaati ilkesidir. Söz konusu ilke, pek çok uluslararası metinde yer almasından ötürü dünya üzerindeki devletlerden ekserisinin iç hukukuna girmiş ve özellikle çocuğa ilişkin meseleleri tanzim eden çocuk hukukunun, çocuğun menfaati prensibi etrafında oluşmasını sağlamıştır. Böylece, önceleri sadece hak ve yetki olarak kabul edilen velayetin kullanılması, çocuğun yararının gözetilmesi, çocuğun katılımının sağlanması, çocuğu temsil yetkisinin amacına uygun biçimde sınırlandırılması ve yargıcın çıkar çatışmalarında her fırsatta müdahalede bulunması ve kayyım ataması sağlanmak suretiyle sınırlanmıştır⁶.

Çocuğun menfaati kavramı, ilk olarak 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi⁷'nde (md. 2); sonra sırasıyla, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde (özellikle 23 ve 24'üncü maddelerinde) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (özellikle 10'uncu maddesinde) yer almış ve bu sözleşme metinlerinde, çocuğun üstün yararı, çocuğun menfaati, esenliği, güvenliği biçimlerinde ifade edilmiştir. Kavramın ifade ediliş biçimi sözleşmelere göre farklılaşmasına rağmen, tüm ifade ediliş tarzlarında anlamsal olarak bir yeknesaklık bulunmaktadır⁸.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (ÇHS), çocuğun yararı kavramını çokça vurgulaması, dünya çapında sözleşmeye katılımın fazla olması⁹ ve sözleşmenin taraf devletler üzerinde hukuki bağlayıcılığa sahip olması¹⁰ nedenleriyle sözleşmenin, yukarıda sayılan sözleşmelere göre daha çok yankı uyandırması,

⁶ Serozan, **Çocuk Hukuku**, Üçüncü Bölüm, §5, N: 106.

⁷ RG. 27.01.1995-22184.

⁸ Elçin Grassinger, **Küçük İçin Alınacak Tedbirler**, s. 58.

⁹ 26 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devlet sayısı 196'dır. (Çevrimiçi) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV11&chapter=4&lang=en, 26 Mayıs 2018.

¹⁰ Kimi yazarlar, ÇHS'nin hukuki bağlayıcılığa sahip olmayan, sözleşme hükümleriyle düzenlenen sorumlulukların aykırılığı halinde bu durumun herhangi bir yaptırıma bağlanmaması nedeniyle sözleşmeyi, "soft law" niteliğinde kabul etmekte, sözleşme hükümlerinin bağlayıcılığının formel olduğunu ileri sürmektedirler (Usta, **a.g.e.**, s. 78). Ancak Sözleşme'ye ek olarak kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'ün 12. maddesinde taraf devletlere, Protokol'ün hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Çocuk Hakları Komitesi'ne rapor sunma zorunluluğu getirilmiştir.

tarafımızca müşterek velayetin uluslararası mecrada değerlendirilmesi bakımından ilk plana almamıza sebep olmuştur.

Sözleşme metninde çocuğun yüksek yararının tam bir tanımı yapılmamakla birlikte sözleşme, çocuğun menfaatine atıf yapılan pek çok hükmü bünyesinde barındırdığından, sözleşmede yer alan hükümlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenlerle çalışmanın bu kısmında, sözleşmenin çocuğun menfaati gereği önem arz eden hükümler, müşterek velayet bağlamında ele alınacaktır.

B. Çocuklar Arasında Ayrım Gözetmeme İlkesi

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre, "*çocuklar, sırf ana babalarının, vasilerinin veya kendilerinin ırk, renki cinsiyet, dil, siyasal görüş, kimlik, varlık ve benzeri statü farkları yüzünden ayrımlı işleme tabi tutulamazlar.*"

Madde hükmünde de açıkça belirtildiği gibi Sözleşme, çocuğun yaşamı, gelişimi ve korunmasına ilişkin bütün haklarının, hiçbir cinsiyet veya statü ayrımı gözetilmeksizin bütün çocuklara eşit olarak tanınması ilkesini getirmiştir. Bu ilkeyi dikkate alarak Sözleşme'yi onaylayan devletler, çocuğun evlilik içi-evlilik dışı olduğu ayrımını yapmaksızın, boşanmış anne-babanın veya boşanmamış anne-babanın çocuğunu birbirlerine göre avantajlı hale getirmeksizin hareket etmek yükümlülüğündedirler¹¹.

Ülkemizde anne ve babası boşanmış olan çocuklar, anne veya babalarından yoksun kaldıkları için, psikolojik olarak boşanmış anne ve baba çocuğu olmayı kendilerine yapılmış bir haksızlık olarak görmektedirler¹². Bu bağlamda, bir çocuğun annesi ve babasının evlilik durumları nedeniyle onlara karşı bazı haklardan yoksun bırakılması, sözleşmenin ayrım gözetmeme ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla devletler, bu ilkeyi dikkate alarak, anne ve babası hiç evlenmemiş veya evlenip boşanmış olan çocuklar ile annesi ve babası evli olan çocuklar arasında ayrım yapmamalı, ilk kategoride sayılan çocukların da anne ve babalarıyla kişisel ilişki kurma ve anne

¹¹ Emine Akyüz, **Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması (Çocuğun Güvenliği)**, Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 2000, s. 23.

¹² Zülfikar Özkan, "**Türkiye'de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları**", İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1989, s. 115; Serdar Çelikel, **Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 30.

veya babanın yoksunluğunu çekmemesi anlamında tedbirler almalı ve kanuni düzenlemeler yapmalıdır.

Dolayısıyla Sözleşme'nin 2. maddesi ile düzenlenen çocuklar arasında ayırım yapmama ilkesi, velayete ilişkin davalarda müşterek velayetin teşvik edilmesi şeklinde tezahür edebilir. Bunun sağlanması için pek tabii, öncelikle devletlerin kanuni düzenlemelerinde müşterek velayetin uygulanmasının önünü açacak hükümlere yer vermesi gereklidir.

C. Çocuğun Yüksek Yararının Gözetilmesi İlkesi

1. Genel Bilgi

Velayetin çocuk hakları bakımından tarihçesine bakılacak olursa, babanın velayeti elinde bulundurmasıyla başlayan tarihsel süreç, duyarlı yıllar doktrininin ortaya çıkması ile birlikte annenin velayet hakkını elde etme bakımından avantajlı duruma geçmesi ile devam etmiştir. 1900'lü yılların ortalarında, tender years doktrininin destekçileri azalmış ve ilk olarak 1970'te Evlenme ve Boşanmanın Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Sözleşme (Uniform Marriage and Divorce Act of 1970), *çocuğun yararı teorisini* ortaya atmıştır¹³.

Sözleşmenin 402. maddesinde çocuğun yararını gözetmesi gereken mahkemenin göz önüne alacağı hususlar sıralanmıştır. İlgili hükme göre, hakim velayete ilişkin kararını verirken; a) anne ve babanın velayete ilişkin dileklerini, b) çocuğun, veli olacak kişiye ilişkin dileklerini, c) çocuğun her bir ebevenle, kardeşleriyle veya kendi yararını etkileyebilecek üçüncü bir kişiyle olan ilişkisini ve etkileşimini, d) çocuğun eve, okula ve topluma olan uyumunu, e) velayete etki eden tüm bireylerin zihinsel ve fiziksel sağlık durumlarını göz önüne almalıdır¹⁴. Dolayısıyla çocuğun yararı incelenirken, çocuğun fiziksel, ahlaki, entellektüel, psikolojik ihtiyaçları göz önüne alınmalı ve yalnızca günlük ihtiyaçları değil, gelecekteki ihtiyaçları bakımından da bir değerlendirme yapılmalıdır¹⁵.

¹³ Raymon Zapata, "Child Custody in Texas and the Best Interest Standard: In the Best Interest of Whom?", **St. Mary's Law Digital Repository**, C. 6, S. 1, s. 202; Akıllıoğlu, **a.g.e.**, s. 6.

¹⁴ Zapata, **a.g.e.**, s. 202.

¹⁵ Aslı Bayata Canyaş, "Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts", **International Journal of Law, Policy and the Family**, C. 27, S. 3, 2013, s. 310-331, s. 313.

Hukukumuzda Anayasa md. 41; TMK md. 305, 346 ve 349 hükümlerinde yer bulan “çocuğun yüksek yararı” ilkesi, ÇHS’nin belkemiğini oluşturan prensiptir. “Çocuğun yararı”, ÇHS metninde hem genel bir prensip, hem de bir “şemsiye hak¹⁶” olarak yer almıştır.

Sözleşmenin pek çok yerinde (ana-babanın sorumlulukları (md.18); ana-baba ile yaşama hakkı (md. 9); ailesinden yoksun çocukların korunması (md. 20)) çocuğun yüksek yararı ilkesi vurgulanmakla birlikte, çocuğun yüksek yararından ne anlaşılması gerektiği sorusuna sözleşme içerisinde net bir cevap bulmamız pek mümkün değildir. Bununla birlikte, ilkenin işlevinin belirlenmesi açısından 3. maddenin ilk fıkrasında bir tanım yapıldığı söylenebilir. İlgili hüküm şu şekildedir:

“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.”

Yukarıda da ifade edildiği üzere hüküm, çocuğu ilgilendiren tüm faaliyetleri kapsamakta olup sözleşmenin tüm maddelerine atıf yapmaktadır. Dolayısıyla hüküm değerlendirilirken, sözleşme bir bütün olarak yorumlanmalıdır¹⁷. Çocuğun yararına ilişkin belirgin bir tanım bulunmamakla birlikte kavram, Sözleşme kapsamında düzenlenen tüm haklar ve yükümlülükler bakımından karar alıcılara yol göstermek amacıyla, alınacak kararların çocuğun lehine olup olmadığının belirlenmesinde önemli bir ölçüt olarak kullanılması öngörülmüştür.

Dolayısıyla çocuğun yararı kavramının belirlenmesinde, ebeveyn sevgisinin sağladığı etki ve korumalar göz önünde bulundurularak çocuğun yararı, her somut olay bakımından ayrı ayrı belirlenecektir¹⁸.

Sözleşme metninde, anne ve babanın haklarına ilişkin mevcut hukuk ilkelerinin, onların yükümlülüklerine ilişkin ilkelere dönüştürülmesi gerekliliği ileri sürülmüş,

¹⁶ Çocuk Adalet Sisteminde Çocuğun Yüksek Yararı Politika Belgesi, 2012, (Çevrimiçi) <http://www.cocukhaklariizleme.org/wp-content/uploads/cocuk-adalet-sisteminde-cocugun-yukse-yarari.pdf>, 30 Mart 2018.

¹⁷ Elçin Grassinger, **Küçük İçin Alınacak Tedbirler**, s. 62.

¹⁸ James D. Batchelor, “Custody”, **Oklahoma Law Review**, C. 14, 1961, s. 371.

anne ve babaya çocuğun yararına davranma yükümlülüğü; devlete de, anne, baba ve çocuğa bakmakla yükümlü kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı duyma yükümlülüğü yüklenmiştir¹⁹ (ÇHS md. 18).

Anne ve babanın velayet hakkını kullanmasındaki en önemli sınır, çocuğun yararadır²⁰. Dolayısıyla velayetin doğurduğu çocuğun temsili, çocuğa ilişkin malvarlığının sarfedilmesi ve sair haklar, ancak ve ancak çocuğun yararı doğrultusunda kullanılabilir. Bu bağlamda, çocuğun gelişen yeteneklerine saygı göstermeme de dahil olmak üzere, Sözleşme’de çocuğa tanınan hakların herhangi birinin ihlal edilmesi, çocuğun yararı ilkesine aykırı olacaktır²¹. Aksi takdirde, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmediğinden bahsedilerek velayetin kısıtlanması veya kaldırılması hususları gündeme gelecektir²².

Çocuğun yararı ilkesi, çocuk hukukunun anayasası niteliğinde olup çocuğun korunması bakımından en üst normdur²³. Söz konusu ilke, özellikle çocuğun özel olarak korunmasının gerektiği durumlarda ehemmiyet kazanır²⁴. Velayet ilişkisindeki iki taraf olan ebeveyn ve çocuğun çıkarları genellikle aynı doğrultuda olmakla birlikte, bu çıkarların çatışması durumunda hangi tarafın çıkarının tercih edileceği mevzusu, çocuğun menfaati açısından önem arz etmektedir. Bu noktada ebeveynin müdahale hakkının genişlemesi, çocuğun haklarının daralmasına sebebiyet vereceğinden; bu müdahale hakkının, çocuğun yararının tehlikeye düştüğü durumlarda sınırlandırılması görüşü doktrinde benimsenmiştir²⁵. Yargıtay kararlarında da bu durum, “*yargıcın velayetle ilgili kararlarda takdir hakkını kullanırken önce çocuğun çıkarları düşünülmeli, sonra tarafların durumuna bakılmalıdır*” şeklinde ifade edilmiş, çocuğun yararının, anne ve babanın yararına

¹⁹ Usta, **a.g.e.**, s. 67.

²⁰ Öztan, **Aile Hukuku**, s. 1109; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 219.

²¹ Usta, **a.g.e.**, s. 67.

²² Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, §21, No: 1743; Öztan, **Aile Hukuku**, s. 1137-1138; Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 92 vd.; Usta, **a.g.e.**, s. 419 vd.

²³ Öztan, **Aile Hukuku**, s. 1137; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 223.

²⁴ Hayrunnisa Özdemir, Ahmet Cemal Ruhi, **Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2016, s. 4.

²⁵ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 32; Ali Naim İnan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1968, s. 104; Usta, **a.g.e.**, s. 68.

nazaran öncelikli olduğu hususu vurgulanmıştır²⁶. Bu noktada amaç, anne ve babayı cezalandırmaktan ziyade çocuğu korumak olduğundan, anne ve babanın velayet görevini kullanırken ihmalkâr davranıp davranmaması önem arz etmemekte; esas olarak çocuğun gelişiminin tehlikeye düşmesinin önlenmesi ön plana alınmaktadır²⁷.

Çocuğun yararı, aynı zamanda toplumun da yararidir²⁸. Francis'e göre²⁹, velayetin; anne-babanın yararı, çocuğun yararı, toplumun yararı olmak üzere üç yönü bulunmaktadır. Dolayısıyla çocuğun yararı ilkesi, uzun vadede toplumda zararlı davranışların meydana gelmesini de önlemek suretiyle toplum yararını da gözetin bir ilkedir³⁰.

2. Velayetin Tevdiinde Çocuğun Yüksek Yararının Gözetilmesi

Çocuğun yararı, çocuğun yaşamının her alanında dikkate alınması gereken bir prensip olmakla birlikte boşanmada velayetin tevdiinde özellikle ön plana çıkmakta, velayetin tevdiinin ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin bir karar verilmesi gerektiğinde dikkate alınması gereken en üst norm ve en belirleyici ölçüt haline gelmektedir³¹. YHGK, konu ile alakalı kararında³²,

*“Taraflar, velayetin boşanan eşlerden birine verilmesine yönelik, kendilerini ve mahkemeyi bağlayıcı nitelikte bir sulh akdi yapamazlar. Velayetin hangi eşe verilebileceği durumun özelliği ve **çocuğun yararı göz önünde tutularak** ancak, yargıç tarafından belli edilir. (Eski) Medeni yasanın 148. maddesindeki kesin*

²⁶ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 33; YHGK, 1992/2-763 E., 1993/117 K., 17.3.1993 T.; “*Velayet, çocuğun ruhi ve bedeni gelişmesi gözetilerek düzenlenir.*”(Y. 2. HD., 1992/1374-1584 E., 13.2.1992 T.); “*Velayet, küçüğün mevcut ve ilerideki yararı gözetilerek düzenlenir.*”(Y. 2. HD., 1361/3144 S., 17.3.1992 T.); “*Velayet düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararlarının korunmasıdır.*” (Y. 2. HD., 3042/4558 S., 18.5.1987 T.)

²⁷ Öztan, **Aile Hukuku**, s. 1137.

²⁸ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 33.

²⁹ Francis Barry McCarthy, “The Confused Constitutional Status and Meaning of Parental Rights”, **Georgia Law Review**, 1988, s. 975.

³⁰ Emine Akyüz, **Çocuğun Güvenliği**, s. 10; Cem Baygın, **Soybağı Hukuku**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2010, s. 272; Serozan, **Çocuk Hukuku**, Birinci Bölüm, §8, N: 1; Gökhan Karakayalı, “**Velayet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukuki Sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması**”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 20.

³¹ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 203; Mason, **a.g.e.**, s. 458.

³² YHGK, 2 E. 9-46 K. 18.1.1950 T.

hükmün gereği budur. Velayetin tevdiini yargıç halin icabına göre serbestçe takdir ve tespit eder. Tarafların bu konuda anlaşma yapmaları yargıcı bağlamaz.”

demek suretiyle kanaatini belirtmiştir.

Velayetin ve dünya toplumlarında oluşturduğu algının dönüşümü, boşanma sonucunda çocuğun yararına hizmet edecek olan velayet tarzının, tek başına velayetten birlikte velayete kaymasına olanak sağlamıştır. Boşanmanın çocuk ve ebeveyn üzerindeki travmatik etkisini çalışan psikolog ve psikiyatristlerin yapmış oldukları çalışmalarda da, çocuğun boşanma ile hayatının birdenbire değişmemesi ve boşanma sonrası sürece adaptasyonu için ebeveyn işbirliğinin şart olduğu ve müşterek velayetin bu anlamda çok faydalı olacağı saptanmıştır³³. 1980’lerde müşterek velayet kavramının Kaliforniya’da ortaya çıkmasından sonra pek çok devlet, müşterek velayetin çocuğun yararına hizmet ettiğine ilişkin varsayımı iç hukuklarında yer vermiş, bu varsayımı içeren yasal düzenlemeler yapmışlardır. Bu bağlamda, farklı devletlerin öngördükleri yasal düzenlemeler de müşterek velayetin çocuğun yararına hizmet ettiğini karine olarak kabul etmiştir³⁴.

Müşterek velayete karar verilmesi bakımından çocuğun yararı ele alınacak olursa, müşterek velayetin daha çok anne-babanın çıkarlarına mı yoksa çocuğun yararına mı hizmet ettiği meselesi gündeme gelecektir³⁵. Bu noktada, müşterek velayet uygulamasının, anne ve babadan her ikisinin de velayet hakkının anayasal olduğu talebine cevap verdiğini savunan yazarlar³⁶ olduğu gibi, müşterek velayetin anne-babadan ziyade çocuğun yararına hizmet ettiği görüşünü benimseyen yazarlar da mevcuttur.

Yapılan bir araştırmada, boşanmış aile çocuklarının anne-babası birlikte olan çocuklardan farklı olup olmadığı çalışılmış ve boşanmış aile çocuklarının farklı

³³ Morton Chethik, Neil Kalter, “Developmental Arrest Following Divorce: The Role of Therapist As a Developmental Facilitator”, **Journal of the American Academy of Child Psychiatry**, C. 19, 1980, s. 282.

³⁴ Fiziksel Müşterek Velayete İlişkin Çalışma Grubu Raporu, (Çevrimiçi) <http://flwg.com.au/data/attachment.php?id=3623>, 26 Mayıs 2018, s. 23.

³⁵ Mobilia Boumil, **a.g.e.**, s. 10-13.

³⁶ Mobilia Boumil, **a.g.e.**, s. 17, dp. 67; Ellen Canacakos, “Joint Custody As A Fundamental Right”, **Arizona Law Review**, C. 23, 1981, s. 785.

olduğu hususu, çalışmaya katılan bireylerin neredeyse tamamına yakını tarafından onaylanmıştır. Bu çalışmaya verilen yanıtlarda; boşanmış aile çocuklarının, anne-babası bir arada olan çocuklara göre daha mutsuz, daha alingan, daha kavgacı, daha hırçın olmaları, anne veya babadan birisinin sevgi ve ilgisinden mahrum olmasına bađlanmıřtır³⁷.

Goldstein/Freud/Solnit, müşterek velayet uygulamasının çocuğun yararından ziyade anne babanın yararına olduğunu ve bu uygulamanın çocuğun yaşam istikrarını bozacağı, çocuğun geleceğine ilişkin daima ortak karar almak zorunda olan çiftlerin çatışmalarını artıracaağı, değişken meskenin çocuğu yıpratacağı gerekçeleriyle müşterek velayetin karşısında durmaktadır³⁸.

Müşterek velayeti savunan yazarlar³⁹ ise, bu velayet biçiminde anne ve babalarını kendi hayatları üzerinde birlikte karar verirken çocukların, kendilerini daha güvende ve özgüvenli hissettiklerini, bu diyalogun çocukların aidiyet, sevgi ve sadakat duygularını perinlediğini, böylece çocukların boşanma sonrasında yalnız ve terkedilmif hissetmediklerini ortaya koymaktadır. Ayrıca yapılan çalışmalar, müşterek velayetin, çocuğa iki aktif sosyal ve aile ortamı sağladığı ve çocuğun hem kadın hem de erkek rol modeli ile beraber yetişmesine olanak tanıdığı, ebeveynin annelik ve babalık duygularını tatmin ettiği ve ebeveynden birinin “ncelikli ebeveyn” baskısını yaşamasını önlediği, çocuğun da eşzamanlı olarak anne ve babasıyla kaliteli zaman geçirebildiği için çocuğun yararına olduğunu gstermektedir⁴⁰.

³⁷ iğdem Arıkan, **Halkın Boşanmaya İlişkin Tutumları Araştırması**, Ankara, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, 1996, s. 235-236.

³⁸ Goldstein, Freud, Solnit, **a.g.e.**, s. 38; Scott, Derdeyn, **a.g.e.**, s. 456.

³⁹ Joan B. Kelly, Judith S. Wallerstein, “Part-time parent, part-time child: Visiting after divorce”, **Journal of Clinical Child Psychology**, C. 6, S. 2, s. 53-54; Folberg, **a.g.e.**, s. 10; Jessica Pearson, Nancy Thoennes, “Custody After Divorce: Demographic and Attitudinal Patterns”, **American Journal of Orthopschiatry**, C. 60, S. 2, s. 233-249; William N. Bender, “Joint Custody: The Option of Choice”, **Journal of Divorce&Remarriage**, C. 21, S. 3-4, 1994, s. 128; Kyrre Breivik, Dan Olweus, “Adolescent’s Adjustment in Four Post-Divorce Family Structures: Single Mother, Stepfather, Joint Physical Custody and Single Father Families”, **Journal of Divorce&Remarriage**, C. 44, S. 3-4, 2006, s. 118-119.

⁴⁰ Pearson, Thoennes, **a.g.e.**, s. 233-249.

1982-1999 yılları arasında yapılan 33 çalışmada⁴¹ da müşterek velayetin tek başına velayete göre daha iyi sonuçlar doğurduğu sonucuna varılmış, çiftlerin kendi sorunlarını kendileri çözdükleri ve kişisel ilişki kurma haklarını kendilerinin belirledikleri bu sistemin, çocuğun ebeveynle pozitif ve gerçek bir ilişki kurmasına izin verdiği için bu velayet sistemi avantajlı bulunmuştur.

Ayrıca, müşterek velayetin barındırdığı risklerin, özellikle duygusal tükenmişlik bakımından tek başına velayete nazaran daha az olduğu uzmanlar tarafından gözlemlenmiştir⁴².

Müşterek velayet, çiftleri finansal açıdan birbirlerini desteklemeye ve boşanma sonrası finansal sorumlulukları eşit olarak bölüşmeye teşvik ettiğinden, nafakanın ödenmesine yönelik kaygıyı ortadan kaldırması bakımından da çiftleri olumlu biçimde etkilemekte ve velayeti elinde bulundurmayan ebeveynin çocuğun gözünde daha aşağı bir seviyeye çekilmesini veya velayete sahip olan ebeveynin daha iyi bir yerde olmasını önlemektedir⁴³.

Müşterek velayetin diğer bir avantajı ise babalarla yakından ilintilidir. Tek başına velayet düzenlemesinde velayet genel itibarıyla anneye bırakılmakta, bu da çocuk ile baba arasındaki ilişkiyi olumsuz etkilemektedir. Psikologlar tarafından Disney Dad⁴⁴ veya Uncle Dad Sendromu⁴⁵ olarak adlandırılan bu durum, velayet kendisinde olmayan babanın çocukla ara sıra vakit geçiren, onu eğlendirmek veya mutlu etmek için hediyeler getiren bir baba figürünü meydana getirmekte, otoriteden ve “gerçek babalık”tan uzak bu baba figürü, çocuğun rol model alması gereken baba vasfını karşılamamaktadır. Müşterek velayet, babalara çocukları ile anlamlı ve kaliteli bir

⁴¹ Robert Bauserman, “Child Adjustment in Joint Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review”, **Journal of Family Psychology**, C. 16, S. 1, 2002, s. 94-99.

⁴² Pearson, Thoennes, **a.g.e.**, s. 246.

⁴³ Mobilia Boumil, **a.g.e.**, s. 23; Pearson, Thoennes, **a.g.e.**, s. 247.

⁴⁴ (Çevrimiçi) <http://www.fathers.com/s5-your-situation/c18-divorced-dad/dont-be-a-disney-dad-guest-blog/>, 30 Mart 2018.

⁴⁵ (Çevrimiçi) https://www.huffingtonpost.com/alison-patton/uncle-dad-syndrome_b_2986705.html, 30 Mart 2018.

kişisel ilişki kurma imkanı vermesi bakımından önemsenmekte ve bu velayet tipine olumlu yaklaşılmaktadır⁴⁶.

Müşterek velayetin, öncelikle çocuğun ve sonra ebeveynin yararına mutlak anlamda olumlu sonuçlar doğurduğu elbette söylenemez. Ebeveynler arasında açık bir çatışma durumu varsa, ebeveynler birbirlerine düşmanca hisler besliyorlarsa ve ailede şiddet geçmişi söz konusu ise böyle durumlarda müşterek velayetin çocuğun yararına hizmet etmesi zayıf bir olasılık olacaktır⁴⁷. Ancak tarafların anlaşmalı boşanmış ve/veya kendi çıkarlarından çok çocuklarının yararını gözetmek düşüncesiyle hareket ediyor olmaları, müşterek velayetin tek başına velayete nazaran çocuğun yararına daha fazla yöneleceği kanaatine varmak bakımından önemli bir ölçüt olacaktır.

Kanaatimizce, somut olayda müşterek velayet, çocuğun yararı için gerekli standartları karşılıyorsa ve anne ile baba velayeti birlikte kullanma konusunda istekli ve kararlı iseler, müşterek velayetin kurulması yönünde karar verilmelidir. Şayet mevzubahis çocuğun yararının karşılanması ve anne-babanın iradesi de velayeti boşandıktan sonra da birlikte kullanmaya yönelik ise, bu durumda yasa hükümlerinin emredici olup olmadığı konusundaki kaygılar arka plana atılmalıdır⁴⁸. Bu doğrultuda çocuğun yararının kapsamının, çocuğun tüm haklarını kapsayan kendini geliştirme hakkının, özgürce ve onurlu bir biçimde kullanılmasının sağlanması olduğu ifade edilmektedir⁴⁹. Çocuğun yararı hakkında kanaate varacak olan kişinin, çocuk eğer bir yetişkin olsa idi, kendi yararı doğrultusunda nasıl bir karar verebileceğini göz önüne alarak bir sonuca varması gerektiği vurgulanmaktadır⁵⁰.

D. Çocuğun Anne ve Babası ile Yaşama Hakkı

Sözleşme'nin 9. maddesine göre çocuk, anne ve babasından onların rızası dışında ayrılamaz. İlgili hükme göre, çocuğun anne ve babasından ayrılması ancak çocuğun yüksek yararı bunu gerektiriyorsa mümkün olabilir. Bu istisnai durum dışında

⁴⁶ Rosemary McKinnon, Judith Wallerstein, "Joint custody and the preschool child", **Behavioral Sciences and the Law**, C. 4, S. 2, 1986, s. 182-183.

⁴⁷ Bayata Canyaş, **a.g.e.**, s. 323.

⁴⁸ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 39.

⁴⁹ Sinan Sami Akkurt, "Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu", **Rona Serozan'a Armağan**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2010, s. 111.

⁵⁰ Usta, **a.g.e.**, s. 138; Elçin Grassinger, **Küçük İçin Alınacak Tedbirler**, s. 63-64.

çocuğun anne ve babası ile yaşama, anne ve babası tarafından yetiştirilme hakkı (ÇHS md. 5) vardır. Sözleşme'yi onaylayan devletler, bu durumu da gözeterek iç hukuklarında düzenlemeye gitmeli, çocuk ile anne/babasını mümkün mertebe sıkı diyalog içerisinde tutacak tedbirleri almalıdırlar.

Türk Medeni Kanunu'nun md. 336 ve md. 337 hükümleri, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk ile anne ve babası boşanmış olan çocuğa ilişkin velayetin, anne ve baba tarafından müşterek olarak kullanılmasına izin vermemiştir. Bu yaklaşım, hem anayasal eşitlik ilkesi hem de ÇHS'nin 9. maddesinde düzenlenen, çocuğun anne ve babası ile yaşama hakkına aykırılık teşkil etmektedir⁵¹. Velayet, anne ve babanın hakkı olduğu kadar çocuğun da hakkıdır; dolayısıyla çocuğun anne veya babasından birinin velayeti altında bulunma hakkından yoksun bırakılması çocuğun yararına ters düşmektedir⁵².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, çocukla olan ilişkiler bakımından evlilik dışı yaşam birlikteliği ile evlilik birliğini eşdeğer görmüştür. Örneğin, AIHM X/Letonya Davası'nda mahkeme, evlilik dışı doğan çocuğun doğumundan itibaren anne ve babanın ortak ebeveyn sorumluluğuna sahip olduğuna karar vermiş ve annenin çocuğu alıp başka bir ülkeye taşınmasına müsaade edilmeyerek çocuğun iadesine hükmedilmiş, böylece biyolojik babaya çocuğuyla kişisel ilişki kurma hakkı tanınmıştır⁵³.

Mevcut durumda Serozan, Türk Medeni Kanunu'nun velayete ilişkin md. 336 ve 337 hükümlerini def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşıyarak sorunun giderilebileceğini savunmaktadır⁵⁴. Koçhisarlıoğlu ise MK md. 337 hükmünde bir boşluk mevcut olduğunu ve sorunun boşluk doldurma yöntemi ile aşılabileceği düşünmektedir⁵⁵.

⁵¹ Rona Serozan, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler"(Soybağı), Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 773.

⁵² Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 190-191.

