



T.C.

**ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA VELÂYET

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Nebahat Aybike SEYHAN

BURSA – 2018



T.C.

**ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA VELÂYET

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Nebahat Aybike SEYHAN

Danışman:

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep MANAVOĞLU ÖZGENÇ

BURSA – 2018

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda, 701581003 numaralı Nebahat Aybike SEYHAN'ın hazırladığı "Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet" konulu Yüksek Lisans Çalışması ile ilgili tez savunma sınavı, 27/08/ 2018 günü 11:00 - 12:00 saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışmasının (başarılı / başarısız) olduğuna (oybirliği / oy çokluğu) ile karar verilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu

Üye

Başkanı)

Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep MANAVOĞLU

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

ÖZGENÇ

Uludağ Üniversitesi

Üye

Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER

Uludağ Üniversitesi

27/ 08/ 2018



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 27/08/2018

Tez Başlığı / Konusu: Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 154 sayfalık kısmına ilişkin, 31/07/2018 tarihinde şahsım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından (Turnitin)* aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 20 'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç/dahil
- 3- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Adı Soyadı: Nebahat Aybike SEYHAN
Öğrenci No: 701581003
Anabilim Dalı: Özel Hukuk
Programı: Özel Hukuk
Statüsü: Y.Lisans Doktora

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep MANAVOĞLU ÖZGENÇ

* Turnitin programına Uludağ Üniversitesi Kütüphane web sayfasından ulaşılabilir.

Yemin Metni

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usûlüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.



Adı Soyadı : Nebahat Aybike SEYHAN
Öğrenci No : 701581003
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Statüsü : Yüksek Lisans

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı : Nebahat Aybike SEYHAN
Üniversite : Uludağ Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Tezin Niteliği : Yüksek Lisans
Sayfa Sayısı : xii + 155
Mezuniyet Tarihi : / / 2018
Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Zeynep MANAVOĞLU ÖZGENÇ

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA VELÂYET

Yüksek lisans tez çalışması dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde; velâyetin hukukî niteliği, annenin ve babanın velâyetten doğan hakları ve yükümlülükleri ile velâyetin sona erme hâlleri Yargıtay kararları ile değerlendirilerek ele alınmıştır. Böylece velâyetin, çalışmanın ilerleyen bölümlerine Türk hukuku bağlamında teorik temel oluşturması amaçlanmıştır. İkinci bölümde ise yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında uygulanacak hukukun tespiti üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukuk ve ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre örnek Yargıtay kararları ile ele alındıktan sonra son bölümde ise yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarının tanınması ve tenfizi üzerinde durulmuştur.

Aynı zamanda çağın gereklerine göre değişen toplumsal yapının, velâyet üzerinde de birtakım etkileri olmaktadır. Bu noktada ortak velâyet, taşıyıcı annelik uygulamalarında ve aynı cinsiyetten birlikteliklerde velâyet konuları hem milletlerarası özel hukuk hem iç hukuk bakımından tartışmaların yaşandığı ve bazı devletlerde bu konularda yasal düzenlenmelerin yapıldığı konular olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle çalışmada bu konuların ortaya çıkardığı velâyet sorunları da ilgili bölümlerde incelenerek çalışmaya son verilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Velâyet, Ortak Velâyet, Milletlerarası Özel Hukuk, Tanıma, Tenfiz, Çocuk, Çocuğun Üstün Yararı.

ABSTRACT

Name and Surname : Nebahat Aybike SEYHAN
University : Uludag University
Institution : Social Science Institution
Field : Private Law
Branch : Private International Law
Degree Awarded : Master
Page Number : xii + 155
Degree Date : / / 2018
Supervisor : Ass. Prof. Zeynep MANAVOĞLU ÖZGENÇ

CUSTODY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Postgraduate thesis study consists of four sections. In the first section; the legal property of custody, rights and liabilities of the parents born from the custody and the termination/expiry of the custody are hereby assessed along with the Supreme Court's decisions. Thus, it is hereby aimed that the custody should form a theoretical basis in terms of Turkish Law in the following sections of the study. In the second section; the emphasis is laid down over the determination of the law which shall be applied on custody disputes. In the third section, the international authority of the Turkish courts shall be discussed for the foreign custody disputes according to the internal law and relevant international contract provisions as well as under the consideration of Supreme Court's decisions, whereas in the final section; the recognition and approval of foreign custody disputes are being dwelled on.

At the same time, the social structure which is changing according to the age's requirements have some effects on the custody. At this point, the common custody, custody issues in surrogate motherhood and in relations with same genders hereby arose as such issues where debates were being faced up both in terms of private law and internal law and where some legal arrangements were being made in some states. For this reason, the custody problems which are revealed by such issues in this study were examined in relevant sections and the study was finished accordingly.

Key Words: Custody, Private International Law, Recognition, Approval, Joint Custody Child, The Best Interest Of The Child.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	ivI
ABSTRACT	vI
KISALTMALAR	xiI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

VELÂYET KAVRAMI, KULLANILMASI VE SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK.....	4
II. VELÂYET HAKKININ HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	4
III. VELÂYET HAKKININ ÖZELLİKLERİ	5
IV. VELÂYET HAKKINA SAHİP OLANLAR	13
A. ANNE VE BABANIN EVLİ OLMASI HÂLİNDE (TMK m. 336)	14
B. ANNE VE BABANIN BOŞANMASI HÂLİNDE (TMK m. 337)	16
C. ANNE VE BABANIN ÇOCUĞUN DOĞUMU ANINDA EVLİ OLMAMASI HÂLİNDE	17
Ç. ÖZEL BİR DURUM: ORTAK VELÂYET	18
V. VELÂYETE TABİ OLANLAR	22
VI. VELÂYET HAKKININ KAPSAMI	23
A. ÇOCUĞUN KİŞİLİK HAKLARI YÖNÜNDEN	23
1. Çocuğa Ad Verilmesi	24
2. Çocuğun Yerleşim Yeri	25
3. Çocuğun Eğitimi.....	29

B. ÇOCUĞUN MALVARLIĞI HAKLARI YÖNÜNDEN	32
1. Genel Olarak	32
2. Çocuk Mallarının Kapsamı.....	32
3. Çocuk Mallarını Yönetme ve Kullanma Hakkı	33
a. Çocuk Mallarının Devri.....	35
b. Çocuk Mallarının Kullanılması.....	37
4. Çocuk Mallarının Sarfı.....	38
a. Gelirlerin Sarfı	39
b. Diğer Malların Kısmen Sarfı	41
5. Çocuğun Serbest Malları.....	45
6. Yönetimin Sona Ermesi ve Anne ile Babanın Sorumluluğu	46
a. Yönetimin Sona Ermesi	46
b. Anne ile Babanın Sorumluluğu.....	48
C. ÇOCUĞUN TEMSİLİ	50
VII. VELÂYETİN SONA ERMESİ.....	53
A. GENEL OLARAK.....	53
B. VELÂYETİN KALDIRILMASI	54
1. Anne ile Babanın Deneyimsizliği, Hastalığı, Başka Bir Yerde Olması ve Benzeri Sebepler.....	55
2. Anne ile Babanın Çocuğa Yeterli İlgı Göstermemesi veya Yükümlülüklerini Ağır Biçimde Savsaklaması.....	58
3. Velâyet Hakkına Sahip Annenin veya Babanın Yeniden Evlenmesi	60
C. VELÂYETİN KALDIRILMASININ SONUÇLARI	60

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU VELÂYET UYUŞMAZLIKLARINA

UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I. GENEL OLARAK	62
II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN TEMEL KAVRAMLARI AÇISINDAN VELÂYETİN DEĞERLENDİRİLMESİ	62
A. YABANCILIK UNSURU	63
B. VASIFLANDIRMA	65
C. İADE ATIF – DEVAM EDEN ATIF (RENVOİ).....	68
III. VELÂYETE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ	69
A. EVLİLİK BİRLİĞİ İÇİNDE VELÂYETE UYGULANACAK HUKUK	70
B. EVLİLİK DIŞI İLİŞKİDE VELÂYETE UYGULANACAK HUKUK	73
C. BOŞANMA HÂLİNDE VELÂYETE UYGULANACAK HUKUK.....	74
Ç. EVLÂT EDİNMEDE VELÂYETE UYGULANACAK HUKUK.....	80
IV. VELÂYETE UYGULANACAK HUKUKUN BERTARAF EDİLDİĞİ YA DA SINIRLI UYGULANDIĞI DURUMLAR	83
A. GENEL OLARAK	83
B. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER	83
1. 1961 Tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme	85
a. 1961 La Haye Sözleşmesi'nin Konusu	85
b. 1961 La Haye Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı.....	86
c. 1961 La Haye Sözleşmesi'ne Göre Uygulanacak Hukuk	87
2. 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme.....	88
a. 1996 La Haye Sözleşmesi'nin Konusu	89
b. 1996 La Haye Sözleşmesi'ne Göre Uygulanacak Hukuk.....	90
C. KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ.....	91
Ç. MÜDAHALECİ NÖRMLER	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU VELÂYET UYUŞMAZLIKLARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

I. GENEL OLARAK.....	105
II. MÖHUK'A GÖRE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ.....	105
III. 1961 TARİHLİ KÜÇÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA MAKAMLARIN YETKİSİNE VE UYGULANACAK KANUNA DAİR SÖZLEŞME'YE GÖRE TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ.....	113
IV. 1996 TARİHLİ VELÂYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI HAKKINDA TEDBİRLER YÖNÜNDEN YETKİ, UYGULANACAK HUKUK, TANIMA, TENFİZ VE İŞBİRLİĞİNE DAİR SÖZLEŞME'YE GÖRE TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ.....	115