⁵³ AIHM, X/Letonya Davası, Başvuru No: 27583/09, 26 Kasım 2013 T., (Çevrimiçi) http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/letonya_x_summary.pdf, 26 Mayıs 2018.

⁵⁴ Serozan, Soybağı, s. 773.

⁵⁵ Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 229.

E. Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi

Velayet hakkının kullanılmasında çocuğun menfaatinin öncelikli olarak gözetilmesi kuralının doğal sonucu, katılım hakkı olarak da kavramsallaştırılan⁵⁶, çocuğun görüşünün alınması ilkesidir⁵⁷. ÇHS md. 12 hükmü, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olan çocuğa, kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme ve bu görüşlere yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özenin gösterilmesini isteme hakkı tanımıştır⁵⁸. Sözleşme, bu ilke ile, çocuğun toplumda bir birey olarak yaşantısını sürdürmeye eksiksiz biçimde hazırlanmasını, kendi yaşamı üzerinde söz sahibi olarak geleceğini belirlemesini sağlamayı amaçlamıştır⁵⁹.

Hukukumuzda TMK md. 339 hükmünün de ÇHS md. 12 hükmüne paralel olarak düzenlendiği söylenebilir. İlgili hüküm, anne ve babanın, velayetin yürütülmesinde çocuğun yararını gözetmek ve onun görüşlerini almak zorunda olduklarını öngörmektedir.

Velayetin kullanılmasında çocuğun katılımının sağlanması, yapılacak olan işlemin niteliğine göre, görüş açıklama veya onay verme şeklinde gerçekleşir⁶⁰. Velayet hakkını haiz anne-baba, çocuğun geleceğini önemli ölçüde etkileyecek nitelikteki hususlar bakımından; örneğin, çocuğun gideceği okul, alacağı eğitim konusunda görüşlerini dikkate almalıdır. Ek olarak, boşanma sonrasında çocuğun velayetini kullanacak ebeveynin tayininde, öğretim ve çıraklık sözleşmelerinin kurulmasında çocuğun görüşünün, olgunluğu ölçüsünde dikkate alınması gerekir⁶¹. Gerek ÇHS md. 12/II'de gerekse TMK md. 339/III düzenlemesinde çocuğun görüşünün alınması

⁵⁶ Gülçin Elçin Grassinger, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar"(Çocuğun Görüşü), **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 1. Cilt, 2010, s. 834.

⁵⁷ Geraldine Van Bueren, "The UN Convention on the Rights of the Child", **The Journal of Child Law**, January/March, 1991, s. 63.

⁵⁸ Ancak çocuk bu hakkını kullanmak zorunda değildir. Çocuk Hakları Komitesi'nin 51. Oturumunda, çocuğun görüşlerini ifade etmenin çocuk için bir yükümlülük değil, bir tercih olduğu ifade edilmiştir (Elçin Grassinger, **Çocuğun Görüşü**, s. 839). Çocuğun yararı göz önüne alınarak konulmuş hükümlerin, katı bir biçimde çocuğun psikolojisini zorlayacak surette uygulanması durumunda, ilke amacına aykırı hareket edilmiş olur (Elçin Grassinger, **Çocuğun Görüşü**, s. 841).

⁵⁹ Akyüz, **Çocuğun Güvenliği**, s. 25; Elçin Grassinger, **Çocuğun Görüşü**, s. 833; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 224.

⁶⁰ Baygın, **a.g.e.**, s. 273; Serozan, **Çocuk Hukuku**, Birinci Bölüm, §9, No: 2.

⁶¹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, Birinci Bölüm, §9, No: 3.

hususunda mutlak bir ifade kullanılmamış, bu husus çocuğun olgunluğu ölçüsü ile sınırlanmıştır⁶².

Anne ve baba, velayet hakkının kullanılmasında çocuğun görüşünü alırken, çocuğun kişisel niteliklerini göz önünde bulundurmalarıdır⁶³. Bu ilke ile amaç, çocuğa kendi yaşamını kendi isteğine göre düzenlemesi için imkan verilmesidir⁶⁴. Çocuğun kendi yaşamıyla alakalı önemli konularda sağlıklı görüş bildirebilmesi için çocuk, karar vereceği veya görüş bildireceği konu hakkında bilgilendirilmeli ve olası sonuçlar çocuğa aktarılmalıdır⁶⁵. Ayrıca çocuğun, gelecek yaşantısı hakkında karar verebilmesi için, çocuğun hayatını düzenleyecek yaş ve olgunluğa erişmiş olması gerekir. Aksi takdirde çocuk, bu konuda kendi haline bırakılamayacaktır⁶⁶. Ancak, sözleşme metninde çocuğun görüşünün alınmasında yalnızca çocuğun yaşının bir ölçüt olarak kullanılmak suretiyle çocuğun katılımının engellenmemesi gerektiği, yaş ölçütünün çocuğun olgunluk seviyesi ile beraber ele alınması gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁷. Bu bağlamda, çocuğun olgunluk seviyesinin tespiti, durum açısından önem arz etmektedir⁶⁸.

Çocuğun katılımı ilkesi, velayetin tevdi bakımından da yüksek önem taşımaktadır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, henüz İsviçre MK'da çocuğa katılım hakkı verilmeden evvel bile, velayet davalarında yargıya varmadan çocuğun görüşünü almayı, ÇHS md. 12 hükmüne dayanarak kabul etmiştir⁶⁹. Yargıtay da, çocuğun katılımı ilkesini önemli ölçüde benimsemiş, velayetin kimde kalacağına karar verilmeden evvel çocuğa kiminle yaşamak istediğinin sorulması hususunu kararlarında vurgulamış, ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşünün alınmamasını bozma nedeni olarak görmüştür⁷⁰.

⁶² Kılıçoğlu, a.g.e., s. 629.

⁶³ Dural, Öğüz, Gümüş, a.g.e., §21, No: 1697.

⁶⁴ Dural, Öğüz, Gümüş, a.g.e., §21, No: 1696; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 628.

⁶⁵ Usta, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 99; Baygın, a.g.e., s. 274.

⁶⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 628.

⁶⁷ Elçin Grassinger, **Çocuğun Görüşü**, s. 837.

⁶⁸ Usta, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 101.

⁶⁹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, Birinci Bölüm, §9, No: 4.

⁷⁰ Y. 2. HD. 2005/19968 E, 2006/4355 K, 29.03.2006 T.: “Velayet hakkı babaya verilen çocuk görüş ve düşüncelerini açıklama olgunluğuna erişmiştir. Türk Medeni Kanununun 339. Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12 ve Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3 ve 6. maddesi gereğince küçüğün görüş ve düşünceleri alınmadan velayet hakkı düzenlenmesi doğru bulunmadığı gibi Uluslararası

Velayetin tevdiine ilişkin davalarda hakimın velayeti anne veya babadan yalnızca birine veya her ikisine birden tevdi etmeden evvel çocuğun görüşünün alınması pek tabii zaruriyet arz etmektedir. Çocuğun görüşünün alınması ilkesinin, çocuğun yararı ilkesinin bir sonucu olarak meydana gelmesi ve çocuğun yararı ilkesi ile adeta ayrılmaz bir bütün oluşturması hasebiyle, müşterek velayetin çocuğun dava anındaki ve gelecekteki menfaatlerini karşılayıp karşılamayacağı hususunda kanaat edinilebilmesi için, çocuğun görüşlerinin dinlenmesi, onun yararına karar vermeyi kolaylaştıracak bir sonuç meydana getirecektir.

Çocuğun görüşünü belirtme hakkı mevcut olmakla birlikte, kimi durumlarda çocuklar görüş bildirmekten kaçınabilecektir. Böylesi durumlarda çocuğun susma hakkını da kullanabilmesi gerekir. Nitekim, yapılan bir araştırmada, özellikle boşanma davalarında çocukların, anne veya babadan herhangi birinin yanında pozisyon almaktan kaçındıkları ve anne-baba arasındaki çekişmenin içerisine girmemeyi tercih ettikleri gözlemlenmiştir⁷¹. Bu gibi durumlarda çocuğun görüşünün alınmaması çocuğun yararına olacağından, çocuğun görüşünün alınmasından vazgeçilmesi gerekecektir.

II. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 84(4) Sayılı Tavsiye Kararı Bağlamında Müşterek Velayet

Velayetin düzenlenmesine ilişkin anne ve babanın yaptığı sözleşmeler, çocuğun yararının belirlenmesinde yardımcı olan ölçütlerden biri olarak kabul edilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinin 5. Bendinde, eşlerin boşanmanın yan

Çocuk Kaçırmanın Veçhelerine Dair Sözleşmenin 16. maddesi hükümlerinin de göz önünde bulundurulmaması doğru değildir."

Y. 2. HD. 2006/7797 E, 2006/15997 K, 20.11.2006 T.: "*Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 12/d bendi gözetilip idrak çağındaki çocuğun dinlenip düşüncesinin değerlendirilmiş olmasına.....göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddine...."*

Y. 2. HD. 2005/12496 E, 2005/15273 K, 8.11.2005 T.: "*Bu bakımdan çocuğun dinlenmesi ve görüşünün alınması gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile velayetle ilgili yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir."*

Y. 2. HD. 2005/17269 E, 2006/3854 K, 21.03.2006 T.: "*Tarafların müşterek çocukları Özgenur 1988 doğumlu olup idrak çağındadır....Velayet konusunda düşüncesi alınarak...karar verilmemesi doğru bulunmamıştır."*; Y. 2. HD. 2003/4021 E, 2003/5262 K, 10.04.2003 T.; Y. 2. HD. 2003/2139 E, 2003/5117 K, 08.04.2003 T.; Y. 2. HD. 2003/3393 E, 2003/4801 K, 03.04.2003 T.; Y. 2. HD. 2002/14802 E, 2003/682 K, 21.01.2003 T. (Zafer Ergin, **Boşanma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 1101-1156.)

⁷¹ Kurki Suonio, **a.g.e.**, s. 193.

sonuçları hakkında anlaşma yapabilecekleri öngörülmüş ve bu anlaşmaların geçerliliği, hakimin onaylaması şartına bağlanmıştır. Buna göre taraflar, hakimin re'sen karar vereceği konular ve kanunen düzenlenmiş olan hususlarda anlaşma yapamayacaklar, kalan konuları ise serbestçe düzenleyebileceklerdir⁷². Avrupa Birliği Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ebeveynlerin velayet sorumlulukları hakkında 84 (4) sayılı Tavsiye Kararı⁷³nda da bu kural benimsenmiştir. Kararın ilgili ilkesi aşağıdaki gibidir:

84(4) sayılı Tavsiye Kararı İlke 6:

“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 paylaşmak 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.”

Dolayısıyla anne ve baba, çocuklarının velayetine ilişkin de velayet anlaşması yapabilirler. Hakim bu anlaşmayı dikkate alarak karar verebilir, ancak bu anlaşma ile bağlı olmayacaktır⁷⁴.

Taraflar arasında yapılan anlaşmanın geçerli olabilmesi için, hakimin bu anlaşmayı onaylaması gereklidir (TMK md. 150/b. 5). Hakim, anlaşmayı onaylayıp onaylamayacağına karar verirken, tarafların arzularını dikkate almalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararına göre⁷⁵, taraflarca kararlaştırılan çözüm ancak anlaşılmaz veya eksik ise, taraflardan birinin dava sırasındaki durumu

⁷² Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 40.

⁷³ Bakanlar Komitesi tarafından Bakan Temsilcilerininin 367. Toplantısında, 28 Şubat 1984 tarihinde kabul edilmiştir (Mehmet Semih Gemalmaz, **Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 77).

⁷⁴ Elçin Grassinger, **Karar**, s. 149.

⁷⁵ BGE 121 III 393 vd., 01.02.1996 tarihli karar (Elçin Grassinger, **Karar**, s. 239).

istismar ediliyorsa, kararlaştırılan nokta hakkaniyet gereği kanuni düzenlemelerden ayrılmayı haklı göstermiyorsa veya sözleşmenin yapıldığı andan karar anına kadar tarafların ilişkilerinde önemli değişiklikler meydana gelmişse, hakim anlaşmayı onaylamayacaktır⁷⁶.

Türk Medeni Kanunu'nun velayet anlaşmalarına müsaade eden hükümleri göz önüne alındığında gerçekten, anne ve babanın aralarında anlaşarak çocuğun yararı doğrultusunda velayeti birlikte kullanmayı talep edebilmelerinin mümkün olduğu görülmektedir. Böylesi bir durumda hakim, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararı doğrultusunda, bu anlaşmayı dikkate almak ve ona göre bir hüküm kurmakla mükelleftir⁷⁷.

III. AİHS Ek 7 Nolu Protokol Bağlamında Müşterek Velayet

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol"⁷⁸, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmış ve iç hukukumuzdaki yerini almıştır. İlgili Protokol'ün 5. maddesine göre,

"Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir".

İlgili düzenleme, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde ebeveynin çocuklar üzerindeki hak ve sorumlulukları açısından eşit olduklarını açıkça belirtmektedir. Bu bağlamda akla gelen ilk husus, elbette hüküm uyarınca müşterek velayet uygulamasının değerlendirilmesi olacaktır.

Mevcut hüküm bağlamında boşanma sonrasında ebeveyn, çocuk üzerindeki hak ve sorumluluklar bakımından eşit olacağına göre, tek başına velayet uygulamasının, hükmün düzenlenme amacını karşılayamacağı açıktır. Zira, tek başına velayette, çocuğa ilişkin hak ve sorumluluklar, anne veya babaya verilmekte ve velayet

⁷⁶ Elçin Grassinger, **Karar**, s. 240-241.

⁷⁷ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 196.

⁷⁸ 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol (RG. 08.04.2016-29678.)

kendisine verilmeyen taraf, çocukla ancak kişisel ilişki kurabilmekte ve nafaka ödemek suretiyle çocuğun yetiştirilmesine katkıda bulunmaktadır. Oysa, müşterek velayet uygulamasında, hükümce düzenlenen eşitliğin sağlandığı söylenebilir. Zira, bu uygulamada ebeveyn, çocuğa ilişkin hakları birlikte kullanmakta, sorumlulukları ise birlikte paylaşmaktadır. Dolayısıyla bu hüküm, Ek 7 Nolu Protokol'ün ülkemizde yürürlüğe girmesi ile, müşterek velayeti düzenleyen bir kanun hükmü olarak değerlendirilmektedir.

Nitekim, Yargıtay da hâlihazırda müşterek velayete olanak veren tek emsal olan 22.02.2017 tarihli müşterek velayet kararını⁷⁹, zikredilen hükme atıf yapmak suretiyle vermiştir.

AİHS Ek 7 Nolu Protokol, Türk hukukunda yürürlükte olduğu müddetçe Yargıtay'ın, Türk hukukuna dahil olan hükmü, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesine öncelikli olarak uygulaması ve böylelikle boşanma sonrası müşterek velayet uygulamasının önünü açması yerinde olacaktır.

⁷⁹ Y. 2. HD. 2016/15771-2017/1737, 22.02.2017 T.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA MÜŞTEREK VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

I. Mukayeseli Hukukta Müşterek Velayet

A. Alman Hukukunda Müşterek Velayet

Alman Hukuku'nda müşterek velayet kural, tek başına velayet istisnadır. Alman Medeni Kanunu, eşlerin boşandıktan sonra da çocuğun velayetini müştereken yürüteceklerini prensip olarak düzenlemiştir, devamında ise anne ve babanın aksini kararlaştırabileceklerini öngörmüştür (BGB § 1671). Dolayısıyla Alman Hukuku'na göre, boşanma durumunda eşler çocuğun velayetini müştereken kullanmaya devam ederler. Bunun için herhangi bir mahkeme kararının alınmasına gerek yoktur¹. Şayet eşlerden biri, çocuğun velayetinin münhasıran kendisine tevdi edilmesini isterse, mahkemeye başvurarak velayetin tamamının veya bir kısmının kendisi tarafından kullanılmasına izin verilmesini talep edebilir. Hakim gerekli görürse istisnai olarak tek başına velayete karar verir.

B. İsviçre Hukukunda Müşterek Velayet

İsviçre Hukukunda müşterek velayeti, zaman içinde meydana gelen değişiklikleri baz alarak üç dönemde incelemek mümkündür: Boşanma sonrası müşterek velayet kavramının yer almadığı 2000 öncesi dönem, müşterek velayetin ciddi koşulları sağlamak koşuluyla istisnai olarak kabul edildiği 2000 değişikliğinden sonraki dönem ve müşterek velayeti prensip olarak benimseyen 2014 değişikliğinden sonraki dönem.

İsv. MK'nın 2000 yılında meydana gelen değişiklikten önceki halinde, müşterek velayet düzenlemesi yer almamakta, boşanma gerçekleştiğinde çocuğun velayeti anne veya babadan birine tevdi edilmekteydi².

¹Jens M. Scherpe, **European Family Law Volume II: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law**, ABD, Edward Elgar Publishing, 2016, s. 78; Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 155.

²Ingeborg Schwenzer, Tomie Keller, "New Rules on Parental Responsibility in Switzerland", **International Survey of Family Law**, 2014, s. 460.

2000 yılında İsv. MK'da meydana gelen değişiklik, müşterek velayete ilişkin bir düzenleme içermekle birlikte müşterek velayet uygulamasını sıkı koşullara bağlamış, müşterek velayetin ancak ve ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceğini öngörmüştür³. Önceki düzenlemeye göre, boşanma gerçekleştiğinde çocuğun velayeti kural olarak anne veya babadan birine tevdi edilirdi. Ancak anne ve babanın müşterek velayete ilişkin ortak talebinin bulunması, anne ve baba tarafından çocuğun bakımının paylaşılması ve bakım giderlerinin bölüşülmesini içeren bir anlaşma yapması ve bu anlaşmanın çocuğun üstün yararına hizmet ettiğine hakim tarafından kanaat getirilerek uygun bulunması durumunda hakim, velayetin anne ve baba tarafından müşterek kullanılmasına karar verebiliyordu⁴.

Müşterek velayet kanun tarafından istisnai olarak düzenlenmesine rağmen, boşanan ebeveynlerin müşterek velayet talepleri giderek artmış, 2000 yılında müşterek velayet için talepte bulunan ebeveyn oranı %15 iken 2010 yılında bu oran %40'a kadar yükselmiştir⁵. Hasıl olan toplumsal ihtiyaç neticesinde kanun koyucunun müşterek velayete ilişkin yeni bir düzenleme yapma zorunluluğu doğmuştur.

Zikredilen hüküm, 1 Temmuz 2014'te yürürlüğe giren düzenleme ile tamamen değiştirilmiş, yürürlükteki kanun hükmünde çocuğun anne ve babanın müşterek velayetinde kalacağı öngörülerek müşterek velayet kural olarak benimsenmiştir⁶. Bu kurala göre, boşanma gerçekleşse dahi bu durum velayetin kullanılması bakımından bir etki oluşturmayacak, anne ve baba velayeti müşterek olarak kullanmaya devam edecektir⁷.

Hâlihazırda İsv. MK'da müşterek velayet kural olarak benimsenmiş olmakla birlikte, boşanma gerçekleştiğinde kendiliğinden devam etmemektedir. Anne babanın çocuğa ilişkin yükümlülüklerini belirleyen md. 133 hükmü, hakime, çocuğun velayeti, bakımı ve gözetimi, ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuğun bakım masraflarına katılma konularını, çocuğun yararını gözeterek düzenleme görevi ve

³ Mülga İsv. MK, md. 133/III; Bingöl, **a.g.e.**, s. 297.

⁴ Schwenzer, Keller, **a.g.e.**, s. 460; Öcal Apaydın, **a.g.e.**, s. 635; Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 154.

⁵ Schwenzer, Keller, **a.g.e.**, s. 460.

⁶ İsv. MK md. 296/II.

⁷ Schwenzer, Keller, **a.g.e.**, s. 460.

yetkisi vermiştir⁸. Hakim, bu düzenlemeyi yaparken ebeveynin ortak talebini ve eğer mümkünse çocuğun görüşünü dikkate alarak karar vermelidir⁹.

Müşterek velayetin kural olarak benimsenmesi, hakimin çocuğun üstün yararı gereği velayeti anne veya babadan birine tevdi edebileceği gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim İsv. MK md. 298 hükmü, müşterek prensibine istisna getirerek, çocuğun yararı gerektirdiği takdirde hakimin, velayeti anne veya babadan birine tevdi edebileceğini düzenlemiştir.

2000 yılında başlayan reform süreci ile 2014 yılında son şeklini alarak yürürlüğe giren yürürlükteki İsv. MK, müşterek velayeti kural olarak benimsemiş ve böylece hem velayet kurumunu anne ve babanın medeni statülerinden bağımsız olarak düzenleyerek velayet bakımından kadın-erkek eşitliğini gözetmiş hem de evlilik içinde veya evlilik dışında doğan çocukların evlilik içerisinde doğmuş olan çocuklardan ayrılmasının önüne geçmiştir¹⁰.

C. Hollanda Hukukunda Müşterek Velayet

Hollanda Hukuku'nda boşanma sonrası yasal müşterek velayet, Alman Hukuku'na paralel olarak 1998 yılında kural haline getirilmiş ve istatistiklere göre boşanma davalarının %90'ında uygulanmıştır¹¹.

2009 yılında, boşanmayı talep eden anne ve babanın üzerinde mutabık kalacakları bir ebeveynlik planını hazırlama ve mahkemeye sunma yükümlülüğünü öngören yasa değişikliği kabul edilmiştir¹².

Yasa değişikliği yapılmadan önce velayeti birlikte kullanan ebeveyn oranı %5 ile %10 arasında seyrederken yasa değişikliğinden sonra bu oran %16'ya kadar yükselmiş, kanunî düzenleme toplumun müşterek velayet tercihinde bulunması bakımından önemli rol oynamıştır¹³.

⁸ İsv. MK md. 133/I.

⁹ İsv. MK md. 133/II.

¹⁰ Öcal Apaydın, **a.g.e.**, s. 641.

¹¹ Ed Spruijt, Vincent Duindam, "Joint Physical Custody in The Netherlands and the Well-Being of Children", **Journal of Divorce&Remarriage**, C. 51, S. 1, 2010, s. 66.

¹² **A.e.**

¹³ **A.e.**

Hâlihazırda Hollanda Hukuku, anne ve babaya velayet anlaşması yapma yetkisi vermemekte, ebeveynin boşandıktan sonra velayeti birlikte kullanmasını kural olarak belirlemektedir¹⁴.

D. Avustralya Hukukunda Müşterek Velayet

Avustralya Parlamentosu, boşanan anne ve babaların çocukları için ebeveyniyle devam eden sağlıklı bir ilişkisinin olmasının çocuğa faydalı olacağına kanaat getirerek 2006 yılında müşterek velayete olanak veren yasa değişikliğini kabul etmiştir¹⁵. Kabul edilen mevzuata göre müşterek velayet düzenlemesi, tüm çocuk yaş gruplarını ve çatışmanın üst düzeyde olduğu aileleri de kapsayan geniş bir uygulama alanına sahiptir¹⁶.

Ebeveyn sorumluluğunun ve yetkisinin eşit şekilde paylaşılmasını sağlayan Avustralya Aile Hukuku Yasası'na ilişkin değişiklikler, şu şekilde özetlenmiştir¹⁷:

- 1- Ebeveynlik işbirliğini kuvvetlendirmek için ebeveynlerden her ikisine eşit derecede sorumluluk yüklenmesi:** §61DA(1) hükmü, mahkemeleri, velayetin ebeveynlerden her ikisi tarafından eşit şekilde kullanılmasının çocuğun yararına olduğu varsayımı ile hareket etmeye teşvik etmekte, bu varsayımın kullanılmaması gereken iki istisnai hal olarak ise çocuğun istismar edilmesi ve aile içi şiddeti göstermektedir.
- 2- Ebeveynlerin ortak karar vermeye devam etme konusunda desteklenmesi:** §65DAC hükmü ile çocuğun hayatına ilişkin önemli ve uzun vadeli kararları ebeveynin ortak şekilde almasını öngörmekte ve bu hükmün ihlali durumunda para cezası yaptırımıyla karşılaşılacağını belirtmektedir.
- 3- Çocuk ile ebeveyn arasında gerçek bir yaşam ilişkisi kurulmasının teşvik edilmesi:** §65DAA hükmü, mahkemenin müşterek velayete hükmederken çocuğun ebeveynle eşit vakit geçireceği bir düzenlemeye de yer vermesi gerektiğini , eşit vakit olmasa bile çocuğun hem annesi hem de babası ile

¹⁴ Jeppesen De Boer, **a.g.e.**, s. 308.

¹⁵ Jennifer E. McIntosh, "Legislating For Shared Parenting: Exploring Some Underlying Assumptions", **Family Court Review**, C. 47, S. 3, 2009, s. 389.

¹⁶ **A.e.**

¹⁷ Jennifer McIntosh, Richard Chisholm, "Shared Care and Children's Best Interests In Conflicted Separation", **Australian Family Lawyer**, C. 20, S. 1, s. 6, (Çevrimiçi) http://flwg.com.au/data/attachment.php?id=3066&keep_session=2131937812&for_session=15502da935b87bc4d10720f9592eef8a, 14 Şubat 2018.

“önemli ve kaliteli zaman” geçirmesinin bu düzenleme ile sağlanması gerektiğini öngörmektedir.

4- Tüm düzenlemelerde çocuğun yararı ilkesinin göz önünde bulundurulması: §60CA hükmü, mahkemenin velayet düzenlemesi yaparken göz önüne alması gereken en üst normun çocuğun üstün yararı olduğunu vurgulamıştır.

E. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Müşterek Velayet

1974 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde, toplumun değişen değerlerine paralel olarak mahkemelerce çocuğun velayeti düzenlenirken “çocuğun yüksek yararı” ilkesinin gözetilmesi gerektiği Amerikan Barolar Birliği tarafından ilan edildi ve 1980 yılına gelindiğinde Amerika Birleşik Devletleri’ndeki 50 eyaletten 47’si tarafından bu kriter uygulamaya geçirildi¹⁸. Akabinde 24 eyalet¹⁹, müşterek velayet düzenlemesine tüzükleriyle izin vererek müşterek velayeti hayata geçirdi²⁰.

Müşterek velayet uygulamasına önyak teşkil eden devletlerden biri Amerika Birleşik Devletleri, özellikle Kaliforniya Eyaleti’dir. Öyle ki, Kaliforniya Medeni Kanunu’nda küçükleri korumanın, evlilik veya ayrılma durumunda dahi küçüğün annesi ve babasıyla olan sık ve devam eden irtibatı sağlamakla mümkün olacağını ve bu hususun kamu düzeninden olduğunu ifade etmiş, boşanan veya ayrılan ebeveyni, çocuk üzerindeki hakların ve sorumlulukların eşit olarak paylaşılması konusunda açıkça teşvik etmiştir²¹. Dolayısıyla zikredilen yasa, müşterek velayetin göz önüne alınmasının yasa koyucunun uygulama politikası olduğunu net bir şekilde ifade etmektedir²².

Çocuk Velayetine İlişkin Yargı ve İnfaz Yasası²³ tüm velayetler tarafından onaylandı. İlgili yasaya göre, mahkemeler ve hukuk uzmanlarının uygulamaya geçirdikleri ebeveynlik programları sayesinde, velayet alan ve kişisel ilişki kuran

¹⁸ Carol R. Lowery, “Maternal and Joint Custody: Differences in the decision process”, **Law and Human Behavior**, C. 10, S. 4, 1986, s. 304.

¹⁹ Arizona, California, Connecticut, Florida, Hawaii, Idaho, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Hampshire, New Mexico, North Carolina, Ohio, Oregon, Pennsylvania, Texas and Wisconsin.

²⁰ Schulman/Pitt, **a.g.e.**, s. 545; Lowery, **a.g.e.**, s. 304.

²¹ Kaliforniya Medeni Kanunu, §4600(a).

²² Mobilia Boumil, **a.g.e.**, s. 17-18.

²³ Tam metin için bkz: (Çevrimiçi) <http://delcode.delaware.gov/sessionlaws/ga141/chp426.shtml>, 26 Mayıs 2018.

ebeveyn ayrımını ortadan kaldırarak gelişim ihtiyaçlarına göre her çocuk için özel bir program oluşturulmakta ve çocuğun ve ebeveynin talebine göre bir kişisel ilişki tesisi oluşturulmaktadır²⁴. Bu nedenle, Amerika Birleşik Devletleri'nde pek çok velayet düzenleme biçimi bulunmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nin farklı eyaletlerinde, toplam dört tip müşterek velayet düzenlemesi bulunmaktadır: Bunlardan ilki, müşterek velayetin bir opsiyon olarak düzenlendiği sistemdir²⁵. Bu sistemde, mahkeme, tarafların böyle bir talebi olmasa dahi velayeti her iki tarafa ortak olarak tevdi edebilmektedir²⁶.

Müşterek velayete ilişkin diğer bir sistem, yalnızca tarafların boşanma sonrası müşterek velayet üzerinde uzlaşmaları neticesinde müşterek velayete imkan veren sistemdir²⁷. Bu düzenlemede, tarafların istemleri doğrultusunda mahkemenin bir takdir hakkı mevcuttur. Talebi alan mahkeme, müşterek velayetin çocuğun yararına olduğuna kanaat getirirse müşterek velayete karar verebilecektir²⁸. Örneğin New York'ta müşterek velayete imkan veren bir yasal düzenleme olmamasına rağmen, içtihat hukuku, taraflarca müşterek velayet üzerinde uzlaşılması durumunda müşterek velayete karar verebilmektedir²⁹. Müşterek velayete ilişkin oluşturulan sistemlerden en kullanışlı ve en az risk taşıyanının bu sistem olduğu düşünülmektedir³⁰.

Taraflardan yalnızca birinin istemi ile müşterek velayete karar verilmesi de ayrı bir sistem olarak düzenlenmiştir³¹. Bu sistemin, tüm müşterek velayet düzenlemeleri içerisinde en fazla risk taşıyan olduğu ve taraflardan birinin talebi olmaksızın müşterek velayete karar verilmesinin, sistemin uygulanmasında büyük sıkıntılar ortaya çıkaracağı düşünülmektedir³².

²⁴ Kiremitçi, **a.g.e.**, s. 16.

²⁵ Bu sistem, yarardan çok zarar getireceği ve birbirlerine karşı düşmanlıklar besleyen ebeveyne zorla uygulandığında çocuk aleyhine sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. (Schulman, Pitt, **a.g.e.**, s. 547).

²⁶ Bu sistemin uygulandığı eyaletlere örnek olarak, Hawaii, Kentucky, Michigan, Minnesota gösterilebilir (**A.e.**, s. 546).