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

VELÂYETE İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİ

I. GENEL OLARAK.....	120
II. MÖHUK'A GÖRE VELÂYETE İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİ.....	121
A. TENFİZİN ÖN KOŞULLARI.....	122
B. TENFİZİN ASLÎ KOŞULLARI.....	126
1. Karşılıklılık (Mütekabiliyet).....	127
2. Tenfize Konu Kararın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmemesi.....	128
3. Tenfize Konu Kararın Türk Kamu Düzenine Aykırı Olmaması.....	129

4. Davalının Savunma Hakkının Engellenmemesi	138
C. TENFİZ USÛLÜ	138
III. VELÂYETE İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE GÖRE TANIMA VE TENFİZ.....	140
A. GENEL OLARAK	140
B. 1961 TARİHLİ KÜÇÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA MAKAMLARIN YETKİSİNE VE UYGULANACAK KANUNA DAİR SÖZLEŞME.....	140
C. 1980 TARİHLİ ÇOCUKLARIN VELÂYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ İLE ÇOCUKLARIN VELÂYETİNİN YENİDEN TESİSİNE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ	141
Ç. 1996 TARİHLİ VELÂYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI HAKKINDA TEDBİRLER YÖNÜNDEN YETKİ, UYGULANACAK HUKUK, TANIMA, TENFİZ VE İŞBİRLİĞİNE DAİR SÖZLEŞME	144
SONUÇ.....	147
KAYNAKLAR	150

KISALTMALAR

a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKDK	6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
b.	Basım
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
ÇHKİAS	Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
ÇHS	Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
dn.	Dipnot
E.	Esas
ETMK	743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi
HD	Hukuk Dairesi
HFD	Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
k.t.li	Karar tarihli
K.	Karar
m.	Madde
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	5817 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
MÜHF	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RG.	Resmî Gazete

s.	Sayfa
ss.	Sayfadan sayfaya
S.	Sayı
SK	2525 Sayılı Soyadı Kanunu
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
ÜYTE	Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

GİRİŞ

Bir aile içerisinde olsun veya olmasın çocuk, hukuk dünyasında korunması gereken özel bireylerdendir. Zira henüz fiil ehliyetini kazanmamış ve kendini kural olarak borç altına sokmasa da birçok hukukî işlemi veya fiili gerçekleştirme konusunda teknik bilgi ve tecrübeye sahip olmayan çocuk, bu zâfiyetlerinden dolayı dış dünyada karşılaşabileceği olası sorunlar ve kötü niyetli yaklaşımlardan korunmak için yardıma veya bir desteğe ihtiyaç duymaktadır. Elbette her çocuk, doğduğu andan itibaren hukukî olarak bir bireydir; ancak henüz fiil ehliyetine sahip olmaması çocuğa özel bir durum kazandırmaktadır.

Söz konusu koruma yetkisini kullanacak olanlar ise çocuğun annesi ve babasıdır. İşte velâyet, anneye ve babaya çocuklarını korumak adına haklar ve yetkiler tanıyan bu hukukî kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda velâyet, anneye, babaya ve çocuğa çift taraflı hak sağlayan ve yükümlülükler yükleyen kural olarak yalnızca anne, baba ve çocuk arasında kurulabilen bir hukukî ilişki çeşididir. Çoğunlukla annenin ve babanın çocuğuna karşı sahip olduğu haklar ve yükümlülükler üzerinde durulsa da çocuğun da annesine ve babasına karşı bazı haklara ve yükümlülüklerle sahip olduğu unutulmamalıdır.

Velâyet ilişkisi, çocuğun sağ ve tam doğumu ile kendiliğinden kurulmaktadır. Ancak çocuğun doğduğu anda annenin ve babanın evli olmaması durumunda velâyet, hem anne hem baba açısından doğum ile kurulmamaktadır. Bu durumda anne, doğum ile velâyete kendiliğinden sahip olurken; baba ile çocuk arasındaki velâyet ilişkisinin kurulabilmesi için baba ile annenin evlenmesi, tanıma veya babalık davası yolları ile aralarında soybağının kurulması gerekmektedir. Bunun dışında bir de evlât edinme yolu ile velâyetin doğduğu durumlar vardır. Bu hâlde ise velâyet, çocuğun genetik annesinden ve babasından farklı olan eşlere veya bir kişiye geçmektedir. Artık çocuğun velisi, onu evlât edinen kişi veya eşlerdir ve velâyete ait tüm haklara ve yetkilere de çocuğu evlât edinenler sahip olmaktadır.