²⁷ Texas, Ohio, Kansas Eyaletleri'nin kanuni düzenlemelerinde bu sistem benimsenmiştir (**A.e.**, s. 548).

²⁸ **A.e.**

²⁹ **A.e.**

³⁰ **A.e.**, s. 549.

³¹ Kaliforniya, Hawaii, Michigan Eyaletleri'nde bu sisteme imkan veren yasal düzenlemeler mevcuttur (**A.e.**, s. 550).

³² **A.e.**, s. 551.

Amerika Birleşik Devletleri'nde müşterek velayeti düzenleyen dördüncü sistem, mahkemelerin müşterek velayeti birinci tercih olarak öngören ve müşterek velayetin çocuğun yüksek yararına hizmet ettiği karinesi ile hareket eden sistemdir³³. Bu sisteme göre, mahkemeler tek başına velayete ancak ve ancak müşterek velayetin çocuğun yararına olduğu karinesinin çürütülmesi ve müşterek velayetin çocuk için yıpratıcı olduğunun ispatlanması şartıyla karar verilebilir³⁴.

II. Türk Hukukunda Müşterek Velayet

A. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

Türk Hukuku'nda velayet, anne ve babanın çocuğa ilişkin hak ve yükümlülüklerini içeren bir olgu olarak ifade edilmektedir³⁵. Buna göre, çocuğun yetiştirilmesi, eğitimi ve korunması ile ilgili tüm haklar ve sorumluluklar ve çocuğun malvarlığının çocuk adına yönetilmesi ile alakalı yükümlülükler velayetin kapsamına girer³⁶.

Türk Hukuku'nda velayetin kapsamı çocuğun kişi varlığı haklarının korunması ve yönetilmesi, çocuğun malvarlığı haklarının korunması ve yönetilmesi, çocuğun temsilinden ibarettir.

Çocuğun kişi varlığı haklarının kullanılması ve korunmasının kapsamına, çocuk üzerinde egemenlik kurma (TMK md. 335), çocuğa ad koyma (TMK md. 339), çocuğun yerleşim yerini belirlemek (TMK md. 21), çocuğu yetiştirmek ve eğitmek (TMK md. 340) ve çocuğun dini eğitimini vermek veya dini eğitim almasını sağlamak gibi hak ve yükümlülükler girer³⁷.

³³ Florida, Connecticut, Idaho, Michigan, Nevada, New Mexico Eyaletleri, bu sistemin uygulanmasına imkan veren yasal düzenlemelere yer vermişlerdir (A.e.).

³⁴ A.e., s. 551.

³⁵ Bilge Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 506; Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, §17, No: 6-7; Ahmet Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 503-516; Serozan, **Çocuk Hukuku**, Üçüncü Bölüm, §5, No: 99; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 406; Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 272.

³⁶ Öztan, **Medeni Hukuk**, s. 508-509; Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, §17, No: 15-33; Serozan, **Çocuk Hukuku**, Üçüncü Bölüm, §5, No: 100-102; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 410.

³⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 503-506; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 410-414.

Çocuğun malvarlığı haklarının kullanılması ve korunmasının kapsamına ise, çocuğa ait malvarlığının, velayet hakkı sahipleri tarafından kanunî sınırlamalara riayet edilerek yönetilmesi girmektedir (TMK md. 339-341)³⁸.

Çocuğun temsil edilmesi, çocuğun aile içi ilişkilerde veya üçüncü kişilerle olan ilişkilerde ebeveyn tarafından temsil edilmesini, çocuk adına yapılacak hukuki işlemler bakımından ebeveynin rızasının alınmasını ifade eder³⁹.

Türk Medeni Kanunu'na göre, ergin olmayan çocuk, anne ve babasının velayeti altındadır (TMK md. 335)⁴⁰. Ancak anne veya babadan birinin ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi durumunda, diğeri velayeti tek başına kullanır (TMK md. 336/III)⁴¹.

Türk Medeni Kanunu özelinde, velayete ilişkin üç temel kural vardır: Bu kurallardan ilki, TMK md. 336 hükmü ile düzenlenen, anne ve baba evli ise velayeti birlikte kullanmalarına ilişkin kuraldır. Anne ve babanın evli olmaması durumunda velayet anneye ait olacaktır (TMK md. 337/I)⁴². Evliliğin boşanma yoluyla sona ermesi durumunda ise velayet anne ya da babaya bırakılabilir (TMK md. 336/II)⁴³.

Müşterek velayetin incelenmesi bakımından bizim için önem arz eden hüküm, velayetin boşanma sonrası nasıl kullanılacağını düzenleyen TMK md. 336 hükmüdür.

Evlilik birliği içerisinde velayetin kullanılmasını düzenleyen hükme göre, evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayet hakkını birlikte kullanır (TMK md. 336/I)⁴⁴. Boşanma veya ayrılık halinde ise, hâkim velayeti eşlerden birine verebilir (TMK md. 336/II)⁴⁵.

TMK md. 182 hükmü ise velayet kendisine bırakılmayan eşin çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını düzenlemektedir. İlgili hüküm, velayet kendisine verilmeyen eşin

³⁸ Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, §17, No: 16-22; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 420-434; Oğuzman, Dural, **a.g.e.**, s. 285-293.

³⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 508-512; Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, §17, No: 23-25; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 419.

⁴⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 500; Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, §17, No: 12; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 407; Oğuzman, Dural, **a.g.e.**, s. 272-273.

⁴¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 501.

⁴² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 501-502; Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, §17, No: 14; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 407.

⁴³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 501; Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, §17, No: 12.

⁴⁴ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 408.

⁴⁵ **A.e.**

çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle eğitim, sağlık, ahlak bakımından yararlarının esas olarak gözetileceğini öngörmektedir. Ayrıca söz konusu hüküm, velayeti elinde bulundurmeyen tarafın çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılma zorunluluğunun bulunduğunu da düzenlemektedir. Uygulamada kişisel ilişkinin kurulması bakımından belirleyici kriter, ebeveynlerin sosyal ve ekonomik şartlarını göz önünde bulundurarak onların ebeveynlik duygularının tatmin olmasını sağlamaktır.

B. Türk Doktrinde Yer Alan Görüşler

Türk hukuk doktrinde bazı yazarlar⁴⁶, boşanma sonrası velayetin tevdi hususunu incelerken 336/III ve 182/II madde hükümlerini değerlendirerek, kanun hükmünün müşterek velayete imkan vermeyeceği ve dolayısıyla Türk Hukuku'nda müşterek velayet uygulamasının mümkün olmadığı yönünde görüş beyan etmiştir. Diğer taraftan, mevcut kanun hükmünde boşluk olduğu ve bu boşluğun çocuğun yüksek yararına uygun biçimde doldurulması gerektiğini belirten yazarlar⁴⁷ da mevcuttur. Müşterek velayeti destekleyen yazarlar⁴⁸ ise, kanun hükmünde acilen bir revizyona gidilmesini ve müşterek velayet uygulamasının önünün açılması, uygulamaya ilişkin kanunî düzenlemenin yapılması gerektiğini savunmuşlardır.

Doktrindeki yazarlardan *Dural/Öğüz*⁴⁹, *Baktır Çetiner*⁵⁰, *Karakayalı*⁵¹, *Özdemir*⁵², *Kılıçoğlu*⁵³, *Hatemi/Kalkan Oğuztürk*⁵⁴, Türk Hukuku'nun birlikte velayeti kabul etmediği, dolayısıyla kanunda buna ilişkin düzenleme mevcut olmadığından velayetin anne ve baba arasında bölüştürülmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla anne ve babanın boşandıktan sonra velayeti birlikte kullanacaklarına ilişkin

⁴⁶ Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, §13, N: 752; Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 48; Karakayalı, **a.g.e.**, s. 26; Nevzat Özdemir, **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003, s. 163; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 501; Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, §17, No: 13.

⁴⁷ Bilge Öztan, "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu"(Birlikte Velayet), **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan**, Ed. Sabih Arkan, Aynur Yongalık, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 253; Akyüz, **a.g.e.**, s. 231-232.

⁴⁸ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 735; Öztan, "**Birlikte Velayet**", s. 259; Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 229-234; Elçin Grassinger, **Küçük İçin Alınacak Tedbirler**, s. 12; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, §2, No: 60, dp. 86.

⁴⁹ Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, §13, N: 752.

⁵⁰ Baktır Çetiner, **a.g.e.**, s. 48.

⁵¹ Karakayalı, **a.g.e.**, s. 26.

⁵² Nevzat Özdemir, **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003, s. 163.

⁵³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 501.

⁵⁴ Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, §17, No: 13.

yapacakları anlaşmaların da geçersiz olacağı⁵⁵ yönünde görüş belirtmişlerdir. Zikredilen yazarlara göre, boşanma ile birlikte hakim velayeti anne veya babadan birine tevdi edecektir.

*Grassinger*⁵⁶'e göre eşlerin sosyal ilişkileri müşterek velayet hakkını kullanabilmek açısından müsait ise ve hâkimin çocukla ilgili tüm olaylar bakımından ilk plânda dikkate alacağı husus çocuğun menfaati ilkesi olduğundan, anne ve babanın velayet hakkını sanki boşanmamışlar gibi kullanmalarının çocuğun gelişimini olumlu yönde etkileyeceği yönünde kanaate sahip ise anne ve babanın müşterek velayet hakkını haiz olmamasının makul bir sebebi yoktur.

*Serozan*⁵⁷'a göre, mevcut düzenleme, hem anayasal eşitlik ilkesi hem de BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğa tanıdığı anne ve babadan ayrı yaşamama hakkı ile tezat teşkil etmektedir. Yazara göre TMK md. 336/337 hükümleri anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınmalıdır.

C. Türk İlk Derece Mahkemeleri ve Yargıtay'ın Konuya Yaklaşımı

Türk mahkemelerinin ve Türk Yargıtay'ının müşterek velayete ilişkin uygulamasına bakılacak olursa, 2016 yılının Mart ayına kadar Yargıtay'ın, boşanma sonrasında velayetin birlikte kullanılmasının kararlaştırılmayacağı, velayetin bir tarafa verilmesine yönelik mevcut kanun hükmünün emredici olduğu yönünde kararları bulunduğu⁵⁸; yabancı devlet mahkemelerinden alınan müşterek velayet kararlarının tanınması ve tenfizi reddedilmekte idi⁵⁹.

⁵⁵ Hatemi, Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, §17, No: 13.

⁵⁶ Elçin Grassinger, **Küçük İçin Alınacak Tedbirler**, s. 11-12.

⁵⁷ Serozan, **Çocuk Hukuku**, Üçüncü Bölüm, §5, No: 104.

⁵⁸ “Dosya kapsamında tarafların 10.09.1997 doğumlu Furkan, 13.1.200 doğumlu Doğuhan isimli müşterek çocuklarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Velayet kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece tarafların boşanmasıyla birlikte müşterek çocuklar Furkan ve Doğuhan'ın velayetleri konusunda bir düzenleme yapılmaması usul ve yasaya aykırıdır.” Y. 2. HD., 10.06.2008, 14548-8332; “Mahkemece tarafların boşanmasına karar verildiği halde, müşterek çocuk 2000 doğumlu Oğuzhan'ın velayeti konusunda bir düzenleme yapılmaması usul ve yasaya aykırıdır.” Y. 2. HD. 23.06.2010, 10971-12478 (Ömer Uğur Gençcan, **Velayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 163).

⁵⁹ “Yabancı boşanma ilamında 30.7.1998 doğumlu müşterek çocuk K'in velayeti anne ve babaya birlikte verilmiştir. Evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hakim 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 kullanırlar. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermesi

Müşterek velayete ilişkin olarak Türkiye’de verilmiş olan ilk yerel mahkeme kararı, İzmir 4. Aile Mahkemesi’nin 27.05.2009 T., 448-470 sayılı kararıdır. İlgili kararda mahkeme,

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

olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, taraflarca yapılan velayet anlaşmasını dikkate almış, eşlerin boşanmanın sonuçlarına ilişkin yapmış oldukları anlaşmayı çocuğun üstün menfaati çerçevesinde değerlendirip konu ile ilgili uzman görüşünü de alarak tarafların velayeti birlikte kullanmalarına karar vermiştir.

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’in 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 hakim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Bu nedenlerle mahkemenin velayet düzenlemesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde isabetsizlik yoktur.”* Y. 2. HD. 22.11.2004 2004/12285-13680 (Bilal Köseoğlu, Köksal Kocaağa, **Aile Hukuku ve Uygulaması**, Bursa, Ekin Yayınları, 2011, s. 710-711).

Ancak AİHS 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 Nolu Protokol'ün⁶⁰ Türk Hukuku'nda yürürlüğe girmesi ile birlikte, zikredilen hükmün yürürlükteki Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası gereği Türk Medeni Kanunu hükümlerinin üzerinde olduğu kabul edilerek, Ek 7 No'lu Protokol'ün, eşlere evlilik süresince ve evlilik bitiminde çocuğa ilişkin hak ve sorumluluklar bakımından eşit kabul eden 5. Maddesinin, müşterek velayete olanak vermeyen TMK'nın 336. Maddesinin uygulamasını örtülü olarak ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir⁶¹. Buna bağlı olarak da, müşterek velayete ilişkin Yargıtay tutumu ve yargı kararları değişmeye başlamıştır.

Hâlihazırda Yargıtay'ın müşterek velayete ilişkin yeni tutumunu sergileyen tek bir yargı kararı bulunmaktadır. 20.02.2017 tarihinde verilen, Y. 2. HD. 2016/15771, 2017/1737 sayılı kararda, İngiliz vatandaşı olan anne ve babanın, evlilik dışı doğan çocuklarının velayetini birlikte kullanmak için yapmış oldukları başvuruyu reddeden yerel mahkeme kararı, Yargıtay tarafından bozulmuştur. İlgili kararın gerekçesinde, ortak velayet düzenlemesinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususu değerlendirilmiş, esasa uygulanacak hukukun Türk hukukundan farklı olmasının, bu düzenlemenin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği anlamına gelmeyeceği ve buna bağlı olarak ortak velayet düzenlemesinin Türk hukukunda yer almamasının, bu düzenlemenin Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığı belirtilmiştir⁶².

D. Görüş ve Öneriler

Çocuğun, büyüyüp gelişirken anneye olduğu kadar babaya da ihtiyacı vardır. Velayet hakkı, hem annenin hem de babanın kanundan doğan, feragat edilemeyen ve aynı zamanda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarıdır. Velayetin eşlerden birine tevdi, diğer eşten velayetin kaldırılmasının, kanundaki sebep gerçekleşmeden uygulanması anlamına gelir⁶³. Dolayısıyla bu hakkın, boşanma sonrasında taraflardan yalnızca

⁶⁰ İkinci Bölüm, Kısım III.

⁶¹(Çevrimiçi)

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/656606/Velayette_devrim_Ortak_velayet_geldi.html, 9 Mart 2018.

⁶² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 734; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 60, dp. 86.

⁶³ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, 237-238; İsviçre Medeni Kanunu'na göre, eşlerden birisinin velayet hakkından mahrum edilebilmesi için, kanunda yer alan velayetin kaldırılmasına ilişkin şartlardan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir (İsmail Erbay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında

birine tevdi edilmesi doğru bir çözüm değildir⁶⁴. Velayet hakkı, evlilik birliği içerisinde nasıl taraflar arasında paylaştırılıyorsa, boşanma sonrasında da paylaştırılarak anne ve babanın eşitliği muhafaza edilebilir⁶⁵.

Boşanma, niteliği gereği ebeveynin çocuk ile olan ilişkilerini ayrı ayrı değiştirebilir, ancak bu durum, boşanmanın anne veya babanın çocuğun ebeveyni olma hakkını ve yetkisini azaltıcı bir etkisinin olacağı anlamına gelmez⁶⁶. Dolayısıyla son gelişmeler ışığında, en azından “boşanmada velayetin eşlerden yalnızca birine bırakılması” fikrine mesafeli yaklaşılmalıdır⁶⁷.

Müşterek velayete gelen eleştiriler, çoğunlukla boşanma sonrasında çiftlerin aralarındaki çatışmanın çok yoğun olması dolayısıyla uygulamasının olmayacağı veya çok çetin olacağı ve ebeveynin velayeti ortak kullanmasını sağlayacak sistemin tıkanacağı noktasında toplanmaktadır. Pek çok olayda anne ile baba arasındaki çatışmanın yoğunluğu sebebiyle eşlerin velayeti birlikte kullanabilmeleri olası değilse bile, bu istisnai de olsa bazı somut olaylarda eşlerin birbirleriyle “medenî ilişkilerini” sürdüremeyecekleri anlamına gelmez⁶⁸.

Boşanma sürecinde ve sonrasında ülkemizdeki çoğu ebeveyn arasındaki çatışmanın yoğun olması, boşanma sonrası için her noktada anlaşmak suretiyle evliliklerini “medenî bir şekilde” sonlandıran ve “veli” sıfatını kaybetmek istemeyen ebeveyn velayeti birlikte kullanma imkanı verilmesini engellememelidir. Bu bağlamda, boşanmakta olan anne ve babaya velayeti birlikte kullanma konusunda anlaşma hakkı verilmelidir⁶⁹. Kaldı ki, tek başına velayet sistemi uygulanırken meydana gelen sıkıntılar da azımsanacak seviyede değildir. Uygulamada, çocuğun tek başına velayetini elde eden anne veya baba, çocuğun diğer tarafla kişisel ilişki kurmasını

Türk Medeni Hukukundaki Velayet Hakkının Kaldırılması Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2012, s. 26).

⁶⁴ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 180, 192; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 250-251; Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi (Çocukların İadesi)**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 294.

⁶⁵ Mobilia Boumil, **a.g.e.**, s. 20.

⁶⁶ Mobilia Boumil, **a.g.e.**, s. 20; Giray, **Çocukların İadesi**, s. 293; Zekeriya Kürşat, “Principles of Granting Custodial Right in the Light of the Court of Cassation Judgments”, **Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul**, C: 41, No: 58, İstanbul, 2009, s. 261; Serdar, **a.g.e.**, s. 182.

⁶⁷ Bingöl, **a.g.e.**, s. 277.

⁶⁸ Elçin Grassinger, **Küçük İçin Alınacak Tedbirler**, s. 12; Serdar, **a.g.e.**, s. 183.

⁶⁹ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 85.

engellemek veya azaltmak için elinden geleni ardına koymamaktadır⁷⁰. İşte müşterek velayet uygulaması, çocuğun, boşanma davalarında bir koz olarak kullanılmasını engelleyerek ebeveyni ortak çocuklarının yararı etrafında birleştirmeye teşvik etmesi bakımından da önem taşımaktadır. Bu bağlamda, müşterek velayete ilişkin ayrıntılı bir kanunî düzenleme yapıldıktan sonra, toplumun bu konuda bilinçlendirilmesi ve teşvik edilmesi de devletin önemli görevlerinden biri olacaktır.

Müşterek velayete Türk toplumunun bakış açısı ile alakalı olarak yapılan kapsamlı çalışmada⁷¹, anlaşmalı boşananların 50'si (%83), çekişmeli boşananların ise 33'ü (%55) boşandıktan sonra çocuk üzerinde hem annenin hem de babanın sözünün geçmesi gerektiği yönünde görüş bildirmişlerdir⁷².

Çocuğa isim koyma konusunda anlaşmalı boşananların 41'i (%68), çekişmeli boşananların 22'si (%37) hem annenin hem babanın söz sahibi olması gerektiğini bildirmişlerdir.

Çocuğun nerede yaşayacağına karar vermede anne ve babanın birlikte söz sahibi olmaları gerektiği konusunda anlaşmalı boşananların 40'ı (%67), çekişmeli boşananların ise 17'si (%28) olumlu yanıt vermiştir⁷³.

Çocuğun ahlakî eğitimine ortak karar verilmesi konusunda anlaşmalı boşananların 49'u (%85), çekişmeli boşananların 35'i (%68); dini eğitimine ortak karar verilmesi konusunda anlaşmalı boşananların 49'u (%85), çekişmeli boşananların 37'si (%62); mesleki eğitimine ortak karar verilmesi konusunda anlaşmalı boşananların 53'ü (%88), çekişmeli boşananların 37'si (%61); çocuğun mallarını idare etme hakkının ortak kullanılması konusunda anlaşmalı boşananların 36'sı (%60), çekişmeli boşananların 19'u (%32); çocuğun fiziksel sağlığı için tedaviye karar verme hakkına ortak sahip olunması konusunda anlaşmalı boşananların 47'si (%78), çekişmeli

⁷⁰ Çocuk teslimi emrine muhalefet suçuna ilişkin Yargıtay kararlarına örnek için bkz: Y. 19. Ceza Dairesi, 2015/2690 E., 2016/2673 K., 11.6.2015 T.; YHGK, 2013/8-2200 E., 2015/1223 K., 17.4.2015 T.; Y. 8. HD., 2014/3808 E., 2015/165 K., 27.1.2015 T.; Y. 8. HD., 2014/8091 E., 2014/8502 K., 28.4.2014 T.; Y. 19. Ceza Dairesi, 2017/2967 E., 2017/3562 K., 19.4.2017 T. (Kazancı)

⁷¹ 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 (Çalışmaya 60 kadın ve 60 erkek olmak üzere toplam 120 kişi katılmıştır. Çalışma; katılımcıların yaşları, evlilik süreleri, ayrı yaşama süreleri, çocukların yaşları, cinsiyetleri, çocuğun ayrı ebeveynle görüşme sıklıkları, ayrılık döneminde kiminle kaldıkları değişkenlerini içermektedir).

⁷² A.e., s. 82.

⁷³ A.e., s. 83.

boşananların 29'u (%48); çocuğun ruhsal sağlığı için tedaviye karar verme hakkına ortak sahip olunması konusunda anlaşmalı boşananların 49'u (%82), çekişmeli boşananların 32'si (%54) olumlu yönde görüş bildirmişlerdir.

Aynı çalışmada, katılımcıların müşterek velayete ilişkin görüşlerinin dağılımının çocukların yaşlarına göre farklılık gösterdiği tespit edilmiştir. Buna göre; 0-3 yaş arası çocuğu olan ebeveynlerin %60'ı, 4-6 yaş arası çocuğu olan ebeveynlerin %50'sinin çocuğun velayetinin yalnızca anneye verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirdikleri tespit edilmiştir. Buna karşın 7-14 yaş arası çocuğa sahip olan ebeveynlerin %40'ı velayetin sadece anneye, %40'ı ise velayetin hem anneye hem babaya ortak verilmesi yönünde yanıt verdikleri; 15-18 yaş aralığında çocukları olan ebeveynlerin ise %60'ının çocuğun velayetini ortak kullanmak konusunda olumlu görüş bildirdikleri görülmüştür⁷⁴.

Kiremitçi'nin yaptığı araştırma bulguları ışığında değerlendirme yapmak gerekirse, müşterek velayete toplumumuzun bakış açısının karamsar olmadığı ve müşterek velayetin anlaşmalı boşanmalarda olduğu kadar çekişmeli boşanmalarda da uygulanabilir olduğu kanısına varmak mümkündür. Zira, çocuğun hayatına ilişkin meselelerde karar vermek bakımından hem anlaşmalı hem de çekişmeli boşanan çiftlerin büyük çoğunluğu, uzlaşmadan yana istekli bir tavır sergilemişlerdir. Çiftlerin ılımlı ve iletişime açık tavırları müşterek velayetin uygulanabilirliği bakımından büyük önem taşımaktadır.

Araştırma ile ortaya çıkan ikinci önemli husus, müşterek velayet değerlendirilmesi yapılırken çocuğun yaşının göz ardı edilmemesi gerektiğidir. Zira, 7 yaşın altındaki çocuklar bakımından ebeveynlerin müşterek velayete olumlu bakmadıkları, velayetin anneye verilmesi gerektiğini düşündükleri, çalışmadaki verilerle sabittir. Dolayısıyla hakimin müşterek velayete karar vermeden önce, çocuğun üstün menfaatini değerlendirirken çocuğun hangi yaş aralığında olduğunu dikkate alması gerekmektedir.

Müşterek velayete ilişkin yapılacak olan değerlendirmede, yasal müşterek velayet ve fiziksel müşterek velayet ayrımı dikkate alınmalıdır. Yukarıda incelendiği üzere, müşterek velayet uygulamasını, yasal müşterek velayet ve fiziksel müşterek velayet

⁷⁴A.e., s. 71.

bir arada olacak şekilde düzenleyen devletler olduğu gibi, yalnızca yasal müşterek velayeti veya yalnızca fiziksel müşterek velayeti düzenleyen devletler de bulunmaktadır. Dolayısıyla yapılacak olan kanunî düzenlemede öncelikle hangi müşterek velayet tipinin düzenleneceğine karar vermek yerinde olacaktır.

Fiziksel müşterek velayet, çocuğun yaşamını istikrarlı olarak sürdürebilmesi bakımından çok makul görünmemektedir. Ancak böyle bir düzenleme yalnızca ebeveynin evinin, çocuğun günlük sosyal aktivitelerini ve okulunu değiştirmeyecek şekilde birbirine yakın olduğu durumlarda uygulama alanı bulabilecektir. Bunun dışındaki açıklamalarımızın tamamı yasal müşterek velayete ilişkin fikirlerimizden ibarettir.

Müşterek velayeti kural olarak benimseyen bir düzenleme, çocuğun üstün yararı bağlamında geniş çaplı olarak ele aldığımız faydaları bertaraf etmek bakımından, tek başına velayeti kural olarak benimseyen düzenlemeye göre daha az risk taşıyacaktır.

Kaldı ki, müşterek velayette ebeveynin çatışması riskini ortadan kaldırmak veya azaltmak için, hakim, velayetin müşterek olarak kullanılmasını konu bazında sınırlayabilir. Özellikle belirli konular bakımından ebeveynin çatışma yaşaması pek muhtemeldir. Örneğin, çocuğun dinî eğitimi konusunda tarafların hassasiyetleri ve/veya yaşam tarzları farklı ise, bir mutabakata varmaları pek mümkün görünmemektedir. İşte, hakim bu tür konularda, Finlandiya örneğinde olduğu gibi, velayet hakkının tek bir ebeveyn tarafından kullanılmasına hükmedebilir⁷⁵.

Ek olarak, müşterek velayete karar verildikten sonraki süreçte taraflar, eğer velayeti birlikte yürütmekte önemli ve istikrarlı bir şekilde zorluk çekerlerse ve artık velayeti birlikte kullanmak anne ve baba için çekilmez hale gelirse, taraflardan birinin talebi ile müşterek velayet, tek başına velayete dönüştürülebilmelidir. Dolayısıyla çocuğun yararına olmak koşuluyla velayete ilişkin olarak verilen karar, değişen şartlara göre her an değiştirilebilecek nitelikte bir karar olmalıdır⁷⁶.

⁷⁵ Kurski-Suionio, **a.g.e.**, s. 195.

⁷⁶ ABD’de bu yaklaşım, “change of circumstances” doktrini olarak benimsenmiş, Hawaii, Kaliforniya, Nevada, Connecticut, New Hampshire, New Mexico, Pennsylvania, New York, New Jersey, Maryland Eyaletleri’nin yasalarında yer bulmuştur. Söz konusu doktrine göre, kararın verildiği andaki koşullar değiştiğinde, velayete ilişkin karar da çocuğun yararına yönelik olarak değişmelidir (Schulman, Pitt, **a.g.e.**, s. 561-562). Marry Ann Mason, Ann Quirk, “Are Mothers Losing Custody-Read my Lips: Trends in Judicial Decision-Making in Custody Disputes-1920, 1960, 1990, and 1995”, **Family Law Quarterly**, C. 31, S. 2, 1997, s. 230.

Mevcut yasal mevzuat açısından değerlendirildiğinde, hem Anayasa'nın kadın ve erkek eşitliğini düzenleyen 10. ve 41. maddeleri, hem yukarıda tek tek değerlendirilen BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 2., 3., 9., ve 12. maddeleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun 84 (4) sayılı Tavsiye Kararı, AİHS 7 No'lu Protokol'ün 5. Maddesi uyarınca müşterek velayetin Türk hukukunda uygulanması bakımından yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak velayetin, anne ve baba boşandıktan sonra nasıl birlikte kullanılacağına ilişkin bir boşluk mevcuttur.

Bu nedenle, Türk Medeni Kanunu'nun 336. Maddesi, müşterek velayeti prensip haline getirecek şekilde ve kanunun özüne sadık kalınarak değiştirilmeli ve yeniden düzenlenmelidir⁷⁷. Alman ve İsviçre Medeni Kanunları'nda yer alan son düzenlemeler de örnek alınmak suretiyle, müşterek velayet Türk Medeni Kanunu'nda da kural haline getirilmeli, hakim eğer taraflar arasında yoğun bir çatışma veya çocuğun menfaatini zedeleyecek bir durum tespit ettiği takdirde, istisnaen, tek başına velayete karar vermelidir. Hakim veya tek başına hukukçular, çocuğun üstün yararının ne olduğu hususunda bir değerlendirme yapmada tek başlarına yetkili olamayacaklarından, bu noktada velayet hususunda araştırma yapmış sosyal hizmet uzmanı, pedagoğ veya gelişim psikologlarının görüşlerinden yararlanılarak bir karara varılması yerinde olacaktır⁷⁸.

İkinci olarak, müşterek velayetin kural haline getirilmesi mümkün değilse bile, en azından boşanma sonrasında velayeti birlikte kullanmak hususunda uzlaşmak isteyen ebeveynler için bir yasal düzenleme yapılmalı, Türk Medeni Kanunu velayeti boşandıktan sonra da birlikte kullanmak isteyen anne ve babaları da kapsayacak şekilde bir hükme yer verilmeli, kanunun mevcut ve yoruma açık olan hükümleri daha net bir şekilde ifade edilmelidir.

Terapistler, hakimler, hukukçular ve araştırmacılar, çocuğun yararına hizmet edecek en iyi kararın ebeveynlerden her ikisi tarafından verileceği konusunda hemfikirdirler. Dolayısıyla velayete ilişkin politika ve profesyonel yaklaşımlar, ebeveyni boşanma

⁷⁷ Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 231; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 735; Serozan, **Soybağı**, s. 772-773; Giray, **Çocukların İadesi**, s. 294; Nurten İnce, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y: 9, S: 34, 2018, s. 220-221.

⁷⁸ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 164; İnce, **a.g.e.**, s. 222; Serdar, **a.g.e.**, s. 182.

sonrasında profesyonel davranma konusunda teşvik etmeli ve bu ortamı sağlamaya yönelik olmalıdır. Hukukun en önemli fonksiyonlarından biri de beklenen davranışa ilişkin bir model oluşturmaktır⁷⁹. Geçmiş velayet politikaları ve profesyonel şüphecilik tek başına velayet modelini ortaya çıkarmaya ve ebeveyn düşmanlığına nasıl zemin hazırladıysa, müşterek velayet uygulaması da uzlaşmacı ve sürdürülebilir ebeveynliğe hizmet etmektedir⁸⁰.