Çalışmanın birinci kısmında velâyete ilişkin genel açıklamalarda bulunularak konunun izahında yol gösteren kavramlar ve Türk hukukundaki düzenleme ve yaklaşımlar açıklanmaya çalışılarak çalışmanın ilerleyen kısımlarına temel oluşturması amaçlanmıştır. Böylece anneye ve babaya geniş haklar ve yetkiler tanıyan velâyet

konusunun Türk hukukunda nasıl ele alındığı üzerinde durulacaktır. Velâyetin kurulması, sona ermesi ve bu arada anne ve babaya yüklediği yükümlülükler ve sağladığı haklar açıklanacaktır. Bu bağlamda çocuğu ilgilendiren her konuda dikkat edilmesi gereken temel ilkeler olan çocuğun yararının korunması ve çocuğun görüşünün alınması ilkelerinin, Türkiye'nin Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye¹ (ÇHS) ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne² (ÇHKİAS) taraf olması ile Türk hukukunda özellikle yargı kararlarında ele alındığı durumlar açıklanacaktır.

İkinci kısımda yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuk incelenecektir. Velâyetin doğduğu farklı durumlar özellikle tıp ve genetik bağlamdaki gelişmeler ve onu takip eden hukukî düzenlemeler değerlendirilerek örneğin taşıyıcı annelik ve aynı cinsiyetten kişilerin evlenmesi hâllerinde çocuk sahibi olunması durumlarında velâyet ilişkisinin nasıl kurulacağı özellikle vasıflandırma konusunda ele alınacaktır. Türk hukukunda çocuğun velâyetinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk tespit edilirken çocuğun şahsî statüsü üzerinden hareket edilmemektedir. Velâyet sorununu ortaya çıkaran durumda, çocuğun annesi ve babasının statüsü uygulanacak hukuku tespit ederken esas olmaktadır. Bu nedenle velâyete uygulanacak hukuka ilişkin konular, annenin ve babanın evli olması, annenin ve babanın boşanmış olması, evlilik dışı ilişki ve evlât edinme hâllerine göre ayrı ayrı incelenecektir.

Çalışmanın üçüncü kısmında ise yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenecektir. Bu konuda ilk olarak 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un³ (MÖHUK) milletlerarası yetkiye ilişkin hükümleri incelenerek daha sonra velâyete ilişkin Türkiye'nin de taraf olduğu Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme⁴ (1961 La Haye Sözleşmesi), Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme⁵ (1996 Lahey Sözleşmesi) ve Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile

¹ RG. 27.01.1995T. – 22184.

² RG. 01.02.2001T. – 24305.

³ RG. 12.12.2017T. – 26728.

⁴ RG. 21.02.1983T. – 17966.

⁵ RG. 03.01.2017T. – 29937.

Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ndeki⁶ (1980 Avrupa Sözleşmesi) âkit devletlerin yetkisini düzenleyen hükümler incelenecektir.

Dördüncü ve son kısımda ise velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi üzerinde durulacaktır. Öncelikle MÖHUK'ta düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümleri ve Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi üzerinde genel olarak durularak devamında yukarıda bahsedilen üç uluslararası sözleşmede yabancı velâyet kararlarının âkit devletler arasında tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler incelenecektir. Özellikle 1996 La Haye Sözleşmesi'nin, Türkiye tarafından 01.02.2017 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi, bu sözleşmenin tanıma ve tenfize ilişkin ayrıntılı hükümlerinin MÖHUK hükümlerine göre öncelikli olduğu kabul edilerek üzerinde durulmasına özen gösterilmiştir. Bunun yanında velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararları arasında büyük yoğunluğa sahip olan ortak velâyet konusu da tanıma ve tenfiz yargılaması sırasında Türk hâkimlerinin pek sık karşılaştığı konulardandır. Yabancı mahkemelerin boşanma veya evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velâyetini hem anneye hem babaya verdiği kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi davalarında Yargıtay, ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile bu kararları tenfiz etmemekte idi. Ancak Yargıtay bu belirgin içtihadından yakın zamanda dönerek çocuğun yararının korunması ve eşlerin aile hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerde eşitlik ilkelerinin etkinliğinin sağlanması açısından olumlu bir gelişme gerçekleştirmiştir. Bu nedenle özellikle ortak velâyet ve yabancı velâyet kararlarında kamu düzeni engeline takılan diğer konular Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler ışığında açıklanmaya çalışılarak çalışmamıza son verilecektir.

⁶ RG. 02.11.1999T. – 23864.

BİRİNCİ BÖLÜM

VELÂYET KAVRAMI, KULLANILMASI VE SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK

Velâyet terimi, kavram olarak *ana ve/veya babanın reşit olmamış çocukları üzerindeki (kanundan doğan) eğitim ve terbiye hak ve yetkisi* şeklinde tanımlanmaktadır⁷. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda⁸ (TMK) ise velâyetin açık bir tanımı yapılmamıştır. Bunun yerine velâyetin sorumluluk olarak içeriğine, kime ait olduğuna ve sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu anlamda velâyete ilişkin TMK m. 339'da şu hüküm yer almaktadır:

“Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.

Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür.

Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.

Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terkedemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.

Çocuğun adını ana ve babası koyar.”

II. VELÂYET HAKKININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

Kanunda tanımı olmayan velâyet, kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde hukukî olarak şu şekilde ifade edilebilir⁹: Kural olarak küçüklerin istisnâ olarak da kısıtlı erginlerin; fizyolojik ve psikolojik gelişimleri için bakımını, şahıs varlığının ve malvarlıklarının korunmasını ve onların dış dünyada temsil edilebilmeleri adına

⁷ Kazancı İçtihat ve Mevzuat Programı Hukuk Sözlüğü, www.kazanci.com (Erişim Tarihi 26.09.2017)

⁸ RG. 08.12.2001T.- 24607.

⁹ ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, 6.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 1074.

annelerine ve babalarına tanınan tüm hak, yetki ve sorumluluklardır¹⁰. Bu geniş sorumluluklar ve yetkiler nedeniyle velâyet, annenin ve babanın sahip olduğu hem bir yükümlülük hem de hak olarak nitelendirilmektedir¹¹.

Velâyet, anneye ve babaya çocuklarının bakımı, gelişimi, korunması gibi konularda geniş yetkiler tanınmasının yanında bu yetkilerin gereği gibi kullanılmamasından doğacak sorumluluklar da yüklemektedir. Çocuğun üstün yararından hareketle velâyetin görev-yetki hakkı¹² olduğu veya velâyetin çocuk yararına kullanılabilen bir yüküm hak¹³ olduğu düşüncesi ağırlık kazanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki velâyet yalnızca çocuk ile annesi ve babası arasında kurulabilen bir hukukî ilişkidir¹⁴. Ailenin, toplumun temelini; çocukların da ailenin ve toplumun geleceğini oluşturduğu düşünüldüğünde, velâyet konusu yalnız Aile Hukuku'nu ilgilendiren eşler arası bir kurum olmaktan çıkıp; kamu düzeni etkisiyle devlet müdahalesinin devreye girebildiği bir müessese boyutunu kazanmaktadır¹⁵. TMK m.346-352 arasında düzenlenen hâllerin gerçekleşmesi durumunda hâkim, çocuğun yararını korumak adına önlemler almak, çocuğu bir ailenin yanına veya kuruma yerleştirmeye hatta velâyetin anneden ve/veya babadan kaldırılmasına hükmedebilmektedir¹⁶.

III. VELÂYET HAKKININ ÖZELLİKLERİ

Velâyet, hukuk dünyasında varlığı kabul edilmiş bir çocuk üzerinde kontrollü bir egemenlik kurmayı sağlayan ve kural olarak doğumla kendiliğinden kurulan haklar ve

¹⁰ CEYLAN Ebru, "Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları", *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, www.kazanci.com (Erişim Tarihi 26.09.2017); ÖZMEN İsmail, *Velâyet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri*, 3.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 13; AKINTÜRK Turgut, KARAMAN ATEŞ Derya, *Aile Hukuku*, 20.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017, s. 406; DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan, GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Aile Hukuku*, 12.b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s. 343-344; KILIÇOĞLU Ahmet M., *Aile Hukuku*, 1.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 622.; Velâyetin bir yüküm-hak olduğuna dair görüş için ÖZTAN, a.g.e., s. 1076; SEROZAN Rona, *Çocuk Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 250; REYHANI YÜKSEL Sera, *Velâyet Hakkının Anayasal Sınırları*, 1.b., İstanbul: Legal Yayıncılık, Nisan 2016, s. 20.

¹¹ HATEMİ Hüseyin, OĞUZTÜRK KALKAN Burcu, *Aile Hukuku*, 5.b, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 179.

¹² HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 180.

¹³ HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 180; ÖZTAN, a.g.e., s.1076; SEROZAN, a.g.e., s. 251.

¹⁴ DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., s. 344, HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 185.

¹⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 1076.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 641-648; HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 182.

yetkiler bütünü olduğundan özellikleri de bu kapsamda geniştir. Bunlara kısaca değinmek gerekirse velâyetin özellikleri şöyle sıralanabilir¹⁷:

- a. Velâyet bölünemez niteliktedir. Hem anne hem baba velâyetin sağladığı tüm haklardan eşit olarak yararlanır ve yüklediği tüm sorumlulukları da eşit olarak üstlenirler¹⁸. Velâyet, evlilik birliği içinde ve son içtihad değişikliği ile evlilik sona erse bile kural olarak anne ve baba tarafından kullanılır. Velâyete ilişkin hakların bir kısmının anneye bir kısmının babaya bırakılıp bırakılmayacağı konusu ise hukukumuzda tartışmalıdır. Ancak her ne kadar ortak velâyet müessesesi hukukumuzda girmiş olsa da TMK, boşanma hâlinde velâyetin çocuğun bırakıldığı tarafa ait olduğu açık hükmü uyarınca velâyetin bölünerek kullanılabilmesi görüşü, mevcut düzenlemeler doğrultusunda mümkün görülmemektedir¹⁹.
- b. Velâyet süreye tâbidir. Velâyet, kural olarak ergin olmamış çocuklar üzerinde kurulduğundan çocuk on sekiz yaşını doldurduğunda (TMK m.11) ya da evlenme nedeniyle mahkeme tarafından ergin kılındığında (TMK m.12) anne ve baba yönünden kendiliğinden ortadan kalkmaktadır.
- c. Velâyet kamu düzenine ilişkindir. Yukarıda da bahsedildiği üzere velâyet kavramı, öncelikle çocuğun yararının düşünüldüğü ve korunması gerektiği genel kabulü üzerine kuruludur. Sağlıklı, millî değerlere sahip, toplumsal bilinci yüksek bireylerin yetişmesi, devletin üretkenliğini, global dünyada var olma çabasında etkin bir güce sahip olmasını sağlayabileceğinden velâyet konusu, toplumsal fayda unsurunu da bünyesinde barındırmaktadır. Bu açıdan bakıldığında basit bir hak olarak düşünülemez olan velâyetin, çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda etkin kullanılıp kullanılmadığının tespitinin ve sınırlarının devlet tarafından belirlenmesinin; hatta gerekli şartların oluşması hâlinde çocuğun üstün yararının korunması amacıyla annenin ve/veya babanın velâyet hakkına müdahale edilebilmesinin bu ilke kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir²⁰.

¹⁷ ÖZMEN, a.g.e., ss. 89-90.

¹⁸ ÖZTAN, a.g.e., s. 1079.

¹⁹ HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 183, velâyet hakkının bölünerek kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin görüşler için HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 183.

²⁰ HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 182.

- d. Velâyet kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir haktır. Herkese karşı ileri sürülebilien velâyet hakkının, şahsa sıkı sıkıya bağlı olmasından dolayı velâyetten feragat edilemez; velâyet başkalarına devredilemez ve mirasçılara geçmez²¹. Bu nitelikleri ile mutlak hak kavramının koruyuculuğunu bünyesinde barındıran velâyetin, eşya hukuku kalıpları içerisinde nisbî hak-mutlak hak ayırımına tabî tutulamayacak bir statüde olduğunu savunan görüşe²² göre velâyetin, çocuğa nesne gözüyle bakılarak onun üzerinde mülkiyet hakkı sağlayan bir mutlak hak olarak kabul edilemeyeceği dile getirilmektedir. Benimsediğimiz bu görüş, velâyetin çocuğu sosyal yaşama hazırlaması ve çocuk gelişip kendi iradesi ile kararlarını almaya başladıkça işlevselliğini yitirecek ve önceliğin çocuğun yararı doğrultusunda gelişimine katkı sağlamak olması adına anneye ve babaya görev ve yetkiler tanıyan bir hak olduğu kabul edilmelidir.
- e. Velâyette çocuğun üstün yararının ön planda tutulması esastır. Çocuk haklarının korunması ve düzenlenmesine ilişkin en önemli uluslararası mutabakat olan ÇHS ile öncelikle çocuğun üstün yararının, çocuk ile ilgili tüm işlemlerde kamu kuruluşları tarafından korunması gerektiği belirtilmiştir (m.3/1²³). Ancak m.18/1²⁴ ile çocuğun üstün yararının, çocuğun bakımından sorumlu olanlar tarafından da gözetilmesi gerektiği düzenlenerek çocuğun üstün yararından sorumlu olanların kapsamı genişletilmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY) m. 41 ile de korunan çocuğun üstün yararı kavramı; tanımlanmasa da bu kavramın çocuk adına yapılan her işlemde; işlem ister çocuğun bakımını üstlenen veli, vasi veya kayyım tarafından ister bu işlemlerin uygulayıcısı veya kurucusu olan idarî makam, mahkeme veya kuruluşlar tarafından yapılmış olsun çocuğun korunmasını sağlayacağı kabul edilmektedir²⁵. Böylelikle çocuğun yararı kavramı, bir bütün olarak; çocuğun eğitimi, bakımı, yetiştirilmesi, temsil edilmesi hâllerinde annenin ve babanın,

²¹ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 408-409; TİRYAKİOĞLU Bilgin, *Velâyet ve Vesayet Hukuku Alanında Çocuklara İlişkin Kurallar*, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi, 6, Ankara, 1991, s. 64.

²² SEROZAN, a.g.e., s. 253.

²³ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3/1: “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir.”

²⁴ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 18/1: “Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.”