⁷⁹ Folberg, **a.g.e.**, s. 10.

⁸⁰ **A.e.**

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KANUNLAR İHTİLAFINDA MÜŞTEREK VELAYET

Türk mahkemelerinin önüne gelen müşterek velayete ilişkin uyuşmazlıklar, çoğunlukla yabancılik unsuru barındıran ihtilaflardır. Bu sonuç, meselenin milletlerarası özel hukuk boyutunun incelenmesi gerektiğini göstermektedir. Dolayısıyla Türk mahkemelerinin, karşılaştıkları bir müşterek velayet davasında uygulamaları gereken hukuku neye göre belirleyecekleri meselesi, çalışmamızın dördüncü bölümünün konusunu oluşturmaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde, müşterek velayete uygulanacak hukuk, öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler olan 1961 tarihli ve 1996 tarihli Lahey Sözleşmeleri'nde yer alan kurallar bakımından incelenecek, son olarak da Türk kanunlar ihtilafı kuralları bakımından meseleye tatbik edilecek husus tespit edilecektir.

Kural olarak, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler müşterek velayet uyuşmazlıkları bakımından uygulama alanı bulacak, uluslararası sözleşmelerin kapsamı dışında kalan hususlar bakımından ise 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹ (MÖHUK) devreye girecektir. Bu kural, kaynağını MÖHUK md. 1/II hükmünden almaktadır.

Velayet davalarında uygulanacak hukuka ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Anlaşması² ve 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki,

¹ RG. 12.12.2007-26728.

² Sözleşme, 5 Ekim 1961 tarihinde imzaya açılmış, Türkiye Cumhuriyeti Sözleşmenin onaylanmasını 04.01.1977 tarihli ve 2029 sayılı Kanun ile uygun bulmuş, Sözleşme'nin çekincelerle beraber onaylanması ise Dışişleri Bakanlığı'nın 8.11.1982 tarihli ve KMEH-V-LDK-X-1978 sayılı yazısı üzerine 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 22.11.1982 tarihinde kararlaştırılmış ve 24 Ekim 1983 tarihinde Sözleşme Türkiye'de yürürlüğe girmiştir (Aysel Çelikel, Cemal Şanlı vd., **Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri**, C: 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 282).

Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme³'dir. Çalışma konumuz bakımından, zikredilen sözleşmelerde yer alan uygulanacak hukuka ilişkin hükümler, bu başlık altında incelenecektir.

I. 1961 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bakımından Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk

A. Sözleşme'nin Uygulama Alanı

1961 tarihli Lahey Sözleşmesi⁴, boşanma sonrası çocuğun hangi ebeveynde kalacağı hususunda bir kural içermediğinden, boşanma davalarında uygulanmayacaktır⁵. Ancak, konumuz olan müşterek velayetin incelenmesi kapsamında, daha önce verilmiş bir velayet kararının, değişen koşullara uyarlanması hususu gündeme gelebilir. Bu noktada, önceden verilen tek başına velayet kararının değiştirilerek müşterek velayete dönüştürülmesi veya daha önceden tesis edilen müşterek velayetin, tek başına velayete dönüştürülmesine ilişkin velayetin değiştirilmesi davalarında ve uygulanacak tedbirlerde Sözleşme uygulama alanı bulacağından, Sözleşme hükümlerine çalışmamızda yer verilmiştir.

Sözleşme'nin uygulama alanı 13. Maddesinde düzenlenmiş olup ilgili hükme göre Sözleşme, mutad meskeni âkit devletlerden birinde olan küçüklere uygulanacaktır⁶. Sözleşme'ye göre küçüğün hem vatandaşı olduğu devletin hem de mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna göre "küçük" kabul edilmesi gerekmektedir⁷.

³ Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşmenin onaylanmasını 25 Nisan 2006 tarihli ve 6707 sayılı Kanun ile (RG 05.05.2016-29703) uygun bulmuş, Sözleşme 09.05.2016 tarihli ve 2016/8844 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmış ve bu Karar ile Sözleşmenin metni, 22.05.2016 tarihli ve 29719 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. 2016/9638 sayılı "Bazı Anlaşmaların Yürürlük Tarihlerinin Tespit Edilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı" uyarınca Sözleşme, 01.02.2017 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmiştir (RG. 03.01.2017-29937) (Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 273).

⁴ Sözleşme'nin tam adı, "Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi"dir. Bundan sonra "1961 tarihli Lahey Sözleşmesi" ve bu başlık altında "Sözleşme" olarak anılacaktır.

⁵ Sema Çörtoğlu Koca, "Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velayete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu"(Milletlerarası Yetki), **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2016, s. 243; Ziya Akıncı/Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 170.

⁶ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 168.

⁷ **A.e.**

B. Sözleşme Gereğince Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk

Uygulanacak hukuk, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 2. maddesi ile düzenlenmiştir. İlgili hüküm Sözleşme'nin 1. maddesine atıf yaparak, birinci maddeye göre yetkili olduğu belirtilen makamların, kendi iç hukuklarının (lex fori) öngördüğü tedbirleri alacağını düzenlemiştir. Birinci madde hükmü uyarınca yetkili olan makamlar, küçüğün mutad meskeninin yer aldığı devletin kazaî ve idarî makamlarıdır. Yani sözleşmeye göre küçüğün velayeti konusunda karar verecek olan makam ve bu konuya tatbik edilecek hukuk, küçüğün mutad meskeni hukuku olarak belirlenmiştir⁸.

Sözleşme metnine göre, küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbir tesis etmek, bu tedbiri değiştirmek ve sona erdirmek için gereken şartlar, yetkili makamların iç hukuklarına göre tayin edilecektir (md. 2/2). Örneğin, mutad meskeni Hollanda'da bulunan Türk vatandaşı bir çocuğun velayetine ilişkin davada, uygulanacak hukuk Hollanda Hukuku olacaktır. Böylece, makamların kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaları yani atıf önlenmiş olup makamların kendi maddi hukuk kurallarını uygulamaları gerekecektir⁹.

Küçüğün korunması amacıyla alınmış olan tedbirlerin küçüğün üçüncü şahıslarla olan ilişkilerinin etkileri ve kendisine bakan kişi ve kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerin belirlenmesi bakımından da lex fori uygulanacaktır (md. 2 /2). Örneğin, çocuğun malvarlığının idare edilmesine ilişkin konularda Türk mahkemelerince yetkisi kısıtlanmış olan babanın çocuğun mallarını Almanya'ya götürerek satması durumunda, üçüncü kişinin iyi niyet kurallarından istifade edip edemeyeceği, baba ve çocuk arasındaki sorumluluğun ne şekilde tespit edileceğine ilişkin hususlar işlemin yapıldığı yer olan Alman Hukuku'na göre değil, babanın yetkilerini kısıtlayan Türk Hukuku'na göre tayin edilecektir¹⁰.

Sözleşme'nin 3., 4. ve 5. maddelerinde küçüğün vatandaşı olduğu milli hukukun ve milli hukukun makamlarının velayet, vesayet ve küçüğün korunmasına yönelik tedbirler konusunda karar verebileceği belirtilmiştir.

⁸ Günseli Öztekin Gelgel, "Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 4, S. 8, 2005, s. 123; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 243.

⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 243.

¹⁰ Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velayet**, İstanbul, Legal Kitabevi, 2005, s. 104-105.

Küçüğün vatandaşı olduğu devletin yetkili olduğu durumlarda hangi hukukun uygulanacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Fransız hukukçular Sözleşme'nin bu düzenlemesini iç hukuk kurallarına atıf olarak yorumlarken, Alman hukukçular 3. maddenin iç hukuka atıf yapan bir düzenleme olduğunu kabul etmemektedir¹¹. Türk hukukundaki yazarlar ise, söz konusu hükmün iç hukuka doğrudan atıf yaptığını kabul ederek, ilgili maddî hukuk hükümleri çerçevesinde tedbir alınmasında engel bulunmadığını belirtmektedir¹².

Sözleşme uyarınca yetkili olacak tüm makamların kendi iç hukuklarını uygulaması, anlaşmaya taraf devletlerin hepsinin aynı bağlanma noktasına başvurması sonucunu doğurarak bağlanma noktası konusunda bir yeknesaklık sağlamıştır. Ancak aynı yeknesaklığın, uygulanacak hukuk konusunda sağlandığını söylemek mümkün değildir. Zira Sözleşme, her devletin kendi makamlarını yetkili sayabileceği bir sistem düzenlemiştir¹³.

Sözleşme'nin 14. maddesine göre, küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukuku birleşik değilse yani birden fazla hukuk sisteminden oluşuyorsa ve bu duruma ilişkin bir düzenleme de bulunmuyorsa, bu durumda küçük Sözleşme'ye taraf devletlerin hukuk sistemlerinden hangisi ile en yakın bağ içerisinde ise o hukuk sisteminin kuralları uygulanacaktır. Bu hüküm, özellikle federal devletler bakımından önem arz etmektedir. Federal devletlerde vatandaşlığa ilişkin bağlama kurallarında hangi federe devlete bağlanılacağı düzenlenmiş ise bu düzenleme; böyle bir düzenlemenin mevcut olmaması durumunda ise küçüğün en sıkı ilişki içerisinde bulunduğu federe devletin iç hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır¹⁴.

Sözleşme'nin 15. maddesine konulabilecek çekince ile her taraf devlet, küçüğün anne ve babasının evliliğinin iptal edilmesi, feshedilmesi veya ayrılık durumlarında velayete ilişkin konularda karar verme yetkisini saklı tutabilecektir. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti, bu maddeye çekince koyarak velayet konusunda Türk makamlarının yetkili olması ve velayete milli hukukun uygulanması esasını kabul etmiştir¹⁵.

¹¹ A.e., s. 105.

¹² Tekinalp, a.g.e., s. 244; Öztekin Gelgel, a.g.e., s. 123.

¹³ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006, s. 139; Huysal, a.g.e., s. 106. Sözleşme'de öngörülen sistem, uluslararası kararlarda uyum sağlanması düşük bir ihtimal olarak görülmekte ve eleştirilmektedir (Huysal, a.g.e., s. 106).

¹⁴ Huysal, a.g.e., s. 107.

¹⁵ Öztekin Gelgel, a.g.e., s. 123.

II. 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi Gereğince Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk

A. Sözleşme'nin Uygulama Alanı

Yukarıda da belirtildiği üzere, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi¹⁶'nin milletlerarası yetkiye ve özellikle uygulanacak hukuka ilişkin hükümleri, uygulama bakımından karmaşaya sebebiyet vermiştir¹⁷. Bu sebeple 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ihdas edilmiş, bu Sözleşme 51. maddesi uyarınca 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yerine geçmek suretiyle uygulamadaki eksiklikleri gidermek amacı gütmüştür¹⁸.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirleri alacak makamın yetkisinin belirlenmesine, koruma tedbirlerine ve velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ve bu konulara ilişkin alınan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri içermektedir¹⁹.

Ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması, evlat edinme, çocuğun adı, serbest bırakma, nafaka yükümlülükleri, vakıf veya tereke, sosyal güvenlik, eğitim ve sağlık konularındaki genel nitelikli kamu tedbirleri, çocuklar tarafında işlenen cezai suçlar sonucu alınan tedbirler, iltica hakkı ve göç konularındaki kararlara ilişkin hususlar, Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakılmıştır (md. 4).

Sözleşme metninde, *küçük* terimi yerine *çocuk* terimi kullanılmıştır. Bunun sebebi, *küçük* teriminin hangi hukuka göre belirleneceği hususunda bir ihtilaf kuralını gerektirmesidir²⁰. Sözleşme, 18 yaşından küçük çocuklar bakımından uygulanacaktır (md. 2). Bir başka deyişle, Sözleşme'nin uygulanabilmesi için, çocuğun doğmuş olması ve 19 yaşından gün almamış olması gerekli ve yeterlidir²¹.

¹⁶ Sözleşme'nin tam adı, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi"dir. Bundan sonra "1996 tarihli Lahey Sözleşmesi" ve bu başlık altında "Sözleşme" olarak anılacaktır.

¹⁷ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 239; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 91; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 131; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 124.

¹⁸ Bilgin Tiryakioğlu, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme"(1996 Tarihli Sözleşme), **Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1999, s. 383.

¹⁹ 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; S. 2; 2018, s. 914; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 91; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 275-276.

²⁰ Tiryakioğlu, "1996 tarihli Sözleşme", s. 383.

²¹ Ulusu Karataş, **a.g.e.**, s. 916; Giray, **Çocukların İadesi**, s. 251.

Sözleşme'nin “vatandaşlık” kıstası yerine “mutad mesken” kıstasını kullanmış, “mutad mesken” kıstasını çocuğun korunması açısından en uygun kıstas olarak kabul etmiştir²².

Sözleşme, niteliği gereği, uygulanacak hukuk bakımından *loi uniform*dur. Sözleşme bu niteliğini 20. Madde hükmünden almıştır. İlgili hüküm, “*bu bölümün hükümleri, bu hükümlerce düzenlenen hukukun akit olmayan devletin hukuku olması durumunda dahi uygulanır*” demek suretiyle *loi uniform* niteliğini vurgulamıştır. Bu kuralın tek istisnası, çocuğun mutad meskeninin akit bir devletten, bir başka akit devlete taşınmış olduğu hallerde koruma tedbirlerinin uygulama şartlarının yeni mutad meskenin bulunduğu akit devletin hukukuna tabi olacağını düzenleyen md. 15/III hükmüdür²³.

B. Sözleşme Gereğince Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk

1. Genel Bilgi

Sözleşme, 1961 Lahey Sözleşmesi ile paralel olarak, yetkili makamın iç hukukunun uygulanması prensibini benimsemiştir²⁴. Ancak 1996 tarihli Sözleşme, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nden farklı olarak yetki çatışması doğuracak kurallara yer vermemiş, çocuğun²⁵ korunmasına ilişkin tedbir alma konusunda mutad mesken makamlarının yetkisi millî makamlara nazaran güçlendirilmiştir²⁶.

Sözleşme'ye göre, çocuğun korunmasına ilişkin tedbir almaya yetkili makamlar, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları olarak belirlenmiştir²⁷ (md. 5). Diğer devletlerin çocuğun korunmasına müdahale etmesi izni istisnaî olarak 6. ve

²² Esra Dardağan Kibar, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, Atâ Sakmar'a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, S. 1, s. 548-549. Bu durum, Anglo Sakson hukukunu benimseyen devletlerin Sözleşme'ye taraf olmalarını sağlamışsa da, Türkiye gibi göçmen veren ülkelerin Sözleşme'ye çekimsiz yaklaşmasına sebep olmuştur (Tiryakioğlu, “**1996 Tarihli Sözleşme**”, s. 424).

²³ Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 970.

²⁴ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 93; Tiryakioğlu, “**1996 Tarihli Sözleşme**”, s. 384.

²⁵ Sözleşme'de çocuk kavramı geniş olarak ele alınmış, böylelikle sığınmış çocuklar ve mutad meskeni belli olmayan çocuklar da buldukları ülkenin çocuğun korunmasına ilişkin tedbirlerinden faydalanma imkânına sahip olmuştur (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 247; Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 918).

²⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 246; Tiryakioğlu, “**1996 tarihli Sözleşme**”, s. 384.

²⁷ Paul R. Beaumont, “Advantages for States in Becoming a Party to the Hague Children's Convention 1996”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 35, S. 2, s. 140; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 92.

10. maddelerde öngörölmüş olsa da²⁸, geçici acil durumlar (md. 11) ve yerel etkisi olan önlemler (md. 12) haricinde çocuğun korunmasına ilişkin müdahaleler, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletın talebi üzerine olacaktır²⁹.

Uygulanacak hukuk, Sözleşme'nin 15 ila 22. maddesi arasında düzenlenmiştir. Bunlardan 15. madde hükmü ile koruma önlemlerine uygulanacak hukuk, devamında ise velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin kurallar getirilmiştir.

2. Koruma Önlemlerine Uygulanacak Hukuk

Koruma önlemlerine uygulanacak hukuka ilişkin genel kural, çocuğun korunmasına ilişkin tedbir alacak olan makamların, 1961 La Haye Sözleşmesi ile paralel olarak kendi iç hukuklarını uygulayacaklarına ilişkin emredici hükümdür (md. 15/I)³⁰. Bu şekilde yetkili makamlar en iyi bildikleri hukuku uygulamış olacak ve böylelikle görevlerini daha kolay bir biçimde yerine getireceklerdir³¹. Fakat bu genel bağlama kuralının yanında, çocuğun şahsının ve mallarının gerektirdiği ölçüde, istisnaen, durumla “sıkı ilişkili olan hukuk”un uygulanmasına da imkan verilmiştir (md. 15/II)³². Bu fıkra hükmünün uygulanabilmesinin ön koşulu, çocuğun üstün menfaatinin sağlanabilmesinin ancak bu hükmün uygulanmasıyla sağlanabilmesidir³³. Dolayısıyla hükmün ilk fıkrasındaki emredici düzenlemenin aksine, ikinci fıkrasındaki düzenlemenin istisnaî nitelikte olduğu ve kolaylıkla uygulanmaması gerektiği düşünölmektedir³⁴.

3. Velayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk

Çalışma konumuzla alakalı olarak, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğunun tesisi, sona ermesi, kullanılması ve kaldırılmasına uygulanacak hukuk 16. madde ile düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, velayet sorumluluğunun kanun gereği tesisi ve sona ermesine “çocuğun mutad

²⁸ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 92.

²⁹ Tiryakioğlu, “**1996 tarihli Sözleşme**”, s. 384.

³⁰ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 94. Sözleşme md. 21/I hükmünde Sözleşme'de uygulanacak hukukun belirlenmesinde atıf reddedildiğinden, koruma tedbirlerini almakta uygulanacak hukuk, yetkili makamın iç maddi hukuk kuralları olacaktır (Ulus Karataş, **a.g.e.**, s. 962).

³¹ Tiryakioğlu, “**1996 tarihli Sözleşme**”, s. 401.

³² Tekinalp, **a.g.e.**, s. 247; Tiryakioğlu, “**1996 tarihli Sözleşme**”, s. 402; Ulus Karataş, **a.g.e.**, s. 962; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 94.

³³ Ulus Karataş, **a.g.e.**, s. 962.

³⁴ Tiryakioğlu, “**1996 tarihli Sözleşme**”, s. 402.

mesken hukuku”; anlaşma yahut tek taraflı işlem ile tesisi ve sona ermesine ise “anlaşma veya tek taraflı işlemin yapıldığı andaki çocuğun mutad mesken hukuku” uygulanacaktır (md. 16/I-II)³⁵.

Mutad meskenin tespiti için göz önüne alınacak tarih, kanunî velayet sorumluluğunun verildiği veya anlaşmanın yapıldığı an olup, örneğin; boşanma konusunda yapılmış bir anlaşma söz konusu ise, bu tarih boşanmanın etkili olduğu tarih olacaktır³⁶. Sözleşme, bu hükmü getirmekle, çocuğun millî hukuk ile olan irtibatını mutad mesken lehine terketmiş olmakta ve anlaşma veya tek taraflı işlem ile tesis edilen velayeti, kanundan doğan velayet ile aynı hukuka tâbi kılmakta, uygulanacak hukuk noktasında bir yeknesaklık sağlamaktadır³⁷.

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, önceki mutad meskeni hukuku uyarınca tesis edilen velayet sorumluluğu³⁸ varlığını sürdürecektir (md. 16/III). Bu düzenleme, çocuğa sağlanan korumanın istikrarının devamı açısından önemlidir³⁹.

Ek olarak, çocuğun eski mutad mesken hukukuna göre kendisine velayet sorumluluğu verilmeyen kişiye velayet sorumluluğunun verilmesi de yeni mutad mesken hukukuna tabi olacaktır (md. 16/IV).

Bu durumda, örneğin; çocuğun eski mutad mesken hukukuna göre velayeti tek başına annesine verilmiş ve yeni mutad mesken hukukuna göre velayet sorumluluğu müştereken anne ve babaya verilmesi gerekmişse, anne ve babanın velayeti birlikte kullanmaları durumu ortaya çıkabilecektir⁴⁰.

Sözleşme'nin md. 16/IV hükmü, müşterek velayet durumunu meydana getirebileceği ve dolayısıyla maddi hukuku etkileyen hükümler içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiş, ancak bu sebeple yapılan itirazlar reddedilmiş ve bu şekilde ortaya çıkacak olan müşterek velayet kurumunun olumsuz neticeler meydana getirmesi durumunda

³⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 287; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 94; Ulu Karataş, **a.g.e.**, s. 966.

³⁶ Tiryakioğlu, “1996 tarihli Sözleşme”, s. 404.

³⁷ Tiryakioğlu, “1996 tarihli Sözleşme”, s. 403-404.

³⁸ Sözleşme’de “kanunen mevcut otorite ilişkisi” kavramı yerine “velayet sorumluluğu” kavramı tercih edilmiştir (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 247). Bu kavram, çocuğun yalnızca şahsını değil aynı zamanda malvarlığını da kapsayan bir sorumluluk olup normalde ebeveyne ait olan, fakat ölüm, ehliyetsizlik vb. istisnaî durumlar gerçekleştiğinde üçüncü kişilere de tevdiî edilen sorumluluğu ifade etmektedir (Tiryakioğlu, “1996 tarihli Sözleşme”, s. 386).

³⁹ Ulu Karataş, **a.g.e.**, s. 967.

⁴⁰ Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, s. 95; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 288.

çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarından ihtilafın çözümüne ilişkin bir koruma tedbiri talep edilebileceği belirtilmiştir⁴¹.

Kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğunun kullanılmasına uygulanacak hukuk, Sözleşme'nin 17. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, bu durumda uygulanacak hukuk da yine çocuğun mutad meskeni hukuku olacaktır. Ancak, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde velayet sorumluluğunun kullanılması, çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tabi olacaktır.

Velayet sorumluluğunun kanun gereği veya hukuki bir işlemle tesis edilmesi durumunda uygulanacak hukuku düzenleyen md. 17 hükmü, çocuğun son mutad meskenini esas aldığından, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde koruma tedbirlerinin uygulanacağı hukuku muhafaza eden md. 16 hükmünden ayrı bir düzenlemeye yer vermiştir⁴². Böyle bir durumda, örneğin; velayet sorumluluğunu elinde bulunduran kişinin önceki mutad mesken hukukuna göre yalnız gerçekleştirebileceği hukuki işlemler yeni mutad mesken hukukunda izne tabi tutulmuşsa, bu kişi velayet sorumluluğunu yürütürken bu izni almak zorunda kalacaktır⁴³.

Sözleşme'nin 21. maddesi gereğince kanunlar ihtilafı kuralları da uygulanacak hukukun kapsamına dahildir⁴⁴.

Sözleşme'de uygulanacak hukuku düzenleyen kuralların, akit devletlerce uygulanmaması, ancak kamu düzeni müdahalesinin gerektirdiği durumlarda ve çocuğun yüksek yararı gözetilerek mümkün olabilir (md. 22)⁴⁵. Dolayısıyla çoğu hukuk sisteminde düzenlenen ve Lahey Sözleşmeleri'nde de yer alan kamu düzeni istisnasına Sözleşme'de de yer verilmiş, ancak kamu düzeninin uygulanması çocuğun üstün yararı ile sınırlanmıştır.

⁴¹ Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, s. 95; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 288, dp. 131; Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 967; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 94.

⁴² Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 968; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 94; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 288.

⁴³ Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, s. 97; Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 968.

⁴⁴ Giray, **Çocukların İadesi**, s. 74.

⁴⁵ Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, s. 100; Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 971; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 94.

III. Kanunlar İhtilafı Kuralları Gereğince Müşterek Velayete Uygulanacak Hukuk

Türk Hukuku'nda boşanma sonrasında velayetin düzenlenmesine uygulanacak hukuk, MÖHUK'un boşanma ve ayrılıkta uygulanacak hukuka ilişkin 14. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili hükümde, “*boşanmada velayet ve velayete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tabidir*” denilmek suretiyle 14. maddenin birinci fıkrasına atıf yapılmıştır. Birinci fıkrada ise, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk olarak eşlerin müşterek millî hukuku benimsenmiştir. Devamla, tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku; müşterek mutad meskenleri bulunmadığı takdirde Türk hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür.

Ayrıca boşanmaya ilişkin ihtilaflarda MÖHUK md. 2/III hükmü gereğince, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları başka bir hukuku yetkili kılmış ise bu yetkili kılınan hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da dikkate alınacak ve uygulanacaktır.

Hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere kanun koyucu, boşanma veya ayrılık halinde çocukların velayetine ilişkin hususların, boşanma ve ayrılık hakkında yetkili olacak olan hukuka göre çözümleneceğini kabul etmektedir⁴⁶.

Boşanmada velayete uygulanacak hukuk, boşanma kararı sonucunda meydana gelecek olan velayete ilişkin tüm hususları kapsar. Bu bağlamda, eşlerin yapacakları velayet anlaşmaları, hakimin velayeti tevdi etmeden evvel tarafları ve çocuğu dinlemesi gibi konular boşanmada velayete uygulanacak hukukun kapsamına dahildir⁴⁷.

Velayet kendisine bırakılmayan tarafın kişisel ilişki kurma hakkına uygulanacak hukuk konusunda ise doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Uyanık Çavuşoğlu'na göre, çocukla kişisel ilişki kurulmasına uygulanacak hukuk da boşanmada velayetin uygulanacağı hukuka tabidir⁴⁸. Diğer yazarlara göre ise kişisel

⁴⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 249; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 59; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 199; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2017, s. 308; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 122; Dardağan Kibar, **a.g.e.**, s. 548; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 143.

⁴⁷ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 144.

⁴⁸ **A.e.**

ilişki kurmanın tabi olduğu hukuk soybağı statüsü tarafından düzenlenir⁴⁹. Kanaatimizce de çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, doğrudan soybağının kurulmasıyla ilgili olduğundan, bu hakkın düzenlenmesi soybağına uygulanacak hukuka tabi olmalıdır.

Dolayısıyla boşanma sonucunda velayetin hangi tarafa tevdi edileceği belirlendikten sonra, çocukla kurulacak olan kişisel ilişkinin sınırlarını belirlemede uygulanacak hukuk da, MÖHUK md. 17 uyarınca soybağının hükümlerine tabi olan hukuk olacaktır.

Zikredilen hükme göre anne-baba-çocuk arasındaki ilişkiler, soybağı kuran hukuka tâbidir. Bu hukuk, anne ve babanın müşterek millî hukuku, bulunmadığı durumlarda müşterek mutad mesken hukuku, bu da mevcut değilse çocuğa ait müşterek bir millî hukuk, yoksa çocuğa ait mutad mesken hukuku olacaktır⁵⁰.

Boşanma sonucunda velayetin eşlerden hangisine verileceğine veya her ikisine de verilip verilmeyeceğine ilişkin kararın verilmesinde ise olaya boşanmaya uygulanacak hukuk tatbik edilecektir. Bu hukuk da eşlerin müşterek millî hukuku, ayrı devlet vatandaşı olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, müşterek mutad meskenleri olmaması durumunda Türk hukuku olacaktır⁵¹.

Yabancı unsurlu bir boşanma davası süresince, çocukların velayetine ilişkin hususların tedbir kararı ile düzenlenmesi gerekebilir. Böylesi bir durumda uygulanacak hukuk, MÖHUK md. 14/4 hükmüne göre belirlenecektir. İlgili hüküm uyarınca hakim tarafından alınacak önlemler geçici ihtiyati tedbir niteliğinde olduğundan, lex fori'ye tâbi olacak ve velayete ilişkin tedbir kararlarının verilmesinde Türk hukuku uygulanacaktır⁵².

Bu hükümler ışığında müşterek velayet uygulaması değerlendirilecek olursa, müşterek velayete karar verilmesi velayetin tevdi niteliğinde olduğundan, müşterek velayete hükmedilirken uygulanacak hukuk, boşanma ve ayrılık hakkında uygulanacak hukuka göre tayin edilecektir.

⁴⁹ Nomer, **a.g.e.**, s. 280; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 125.

⁵⁰ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s. 280; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 87.

⁵¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 245; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 150.

⁵² Nomer, **a.g.e.**, s. 265; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 155.

IV. Müşterek Velayete Uygulanacak Hukukta Kamu Düzeni Etkisi

Türkiye’de görülmekte olan yabancı unsurlu bir boşanma davasında hakimin, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yabancı bir hukuku uygulaması gerekiyorsa, uygulanması gündeme gelen hükmün, öncelikle MÖHUK md. 5 hükmü ile düzenlenen kamu düzeni engelini aşması gerekir⁵³. İlgili madde hükmü, yabancı madde hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde uygulanmamasını ve gerekli görülen hallerde Türk hukukunun uygulanmasını emretmektedir.

Aile hukukuna ilişkin hemen hemen tüm meselelerin, özellikle velayetin, kamu düzeni ile yakından ilintili olduğu aşikârdır. Lakin, Yargıtay, konuya ilişkin kararlarında, yabancı nitelikteki kanun hükmünün, Türk Hukuku düzenlemesinden farklı olması durumunda doğrudan kamu düzeni müdahalesini devreye sokmakta ve olaya Türk Hukuku’nun uygulanması düşüncesini benimsemektedir. Bu durum, doktrinde pek çok yazar tarafından eleştirilmekte ve Yargıtay’ın bu denli kategorik bir ayrıma gidilmemesi noktasında görüş beyan edilmektedir⁵⁴.

Örneğin, Yargıtay, boşanmada velayete ilişkin bir kararında, İsviçreli anneye çocukların velayetinin verilmesini, hiç milletlerarası özel hukuk kurallarını uygulamaksızın reddetmiştir. Daha sonra YGHK, bu kararı bozup çocukların velayetini anneye tevdi etmiş fakat bu bozma kararı da milletlerarası özel hukuk kuralları dikkate alınmadan verilmiştir⁵⁵.

Yargıtay’ın bu tutumu, velayet davalarında müşterek velayetin uygulanmasını da engelleyen bir yaklaşım olmuştur. Pek çok kararında Yargıtay, Türk Medeni Kanunu’nda müşterek velayete ilişkin düzenleme bulunmadığı, dolayısıyla boşanma sonrasında çocuğun velayetinin anne ve babaya müştereken bırakılmasının Türk kamu düzenini ihlal edeceği sonucuna varmıştır⁵⁶.

⁵³ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 156.