²⁵ SEROZAN, a.g.e., s. 65.

sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin tümünü yerine getirirken göttükleri, özellikle çocuğun uzun vadede gelişimi ve toplum için üretken ve sorumlu bir birey olarak topluma kazandırılması amacı olarak nitelendirilebilir.

Çocuğun üstün yararı kavramı, onun yaşadığı çevre, zihinsel ve psikolojik gelişimi ve yaşam standardına göre değişkenlik gösterebildiğinden bir uygulama bir çocuğun yararına hizmet ederken başka bir çocuğun ise hayatını zorlaştırabilmektedir. Bu nedenle çocuğun üstün yararı kavramının, her olayın niteliğine göre şekillenebilecek olan özellikle anneye ve babaya, çocukları ile ilgili her işlemde vicdanî ve yasal çerçeveyi çizerek yol gösteren gevşek hakkaniyet kavramlarından biri olduğu ifade edilmektedir²⁶. Bu yanıyla çocuğun yararı kavramının uygulama alanı fazlasıyla geniştir.

Velâyete ilişkin davalarda her zaman çocuğun üstün yararının korunması gerektiğine hükmeden Yargıtay ise bu kavramı somutlaştırarak, çocuk eğer ergin olsaydı bu durumda nasıl hareket ederdi düşüncesinden yola çıkarak nitelendirmektedir²⁷. Bu durumda çocuğa ilişkin bir karar verecek olan kişi çocuğun algı dünyasına sahip olan ergin bir kişi olarak hareket ederek o işlemi kendisinin ne şekilde yapacağını düşünerek bir sonuca varmalıdır²⁸.

Çocuğun üstün yararı devreye girdiğinde önemli olan ona paralel hareket ederek yalnızca çocuğun yararının korunmasını sağlamaktır. Böylelikle özellikle anne baba ve çocuğun menfaatlerinin karşı karşıya geldiği her durumda dengenin çocuğun menfaati yönünde kurulması bu ilke doğrultusunda kaçınılmaz olmaktadır²⁹.

Çocuğun tecrübesizliği ve bundan kaynaklanan zayıflığını, çocuğun dış dünyada karşılaştığı sorunlara karşı dengeleme niteliği olan çocuğun üstün yararı ilkesi, hukuken re'sen korunması gereken temel ilkelerden kabul

²⁶ SEROZAN, a.g.e., s. 65.

²⁷ Yargıtay 2. HD 2015/8105E. 2016/470K. 13.01.2016T. İlâmın ilgili kısmı: “Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlâki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi gerekir; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.” www.kazanci.com.tr (Erişim tarihi 13.01.2018)

²⁸ ÖZDEMİR Saibe Oktay (ÖZDEMİR S. O.), “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye Armağan, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1236.

²⁹ BAYGIN Cem, *Soybağı Hukuku*, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2010, s. 272.

edilmektedir. Bu nedenle çocuğun üstün yararına aykırı bir işlemi veya fiili tespit eden herkes, hukuken zayıf konumda olan çocuğu korumak adına onun korunması için talepte bulunabilmektedir³⁰. Çocuğun üstün yararı ilkesinin velâyet yönünden doğurduğu sonuç ise bu ilkenin annenin ve babanın velâyete dair hakları kullanmadaki sınırı çizmiş olmasıdır. Unutulmamalıdır ki annenin veya babanın menfaati ancak çocuğun menfaati ile çatışmadığı takdirde dikkate alınabilmektedir³¹. Diğer bir anlatım ile annenin ve babanın menfaatine ancak çocuğun üstün yararı ile paralellik oluşturduğu kadarıyla önem verilmektedir.

Çocuğun üstün yararının korunması gerektiğine hükmeden kararlarından birinde Yargıtay, çocuklarının aşı olmasına herhangi bir gerekçe olmaksızın rıza göstermeyen annenin ve babanın bu hareketinin, çocuğun üstün yararı ilkesi ile bağdaşmadığını ifade etmiştir. Böylece küçükler hakkında sağlık tedbirlerine karar verilmesi talebinin, toplum sağlığının korunması yönünden çocuğun gelecekteki yararının korunmasını sağladığı gerekçesi ile talebin kabulüne karar verilmesine hükmetmesi, çocuğun yararının annesine ve babasına karşı korunduğunun açık bir örneğini oluşturmaktadır³².

- f. Çocuğun üstün yararının korunmasının bir uzantısı olarak çocuğun görüşünün alınması. Dayanağını ÇHS m. 12/1³³ ve ÇHKİAS m. 3'ten³⁴ alan bu ilke, Türk

³⁰ GRASSINGER ELÇİN Gülçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 829.

³¹ GRASSINGER, a.g.m., s. 830.