⁵⁴ Nomer, **a.g.e.**, s. 174; Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**; s. 156; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, §1, No: 85; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 128; Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin, 2001, s. 144.

⁵⁵ YHGK, 17.3.1993 E. 2-763 (Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 127).

⁵⁶ Y. 2. HD, 2818 E., 3889 K., 20.3.2003 T. (**Kazancı**), Y. 2. HD., 2004/13947 E., 2004/5854 K., 27.12.2004 T. (Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 60, dp. 86).

Dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanması gereken yabancı hukuk kuralı, boşanma durumunda ebeveynin velayeti müşterek olarak kullanmaya devam etmesinin kural olduğunu öngörmekte ise, Türk mahkemeleri bu yaklaşıma göre, mezkûr hükmü Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle uygulamayacak ve olaya TMK hükümlerini tatbik ederek velayetin ebeveyninden yalnızca birine tevdiine karar verecektir. Bu tutum, kamu düzeni müdahalesinin amacıyla bağdaşmamakta ve adilane bir yaklaşım sergilememektedir.

Velayetin kamu düzenine ilişkin olması, Türk Medeni Kanunu'nda müşterek velayete ilişkin düzenlemenin bulunmaması, yabancı hukukun Türk hukukundan farklı bir kural içermesi müşterek velayetin Türk kamu düzenini ihlal ettiği anlamı taşımamaktadır⁵⁷. Hakim, kamu düzenini bahane ederek yabancı hukukun kuralını uygulamaktan kaçınmaz⁵⁸.

Müşterek velayet meselelerinde kamu düzeninin uygulanmaması ancak çocuğun yararı ilkesinin ihlal edilmesi tehlikesi mevcutsa mümkün olabilir. Örneğin, görülmekte olan bir davada, yabancı hukuk kuralı çocuğun çıkarına karşı anne ve/veya babanın çıkarını önceler nitelikteyse, böyle bir durumda hakim o yabancı hukuk kuralını kamu düzenine aykırı kabul edecek ve uygulamayacaktır⁵⁹.

Kanaatimizce Yargıtay, bu muhafazakar tutumdan vazgeçerek yabancı hukukun, ÇHS uyarınca evrensel bir ilke olan çocuğun üstün menfaatini gözetmesi durumunda yabancı hukuk normunu uygulamaktan kaçınmayan bir yaklaşım sergilemelidir. Ayrıca AİHS Ek 7 No'lu Protokol'ün de iç hukukumuzla kazandırılmasıyla birlikte artık Yargıtay'ın müşterek velayetin Türk kamu düzenine aykırı olduğu iddiası ile müşterek velayet düzenlemesini içeren hukuk kuralını uygulamaktan kaçınması imkansız hale gelmiştir.

⁵⁷ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 60, dp. 86; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 149.

⁵⁸ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 142-144.

⁵⁹ Süheyla Kahraman, "Milletlerarası Evlat Edinmede Kamu Düzeni Etkisi", **Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler**, Ed. Günseli Öztekin Gelgel, Faruk Kerem Giray, İstanbul, Beta, 2017, s. 235.

BEŞİNCİ BÖLÜM

YABANCI MAHKEMELERCE VERİLEN MÜŞTEREK VELAYET İLAMLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

Müşterek velayete ilişkin Türk mahkemelerinden alınan kararlar, henüz pek az sayıdadır. Konu ile alakalı kararlar çoğunlukla yabancı mahkemeler tarafından verilmiş olan yabancılık unsuru taşıyan velayet kararlarıdır. Ülkeler arası sosyal gelişmelerin artması yabancı uyruklu kişilerin ortak hayat kurmalarını sağlamış, bu durum da yabancı nitelikli aile hukuku davalarının, özellikle boşanma ve velayet davalarının artmasına sebebiyet vermiştir. Hal böyle olunca, yabancı uyruklu kişilerle evlenen Türk vatandaşlarının aile hukuku meseleleriyle ilgili verilen kararların tanınması ve tenfizine ilişkin talepler, Türk mahkemelerinin önüne sıklıkla gelmeye başlamıştır. İşte, bir Türk vatandaşı ve yabancı uyruklu kimsenin boşanması neticesinde yabancı mahkemeden alınan müşterek velayet kararlarının da Türkiye’de icra edilebilmesi için tenfizi gerekmektedir. Dolayısıyla müşterek velayetin incelenmesi bakımından, konunun milletlerarası özel hukuk boyutu özel bir önem arz etmektedir. Çalışmanın bu bölümünde, velayet kararlarının tanınması ve tenfizi hususları incelenecektir.

Velayete ilişkin verilen kararlar, bağımsız velayet davaları sonucunda verilmiş kararlar olabileceği gibi, boşanma veya ayrılık davaları sonucunda çocuğun velayetini düzenleyen kararlar veya velayete ilişkin herhangi bir hüküm içermemekle birlikte, küçüğün şahıs ve malvarlığına ilişkin koruma tedbirlerine ilişkin kararlar olabilirler¹.

Velayete ilişkin karar, çocuğun teslimini içeren bir kararsa icra edilmesi gerektiği için tenfize konu olur².

Yabancı velayet kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ve 1980 tarihli Çocukların

¹ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 159-160.

² “Bu itibarla tarafların çocuklarının velayetinde düzenlendiği, temyiz konusu boşanma kararının Türk mahkemesince tanınmış olması, Türk vatandaşı olan eşlerin nüfus kayıtlarına gerekli tescilin yapılmasına yeterli ise de çocukların velayetine ilişkin hükümlerin icrasına yeterli bulunmamakta bir tenfiz kararı gerektirmektedir” Y. 2. HD., 12.1.1995 T., 12870/273 (Ahmet Cemal Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 873).

Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi³'dir.

Bunlar dışında, tanıma ve tenfize ilişkin hükümler içermese de Lüksemburg Sözleşmesi'nin tamamlayıcısı niteliğinde olan 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme⁴ de bu başlık altında incelenecektir.

Ek olarak, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne aday statüsünde olması hasebiyle, Avrupa Birliği'ne üye devletler bakımından uygulanan Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü⁵'nün tanıma ve tenfize ilişkin kurallarına yer verilecektir.

I. 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi Gereğince Müşterek Velayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

A. Genel Bilgi

1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasında yaşanan zorlukların yeni bir Sözleşme yapma ihtiyacı meydana getirdiğini ve 1996 Lahey Sözleşmesi'nin de bu ihtiyacı doldurmak amacıyla meydana getirildiğini yukarıda⁶ belirtmiştik. Bu ihtiyacı doldurmak için meydana getirilen 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin daha kapsamlı, daha sistematik ve daha anlaşılır bir metne sahip olduğu belirtilmektedir⁷.

Sözleşme'nin amaçlarından birisi de, çocuğun şahsının ve mallarının korunmasına yönelik tedbirlerin bütün akit devletlerde tanınmasını ve tenfizine ilişkin iç hukuklarda yer alan farklı düzenlemelerden meydana gelen ihtilafları azaltarak tanıma ve tenfiz konusunda kolaylık sağlamaktır⁸. Bu bağlamda Sözleşme, 23 ila 28. maddelerinde tanıma ve tenfize ilişkin hususları düzenlemektedir.

³ RG. 02.11.1999-23864.

⁴RG. 15.02.2000-23965. Türkiye, Sözleşme'nin 26. maddesinin 3. paragrafına "Türkiye Cumhuriyeti, mahkeme masraflarından veya kanunî danışman ve müşavirlerin katılımından doğan masraflar ile çocuğun iadesi sebebiyle doğan masrafları üstlenmemektedir" şeklindeki çekincesi ile onaylamıştır.

⁵ Bundan sonra "Brüksel II-A Tüzüğü" veya "Tüzük" olarak anılacaktır.

⁶ Dördüncü Bölüm, I-B-2.

⁷ Tiryakioğlu, "1996 tarihli Sözleşme", s. 383.

⁸ Ulusu Karataş, a.g.e., s. 914.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ni, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nden ayıran en önemli unsur, bu Sözleşme'nin koruma tedbiri kararlarının tanınması ve tenfizine dair çok ayrıntılı hükümler getirmesidir⁹.

B. Sözleşme Gereğince Müsterek Velayet Kararlarının Tanınması

Sözleşme'nin 23. maddesi, akit devlet makamı tarafından alınan icra gerektirmeyen bir önlemin, diğer tüm akit devlet makamları tarafından kanun gereği tanınmasını öngörmektedir¹⁰. Bununla birlikte, söz konusu önlemin tanınması, Sözleşme md. 23/II hükmünde sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi halinde reddedilebilecektir¹¹. İlgili hükümde sayılan tanınmanın reddi sebepleri¹² hem tahdidî hem de takdirîdir. Yani, tanınmanın reddi sebeplerinden biri gerçekleşmiş olsa dahi koruma tedbirinin tanınıp tanınmaması hususu akit devletlerin inisiyatifine bırakılmıştır¹³.

Bir koruma tedbirinin kanun gereğince tanınması, akit bir devlet makamınca alınan koruma tedbirinin hüküm ve sonuçlarını doğurması için tanınmanın talep edildiği akit devlette herhangi bir tanıma veya tenfiz prosedürüne gerek kalmaması anlamına gelmektedir¹⁴.

Örneğin, mutad meskenleri akit devletlerden birinde olan ailede, anne ve babanın boşanmasını takiben ve anne-babanın mutabakatı ile çocuğun velayetini tek başına annesine verdikten bir yıl sonra anne, akit devletlerden bir diğerine taşınmış ise, bu akit devlet, annenin velayet hakkını hiçbir prosedüre gerek olmaksızın tanıyacaktır¹⁵.

⁹ Tiryakioğlu, “1996 tarihli Sözleşme”, s. 409; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 91.

¹⁰ Beaumont, **a.g.e.**, s. 144; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 235.

¹¹ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 277; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 236.

¹² Sözleşme md. 23/II hükmünde sayılan tanınmanın reddi sebepleri; önlemin, yargı yetkisi Sözleşme tarafından tesis edilmemiş bir makam tarafından alınmış olması, önlemin, acil durum haricinde, adli veya idari yargısal işlem bağlamında çocuğun dinlenilmesine fırsat verilmeksizin talep edilen Devletin temel usul ilkelerini ihlal edecek şekilde alınmamış olması, önlemin, acil durum haricinde, böyle bir önlemin şahsın dinlenilmesine fırsat verilmeksizin alınması halinde, önlemin velayet sorumluluğunu ihlal ettiği herhangi bir şahıs tarafından ileri sürülmesi, çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak böyle bir tanınmanın talep edilen Devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması, önlemin, sonradan alınan önlemin talepte bulunulan Devletin tanıma için gereklilikleri yerine getirmesi durumunda, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit olmayan Devlette sonradan alınan önlemlerle bağdaşmaması, önlemin, Sözleşme'nin 33. maddesinde öngörülen usule uyulmadan alınmış olmasıdır.

¹³ Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, s. 104.

¹⁴ Ulusu Karataş, **a.g.e.**, s. 979; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 277.

¹⁵ Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, (Çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/docs/eca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf>, 30 Mart 2018, s. 103.

Ayrıca, akit devlet makamlarınca alınmış tedbir kararının 23. maddeye göre kanunen tanınabilmesi için o koruma tedbirinin etkilerinin gerekleri diğer akit devlet makamınca gönüllü olarak yerine getirilmiş olmalı veya söz konusu koruma tedbiri kararına herhangi bir itiraz edilmemiş olmalıdır¹⁶. Şayet böyle bir itiraz mevcut ise veya koruma tedbirinin gerekleri diğer akit devlette yerine getirilmemişse tenfiz prosedürüne başvurulması gerekecektir¹⁷.

Sözleşme'nin 24. maddesinde, koruma tedbirinin talep üzerine de tanınabileceği öngörülmüştür. Sözleşme'de koruma tedbirlerinin kanunen tanınması prensip olarak benimsenmiş, bununla birlikte koruma tedbirinin talep üzerine tanınması da bir alternatif olarak sunulmuştur. Talep ile tanıma usulünün, özellikle çocuğun mutad meskeninin bir başka akit devlet ülkesine taşınmak suretiyle değişeceği durumlarda, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan anne/babanın, kişisel ilişki kurma hakkını önceden "tanıtarak" güvence altına alması ve çocuk kaçırma vakalarının önlenmesi bakımından önemli olduğu belirtilmektedir¹⁸.

C. Sözleşme Gereğince Müşterek Velayet Kararlarının Tenfizi

Akit devlet makamlarınca alınmış koruma tedbiri kararının tanınmasının yeterli olabilmesi için, alınan kararın gereklerinin akit devlet makamları tarafından yerine getirilmesi veya söz konusu karara itiraz edilmemiş olması şartı aranmakta, bu şartların karşılanmaması durumunda kararın diğer akit devlette uygulanabilmesi için tenfiz prosedürünün yürütülmesi gerekmektedir¹⁹.

Tedbir kararlarına ilişkin tenfiz usulü, Sözleşme'nin 26. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre tenfizin, kararın uygulanması istenen akit devletin iç hukukunda öngörülen usule uygun olarak, icra amacıyla tescil veya bir tenfiz kararı ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir²⁰.

Sözleşme, tenfiz prosedürünün hızlı ve basit bir usulle gerçekleştirilmesi gerektiğini özellikle vurgulamıştır (md. 26/II). Sözleşme'ye göre koruma kararına ilişkin tenfiz istemi, ancak md. 23/II hükmünde sınırlı olarak sayılan tanımının reddi

¹⁶ Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, s. 103.

¹⁷ Ulusu Karataş, **a.g.e.**, s. 979.

¹⁸ **A.e.**, s. 985.

¹⁹ Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, (Çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/upload/exp134.pdf>, 30 Mart 2018, paragraf 132, s. 589; Ulusu Karataş, **a.g.e.**, s. 986.

²⁰ Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, s. 110.

sebeplerinden biri gerçekleşirse reddedilebilecektir (md. 26/III). Bu sebepler takdirî sebepler olduğundan, tanıma prosedüründe olduğu gibi, bu sebeplerden birinin varlığı halinde dahi akit devlet makamları tenfiz kararı verebilecektir²¹.

Tenfizine karar verilen önlemler, tenfizin istendiği akit devlet makamları tarafından alınmış kararlar gibi uygulanacaktır (md. 28). Söz konusu önlemlerin uygulanması, çocuğun üstün yararı dikkate alınmak suretiyle tenfizin talep edildiği devletin hukukuna göre ve bu hukuk izin verdiği ölçüde gerçekleştirilecektir²². Bu madde ile, tenfizin istendiği akit devlet makamına, md. 26/III hükmünde sayılan tanımaya ilişkin genel red sebepleri dışında ayrıca bir yetki tanınmıştır²³. Örneğin; belirli bir derecede olgunluğa erişmiş bir çocuk, kendisine vasi olarak atanan kişi ile gitmeyi ve yaşamayı kesin olarak reddediyorsa, söz konusu koruma tedbiri kararının uygulanacağı akit devletin iç hukuku uyarınca bu kararın uygulanması imkansız ise, tenfiz talep edilen devlet bu kararın uygulamasını gerçekleştirmeme imkanına sahip olacaktır²⁴.

II. 1980 Tarihli Lüksemburg Sözleşmesi Gereğince Müşterek Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi

A. Sözleşme'nin Uygulama Alanı

Sözleşme²⁵'nin konusu, anne ve babanın velayeti ile çocuk²⁶la kişisel ilişki kurma hakkının korunması, haksız şekilde uluslararası sınırın ötesine götürülen çocukların iadesi ve velayetlerinin yeniden tesisidir²⁷.

²¹ Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, s. 104.

²² Ulusu Karataş, **a.g.e.**, s. 987.

²³ Nihal 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)", **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 124.

²⁴ Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, s. 110; Ulusu Karataş, **a.g.e.**, s. 987.

²⁵ Sözleşmenin tam adı "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi"dir. Bundan sonra "Lüksemburg Sözleşmesi" ve bu başlık altında "Sözleşme" olarak anılacaktır. RG. 08.08.1999-23780, Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 02.11.1999-23864 (20 Ekim 1997 tarihinde Strazburg'da imzalanan Sözleşme, 04.08.1999 tarihli ve 4433 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş, 08.08.1999 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir).

²⁶ Sözleşme metninde çocuk, "vatandaşlığı ne olursa olsun 16 yaşını tamamlamamış, bağımsız bir oturma yeri tayin yetkisine sahip olmayan kişi" olarak tanımlanmıştır. Çocuğun bağımsız bir ikamet yerine sahip olup olmadığının tespiti ise çocuğun mutad mesken hukuku, vatandaşlık hukuku veya talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre belirlenecektir.

²⁷ Feriha Bilge Tanrıbilir, "Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi", **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 83.

Sözleşme'nin amacı, velayete ilişkin hakların ihlal edilmesi durumunda, yabancı ülkelerce bu ihlallere karşı hızlıca önlem alınabilmesini sağlamak ve velayete ilişkin kararların tanıma ve tenfiz prosedürünü kolaylaştırmaktır²⁸.

Sözleşme'ye göre, âkit devlet makamlarınca verilen velayete ilişkin kararlar, diğer âkit devlette tanınır ve kabili infaz edilebilir olduğu takdirde tenfiz edilir (md. 7). Yabancı mahkeme kararının tenfiz edilebilmesi için, kararın verildiği devlette icra edilebilir olması şartı aranmıştır²⁹.

Velayete ilişkin karar kavramı Sözleşme'de, oturacağı yeri tayin etme ve onunla şahsi ilişki kurma hakları da dahil olmak üzere çocuğun kişisel gözetimine ilişkin olarak verilen bir merci kararı olarak tanımlanmıştır (md. 1/c).

Makam kavramı ise, Sözleşme md. 1/b'de, adli veya idari bir makam olarak tanımlanmıştır³⁰.

Dolayısıyla Türkiye'de görülmekte olan velayet kararının tanınması ve tenfizine ilişkin bir davanın Sözleşme kapsamında olması için; kararın, âkit devlet³¹ makamlarınca verilmiş olması ve çocuğun velayetine ilişkin olması yeterli olacak, kararın mutlak surette yargı makamınca verilmiş olması şartı aranmayacaktır³². İlgili hükümle, mahkemeler tarafından verilen kararlarla beraber idarî makamlarca verilen kararların da Sözleşme kapsamında tenfiz edilmesi olanaklı hale gelmiştir³³.

Sözleşme'nin amacına ulaşabilmesi için her akit devletin bir merkezi makam ataması zorunlu olup bu bağlamda Türkiye, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nü merkezî makam olarak atamıştır³⁴.

²⁸ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 262; Aysel Çelikel, "Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi"(Velayet), Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, **MHB**, Y. 17-18, S. 1-2, 1997-1998, s. 109; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 91; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 148-149; Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 83; Yücel Sayman, "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor", **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 129.

²⁹ Çelikel, "**Velayet**", s. 111; Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 86; Huysal, **a.g.e.**, s. 193; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185; Nuray Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi(Tenfiz)**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013, s. 364; Sayman, **a.g.e.**, s. 130.

³⁰ Velayet konusunda İngiltere'de adli makamlar, Danimarka ve Norveç'te idarî makamlar karar vermektedir (Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 85). Dolayısıyla bir velayet kararının Sözleşme kapsamına girebilmesi için kararın mutlaka yargı makamınca verilmiş olması gerekmez (Çelikel, **a.g.e.**, s. 110).

³¹ Sözleşme'ye taraf devletler için bkz: (Çevrimiçi) https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105/signatures?p_auth=puAqbUXi, 21 Ocak 2018.

³² Çelikel, "**Velayet**", s. 110; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 225.

³³ Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 124; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 149.

³⁴ Çelikel, "**Velayet**", s. 110; Ekşi, **Tenfiz**, s. 363; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 242; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 182.

Merkezî makamlar, Sözleşme'nin 3. Maddesinde öngörüldüğü üzere Sözleşme'nin amacının gerçekleştirilmesi amacıyla aralarında işbirliği yapmalı ve 5. Maddesinde öngörüldüğü üzere, çocuğun menfaatlerinin korunması için gerekli önlemleri almalı ve bu önlemlerin sonuçları hakkında bilgi vermelidirler³⁵. Bunlar haricinde merkezî makamların, kararın tanınması ve tenfizini sağlamak hususunda aksiyon olarak doğrudan yetkili makamlara başvurma hakkı ve yükümlülüğü bulunmaktadır³⁶.

Sözleşme'nin uygulanması bakımından, çocuğun vatandaşlığının hangi devlete ait olduğu önem arz etmemektedir. Önemli olan, kararın âkit bir devlet makamı tarafından verilmiş olmasıdır³⁷.

Velayet kendisine tevdi edilen tarafın çocuğun malvarlığına ilişkin hak ve yükümlülüklerine ilişkin kararlar, Sözleşme kapsamına alınmamıştır. Buna karşılık, çocuk uluslararası bir sınırın ötesine götürüldüğü anda bir âkit devlet makamınca verilmiş, velayete ilişkin infaza kabil bir karar yok ise, çocuğun götürülmesinden sonra ilgili bir kişinin istemi üzerine bir âkit devlette verilecek velayete ilişkin karara Sözleşme hükümleri uygulanacaktır (md. 12)³⁸.

Sözleşme'nin amacının yerine getirilebilmesi için taraf devletlere bir merkezi makam tayin etme zorunluluğu getirilmiştir. Merkezi makamlar, sözleşmenin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla davalara sunulacak delil ve mevzuat hakkında işbirliği yapmakla, ayrıca çocuğun veya başvurucunun menfaatlerine zarar gelmemesini, kararın tanıma ve tenfizini ve tenfiz gerçekleştikten sonra çocuğun başvuru yapana teslimini sağlamakla yükümlüdürler³⁹.

Gerek Avrupa Birliği üyesi devletlerin kendi aralarında bu sözleşme yerine Brüksel II Tüzüğü'nü uygulamaları gerekse 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi ile Lüksemburg Sözleşmesi'nin uygulama alanı önemli ölçüde daralmıştır⁴⁰.

³⁵ Partalçı, **a.g.e.**, s. 86.

³⁶ **A.e.**

³⁷ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 181.

³⁸ Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 228.

³⁹ Çelikel, "**Velayet**", s. 111.

⁴⁰ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 262; Giray, **Çocukların İadesi**, s. 247.

B. Sözleşme Hükümlerine Göre Müşterek Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi

Sözleşme'nin esas amacı, Sözleşme kapsamında verilen velayete ilişkin kararların âkit devletlerde mümkün mertebe hızlı ve etkin bir şekilde icra edilmesini sağlamaktır⁴¹. Bu amacın kolaylıkla gerçekleştirilebilmesi ve Sözleşme'nin dünya üzerindeki pek çok Devlette yürürlüğe girmesini sağlamak adına, Sözleşme md. 17 hükmü ile taraf devletlere çekince koyma hakkı getirilmiştir⁴².

Sözleşme, md. 7 hükmü ile âkit devletlere birbirlerinin makamları tarafından verilmiş olan icra kabiliyetini haiz kararların derhal tanınmasını ve tenfizini zorunlu kılmıştır⁴³.

Sözleşme sisteminde, çocuğun haksız götürme nedeniyle iadesi nedeniyle velayetinin yeniden tesisi ile genel itibariyle bir velayet kararının tenfizi farklı usullere bağlanmıştır. Buna göre, Sözleşme'nin 8. ve 9. maddesi ile düzenlenen usul, çocuğun haksız olarak götürülmesi nedeniyle iadesine ilişkin tanıma ve tenfizin reddi koşullarını; 10. maddesi ise genel olarak bir velayet kararının tenfizinin reddine ilişkin koşulları düzenlemektedir⁴⁴. Çalışma konumuz bakımından Sözleşme'nin 10. maddesi düzenlemesi önem arz etmektedir.

Çocuğun haksız götürülmesi söz konusu değilse veya haksız götürülme halinde 8. ve 9. maddelerde öngörülen altı aylık süre içinde merkezî makamlara başvuru yapılmamış ya da tenfiz davası açılmamış ise bu durumda velayete ilişkin kararın tenfizi, 10. madde uyarınca yapılacaktır. Velayete ilişkin kararın tanıma ve tenfiz talebinin reddedilebilmesi için ise 9. ve 10. maddede sıralanan koşulların bir arada sağlanmış olması aranacaktır⁴⁵.

Sözleşme, md. 9/III hükmü ile yabancı mahkeme kararının hiçbir surette esastan incelenemeyeceğini belirtmiş, tenfiz hakiminin yabancı mahkeme kararına ilişkin

⁴¹ Çelikel, “**Velayet**”, s. 109; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 185; Huysal, **a.g.e.**, s. 193.

⁴² Explanatory Report to the European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, s. 3. (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16800ca432>, 30 Mart 2018.

⁴³ Çelikel, “**Velayet**”, s. 111, Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 124.

⁴⁴ Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 86; Sayman, **a.g.e.**, s. 130.

⁴⁵ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 262.

içerik değerlendirmesi yapmasını engelleyerek tam anlamıyla “revizyon yasağı” getirmiştir⁴⁶.

Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen tenfiz reddi sebepleri şunlardır:

- a) Kararın sonuçlarının, talepte bulunulan Devletin aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri ile bağdaşmadığı açık bir biçimde tespit edilmişse;
- b) Aradan geçen zamanda, haksız götürme sebebiyle sadece çocuğun oturduğu yerin değişmesi hariç, şartlarda meydana gelen değişiklikler sebebiyle ilk kararın sonuçları artık çocuğun yararıyla açıkça bağdaşmaz nitelikte görülürse;
- c) Menşe Devlette dava açıldığı an:
 - i) Çocuk, talepte bulunulan Devlet vatandaşı veya mutad meskeni bu Devlette iken, menşe Devleti ile bu bağlardan hiçbiri yok idiyse;
 - ii) Çocuk aynı zamanda menşe Devlet ve talepte bulunulan Devlet vatandaşı ve mutad meskeni talepte bulunulan Devlette ise;
- d) Karar, tanıma veya tenfiz isteminin yapılmasından önce açılan bir dava sonunda kendisinden istemde bulunulan devlette verilmiş veya üçüncü bir devlette verilmiş olup kendisinden istemde bulunulan ülkede infaz edilebilir bir kararla bağdaşmaz nitelikte ve kararın reddedilmesi çocuğun yararına ise.

Ayrıca aşağıdaki sebeplerin varlığı halinde, aynı konulardaki tanıma ve tenfiz taleplerine ilişkin usuli işlemler, talik edilebilir (md. 10/II):

- a) İlk karar hakkında olağan bir kanun yoluna başvurulmuşsa,
- b) Talep edilen devlette, çocuğun velayetine ilişkin bir dava, menşe devlette açılan davadan önce görülmeye başlanmış ve dava devam etmekte ise,
- c) Çocuğun velayetine ilişkin başka bir karar, herhangi bir yerine getirme davası veya bu kararın tanınmasına dair başka bir dava konusunu oluşturuyor ise.

C. Sözleşme Hükümlerine Göre Müşterek Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizinde İzlenmesi Gereken Usul

Sözleşme'nin 3. Bölümünde, karara ilişkin tanıma veya tenfiz isteminde bulunacak olan kimsenin izlenmesi gereken usûlden bahsedilmiştir. Bu bağlamda, akit devletlerden birinde verilen velayet kararının diğer bir devlette tanınmasını ve

⁴⁶ Nomer, a.g.e., s. 535.

tenfizini isteyen kişi, Sözleşme'nin 13. Maddesinde sayılan belgelerin de ekinde yer aldığı dilekçesi ile herhangi bir devletin merkezi makamına başvurmalıdır (md. 4/I-II).

Başvurulan merkezi makam, mevcut talebin sonuçları hakkında acilen bilgi vermelidir (md. 4/V). Ayrıca merkezi makam, Sözleşme'deki şartların yerine getirilmediğinin açık olduğuna kanaat getirdiyse girişimde bulunmayı reddedebilir (md. 4/IV), fakat karar Sözleşme'deki şartları taşıyorsa görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür⁴⁷.

Sözleşme'nin 14. maddesinde, nihaî amaç vurgulanarak, çocuğun velayetine ilişkin kararların tanınması ve tenfizinde basit ve seri usulü uygulayarak Sözleşme'nin amacının sağlanabilmesine katkıda bulunacakları ifade edilmiştir. Bu basit ve seri usul, işlem masraflarının azaltılması bakımından da etkili olacaktır⁴⁸.

Sözleşme'nin 15. maddesi ile ise, tenfiz kararı verilmeden önce yerine getirilmesi gereken birtakım prosedürden bahsedilmiştir. Buna göre; ilgili devlet makamı, tenfiz konusunda karara varmadan önce, özellikle yaşı ve takdir kabiliyetine ilişkin fiili bir olanaksızlık yoksa çocuğun görüşünü almalı ve lüzum görebileceği soruşturmaların yapılmasını isteyebilmelidir.

Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca âkit devletler, Sözleşme bakımından onay veya herhangi bir şekil koşulu aramayacaktır. Dolayısıyla Sözleşme'nin uygulanabilmesi için hiçbir formalite talep edilemeyecektir⁴⁹.

Sözleşme'nin 17. maddesi ile, Sözleşme'nin tanıma ve tenfize ilişkin öngördüğü ilkeler ile tanıma ve tenfiz sebepleri için taraf devletlerce çekince konulabileceği ifade edilmiştir.

Sözleşme'nin 18. maddesi ile de, çocuğun uluslararası bir sınırın ötesine götürüldüğü anda bir âkit devlet makamınca verilmiş, velayete ilişkin infaza kabil bir karar olmadığı takdirde çocuğun götürülmesinden sonra ilgili bir kişinin istemi üzerine bir âkit devlette verilecek velayete ilişkin karara Sözleşme hükümlerinin uygulanacağını öngören 12. maddeye çekince ileri sürülebileceği kabul edilmiştir.

⁴⁷ Partalçı, a.g.e., s. 105.

⁴⁸ Giray, **Çocukların İadesi**, s. 247.

⁴⁹ Partalçı, a.g.e., s. 106.

III. 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi'nin Müşterek Velayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Önemi

Her ne kadar tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemeler içermese de, Lüksemburg Sözleşmesi'ni tamamlayıcı nitelikte olduğu için⁵⁰, velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizi konusunda değinilmesi gereken sözleşmelerden birisi de, 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme⁵¹'dir.

Sözleşme, uluslararası çocuk kaçırılmalarını ve haksız alıkonulmalarını ele almaktadır⁵².

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi de Lüksemburg Sözleşmesi ile benzer olarak 16 yaşından küçük çocuklar bakımından uygulanacaktır, ancak Sözleşme'nin, Lüksemburg Sözleşmesi'nden farkı, Lüksemburg Sözleşmesi'nde yer alan çocuk tanımının, ikamet yerini belirleme hakkına sahip olmama şartının da aranmasıdır⁵³.

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde velayet hakkı, Lüksemburg Sözleşmesi'ndeki tanıma göre daha dar bir hakkı kapsamakta, kişisel ilişki kurma hakkını tanımın dışında tutmaktadır.

Lüksemburg Sözleşmesi, velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizinin yanısıra, haksız şekilde başka bir devlete götürülen çocukların iadesini de uygulama alanına dahil etmekte ve velayet sorumluluğunu ihlal eden her türlü fiili haksız götürme kavramını içerisine almaktadır⁵⁴. Buna karşılık 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, yalnızca hukuka aykırı olarak yeri değişen ve kaçırılan çocukların iadesini düzenlemektedir⁵⁵. Bu bağlamda Lüksemburg Sözleşmesi, çocuğun hukuki anlamda mevcut durumunu esas alırken 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, çocuğu kaçırılmasından veya alıkonulmasından önceki fiili duruma geri döndürmeyi amaçlamaktadır⁵⁶.

⁵⁰ Bilgin Tiryakioğlu, **Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku (Çocukların Korunması)**, Ankara, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Özkan Matbaacılık, 2000, s. 43; Rümeyza Partalçı, **“Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi”**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014, s. 93.

⁵¹ Bundan sonra “1980 tarihli Lahey Sözleşmesi” olarak anılacaktır.

⁵² Tiryakioğlu, **Çocukların Korunması**, s. 43; Giray, **Çocukların İadesi**, s. 22; Huysal, **a.g.e.**, s. 204.

⁵³ Partalçı, **a.g.e.**, s. 93.

⁵⁴ Giray, **Çocukların İadesi**, s. 237; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 200.

⁵⁵ Giray, **Çocukların İadesi**, s. 237.

⁵⁶ Giray, **Çocukların İadesi**, s. 46-47; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 200.

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne göre, velayet hakkının adlî veya idarî bir makam kararına dayanması şart olmayıp bu hak, kanun veya sözleşme gereği de iktisap edilebilir⁵⁷.

Sözleşme'nin 14. Maddesinde, çocuğun mutad meskeni hukukuna göre koruma hakkını gösteren belgeler ve adli ve idari makam kararları ile çocuğun haksız götürülmesine ve alıkonmasının tespitine dair kararların doğrudan tanınmasına ilişkin usulü benimsemiştir⁵⁸.

Sözleşme, bu niteliğinden ötürü, kararların mutlak surette tenfiz edilmesi gereğini aramadığı için Lüksemburg Sözleşmesi'ne nazaran daha etkili ve pratik bir çözüm sağlamaktadır⁵⁹.

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde, Lüksemburg Sözleşmesi'nde belirtilen sebeplerden kamu düzenine aykırılık şartı yer almamakla birlikte, red sebebi olarak “çocuğun iadesinin temel insan hak ve hürriyetlerini ihlal etmesi” öngörülmüştür⁶⁰.

IV. Brüksel II-A Tüzüğü Kapsamında Tanıma ve Tenfiz

A. Genel Bilgi

Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı AB Konsey Tüzüğü, 1 Ağustos 2004 tarihinde yürürlüğe girmiş ve halihazırda, Danimarka hariç tüm Avrupa Birliği'ne üye devletlerde 1 Mart 2005 tarihinden itibaren uygulanmaktadır⁶¹.

Tüzük, üye devletlerde doğrudan uygulanabilir⁶² ve ulusal hukuklardan üstün⁶³ bir niteliğe sahiptir. Tüzük, çocukların korunması ve velayet kararlarının tanınması

⁵⁷ Tanrıbilir, **a.g.e.**, s. 84; Çelikel, “**Velayet**”, s. 114; Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 74-76; Giray, **Çocukların İadesi**, s. 238.

⁵⁸ Ebru Şensöz Malkoç, **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 176; Giray, **a.g.e.**, s. 96-97.

⁵⁹ Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 100; Giray, **Çocukların İadesi**, s. 247; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 153; Huysal, **a.g.e.**, s. 201.

⁶⁰ Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 95; Giray, **Çocukların İadesi**, s. 11, Huysal, **a.g.e.**, s. 231.

⁶¹ Sema ÇÖRTOĞLU KOCA, “Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)-Yetki Kuralları”(Brüksel Tüzüğü), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed. Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 235.

⁶² Faruk Kerem Giray, “Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)-Tanıma

tenfizi konularında üye devletlerin taraf olduğu pek çok anlaşmaya nazaran öncelikli olarak uygulanacaktır⁶⁴ (md. 60-61).

Tüzük'ün amacı, evliliğin hükümsüzlüğüne, ayrılığa, boşanmaya ve velayete dair konularda mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin kurallarda yeknesaklık oluşturmak ve zikredilen konularda verilmiş olan mahkeme kararlarının üye devletler arasında hızlı bir şekilde, kendiliğinden tanınmasını sağlamaktır⁶⁵.

Tüzük, mahkeme veya mahkeme niteliği taşıyan tüm kurumlarca medeni hukuk konularına ilişkin olarak verilmiş boşanma, ayrılık veya evliliğin butlanı; ebeveyn sorumluluğunun niteliği, yerine getirilmesi, temsil edilmesi, kısıtlanması ve sona erdirilmesine ilişkin meselelerde uygulama alanı bulacaktır (md. 1/I)⁶⁶. Ebeveyn sorumluluğuna ilişkin meseleler; bakım ve gözetim hakkı, çocuk ile kişisel görüşme hakkı, vasilik, kayımlık ve bunlara benzer kurumlar, çocuğun kişiliği ve mallarını idare veya temsil etmekle görevlendirilmiş olan kişi veya kurumların belirlenmesi, çocuğun malvarlığına ilişkin hususlarda çocuğu korumak amacıyla alınan önlemler olabilir⁶⁷ (md. 1/II).

Tüzük'ün uygulama alanı dışında bırakılan konular ise, ebeveyn-çocuk arasındaki ilişkinin kurulması veya buna ilişkin iddialar, evlat edinme kararları, evlat edinmeye yönelik tedbirler, evlat edinmenin geri alınması veya hükümsüzlüğü, çocuğun ismi veya soyismi, küçüğün ergin kılınması, nafaka yükümlülüğü, tröst veya miras, çocuklar tarafından gerçekleştirilen cezai nitelikte suçlar olarak sayılmıştır (md. 1/III)⁶⁸.

ve Tenfiz”(Brüksel Tüzüğü), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed. Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 285.

⁶³ Çörtoğlu Koca, “**Brüksel Tüzüğü**” s. 235.

⁶⁴ Nimet Özbek Hadimoğlu, “Yeni Brüksel (II) Tüzüğü Üzerine Bir İnceleme”, **Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan**, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 2012, s. 347. Tüzük, örneğin 1961 Tarihli Lahey Sözleşmesi’ne, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne nazaran öncelikli olarak uygulanacaktır (Giray, “**Brüksel Tüzüğü**”, s. 286).

⁶⁵ Nuray Ekşi, “Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”(Brüksel II Tüzüğü), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1144; Giray, “**Brüksel Tüzüğü**”, s. 283.

⁶⁶ Evangelos Vassilakakis, “The Impact of Substantive Law on the Material Scope of Application of Regulation Brussels IIbis”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 35, S. 2, s. 52.

⁶⁷ Çörtoğlu Koca, “**Brüksel Tüzüğü**” s. 235; Giray, “**Brüksel Tüzüğü**”, s. 292; Özbek Hadimoğlu, **a.g.e.**, s. 348.

⁶⁸ Çörtoğlu Koca, “**Brüksel Tüzüğü**” s. 236; Giray, “**Brüksel Tüzüğü**”, s. 283.

Tüzük, ayrıca kayıtlı birliktelikler ve aynı cins kişilerin yasal birliktelikleri bakımından da uygulanmayacaktır⁶⁹.

B. Tüzük Hükümleri Uyarınca Tanıma ve Tenfiz

1. Tanıma

Tüzük uyarınca bir kararın tanımaya tâbi olabilmesi için, öncelikle kararın bir mahkeme kararı olması şart değildir. Bu bağlamda, Tüzük'ün kapsadığı konularda yargı yetkisine sahip diğer makamların vermiş oldukları kararlar da Tüzük kapsamında tanınıp tenfiz edilebilecektir⁷⁰. Tüzük, ayrıca resmî belgeleri ve herhangi bir üye devlet hukukuna uygun şekilde yapılan anlaşmalarında bu kapsamda tanınacağını öngörmektedir (md. 46). Bu düzenleme ile ebeveyn sorumluluğuyla alakalı tarafların yapmış oldukları mahkeme dışı anlaşmaların da tanınmasına olanak sağlanmaktadır⁷¹.

İkinci olarak, Tüzük uyarınca yürütülen tanıma davalarında, inceleme konusu karar hiçbir şekilde esastan incelemeye tâbi tutulamayacaktır (md. 26). Bununla birlikte, Tüzük'ün 20. maddesi, üye devlet mahkemelerine, kendi ülkesinde bulunan çocuk hakkında koruyucu tedbirler de dahil geçici tedbir alma yetkisi vermektedir⁷².

Tüzük hükümleri uyarınca, boşanma, ayrılık yahut evliliğin butlanından doğan ve kişinin nüfus kayıtlarında değişiklik yapan kararlar, özel bir usule tâbi tutulmaksızın tanınacak, ancak ilgili kişi isterse, kararın tanınması veya tanınmamasına ilişkin olarak üye devlet mahkemesinde dava ikame edebilecektir⁷³ (md. 21). Bu basitleştirilmiş tanıma usulünün kapsamını, özellikle üye devlet vatandaşı kişinin nüfus kayıtlarında bir güncelleme gerektiren boşanma, ayrılık veya evliliğin butlanına dair başka üye devlette verilen ve temyiz yolu kapalı olan kararlar oluşturmaktadır⁷⁴.

⁶⁹ U. Magnus, P. Mankowski/W. Pintens, **Brussels IIbis Regulation**, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Munich, 2012, s. 57-64; Çörtoğlu Koca, “**Brüksel Tüzüğü**” s. 236.

⁷⁰ Özbek Hadimoğlu, **a.g.e.**, s. 371.

⁷¹ Özbek Hadimoğlu, **a.g.e.**, s. 371.

⁷² Özbek Hadimoğlu, **a.g.e.**, s. 349.

⁷³ Giray, “**Brüksel Tüzüğü**”, s. 288.

⁷⁴ **A.e.**

Tüzük md. 21/IV hükmüne göre, tanımaya konu olan karar, eşzamanlı olarak bir ön meseleye de konu olursa tanıma davasına bakan mahkeme, ön meseleyi de inceleyip hükme bağlayacaktır.

Konumuzla alakalı olarak, ebeveynin çocukları üzerindeki sorumluluğuna ilişkin verilen kararların tanınmasının reddedileceği haller, Tüzük'ün 23. Maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. İlgili hükme göre, tanıma davasına konu olan karar; çocuğun üstün yararı da gözetildiğinde üye devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa; ivedi haller hariç olmak üzere, çocuğun ifadesine başvurulmaksızın veya tanımanın talep edildiği devletin usul hukukunun temel prensipleri ihlal edilerek verilmiş ise; kişiye usulüne uygun tebligat yapılmadan veya savunma için yeterli süre verilmeden dava dilekçesi tebliğ edilerek kişinin yokluğunda karar verilmişse ve böyle bir kararı kişinin açıkça kabul ettiği anlaşılmıyorsa; ebeveyn sorumluluğunun ihlal edildiğini itiraz olarak ileri süren kişinin ifadesine başvurulmaksızın verilmişse, kişinin itiraz etmesi durumunda; tanımanın talep edildiği üye devlette ebeveyn sorumluluğuna dair taraflar arasında verilen başka bir karar ile çelişiyorsa; çocuğun mutad meskeninin bulunduğu diğer bir üye devlet mahkemesinin verdiği veya üçüncü bir devlet mahkemesi tarafından ebeveyn sorumluluğuna ilişkin olarak sonradan verilen ve tanımanın talep edildiği devlette tanıma için aranan bütün koşulları taşıyan diğer bir kararla çelişiyorsa; Tüzük'ün 56. Maddesi ile öngörülen usule riayet edilmeden çocuk bir gözetim kurumu ya da aile yanına yerleştirilmişse reddedilebilecektir⁷⁵.

Tanımanın reddi sebepleri madde hükmünde açıkça sayılmış olup bu sebeplerden biri gerçekleştiğinde üye devlet mahkemesi tanımayı reddetmek zorundadır. Bir başka deyişle, tanıma hususu üye devletin inisiyatifine bırakılmamıştır⁷⁶.

2. Tenfiz

Tüzük'ün tenfize ilişkin hükümleri 28 ila 36. Maddede düzenlenmiştir. Tüzük'te yer alan tenfiz hükümlerine göre, tenfiz başvurusu yapılırken takip edilecek usul, tenfiz talebinin yapıldığı ülkenin usul hukukuna uygun olmalıdır (md. 30).

⁷⁵ Giray, “Brüksel Tüzüğü”, s. 292-293; Özbek Hadimoğlu, a.g.e., s. 371.

⁷⁶ Giray, “Brüksel Tüzüğü”, s. 293.

Tenfiz talebinin yöneltildiği mahkeme, bu kararı ivedi bir şekilde vermelidir (md. 31).

Ebeveynin sorumluluğuna ilişkin bir karar, bir üye devlette icra edilebilir nitelikte olan ve taraflara tebliğ de edilmişse, diğer bir üye devlette de ilgili taraflardan birinin talebi doğrultusunda icra edilebilecektir (md. 28/1).

Tüzük, ayrıca kararların kısmî tenfizine de olanak sağlamaktadır⁷⁷. Tüzük'ün 36. maddesine göre, karar birden fazla konuyu kapsıyorsa mahkeme bu konulardan sadece bazıları hakkında tenfiz kararı verebilecektir.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına veya çocuğun iadesine ilişkin kararların tanınması ve tenfizi, md. 40 ila 45 hükümlerinde düzenlenmiştir. Tüzük'ün en önemli özelliğinin, bu tip kararlar bakımından bu kararların verildiği üye devlet mahkemesince ayrıca icrailik sertifikası düzenlenmiş ise, tenfize gerek kalmadan doğrudan uygulanabilme özelliğini getirmesidir⁷⁸. Dolayısıyla söz konusu kararın ilgili üye devlette icra edilebilmesi için, “icrailik sertifikası”nın kararı veren üye devlet mahkemesi tarafından tanzim edilmesi gerekli ve yeterli olacaktır⁷⁹.

Üye devlet mahkemesinin, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bir kararın tenfize gerek kalmaksızın icra edilebilmesini sağlayan bu sertifikayı verebilmesi için karar, 41. maddede yer alan şartları taşımalıdır. Buna göre; kararı veren mahkemece kişiye usulüne uygun tebligat yapılmaksızın veya yeterli süre verilmeksizin veya savunmasını hazırlaması için yeterli zaman tanınmaksızın gıyabında karar verilen kişi, kararı açıkça kabul etmişse, ilgili tüm taraflara kendilerini ifade etme hakkı tanınmış ise, çocuğun dinlenmesinin uygun olmadığı haller haricinde ifadesine başvurulmuş ise söz konusu karara ilişkin icrailik sertifikası düzenlenecektir⁸⁰.

Çocuğun iadesine ilişkin bir karara ilişkin icrailik sertifikası düzenleme şartları ise, Tüzük'ün 42. Maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre aranan şartlar, önceki hükümle paralel bir biçimde, çocuğun görüşünün alınmış olması ve ilgili tüm taraflara kendilerini ifade etme fırsatı verilmiş olmasıdır⁸¹. Ancak iade kararları bakımından ilave bir şart da aranmaktadır. Bu şart, karar oluşturulurken 1980 tarihli

⁷⁷ A.e., s. 295.

⁷⁸ Özbek Hadimoğlu, a.g.e., s. 372.

⁷⁹ Giray, “Brüksel Tüzüğü”, s. 298.

⁸⁰ Giray, “Brüksel Tüzüğü”, s. 299; Özbek Hadimoğlu, a.g.e., s. 372.

⁸¹ Giray, “Brüksel Tüzüğü”, s. 301; Özbek Hadimoğlu, a.g.e., s. 372.

Lahey Sözleşmesi'nin 13. Maddesinde düzenlenen iadenin reddi sebeplerine ilişkin şartların oluşmadığının, ilgili üye devlet mahkemesince delillerle gerekçelendirilmiş olmasıdır⁸².

Tüzük, ayrıca temyiz nedeniyle yaşanabilecek gelişmeleri önlemek amacıyla, üye devlet mahkemesi hakimine, temyizcin icrayı durdurmayacağına ilişkin karar verme yetkisi tanımıştır⁸³.

V. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tanıma ve Tenfiz

A. Genel Bilgi

Yabancı bir devlet mahkemelerince verilen velayet kararının Türk mahkemelerinden verilen kararlar gibi etki doğurabilmesi için bu kararın tenfiz edilmesi gerekmektedir⁸⁴. Yabancı ülke mahkemelerince verilen kararların tanınması ve tenfizi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 50. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Bir mahkeme kararının tanıma ve tenfize konu olabilmesi için sağlaması gereken şartlar, MÖHUK md. 50 hükmü ile düzenlenmiştir⁸⁵. İlgili hüküm, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilen ve verildiği devletin kanunlarınca kesinleşmiş ve icraî nitelik kazanmış olan ilâmların Türkiye'de uygulanabilmesi için bir tenfiz kararı alınmasının gerekli olduğunu öngörmektedir.

Bazı yabancı mahkeme kararları tanımaya, bazıları ise tenfiz talebine konu olur⁸⁶. Velayete ilişkin kararlar, icraî nitelik taşıdıkları için tanımaya değil tenfize elverişlidirler⁸⁷. Bununla birlikte velayete ilişkin karar, bir boşanma ilamında düzenlenmişse, boşanma kararının tanınması, velayete ilişkin kararın ise tenfiz edilmesi gerekmektedir⁸⁸. Dolayısıyla yabancı mahkemece verilen müşterek velayet kararları tenfiz usulüne tâbi olacak ve Türkiye'de icra edilebilmesi için MÖHUK md. 54 hükmünde sayılan tenfiz şartlarını karşılaması gerekecektir.

⁸² Giray, “Brüksel Tüzüğü”, s. 301; Özbek Hadimoğlu, a.g.e., s. 372.

⁸³ Özbek Hadimoğlu, a.g.e., s. 372.

⁸⁴ Akıncı, Demir Gökyayla, a.g.e., s. 160; Ekşi, Tenfiz, s. 542; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, a.g.e., §3, No: 191; Çelikel, Erdem, a.g.e., s. 679; Nomer, a.g.e., s. 504.

⁸⁵ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, a.g.e., §3, No: 197; Nomer, a.g.e., s. 508; Çelikel, Erdem, a.g.e., s. 689.

⁸⁶ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, a.g.e., §3, No: 194.

⁸⁷ Akıncı, Demir Gökyayla, a.g.e., s. 160; Şanlı, “Tenfiz”, s. 72.

⁸⁸ Akıncı, Demir Gökyayla, a.g.e., s. 161; Şanlı, “Tenfiz”, s. 73.

B. 5718 sayılı MÖHUK Hükümlerine Göre Velayet Kararlarının Tenfizi İçin Aranan Şartlar

1. Ön Şartlar

Velayet kararlarının tenfizi bakımından gerekli ön şartlar; MÖHUK md. 50/I hükmünde belirtilmiştir.

İlgili hükme göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye’de icra edilebilmesi için yetkili Türk mahkemeleri tarafından tenfiz edilmesi gerekir⁸⁹.

Dolayısıyla yabancı bir mahkemeden verilme⁹⁰, hukuk davalarına ilişkin olma ve kesinleşmiş olma, yabancı bir kararın tenfizi için gereken ön şartlardır⁹¹.

Yabancı mahkeme kararının tenfizine karar verilebilmesi için, kararın kesinleşmiş ve icraî nitelik taşıması şartı aranır⁹². Yabancı mahkeme kararı, kesinleşmemiş olmasına rağmen verildiği yer hukukuna göre icra edilebilirlik niteliği taşıyor olsa dahi, kesinleşmemiş olduğu için Türkiye’de tenfiz edilemeyecektir^{93 94}. Dolayısıyla, velayete ilişkin kararların Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için, kararın, verildiği ülke hukukuna göre şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesi şartını karşılaması gerekmektedir⁹⁵.

Buna karşılık, velayete ilişkin kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi, kararın Türkiye’de tenfiz edilmesine engel teşkil etmeyecektir, zira TMK

⁸⁹ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 154; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 160; Ekşi, **Tenfiz**, s. 542; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 191; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 679; Nomer, **a.g.e.**, s. 504.

⁹⁰ Kural mahkeme kararının tenfizi olmakla birlikte bazı milletlerarası anlaşma veya özel kanun hükümlerinde idarî makamların verdiği kararların da tenfizine olanak sağlanabilmektedir. Örneğin, Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 30/2. maddesi, yabancı adli veya idarî makamlarca verilen kesinleşmiş veya kesin hüküm doğuran evlat edinme kararlarının da Türk mahkemelerince tanınmasına ve tenfizine olanak vermektedir (Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 207).

⁹¹ Atâ Sakmar, **Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2961, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 652, 1982, s. 54; Cemal Şanlı, “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”(Tenfiz), **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 71; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 197; Partalçı, **a.g.e.**, s. 18.

⁹² Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 160; Şanlı, “**Tenfiz**”, s. 72; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 689; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 204; Nomer, **a.g.e.**, s. 508.

⁹³ Nomer, **a.g.e.**, s. 509.

⁹⁴ Örneğin; İngiltere ve Avustralya’da boşanma davasında verilen karar hemen kesinleşmemesine rağmen icra edilebilmektedir. Fakat bu kararlar Türkiye’de tenfiz edilemez (Partalçı, **a.g.e.**, s. 6).

⁹⁵ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 160; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 216; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 688.

md. 351 hükmü, velayete ilişkin alınan kararın değişen koşullara göre uyarlanabileceğini belirtmekte ve Yargıtay içtihatlarında⁹⁶ da velayete ilişkin kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği görülmektedir⁹⁷.

2. Aslı Şartlar

Yabancı bir mahkeme kararının tenfiz edilebilmesi için gereken aslı şartlar ise MÖHUK md. 54 hükmünde sayılmıştır⁹⁸. İlgili hüküm uyarınca tenfiz için aranan şartlardan ilki, karşılıklılık esasıdır. Yani, *“Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması”* gerekir (MÖHUK md. 54/I-a)⁹⁹.

Dolayısıyla velayet kararlarının tenfizi bakımından ilk olarak, kararın verildiği yabancı devlet ile Türkiye arasında bir sözleşmenin olup olmadığı tespit edilmelidir¹⁰⁰. Şayet böyle bir sözleşme var ise, tanıma ve tenfiz şartları bu sözleşme hükümlerine göre belirlenecektir¹⁰¹. Eğer böyle bir sözleşme yoksa, yabancı devletin tenfiz şartlarının Türkiye’deki düzenlemeden daha ağır olmaması gerekir¹⁰². Şayet iki devletin tenfiz şartlarına ilişkin düzenlemesi birbirine denk ise, bu durumda kanuni olarak karşılıklılık şartının sağlanmış olduğu kabul edilir¹⁰³.

Tenfiz için aranan bir diğer şart, “ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya ilamı veren mahkemenin aşırı yetki kullanmamış olması”dır (MÖHUK md. 54/I-b)¹⁰⁴.

Türk mahkemesinin münhasıran yetkili olduğu konularda yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi olanaklı değildir¹⁰⁵. Yabancı ilamların tenfizini engelleyen

⁹⁶ Y. 2. HD., 11.6.1998 T., 6412/7398; Y. 2. HD., 25.1.2000 T., 13346/581; Y. 2. HD., 23.10.2001 T., 12675/14534. (Kazancı)

⁹⁷ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 160-161.

⁹⁸ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 161; Nomer, **a.g.e.**, s. 518; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 219; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 702.

⁹⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 704; Nomer, **a.g.e.**, s. 519; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 221-222.

¹⁰⁰ Partalçı, **a.g.e.**, s. 30; Şanlı, **“Tenfiz”**, s. 74.

¹⁰¹ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 158; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 223.

¹⁰² Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 158. Tanıma ve tenfiz şartlarının MÖHUK’taki şartlara göre daha ağır olması durumunda tanıma/tenfizin MÖHUK hükümlerine dayanılarak talep edilebileceğine dair görüş için bkz: Şanlı, **“Tenfiz”**, s. 74.

¹⁰³ Nomer, **a.g.e.**, s. 520; Partalçı, **a.g.e.**, s. 31; Şanlı, **“Tenfiz”**, s. 74.

¹⁰⁴ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 229; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 712; Nomer, **a.g.e.**, s. 521.

münhasır yetki kavramı, iç hukuktaki münhasır (kesin) yetki kavramından farklı olup bir yetki kuralının yabancı ilamın tenfizine engel olabilmesi için bu yetki kuralının konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulmuş olması gerekir¹⁰⁶. Yabancı mahkemelerin velayet kararları Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmediğinden, bu şart bakımından tenfize engel olmak olanaklı değildir¹⁰⁷.

Tenfiz için aranan şartlardan üçüncüsü, “hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olmaması”dır¹⁰⁸. İlgili hükme göre, tenfizi istenen yabancı nitelikli velayet kararı, Türk Aile Hukuku ve Türk Anayasası’nın temel ilkelerine, Türk örf-adet ve temel ahlakî değerlerine uygun olmalı, aykırı olmamalıdır¹⁰⁹. Tenfiz davasında görevli olan mahkeme, kural olarak yabancı mahkeme kararının doğruluğunu inceleyemez¹¹⁰. Dolayısıyla karardaki maddî ve hukukî tespitler, tenfiz hâkiminin görev alanının dışında kalacak, tenfiz hakimi yalnızca vazgeçilemeyecek değerlerin ihlal edilmiş olması halinde kararın içeriğine müdahale edebilecektir¹¹¹. Bu bağlamda, yabancı mahkeme kararının yalnızca Türk hukukunu uygulamaması veya yanlış uygulaması, kamu düzeni müdahalesini gerektirerek kararın tenfizini engelleyecek bir durum değildir¹¹². Velayete ilişkin kararların tenfizi bakımından kamu düzeni etkisine, sonraki başlıkta¹¹³ ayrıntılı olarak değinilecektir.

Tenfiz için aranan şartlardan dördüncüsü, “kendisine karşı tenfiz istenen tarafın savunma hakkına ilişkin usule ilişkin işlemlere uyulmuş olması”dır¹¹⁴. Dolayısıyla dava konusu olan karar, davalının savunma hakları gözetilerek verilmiş olmalıdır¹¹⁵.

¹⁰⁵ Nomer, **a.g.e.**, s. 521; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 230; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 717.

¹⁰⁶ Nomer, **a.g.e.**, s. 523.

¹⁰⁷ Şanlı, “**Tenfiz**”, s. 76; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 159.

¹⁰⁸ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 232; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 722; Nomer, **a.g.e.**, s. 527.

¹⁰⁹ Şanlı, “**Tenfiz**”, s. 76; Nomer, **a.g.e.**, s. 528.

¹¹⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 722; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 236.

¹¹¹ Nomer, **a.g.e.**, s. 532; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 236; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 727.

¹¹² Y. 2. HD., 16.09.2008 T., 7454 E., 12107 K.; Y. 2. HD. 04.12.2008 T., 2007/16684 E., 2008/16665 K.; Y. 2. HD. 17.04.2008 T., 2007/5600 E., 2008/5494 K: “*Yabancı mahkemenin Türk hukukunu uygulamaması veya yanlış uygulaması başlı başına kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmadığından tenfize engel teşkil etmez.*” (Nomer, **a.g.e.**, s. 516.)

¹¹³ Dördüncü Bölüm, II-F.

¹¹⁴ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 240; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 739; Nomer, **a.g.e.**, s. 535.

MÖHUK md. 55/II hükmünde, tenfiz için aranan koşulların yanısıra tenfize engel olabilecek iki durum öngörülmüştür. İlgili hükme göre, yabancı mahkeme kararının kısmen veya tamamen yerine getirilmesi veya yabancı mahkeme kararının yerine getirilmesine engel bir sebebin ortaya çıkmış olması halleridir¹¹⁶. Davalının bu iki durumdan birini ileri sürerek tenfize itiraz etmesi halinde tenfiz hakimi, ilgili kararın tenfiz talebini reddedebilecektir¹¹⁷.

Kural olarak, yukarıda sayılan şartların gerçekleşmesi halinde tenfiz hakimi tenfiz kararı vermek zorundadır¹¹⁸. MÖHUK md. 51 hükmü uyarınca, tenfiz kararını vermeye görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Ancak, 4787 s. Kanun'un 4. Maddesi ile aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için Aile Mahkemeleri görevli tayin edilmiştir¹¹⁹. Dolayısıyla velayet kararlarının tenfizi için görevli mahkemeler, aile hukuku mahkemeleri olacaktır.

MÖHUK'un 52. Maddesinin c bendi, kısmî tanıma ve tenfize olanak vermektedir. İlgili hüküm uyarınca, hem boşanmaya hem de velayete ilişkin hüküm barındıran bir yabancı mahkeme kararında hakim, boşanma kararını tanıyarak velayete ilişkin kısmın tenfizini reddedebilecektir¹²⁰.

VI. Yabancı Müşterek Velayet Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Etkisi

Aile hukukuna ilişkin hemen hemen tüm meselelerin, özellikle velayetin, kamu düzeni ile yakından ilintili olduğu aşikârdır. Lakin, Yargıtay, konuya ilişkin kararlarında, yabancı nitelikteki kanun hükmünün, Türk Hukuku düzenlemesinden farklı olması durumunda doğrudan kamu düzeni müdahalesini devreye sokmakta ve olaya Türk Hukuku'nun uygulanması düşüncesini benimsemektedir. Bu durum,

¹¹⁵ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 161; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 240; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 739; Nomer, **a.g.e.**, s. 535.

¹¹⁶ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 245; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 743; Nomer, **a.g.e.**, s. 540.

¹¹⁷ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 246-249; Nomer, **a.g.e.**, s. 540.

¹¹⁸ Nomer, **a.g.e.**, s. 539.

¹¹⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 692-693.

¹²⁰ Akıncı/Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 160; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 696; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 155. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir. Y. 2. HD., 5.4.2004 T., 3276/4252: "Diğer taraftan mahkemece ilamın kısmen tenfizine de olanak verilebilir. Küçük Barış'ın velayet hakkı yönünde yapılan düzenleme Türk Hukukuna uygun olmadığından, mahkeme yabancı mahkeme ilamının küçüklerin velayet hakkı dışında tenfizine karar verilmesi gerekirken, tamamen tenfizine karar verilmesi doğru bulunmamıştır." (Kazancı)

doktrinde pek çok yazar tarafından eleştirilmekte ve Yargıtay'ın bu denli kategorik bir ayrıma gidilmemesi noktasında görüş beyan edilmektedir¹²¹.

Örneğin, YHGK'nın 17.03.1993 tarihli ve 2-763 E. sayılı boşanmada velayete ilişkin kararında, İsviçreli anneye çocukların velayetinin verilmesini, hiç milletlerarası özel hukuk kurallarını uygulamaksızın reddetmiştir. Daha sonra YGHK, bu kararı bozup çocukların velayetini anneye tevdi etmiş fakat bu bozma kararı da milletlerarası özel hukuk kuralları dikkate alınmadan verilmiştir¹²².

Yargıtay'ın bu tutumu, velayet davalarında müşterek velayetin uygulanmasını da engelleyen bir yaklaşım olmuştur. Zira Türk Medeni Kanunu'nun velayete ilişkin hükümleri de müşterek velayeti açıkça düzenlememektedir.

Dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanması gereken yabancı hukuk kuralı, boşanma durumunda ebeveynin velayeti müşterek olarak kullanmaya devam etmesinin kural olduğunu öngörmekte ise, Türk mahkemeleri bu yaklaşıma göre, mezkûr hükmü Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle uygulamayacak ve olaya TMK hükümlerini tatbik ederek velayetin ebeveynden yalnızca birine tevdiine karar verecektir. Bu tutum, kamu düzeni müdahalesinin amacıyla bağdaşmamakta ve adilane bir yaklaşım sergilememektedir. Çocuğun korunması amacı, velayete ilişkin kararlar konusunda kamu düzeni engelini sıklıkla meydana getirecek sonuçlar doğurmaya elverişlidir¹²³. Ancak, kamu düzeni müdahalesinin istisnaî nitelik taşıdığı ve her bir somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği gözden kaçırılmaması gereken önemli bir noktadır¹²⁴.

Kanaatimizce Yargıtay, bu muhafazakâr tutumdan vazgeçerek yabancı hukukun, ÇHS uyarınca evrensel bir ilke olan çocuğun üstün menfaatini gözetmesi durumunda yabancı hukuk normunu uygulamaktan kaçınmayan bir yaklaşım sergilemelidir.

Bu noktada yabancı nitelikli müşterek velayet kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin ikame edilen davalarda, müşterek velayetin çocuğun üstün yararına hizmet

¹²¹ Nomer, **a.g.e.**, s. 174; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.** s. 156; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, §1, No: 84; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 128; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 725.

¹²² Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 127. Diğer örnek kararlar için bkz: Y. 2. HD. E. 380, K. 3689, T. 07.11.1955; Y. 2. HD., E. 2003/3784, K. 2003/4670, T. 02.04.2003 (Kazancı); Y. 2. HD. E. 2003/2818, K 2003/3889, T. 20.03.2003.

¹²³ Dardağan Kibar, **a.g.e.**, s. 559; Huysal, **a.g.e.**, s. 165.

¹²⁴ Huysal, **a.g.e.**, s. 160.

edip etmediği göz ardı edilerek, müşterek velayete ilişkin düzenlemenin iç hukukumuzda yer almaması nedeniyle olumsuz yaklaşım sergilenmesinin yanlış olduğuna değinmek gerekir¹²⁵.

Yukarıda bahsedildiği üzere, Türk mahkemeleri ve Yargıtay, yakın tarihe kadar müşterek velayete ilişkin yabancı nitelikli mahkeme kararlarının, çocuğun yararına hizmet edip etmediği hususuna bakılmaksızın tenfizinden kaçınmakta idi¹²⁶.

Yabancı mahkemenin velayeti tesis ederken Türk Hukuku'nda yer alan kıstas veya hükümlerden farklı düzenlemeleri kaynak alması, başlıbaşına Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmez¹²⁷. Aksine, velayetin tanziminde, çocuğun merkez alınması ve çocuğun menfaati ikinci plana atılarak doğrudan dini, milli, kültürel, etnik ve sosyal mülahazalardan hareket edilmesi kamu düzenine aykırılık teşkil eder¹²⁸. Kaldı ki, tanıma ve tenfiz yargıcının yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizine ilişkin talebi incelerken kararda yer alan maddî olayları inceleme ve değerlendirme yetkisine sahip olmadığına ilişkin *revizyon yasağı* Türk hukukunda kabul edilmektedir¹²⁹.

Kamu düzenine aykırılık, her bir somut olay bakımından, olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Kuşkusuz, burada hakimin takdir yetkisi çok geniş olacaktır. Ancak burada aşırı bir uygulamaya gidilmemesi ve kamu düzeni müdahalesinin istisnaî niteliğinin gözetilmesi gerekmektedir¹³⁰. Eğer yabancı mahkeme müşterek velayetin çocuğun üstün yararına hizmet edip etmediğine ilişkin değerlendirmeyi yaparak ve bu velayet biçiminin çocuğun yararına olduğuna kanaat getirerek müşterek velayete hükmederse, böyle bir durumda bu yabancı mahkeme kararının kamu düzeni gerekçesiyle uygulanmaması adil bir yaklaşım olmaz¹³¹. Aynı durum, yabancı nitelikli mahkeme kararları bakımından Türk mahkemesi için de geçerlidir.

¹²⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 251-252; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 60.

¹²⁶ Y. 2. HD, E: 2818, K: 3889, T: 20.3.2003; Y. 2. HD. 22.11.2004/12285-13680; Y. 2. HD, E :8463, K: 9727, 29.9.1997.

¹²⁷ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 160; Şanlı, “**Tenfiz**”, s. 76; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 251-252; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §2, No: 60; Ekşi, **Tenfiz**, s. 548.

¹²⁸ Şanlı, “**Tenfiz**”, s. 76.

¹²⁹ Nomer, **a.g.e.**, s. 517; Ekşi, **Tenfiz**, s. 299.

¹³⁰ Sakmar, **a.g.e.**, s. 81.

¹³¹ Giray, **Çocukların İadesi**, s. 293.

VII. Velayet Kararlarının İki Taraflı Adli Yardım Anlaşmaları Kapsamında Tenfizi

Yabancı mahkemelerce verilen kararların, Türkiye’de iki taraflı adli yardım anlaşmaları uyarınca tanınması ve tenfiz edilebilmesi için verilen kararların hukukî veya ticarî bir meseleye ilişkin olması gereklidir¹³². Velayete ilişkin uyuşmazlıklar, hukuk davası niteliğinde olduğundan iki taraflı anlaşma hükümlerine dayanılarak akit devlet mahkemelerince verilen velayet kararları, Türkiye’de tanınacak ve tenfiz edilecektir¹³³.

Yabancı velayet kararlarının Türkiye’de tenfizine imkan sağlayan pek çok iki taraflı adli yardım anlaşması bulunmaktadır. Türkiye, yabancı velayet kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda Azerbaycan¹³⁴, Bosna Hersek¹³⁵, İtalya¹³⁶, Avusturya¹³⁷, Tunus¹³⁸, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti¹³⁹, Polonya¹⁴⁰, Cezayir¹⁴¹, Irak¹⁴², İran¹⁴³, Çin Halk Cumhuriyeti¹⁴⁴, Gürcistan¹⁴⁵, Arnavutluk¹⁴⁶, Kazakistan¹⁴⁷,

¹³² A.e., s. 297.

¹³³ A.e.

¹³⁴ RG. 23.04.2004-25411. Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adil İşbirliği Anlaşması.

¹³⁵ RG. 04.11.2007-26690. Türkiye Cumhuriyeti ile Bosna Hersek Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adil İşbirliği Anlaşması.

¹³⁶ RG. 03.03.1929-1133. Türkiye ile İtalya Arasında Adli Himaye Adli Makamların Hukuk ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Müzaheret ve Adli Kararların Tenfizi Mukavelenamesi.

¹³⁷ RG. 23.09.1991-21000. Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 23 Mayıs 1989 Tarihli Sözleşme.

¹³⁸ RG. 24.11.1982-17878. Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardım Sözleşmesi.

¹³⁹ RG. 13.02.1989-20079. Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma, Tanıma ve Tenfiz, Suçluların Geri Verilmesi ve Hükümlülerin Nakli Sözleşmesi.

¹⁴⁰ RG. 23.07.1990-20583. Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi.

¹⁴¹ RG. 21.05.1991-20877. Türkiye Cumhuriyeti ile Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki İşbirliğine İlişkin Sözleşme.

¹⁴² RG. 02.08.1992-21303. Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Adli İşbirliği Sözleşmesi.

¹⁴³ RG. 10.03.2011-27870. Türkiye Cumhuriyeti ile İran İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Cezai Konularda Adli İşbirliği Anlaşması.

¹⁴⁴ RG. 12.11.1994-22109. Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

¹⁴⁵ RG. 24.09.1997-23090. Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

¹⁴⁶ RG. 09.11.1997-23165. Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi.

¹⁴⁷ RG. 12.11.1997-23168. Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

Kırgızistan¹⁴⁸, Makedonya¹⁴⁹, Moğolistan¹⁵⁰, Litvanya¹⁵¹, Ukrayna¹⁵², Slovakya¹⁵³, Hırvatistan¹⁵⁴ ve Moldova¹⁵⁵, Romanya¹⁵⁶, Suriye¹⁵⁷, Türkmenistan¹⁵⁸ ile iki taraflı adli yardım anlaşmaları imzalamıştır. Dolayısıyla sayılan anlaşmalarca âkit devlet kabul edilen devlet mahkemelerinden alınan velayet kararları, adli yardım anlaşmasında yer alan hükümler doğrultusunda Türkiye’de tenfiz edilebilecektir.



¹⁴⁸ RG. 24.03.2012-28243. Türkiye Cumhuriyeti ile Kırgızistan Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adil İşbirliği Anlaşması.

¹⁴⁹ RG. 14.05.2000-24049. Türkiye Cumhuriyeti ile Makedonya Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

¹⁵⁰ RG. 04.05.2004-25452. Türkiye Cumhuriyeti ile Moğolistan Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

¹⁵¹ RG. 20.04.2004-25439. Türkiye Cumhuriyeti ile Litvanya Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Hukukî ve Adli İşbirliği Anlaşması.

¹⁵² 22.12.2003-25324. Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Anlaşması.

¹⁵³ RG. 15.10.2007-26671. Türkiye Cumhuriyeti ile Slovakya Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması.

¹⁵⁴ RG. 24.05.2000-24058. Türkiye Cumhuriyeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması.

¹⁵⁵ RG. 28.05.2000-24062. Türkiye Cumhuriyeti ile Moldova Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

¹⁵⁶ RG. 25.10.2007-5704. Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Arasında Hukuki Konularda Adli Yardım Anlaşması.

¹⁵⁷ RG. 14.11.2010-27965. Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

¹⁵⁸ RG. 22.05.2013-28564. Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan Arasında Hukuki ve Cezai konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

ALTINCI BÖLÜM

MÜŞTEREK VELAYETE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tayin edilirken, öncelikle konuya ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu bir milletlerarası sözleşmenin olup olmadığı tespit edilir. Şayet böyle bir sözleşme varsa ve bu sözleşme özel yetki kurallarını bünyesinde barındırıyorsa, Anayasa md. 90/II ve MÖHUK md. 1/II gereği, öncelikle bu yetki kuralları uygulanır¹.

Çocukların velayetine ilişkin davalarda yetki kurallarına yer veren milletlerarası sözleşmeler, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi ile 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'dir. Dolayısıyla Türk mahkemeleri, velayete ilişkin davalarda milletlerarası yetkisini belirlerken, öncelikle bu sözleşmelerde yer alan yetki kurallarını esas alacak, zikredilen sözleşmelerin uygulama alanı dışında bir konuda ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK hükümlerince tespit edilecektir.

I. Türk Mahkemelerinin Genel Olarak Milletlerarası Yetkisi

Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık Türk mahkemesinin önüne geldiğinde, mahkemenin öncelikle çözmesi gereken mesele, bu uyuşmazlık için yetkisinin bulunup bulunmadığına karar vermektir².

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin genel kural, MÖHUK md. 40 hükmü ile düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, “*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenir*”. Dolayısıyla velayete ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, devletin mahkemelerinin yetkili olduğu tespit edildikten sonra, yetkili olan devletteki hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu hususu, iç hukuktaki yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenecektir³.

¹ Çörtoğlu Koca, “**Milletlerarası Yetki**”, s. 241.

² Bahadır Erdem, “22.01.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, Ergin Nomer'e Armağan, **MHB**, C. 22, S. 2, 2002, s. 149.

³ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 49; Ergin Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku(Usul)**, Beta, İstanbul, 2009, §6, No: 189; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 544; Erdem, **a.g.e.**, s. 152; İzzet Doğan, **Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 113; Nuray Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s. 46; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 141.

MÖHUK'un 40. Maddesi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına atıf yapmaktadır. Hukukumuzda, yer itibariyle yetki kuralları Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴ ve diğer özel kanunlardaki yetki hükümlerinde düzenlenmiştir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelendiğinde, HMK md. 6/I hükmünün genel prensip olduğu sonucuna varılmaktadır. İlgili hüküm, “davalının, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri” mahkemesini yetkili mahkeme olarak belirleyen genel yetki kuralını ihtiva etmektedir⁵. Davalının Türkiye’de yerleşim yeri olmaması durumunda ise dava, Türkiye’de mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde açılır (HMK md. 9)⁶.

Dolayısıyla HMK’da yer alan genel yetki kuralına göre, velayete ilişkin uyuşmazlıklarda da yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri mahkemesi olacaktır⁷. MÖHUK md. 41 ile, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda öncelikle iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına atıf yapılmıştır⁸. Bu bağlamda konumuz bakımından sınırlandırılacak olursa, TMK’da velayete ilişkin uyuşmazlıklar bakımından özel yetki kuralları da getirilmiştir⁹. Buna göre; soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yerinde açılacaktır (TMK md. 283)¹⁰. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin taleplerde TMK’nın 326. maddesi uyarınca, çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkili olacaktır¹¹. Dolayısıyla, çocuğun kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalar, çocuğun yerleşim yerinde de ikame edilebilecektir. Yine, boşanma veya ayrılığa ilişkin davalarda, müşterek velayet talebine ilişkin kararlar, davaya bakmakta olan mahkeme tarafından verilecektir¹² (TMK md. 326/II).

⁴ RG. 04.02.2011-27836.

⁵ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 547; Doğan, **a.g.e.**, s. 114; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 141.

⁶ Ceyda Süral, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, **TBB Dergisi**, S. 100, 2012, s. 169.

⁷ **A.e.**, s. 172.

⁸ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 84; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 544.

⁹ Özel yetki kuralları, genel yetkiyi ortadan kaldırmaz. Sadece davacıya davasını genel yetkili mahkemede veya özel yetkili mahkemede açabilmesi bakımından seçim hakkı verir (Doğan, **a.g.e.**, s. 114).

¹⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 576.

¹¹ Doğan, **a.g.e.**, s. 120.

¹² Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 158.

Boşanma kararı sonucunda verilen müşterek velayet kararının değişen koşullara uyarlanması talebine ilişkin dava ise HMK md. 6 hükmüne göre genel yetkili mahkemede açılacaktır¹³.

II. Türk Milletlerarası Usul Hukukuna Göre Velayet Uyuşmazlıklarında Yetki

Türk milletlerarası usul hukuku sistemine göre, yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin yetkisi belirlenirken, öncelikle söz konusu uyuşmazlığın MÖHUK'ta düzenlenen özel yetki kurallarının kapsamına girip girmediği tespit edilecek, şayet uyuşmazlık bu özel yetki kurallarının kapsamında ise yetkili mahkemenin tespiti için MÖHUK'ta düzenlenen özel yetki kuralları uygulanacaktır¹⁴.

MÖHUK'un 40. maddesinde iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına yapılan atıfla, yer itibariyle yetki kurallarına milletlerarası yetki kuralı niteliği kazandırılmıştır¹⁵.

MÖHUK'un 40. maddesinde düzenlenen bu genel kuralın yanında, MÖHUK'ta işin niteliği göz önüne alınarak, iç hukuktaki yetki kurallarını tamamlayıcı nitelikte olan özel yetki kuralları da getirilmiştir¹⁶. Örneğin; Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar bakımından yetkili mahkeme MÖHUK md. 41 hükmü ile; yabancıların kişi hallerine ilişkin davalar bakımından yetkili mahkeme ise, md. 42 hükmü ile düzenlenmiştir¹⁷.

MÖHUK'un, iç hukukun yetki kurallarının yanısıra milletlerarası yetkiye ilişkin özel yetki kuralları getirmesinin sebebi, milletlerarası yetki kurallarının, ülke içi yetki kurallarına göre belirlenmesinin ortaya çıkardığı sorunları bertaraf etmektir¹⁸.

Dolayısıyla iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları uyarınca yetkili bir mahkeme tayin edilememişse, bu durumda MÖHUK md. 41 devreye girecek; ilgili hükme göre, Türk vatandaşlarının kişi hallerine dair davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı durumda Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, böyle bir mahkeme tayin edilememişse ilgilinin sakin olduğu yerde, Türkiye'de

¹³ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 545.

¹⁵ Nomer, **Usul**, §7, No: 212; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 55; Ekşi, **Yetki**, s. 81.

¹⁶ Ekşi, **Yetki**, s. 47.

¹⁷ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 49; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 544.

¹⁸ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 50; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 545; Ekşi, **Yetki**, s. 47.

ikamet etmiyorsa Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, bu da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde ikame edilecektir¹⁹.

Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı ile velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalar, kişi hallerine yönelik dava olarak kabul edildiğinden²⁰, bu davalar için MÖHUK md. 41 uygulanabilecektir²¹.

Velayete ilişkin uyuşmazlıklar bakımından, davacı veya davalının Türk vatandaşı olup olmaması önem arz etmemektedir²². Zira velayet, çocuğun kişi hallerine ilişkin bir durum olduğundan, MÖHUK md. 41 hükmünün uygulanabilmesi için çocuğun veya ebeveynden birinin Türk vatandaşı olması yeterli olacaktır²³.

MÖHUK md. 41 hükmü gereğince Türk mahkemelerinin yetkili olabilmesi için, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarının yabancı mahkemede açılmamış veya açılmamış olması şartı da aranmaktadır. Buna göre, dava yabancı mahkemede açılmış ise, bu durum zikredilen dava bakımından Türk mahkemelerinin yetkili olmasına engel teşkil edecek ve derdestlik itirazı ileri sürülebilecektir²⁴.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin MÖHUK, HMK ve TMK hükümlerinin yanısıra, MÖHUK md. 1/II hükmü uyarınca, Türkiye'nin taraf olduğu bir milletlerarası sözleşme ve bu sözleşmede somut davaya ilişkin özel yetki kuralları varsa bu özel yetki kurallarının evleviyetle uygulanması gerekmektedir²⁵.

A. 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi Kapsamında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

1. Genel Bilgi

Sözleşme'ye göre yetkili olan makamlar, Sözleşme'nin 1 ila 5. Maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kurallara göre, yetki konusunda bağlanılan iki devlet

¹⁹ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 85; Ekşi, **Yetki**, s. 154.

²⁰ Bülent Çiçekli, "Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 56, 2005, s. 247-248; Doğan, **a.g.e.**, s. 64; Nomer, **a.g.e.**, s. 472; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 87.

²¹ Çörtoğlu Koca, "**Milletlerarası Yetki**", s. 253; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 544-545.

²² Nomer, **Usul**, §7, No: 224; Ekşi, **Yetki**, s. 153.

²³ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 159.

²⁴ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 86; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 599-600; Nomer, **a.g.e.**, s. 474; Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 38-39.

²⁵ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 157; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, §3, No: 55.

bulunmaktadır: Bunlardan ilki, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devlet, ikincisi ise küçüğün vatandaşı olduğu devlettir²⁶.

2. Sözleşme Uyarınca Yetkili Makamın Tespit Edilmesi

a. Küçüğün Mutad Meskeni Makamlarının Yetkisi

Sözleşme'nin 1. maddesi hükmüne göre, küçüğün şahsını ve mallarını korumaya yönelik tedbirler almaya ve bu anlamda küçüğün velayetine ilişkin kararlar vermeye yetkili olan makam, küçüğün mutad meskeninin olduğu devlet makamı olarak tayin edilmiştir²⁷. Böylece küçüğün mutad meskeni Türkiye'de ise, Türk mahkemeleri küçüğe ilişkin tüm koruma tedbirlerini almaya yetkili olacaktır²⁸. Çocuk için alınacak olan koruma tedbirlerinin kapsamına, velayetin kaldırılması veya velayeti elinde bulunduran anne/babadan alınarak diğerine verilmesi meseleleri de girebilir²⁹. Sözleşme uyarınca çocuğun mutad meskeni başka bir akit devlette ise, Türk mahkemeleri bakmakta oldukları davada, örneğin; velayetin yeniden düzenlenmesi davasında, çocuğun velayetine ilişkin bir karar veremeyeceklerdir³⁰. Küçüğün mutad meskeni akit olmayan bir devlette ise, bu durumda Sözleşme hükümleri uygulanmayacak, yetkili mahkeme, MÖHUK hükümleri uyarınca tayin edilecektir³¹. Yine, Sözleşme md. 8 hükmü, küçüğün şahsı ve mallarının ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalması durumunda küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devlet makamlarına, küçük hakkında gerekli koruma tedbirlerinin alınabilmesi için yetki vermiştir. Ancak diğer Devlet makamları, bu tedbirleri tanımak zorunda değildirler (md. 8/II).

b. Küçüğün Vatandaşı Olduğu Devlet Makamlarının Yetkisi

Sözleşme, küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarına da yetki vermiştir. Sözleşme'nin 3. maddesi, küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre kanunen var olan bir otorite ilişkisinin olması durumunda çocuğun vatandaşı olduğu ülke mahkemelerinin yetkili olduğu hususunu zikretmiştir. Buradaki otorite ilişkisi,

²⁶ Huysal, **a.g.e.**, s. 70-71.

²⁷ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 170; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 132; Çörtoğlu Koca, "**Milletlerarası Yetki**", s. 242.

²⁸ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 133.

²⁹ Çörtoğlu Koca, "**Milletlerarası Yetki**", s. 242.

³⁰ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 133.

³¹ **A.e.**

kanundan doğan ve hiçbir devlet makamı tarafından müdahaleye uğramayan velayet hakkını ifade eder³². Örneğin; evlilik içinde doğmuş olan bir çocuğun anne ve babasının velayet hakkı doğrudan doğruya kanundan doğmuş ve hiçbir müdahale ile karşılaşmamıştır, bu nedenle Sözleşme'nin 3. Maddesi uyarınca bu velayet hakkı tüm taraf devletlerce tanınacaktır³³. Bu duruma, Türk hukuku bakımından evlilik birliği dışında doğmuş bir çocuğun annesinin sahip olduğu velayet hakkı örnek gösterilebilir. Bu durumda annenin sahip olduğu velayet hakkı, kanundan doğmuş ve hiçbir müdahaleye uğramamış olduğu için tüm taraf devletlerce tanınacaktır³⁴. Dolayısıyla, müşterek velayeti kanunlarında düzenleyen ülkeler bakımından, anne ve babanın boşandıktan sonra birlikte sahip oldukları velayet hakkı da Sözleşme kapsamında tüm akit devletlerce tanınacaktır.

Sözleşme'nin 1. ve 3. maddeleri yetki karmaşasına sebebiyet vermektedir. Şöyle ki; Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca çocuğun vatandaşı olduğu devlet mahkemeleri yetkili olabilecekken, 1. maddesi uyarınca küçüğün mutad mesken mahkemeleri yetkili olacaktır. Bu durumda, iki mahkemenin aynı anda yetkili olması sorunsalı meydana gelebilecektir³⁵.

Doktrinde baskın olan milli hukuk teorisine göre, küçük hakkında korumaya yetkili olan makam, küçüğün mutad mesken mahkemeleri olacaktır³⁶. Ancak mutad mesken mahkemeleri bu durumda kendi iç hukukunu değil, çocuğun millî hukukunu uygulamalıdır³⁷. Diğer bir ifade ile, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devlet makamlarının yetkileri, milli hukukun otorite ilişkisinin müdahaleye verdiği imkanla sınırlı olacaktır³⁸.

Sözleşme md. 4 hükmü de, küçüğün vatandaşı olduğu devlet mahkemelerini yetkili kılmaktadır. İlgili hükme göre, *“küçüğün vatandaşı olduğu devletin makamları, küçüğün yararının gerektiğine kanaat getirirler ise, mutad meskenin bulunduğu Devletin makamlarına haber verdikten sonra, kendi iç hukukları uyarınca küçüğün şahsını ve mallarını korumaya yönelik tedbirleri alabilirler. Anılan tedbirlerin*

³² Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 171.

³³ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 171; Huysal, **a.g.e.**, s. 73-74.

³⁴ Çörtoğlu Koca, **“Milletlerarası Yetki”**, s. 246.

³⁵ Huysal, **a.g.e.**, s. 75.

³⁶ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 137.

³⁷ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 171.

³⁸ Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 137.

konulması, değiştirilmesi ve sona erdirilmesi için gerekli koşulları bu iç hukuk belirler. Bu tedbirlerin, gerek küçüğün üçüncü kişilerle olan ilişkileri üzerindeki etkilerini, gerekse, kendisine bakan kimseler veya kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerini de yine bu hukuk düzenler. Alınan tedbirlerin uygulanmasını küçüğün vatandaşı olduğu Devletin makamları sağlar. Bu maddenin yukarıdaki fıkraları uyarınca alınan tedbirler, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamları tarafından alınmış olan tedbirlerin yerine geçer.”

Zikredilen hüküm uyarınca, millî devlet mahkemesinin yetkisi istisnaî olup bu yetki ancak mutad mesken mahkemelerinin yetkisinin yetersiz kaldığı durumlarda kullanılabilir³⁹.

c. Küçüğün veya Mallarının Bulunduğu Yer Makamının Yetkisi

Sözleşme'nin md. 9 hükmü, küçüğün mallarının ve kendisinin bulunduğu yer makamlarına da ivedi hallerde koruma tedbiri alma yetkisi vermiştir. Fakat bu madde hükmü uyarınca alınan koruma tedbirleri, doğrudukları etkiler saklı kalmak üzere, Sözleşme'ye göre yetkili olan makamların, durumun gerektirdiği tedbirleri alması ile ortadan kalkacaktır (md. 9/II).

Küçüğün, tatilde bulunduğu ülkede kaza geçirmiş olması örneğinde, kazanın meydana geldiği ülkedeki makamların almış oldukları ivedi tedbirler Sözleşme md. 9 kapsamında olacaktır. Buna karşılık çocuğun mallarının bulunduğu yer makamının yetkisi çocuğun mallarını korumakla sınırlı olduğundan bu makamlar çocuğun kişi hakları bakımından tedbir alamayacaklardır⁴⁰.

Sözleşme'nin 15. Maddesi, akit devletlere çekince hakkı tanımış ve Türkiye de bu çekince hakkını kullanmıştır⁴¹. İlgili hüküm uyarınca, Türk mahkemeleri gördükleri evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması veya ayrılığa ilişkin davalarda küçük hakkında koruma tedbiri almaya yetkili hale gelmiştir⁴².

³⁹ Akıncı, Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 173; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 139.

⁴⁰ Huysal, **a.g.e.**, s. 83.

⁴¹ RG. 21.02.1983-17966; Karar Sayısı: 8/5727.

⁴² Huysal, **a.g.e.**, s. 100.

B. 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi Gereğince Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

1. Genel Bilgi

Sözleşme, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler alınması bakımından hangi akit devlet makamının yetkili olacağını belirleyen hükümleri, 5 ila 14. maddelerinde düzenlemiştir.

Sözleşme’de yer alan yetki kuralları, Sözleşme’nin koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka, tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından büyük önem arz etmektedir⁴³. Bu anlamda, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’ndeki yetki karmaşasının önüne geçmek amacıyla, Sözleşme’de yer alan milletlerarası yetki, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarında toplanmaya çalışılmıştır⁴⁴.

2. Sözleşme Hükümlerinde Yer Alan Genel Yetki Kuralı

Çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik koruma tedbirlerinin alınması bakımından genel yetki kuralına göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet ülkesi, bu tedbirlerin alınması bakımından yetkili olacaktır (md. 5/I). Ancak çocuğun mutad meskeninin bir başka akit devlete alınması durumunda, yeni mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları koruma tedbiri almaya yetkili hale gelecektir (md. 5/II)⁴⁵.

Sözleşme uyarınca milletlerarası yetkiye sahip olmayan bir akit devlet makamının, iç hukuk kurallarına göre kendini yetkili addederek koruma tedbiri kararı alması halinde ise bu kararın tanınması ve tenfizi, Sözleşme’nin md. 23/2-a bendi gereği reddedilebilecektir⁴⁶.

Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette yer almaması ihtimalinde, Sözleşme’nin 5 ila 10. Maddelerinde yer alan yetki kuralları uygulanmayacak, söz konusu akit devlet, milletlerarası yetkisini ancak Sözleşme’nin sınırlı ve geçici akit devlet

⁴³ Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 930.

⁴⁴ Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 931; Tiryakioğlu, “**1996 Tarihli Sözleşme**”, s. 390.

⁴⁵ Tiryakioğlu, “**1996 Tarihli Sözleşme**”, s. 391. Böylece, 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi’nde, Türk milletlerarası hukukunda da kabul gören, davaya bakan mahkemenin yetkisinin, bu yetkiyi oluşturan sebeplerin değişmesinden etkilenmeyeceğini öngören “*yetkinin devamlılığı (perpetuatio fori)*” prensibi reddedilmiştir (Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 933).

⁴⁶ Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 932.

makamlarının yetkisini düzenleyen 10 ila 12. maddelerindeki şartları sağlamışsa kullanabilecektir⁴⁷.

Sözleşme'nin 14. Maddesi uyarınca, yetki sahibi olan makamlar alınan önlemleri değiştirmedeği, yenilemediği veya sonlandırmadığı sürece, koşullardaki yetkinin dayanağı ortadan kalksa bile önceden yetkili makamca alınmış olan koruma tedbirleri yürürlükte kalacaktır. Böylece Sözleşme'de, md. 5/II ile "yetkinin devamlılığı" prensibinin terkedilmiş olmasına karşılık, md. 14 ile "koruma tedbirlerinin devamlılığı" prensibi kabul edilmiş olmaktadır⁴⁸.

3. Sözleşme Hükümlerinde Yer Alan Genel Yetki Kuralının İstisnaları

Sözleşme'nin 5. Maddesi ile düzenlenen genel yetki kurallarına, Sözleşme'nin 6 ila 10. maddeleri ile birtakım istisnalar getirilmiştir. Bunlardan ilki, çocuğun mutad meskeninin bulunmadığı halleri düzenleyen 6. madde hükmüdür. İlgili hükme göre, mülteci çocuklar ve yerlerinden edilmiş çocuklar veya mutad meskenleri belirlenememiş çocuklar için çocuk hangi akit devletin topraklarında bulunuyorsa o akit devlete koruma tedbiri alma yetkisi verilmiştir (md. 6/I-II).

Sözleşme'nin genel yetki kuralına getirilen ikinci bir istisna ise, md. 7 hükmü ile düzenlenen, çocuğun haksız yere kaçırılmış veya alıkonmuş olması haline ilişkindir. İlgili hükme göre, haksız şekilde kaçırılan veya alıkonulan çocuğun götürüldükten veya alıkonulduktan önceki mutad mesken makamları, koruma tedbirleri almak bakımından yetkili olmaya devam edecektir⁴⁹. Fakat, velayet hakkı bulunan kişi, kurum veya kuruluş, çocuğun yerinin değiştirilmesine rıza gösterir veya bu kişi, kurum veya başka bir organın çocuğun nerede olduğuna ilişkin bir bilgisi olduktan veya olması gerektikten sonra 1 yıl süreyle herhangi bir iade talebi olmamışsa ve çocuk orada ikamet etmişse, bu durumda çocuk hakkında koruma tedbiri alma yetkisi, çocuğun götürüldüğü veya alıkonduğu devlete geçer⁵⁰.

Sözleşme'de düzenlenen genel yetki kuralına getirilen bir diğer istisna, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek bir akit devlet bulunması halinde yetki devrine

⁴⁷ A.e.

⁴⁸ Ulusu Karataş, a.g.e., s. 933; Tiryakioğlu, "1996 Tarihli Sözleşme", s. 400.

⁴⁹ Ulusu Karataş, a.g.e., s. 935; Tiryakioğlu, "1996 Tarihli Sözleşme", s. 392.

⁵⁰ Explanatory Report, paragraf 48-49, s. 557; Giray, **Çocukların İadesi**, s. 253-255.

imkan veren *forum non conveniens* ilkesini gündeme getiren⁵¹ Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleridir. İlgili hükümlerde yer alan düzenlemeler ile, koruma tedbirlerini almaya genel anlamda yetkili olan akit devlet makamının, çocuğun üstün yararının daha iyi korunması amacıyla yetkilerini diğer bir akit devlete bırakma imkanı getirilmiştir⁵². Bu bağlamda yetki devri için aranan şartlar; yetki devri ile yetkili hale gelecek akit devlet ile çocuk arasında bir irtibatın bulunması, yetki devri gerçekleştiğinde çocuğun üstün yararının daha iyi korunacak olması ve her iki akit devlet makamının yetki devri konusunda anlaşmış olmasıdır⁵³.

Sözleşme'nin 10. maddesi, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devletten başka bir akit devlette yer alan ve çocuğun ebeveynlerinin boşanmasına karar vermeye yetkili olan akit devlet mahkemeleri de koruma tedbirlerinin alınması bakımından yetkili olabilecektir. Ancak "boşanma mahkemesi"nin bu yetkisi, Sözleşme'nin 5 ila 9. maddeleri arasında düzenlenen akit devlet makamlarının yetkisini ortadan kaldırmayacak, onlara alternatif bir yetkili mahkeme olarak değerlendirilebilecektir⁵⁴.

"Boşanma mahkemesi"nin bu yetkiye haiz olabilmesi için, 1) boşanmaya ilişkin yargılamanın başladığı tarihte anne veya babadan birinin mutad meskeni o devlette bulunmalı çocuğun mutad meskeninin farklı bir akit devlette bulunmalı ve onlardan biri çocukla ilgili velayet sorumluluğuna sahip olmalı, 2) bu tür önlemlerin alınması konusunda bu makamların yetkisi aile veya çocukla ilgili velayet sorumluluğuna sahip olan üçüncü kişi tarafından kabul edilmiş olmalı ve bu durum çocuğun yüksek yararına olmalıdır⁵⁵.

Sözleşme'nin 11 ve 12. maddelerinde ise acil durumlara ilişkin ve ülkesel etkiye sahip geçici koruma tedbirleri bakımından çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamları yetkilendirilmiştir. İlgili hükümlerce düzenlenen

⁵¹ Giray, **Çocukların İadesi**, s. 255.

⁵² Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 936. Örneğin, çocuğun vatandaşı bulunduğu akit devletten bir başka akit devlette ailesi ile beraber ikamet ederken anne ve babasını bir trafik kazasında kaybetmesi durumunda, çocuğun diğer aile bireylerinin yanına götürülmesi ve çocuğun millî devlet makamlarının çocuğun yararlarını daha iyi koruyacağı düşünülebilir (Tiryakioğlu, "1996 Tarihli Sözleşme", s. 393).

⁵³ Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 937-938.

⁵⁴ **A.e.**, s. 939.

⁵⁵ Uluşu Karataş, **a.g.e.**, s. 940; Explanatory Report, paragraf 65, s. 565; Tiryakioğlu, "1996 Tarihli Sözleşme", s. 396.

yetki kuralları, Sözleşme'nin 5 ila 10. Maddelerince yetkili kabul edilen akit devlet makamlarının yetkisi ile eşzamanlı olarak kullanılacak bir yetkidir⁵⁶.



⁵⁶ Ulusu Karataş, **a.g.e.**, s. 944; Tiryakioğlu, “**1996 Tarihli Sözleşme**”, s. 397.

SONUÇ

Son yıllarda ülkeler arası sosyal ilişkilerin artması, yabancılık unsuru taşıyan evliliklerin ve bunun doğal bir sonucu olarak da boşanmaların artışa geçmesi sonucunu doğurmuştur. Öte yandan, birey haklarının devletin haklarına nazaran daha önemli olmaya başlamasını sağlayan hukukî ve sosyal süreç, boşanma olaylarının da bireysel nitelik kazanmasına yardımcı olmuş ve böylelikle boşanmaya karar veren tarafların boşanmanın sonuçlarına ilişkin her türlü konuda anlaşabilecekleri bir hukukî zemin meydana gelmiştir.

Çalışmamızda, öncelikle velayetin tarihçesi ve müşterek velayetin altyapısını sağlayan süreç aktarılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, Roma'dan bu yana velayete yüklenen anlamın ne şekilde değiştiği ve Roma'da anne ve babanın bir eşyası ve sahip olunan bir “şey” olarak görülen çocuğun, şimdilerde devlet tarafından özellikle koruma altına alındığı ve ebeveyninden bağımsız bir birey olarak kabul edildiği tespit edilmiş, gelinen noktada velayetin sadece ebeveyne ait bir hak olmadığı, aynı zamanda onlara birtakım yükümlülükler de getirdiği hususu benimsenmiştir.

Çalışma kapsamında yürürlükteki bazı hukuk düzenlerinin müşterek velayete ilişkin yapmış oldukları kanuni düzenlemeler incelenmiştir. Yabancı hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemeler incelenirken, aslında pek çok ülkede müşterek velayete ilişkin kanuni düzenleme yapılmadan önceki sürecin aynı şekilde ilerlediği görülmüştür. Kanuni düzenlemeleri incelenen devletlerin tamamında, kanun koyucuların, doktrindeki tartışmalar ve yargı kararlarındaki ikilemi bertaraf etmek için müşterek velayeti kanuni düzenlemeye kavuşturdıkları gözlemlenmiştir.

Türkiye’de de öncelerde sadece teoride bahsedilen bir konu olan müşterek velayet hususunun daha sonra yargı kararlarını etkilemeye başlamıştır. İlk etapta müşterek velayete tamamiyle karşı duran yerel mahkemeler ve Yargıtay, son yıllarda görüş değişikliğine gitmiş ve uygulamaya sıcak bakmaya başlamışlardır. Bu itibarla, mukayeseli hukukta gözlemlenen süreç Türkiye’de de işlediği ve artık Türk kanun koyucusunun müşterek velayete ilişkin açıkça bir düzenleme yapma zorunluluğunun bulunduğu söylenebilir.

Bu düşüncelerle, çalışmamızda Türkiye'nin müşterek velayet hususunda kanunen ve hukuken hangi aşamada olduğu irdelenmiştir. Türk toplumunun müşterek velayete bakış açısına ilişkin çalışma verileri de dikkate alınarak çekişmeli boşanmada dahi müşterek velayete sıcak bakılabileceği tespit edilmiştir. Türkiye'de de yaşanan doktrinsel tartışmaları sona erdirmek için bir kanunî düzenleme yapılması gerektiği sonucuna varılmış ve yapılması gereken kanunî düzenlemeye ilişkin birtakım önerilerde bulunulmuştur.

Müşterek velayete ilişkin kanuni düzenleme yapılırken öncelikle karar verilmesi gereken husus, müşterek velayetin kural olarak mı düzenleneceği, yoksa tek başına velayetin istisnası mı olacağı hususudur.

Kanaatimizce boşanma sonrası velayetin tevdiinde müşterek velayet kural, tek başına velayet ise istisna olmalıdır. Müşterek velayete karar verilirken, hakimin değerlendirmesi gereken dört ayrı kriter, ebeveynin velayeti birlikte kullanırken uyum içerisinde olması ve konunun tekrar mahkemeye gelme olasılığının düşmesi bakımından önemlidir. Bu kriterler; istek ve motivasyon, bilinç, ve çocuğun psiko-sosyal gelişimi olarak sıralanabilir.

Müşterek velayetin uygulanabilmesi bakımından, öncelikle ebeveynin velayeti birlikte kullanmaya istekli olmaları ve çocuğun üstün yararı için her konuda anlaşmaya motive olmaları gerekir. Bu bağlamda ebeveynin, çocuğun şimdiki hayatı ve geleceği için önemli kararlar alırken birbirlerine uyum sağlamaya yönelik bir yaklaşımlarının olması önemlidir.

Müşterek velayetin uygulanması açısından ikinci kriter ise ebeveynin birinin müşterek çocukları hakkında alacakları kararlarda diğer bir ebeveynle işbirliği içerisinde hareket etmesi ve diğer ebeveyni destekleyici bir tutum içerisine girmesi gerektiğinin bilincinde olmasıdır.

Üçüncü kriter, ebeveynin önemli kararlar alırken kendi çıkarlarından ziyade çocuk hakkında karar verdiklerinin bilincinde olmaları ve çocuğun psiko-sosyal gelişimi ve

dolayısıyla üstün yararı bakımından doğru karar aldıklarından emin şekilde hareket etmeleridir.

Tüm bu kriterler sağlandığında hakim, müşterek velayetin uygulanması için gerekli şartların müsait olduğuna kanaat getirmeli ve velayeti ebeveynden her ikisine bırakmalıdır. Ancak bu kriterlerden birinin eksik olması durumunda tek başına velayetten istisnai olarak bahsedilebilecek ve hakim, velayeti eşlerden sadece birine verebilecektir.

Müşterek velayete ilişkin yapılması gereken kanuni düzenlemede dikkate alınması gereken diğer bir husus, yasal müşterek velayet-fiziksel müşterek velayet ayrımıdır. Çalışmamızda bu iki müşterek velayet şekli ayrı başlıklar altında incelenmiş ve ne şekilde uygulandığı belirlenmiştir. Bazı devletler yalnızca yasal müşterek velayeti, bazı devletler fiziksel müşterek velayeti yasalarında düzenlemiş, bazıları ise hem yasal müşterek velayeti hem de fiziksel müşterek velayeti kanunlarında benimsemiştir. Dolayısıyla Türk hukukunda yapılacak olan kanuni düzenlemede de bu ayrım dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.

Çalışmamızda Türk mahkemelerinin önüne gelen müşterek velayet davalarının ve Yargıtay'ın konuya dair kararlarının genellikle yabancılık unsuru taşıyan velayet kararları olduğu tespit edilerek konunun milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası usul hukuku bakımından önemi fark edilmiş ve bu bağlamda müşterek velayete karar verilirken uygulanacak hukuk, yabancı mahkemelerden alınan müşterek velayet kararlarının tanınması ve tenfizi ve müşterek velayete ilişkin ihtilaflarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin ne şekilde tespit edileceği hususları uluslararası sözleşmeler ve Türk hukukundaki hükümler bağlamında incelenmiştir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin : **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, Ankara Üniversitesi SBF, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 13, Andlaşmalar Dizisi No: 1, 1995.
- Akıncı, Ziya,
Demir Gökyayla, Cemile : **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Akıntürk, Turgut, Ateş, Derya : **Türk Medeni Hukuku**, C. 2 Aile Hukuku, İstanbul, Beta Yayınevi, 19. Baskı, 2016.
- Akkurt, Sinan Sami : **“Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”**, Rona Serozan’a Armağan, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.
- Akyüz, Emine : **Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması (Çocuğun Güvenliği)**, Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 2000.
- Arıkan, Çiğdem : **Halkın Boşanmaya İlişkin Tutumları Araştırması**, Ankara, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, 1996.
- Baktır Çetiner, Selma : **Velayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- Batchelor, James D. : “Custody”, **Oklahoma Law Review**, C: 14, 1961.
- Bayata Canyaş, Aslı : “Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, C: 27 S: 3, 2013.
- Baygın, Cem : **Soybağı Hukuku**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2010.

- Beaumont, Paul R. : “Advantages for States in Becoming a Party to the Hague Children’s Convention 1996”, **Public and Private International Law Bulletin**, C: 35, S: 2, 2016.
- Bender, William N. : “Joint Custody: The Option of Choice”, **Journal of Divorce&Remarriage**, C: 21, S:3-4, 1994.
- Bingöl, Ediz : “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 88, S: 2, 2014.
- Birinci Uzun, Tuba : “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 6, S:1, 2016.
- Boumil, Marcia Mobilia : “Joint Child Custody: In Whose Best Interest”, **Suffolk University Law Review**, C: 21, S: 1, 1987.
- Breivik, Kyrre, Olweus, Dan : “Adolescent’s Adjustment in Four Post-Divorce Family Structures: Single Mother, Stepfather, Joint Physical Custody and Single Father Families”, **Journal of Divorce&Remarriage**, C:44, S: 3-4, 2006.
- Canacakos, Ellen : “Joint Custody As A Fundamental Right”, **Arizona Law Review**, C: 23, 1981.
- Carlsund, A., Eriksson, U., Lefstedt, P. vd. : “Risk Behavior in Swedish Adolescents: Is Shared Physical Custody a Risk or a Protective

- Factor?", **European Journal of Public Health**, C: 23, 2012.
- Chetnik, Morton, Kalter, Neil : "Developmental Arrest Following Divorce: The Role of Therapist As a Developmental Facilitator", **Journal of the American Academy of Child Psychiatry**, C: 19, 1980.
- Cuadra, Bernardo : "Family Law- Maternal and Joint Custody Presumptions for Unmarried Parents: Constitutional and Policy Considerations in Massachusetts and Beyond", **Western New England Law Review**, C: 32, 2010.
- Çelebican, Özcan Karadeniz : **Roma Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Çelikel, Aysel, Erdem, Bahadır : **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- Çelikel, Aysel, Şanlı, Cemal vd. : **Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri**, C: 1, İstanbul, Beta Yayınları, 2005.
- Çelikel, Serdar : **Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Çelikel, Aysel : "Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi", Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, **MHB**, Yıl: 17-18, S: 1-2, 1997-1998.
- Çiçekli, Bülent : "Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 56, 2005.
- Çörtoğlu Koca, Sema : "Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)-Yetki

- Kuralları”(Brüksel Tüzüğü), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Çörtoğlu Koca, Sema : “Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velayete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu”(Milletlerarası Yetki), **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 20, Y: 2016, S: 2.
- Dardağan Kibar, Esra : “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, Atâ Sakmar’a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y: 2011, S: 1.
- Demir Gökyayla, Cemile : **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Dethloff, Nina : “Changing Family Forms: Challenges for German Law”, **Victoria University of Wellington Law Review**, C: 46, S: 3, 2015.
- Doğan, İzzet : **Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Doğan, Vahit : **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2017.
- Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan, Gümüş, M. Alper : **Türk Özel Hukuku Cilt III(Aile Hukuku)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- Einhorn, Jay : “Child custody in historical perspective: A study of changing social perceptions of divorce and child custody in Anglo-American law”,

- Behavioral Sciences&the Law**, C: 4, N: 2, Chicago, 1986.
- Ekşi, Nuray : **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi(Tenfiz)**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013.
- Ekşi, Nuray : “Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”(Brüksel Tüzüğü), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 11, Özel Sayı, 2009.
- Ekşi, Nuray : **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi(Yetki)**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000.
- Elkin, Meyer : “Joint Custody: In the Best Interest of the Family”, **Joint Custody and Shared Parenting** (Ed: Jay Folberg), New York, The Guilford Press, 1991.
- Emery, Robert E. : **Marriage, Divorce and Children’s Adjustment**, Developmental Clinical Psychology and Psychiatry, C:14, 2. Baskı, 1999.
- Erbay, İsmail : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velayet Hakkının Kaldırılması Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 3, S: 2, 2012.
- Erdem, Bahadır : “22.01.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve

- Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, Ergin Nomer’e Armağan, **MHB**, C: 22, S: 2, 2002.
- Ergin, Zafer : **Boşanma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- Feyzioğlu, Feyzi N. : **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, 1986.
- Folberg, Jay : “Custody Overview”, **Joint Custody and Shared Parenting (Ed: Jay Folberg)**, New York, The Guilford Press, 1991.
- Gemalmaz, Mehmet Semih : **Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002.
- Gençcan, Ömer Uğur : **Velayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- Giray, Faruk Kerem : **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi(Çocukların İadesi)**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- Giray, Faruk Kerem : “Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)-Tanıma ve Tenfiz”(Brüksel Tüzüğü), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Gilsan Gourley, Nancy : “Joint Custody: Best Interests of the Child”, **Tulsa Law Journal**, C: 18, S: 159, 1982.
- Goldstein, Joseph, Freud, Anna,
- Solnit, Albert J. : **Beyond the Best Interest of the Child**, New York, The Free Press, 1973.

- Grassinger, Gülçin Elçin : **Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınan Tedbirler (Küçük İçin Alınacak Tedbirler)**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2009.
- Grassinger, Gülçin Elçin : “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”(Karar), **İÜHF Mecmuası**, Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C: 55, S: 3, 1997.
- Grassinger, Gülçin Elçin : “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”(Çocuğun Görüşü), **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 1. Cilt, 2010.
- Gyldenlove Jeppesen De Boer, Christina : **Joint Parental Authority**, Intersentia, 2008.
- Hadimoğlu, Nimet Özbek : “Yeni Brüksel (II) Tüzüğü Üzerine Bir İnceleme”, **Prof. Dr. İlhan Unat'a Armağan**, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 2012.
- Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona : **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Hatemi, Hüseyin, Kalkan Oğuztürk, Burcu : **Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Hauschild, Luise : “Reforming the Law on Parental Responsibility”, **International Survey of Family Law**, 2014.
- Hayden, Andrina : “Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England”, **Indret**, C: 1, 2011.

- Hochloch, Gerhard : “Alman Aile Hukukundaki Yeni Gelişmeler, Reformun Hareket Noktaları, Reformun Gerçekleşmesi ve Diğerleri” (Çev: Zarife Şenocak), **AÜHF Dergisi**, 1996, C: 45, S: 1-4.
- Huysal, Burak : **Devletler Özel Hukukunda Velayet**, İstanbul, Legal Kitabevi, 2005.
- İnan, Ali Naim : **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968.
- İnce, Nurten : “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y: 9, S: 34, 2018.
- Johnston, Janet R.,
Kline, Marsha, Tschann, Jeanne : “Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access”, **American Journal of Orthopsychiatry**, C: 59, S: 4, 1989.
- Kahraman, Süheyla : “Milletlerarası Evlat Edinmede Kamu Düzeni Etkisi”, **Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler**, Ed. Günseli Öztekin Gelgel/Faruk Kerem Giray, İstanbul, Beta, 2017.
- Kelly, Joan B., Wallerstein, Judith S. : “Part-time parent, part-time child: Visiting after divorce”, **Journal of Clinical Child Psychology**, C: 6, S: 2.
- Kılıçoğlu, Ahmet : **Aile Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016 (Genişletilmiş 2. Bası).

- Kiremitçi Öztürk, Müge : “Boşanma Sürecinde Ortak (Müşterek) Velayet ve Toplumsal Bakış Açışı”, **Çocuk Hakları Çalışmaları-I** (Ed: Evgen Gülçin Elçin/Arzu Genç Arıdemir), İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2017.
- Klaf, Ramsay Laing : “The Tender Years Doctrine: A Defense”, **California Law Review**, C: 70 N: 2, 1982, California, (Çevrimiçi) <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2206&context=californialawreview>, 16 Eylül 2017.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz : **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Köseoğlu, Bilal, Kocağa, Köksal : **Aile Hukuku ve Uygulaması**, Bursa, Ekin Yayınları, 2011.
- Kurki Suonio, Kirsti : “Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, C: 14, 2000.
- Kürşat, Zekeriya : “Principles of Granting Custodial Right in the Light of the Court of Cassation Judgments”, **Annales de la Faculte de Droit d’İstanbul**, C: 41, N: 58, İstanbul, 2009.
- Lamb, Michael E.,
Sternberg, Kathleen J.,
Thompson, Ross A. : “The Effects of Divorce and Custody Arrangements on Children’s Behavior, Development, And Adjustment”, **Family and Conciliation Courts Review**, 1994.

- Lowery, Carol R. : “Maternal and Joint Custody: Differences in the decision process”, **Law and Human Behavior**, C: 10, S: 4, 1986.
- Magnus, U., Mankowski, P., Pintens, W. : **Brussels IIbis Regulation**, Ed. Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich, Sellier European Law Publishers, 2012.
- Maldonado, Solangel : “Beyond Economic Fatherhood: Encouraging Divorced Fathers to Parent”, **University of Pennsylvania Law Review**, C: 153, 2005.
- Mason, Mary Ann : “The Roller Coaster of Child Custody Law Over the Last Half Century”, **Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers**, C: 24, 2012.
- McCarthy, Francis Barry : “The Confused Constitutional Status and Meaning of Parental Rights”, **Georgia Law Review**, 1988.
- McIntosh, Jennifer E. : “Legislating For Shared Parenting: Exploring Some Underlying Assumptions”, **Family Court Review**, C: 47, S: 3, 2009.
- McIntosh, Jennifer, Chisholm, Richard : “Shared Care and Children’s Best Interests In Conflicted Separation”, **Australian Family Lawyer**, C: 20, S: 1.
- Mckinnon, Rosemary, Wallerstein, Judith : “Joint custody and the preschool child”, **Behavioral Sciences and the Law**, C: 4, S: 2, 1986.
- Mnookin, Robert H. : “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy”, **Law and Contemporary Problems**, C: 39, No: 3, Duke University School of Law, 1975.

- (Çevrimiçi) <https://scihub.cc/10.2307/1191273>, 30 Ağustos 2017.
- Nielsen, Linda : “Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children?”, **Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers**, C: 28, S: 1, 2015.
- Nomer, Ergin : **Milletlerarası Usul Hukuku(Usul)**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.
- Nomer, Ergin : **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- Oğuzman, Kemal, Dural, Mustafa : **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
- Oğuzoğlu, H. Cahit : **Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti**, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1940.
- Oğuzoğlu, H. Cahit : **Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku**, Aile Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 5. Baskı, 1963.
- Öcal Apaydın, Bahar : “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'nin Anısına Armağan, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 11, S: 145-146, 2016.
- Özdemir, Hayrunnisa,
- Ruhi, Ahmet Cemal : **Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2016.
- Özdemir, Nevzat : **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.

- Özkan, Zülfikar : **“Türkiye’de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları”**, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989.
- Öztan, Bilge : **Medeni Hukukun Temel Kavramları(Medeni Hukuk)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 40. Baskı, 2016.
- Öztan, Bilge : “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu”(Birlikte Velayet), **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ed. Sabih Arkan, Aynur Yongalık, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
- Öztan, Bilge : **Aile Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 6. Bası, 2015.
- Öztekin Gelgel, Günseli : “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y: 4, S: 8, 2005.
- Öztürkmen İcan, Yeşim : **“Hakimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi”**, Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Samsun, 2015.
- Parkinson, Patrick : **Family Law and the Indissolubility of Parenthood**, ABD, Cambridge University Press, 2011.
- Partalçı, Rümeysa : **“Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi”**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014.

- Pearson, Jessica, Thoennes, Nancy : “Custody After Divorce: Demographic and Attitudinal Patterns”, **American Journal of Orthopschiatry**, C: 60, S: 2.
- Prichard, A.M. : **Leage’s Roman Private Law**, New York, St Martin’s Press, 1964.
- Pruett, Marsha Kline,
DiFonzo, J. Herbie : “Closing The Gap: Research, Policy, Practice, and Shared Parenting”, **Family Court Review**, C: 52, 2014.
- Rhoades, Helen, Boyd, Susan : “Reforming Custody Laws: A Comparative Study”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, C: 18, S: 2, 2004.
- Ruhi, Ahmet Cemal : **Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Sakmar, Atâ : **Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2961, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 652, 1982.
- Sayman, Yücel : “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor”, **MHB**, Y: 16, S: 1-2, 1996.
- Saymen, Ferit Hakkı,
Elbir, Halid Kemal : **Türk Medeni Hukuku**, C. III Aile Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 2. Baskı, 1960.
- Scherpe, Jens M. : **European Family Law Volume II: The Changing Concept of ‘Family’ and**

- Challenges for Domestic Family Law**, ABD, Edward Elgar Publishing, 2016.
- Schulman, Joanne, Pitt, Valerie : “Second Thoughts on Joint Child Custody: Analysis of Legislation and its Implications for Women and Children”, **Golden Gate University Law Review**, C: 12, S: 3, 1982.
- Schwenzer, Ingeborg, Keller, Tomie : “New Rules on Parental Responsibility in Switzerland”, **International Survey of Family Law**, 2014.
- Scott, Elizabeth S. : “Pluralism, Parental Preference, and Child Custody”, **California Law Review**, C: 80, S: 3, 1992.
- Scott, Elizabeth, Derdeyn, Andre : “Rethinking Joint Custody”, **Ohio State Law Journal**, S: 45, 1984.
- Seltzer, Judith A. : “Father by Law: Effects of Joint Legal Custody Nonresident Father’s Involvement with Children”, **University of Wisconsin-Madison, Center for Demography and Ecology, A National Survey of Families and Households Working Paper**, No: 75.
- Serdar, İlknur : “Birlikte Velayet”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 10, S:1, 2008.
- Serozan, Rona : “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Serozan, Rona : **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

- Singer, Anna : “Active parenting or Solomon’s justice? Alternating residence in Sweden for children and separated parents”, **Utrecht Law Review**, C: 4, S: 2, 2008.
- Sprujit, Ed, Duindam, Vincent : “Joint Physical Custody in The Netherlands and the Well-Being of Children”, **Journal of Divorce&Remarriage**, C: 51, S: 1, 2010.
- Statsky, William P. : **Family Law: The Essentials**, ABD, Cengage Learning, 3. Baskı, 2015.
- Steel, Sean : “**Having Your Cake and Eating It Too: The Law and Politics of Child Custody in Canada**”, University of Calgary, Department of Political Science (Yüksek Lisans Tezi), Calgary, 2001.
- Şüral, Ceyda : “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, **TBB Dergisi**, S: 100, 2012.
- Şanlı, Cemal : “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **MHB**, Y: 16, S: 1-2, 1996.
- Şanlı, Cemal, Esen, Emre, Ataman Figanmeşe, İnci : **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Şensöz Malkoç, Ebru : **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
- Tahiroğlu, Bülent, Erdoğan, Belgin: **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2012.

- Tanrıbilir, Feriha Bilge : “Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, **MHB**, Y: 16, S: 1-2.
- Teitelbaum, Lee E. : “Divorce, Custody, Gender, And The Limits of Law: On Dividing The Child”, **Michigan Law Review**, C: 92, S: 6, 1994.
- Tekinalp, Gülören : **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Tekinay, Selahattin S. : **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, 1990.
- Tiryakioğlu, Bilgin : “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme”,(1996 tarihli Sözleşme) **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul, 1999.
- Tiryakioğlu, Bilgin : **Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku (Çocukların Korunması)**, Ankara, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Özkan Matbaacılık, 2000.
- Uluocak, Nihal : “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi(Nihaî Metin, 19 Ekim 1996)”, **MHB**, Y: 16, S: 1-2.
- 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; S: 2; 2018.
- Umur, Ziya : **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2010.
- USTA, Sevgi : **Velayet Hukuku**, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2016.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer : **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006.
- van Bueren, Geraldine : “The UN Convention on the Rights of the Child”, **The Journal of Child Law**, January/March, 1991.
- Vassilakakis, Evangelos : “The Impact of Substantive Law on the Material Scope of Application of Regulation Brussels Ibis”, **Public and Private International Law Bulletin**, C: 35, S: 2.
- Velidedeoğlu, H. Veldet : **Türk Medeni Hukuku**, C. II Aile Hukuku, İstanbul, Nurgök Matbaası, 5. Baskı, 1965.
- Zapata, Raymon : “Child Custody in Texas and the Best Interest Standard: In the Best Interest of Whom?”, **St. Mary's Law Digital Repository**, C: 6, S: 1.
- Zevkliler, Aydın, Acabey, Beşir, Gökyayla, Emre : **Medeni Hukuk** (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 1999.

ANSİKLOPEDİ VE KANUN GEREKÇELERİ

İslâm Ansiklopedisi, C: 17, Türk Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1998.

Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Ankara, 1999.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

Çocuk Adalet Sisteminde Çocuğun Yüksek Yararı Politika Belgesi, 2012, (Çevrimiçi) <http://www.cocukhaklariizleme.org/wp-content/uploads/cocuk-adalet-sisteminde-cocugun-yuksekk-yarari.pdf>, 30 Mart 2018.

Presumptive Joint Physical Custody Group Report under House File 1262, <http://files.meetup.com/296756/PresumptiveJointPhysicalCustodyGroup.pdf>, 30 Mart 2018.

Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention, (Çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/docs/eca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf>, 30 Mart 2018.

Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, (Çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf>, 30 Mart 2018.

(Çevrimiçi) <http://www.fathers.com/s5-your-situation/c18-divorced-dad/dont-be-a-disney-dad-guest-blog/>, 30 Mart 2018.

(Çevrimiçi) https://www.huffingtonpost.com/alison-patton/uncle-dad-syndrome_b_2986705.html, 30 Mart 2018.