³² Yargıtay 2. HD 2014/22611E. 2015/9162K. 04.05.2015T. ilamın ilgili kısmı: "... çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen "genişletilmiş bağışıklık programı" uyarınca yapılması zorunlu aşılarından olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları hâlde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz. Olayda ana baba çocuğa aşı uygulanmasına karşı çıkmışlar, buna rızalarının bulunmadığını yargılama sırasında ifade etmişlerdir. Ne var ki; bu beyanlarını haklı gösterecek bir sebep ve delil göstermedikleri gibi dosyada da yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına dair bir bulgu ve olgu bulunmamaktadır. Aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu dosyadaki raporlardan anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usûl ve yasaya aykırı bulunmuştur." www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 13.01.2018)

³³ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12/1: "Taraflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar."

³⁴ Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 3: "Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

hukukunda da yerini TMK m. 339/3'te “*Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.*” şeklinde düzenlenerek almıştır. Bu ilke esas olarak çocuğun, özellikle annesi ve babası tarafından kendi hayatı ve faaliyetleri üzerinde fikir beyan edebilme yeteneğine sahip bir birey olarak kabul edilmesinden doğmaktadır³⁵. Buna göre eğitim, tedavi, sosyal çevre, kişisel gelişim gibi çocuğun günlük ve hayatî faaliyetlerini doğrudan etkileyen her konuda, yetişmişliğinin de elverdiği ölçüde görüşünün, bazı durumlarda ise onayının alınması gerekmektedir³⁶. Bu hâliyle çocuğun görüşünün alınması ilkesinin hem annenin ve babanın, çocuğunun kişiliğine duyduğu saygıyı somutlaştıran hem de çocuğun korunmasını sağlayan bir ilke konumunda olduğu ifade edilmektedir³⁷.

Temel amacı çocuğun yararını korumak olan çocuğun görüşünün alınması ilkesi, bu amacın sağlanabilmesi için çocuğun bizzat dinlenilmesini doğası gereği sağlamak durumundadır. Kural olarak hâkim, çocuğun uyuşmazlık ile ilgili düşüncesini aracısız olarak ondan duymalıdır. Ancak çocuğun bizzat hâkim önüne gelemediği özel durumlarda istisnâ olarak çocuğun onunla ilgili kişiler veya kurumlar aracılığı ile dinlenilmesi de mümkündür³⁸. ÇHKİAS m. 6'ya göre çocuğun bizzat dinlenilmesinden vazgeçilebilmesi için bu durumun çocuğun yararına açıkça aykırı olması veya çocuk için elverişli olmaması gerekmektedir. Ancak hâkimin bunu takdir ederken; çocuğun bizzat dinlenilmesinin çocuk açısından sakıncalı olduğuna dair uzman görüşüne dayanması gerekmektedir³⁹. Bu noktada önemli olan çocuğun farazi iradesinin ortaya çıkarılması olduğundan, ÇHKİAS m.6'daki diğer kişi ve kurumlar

a) İlgili tüm bilgileri almak;

b) Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c) Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.”

³⁵ GRASSINGER, a.g.m., s. 833.

³⁶ Şunu hemen belirtmek gerekir ki; çocuğun görüşünün alınması, yerine getirilmesi gereken bir usûl hukuku konusu değildir. Bu ilke çocuğun yararına olacağı düşünüldüğü ve kendisini ilgilendiren konularda uygun fizikî ve psikolojik şartların sağlanması hâlinde yerine getirilmesi gereken çocuk hukukuna dair bir haktır. GRASSINGER, a.g.m., s. 839.

³⁷ İMAMOĞLU Hülya, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velâyete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, *AÜHF*, Yıl 2005, s. 174.

³⁸ ÖZDEMİR S. O., a.g.m., s. 1234.

³⁹ ÖZDEMİR S. O., a.g.m., s. 1234.

tabirinden; çocuğun duygu dünyasını bilebilen ve çocuğa yakın olan kişiler anlaşılmalıdır. Çocuğun ailesini de tanıyabilmesi nedeniyle sınıf öğretmeni, ayırt etme gücüne sahip ve doğrudan dinlenmesinde sakınca olmayan yakın arkadaşı veya yatılı okuyan çocuğun kaldığı yurdun müdürü ya da çocukla ilgilenen yetkili öğretmen bu kişilere verilebilecek örneklerdendir.

Çocuğun görüşünün alınması ilkesi uygulanırken dikkat edilmesi gereken diğer önemli bir unsur ise çocuğun belli olgunlukta olmasıdır. ÇHKİAS m. 6'da 'yeterli idrak gücüne sahip olmak' olarak ifade edilen bu durum, çocuğun ilgili uyuşmazlığın kendisi üzerinde doğuracağı hüküm ve sonuçları kavrayarak beyan edeceği ifadeyi ona göre şekillendirebilme yetisi olarak tarif edilmektedir⁴⁰. TMK ise bu konuda çocuğun olgun (TMK m. 339/3) olmasından bahsetmektedir. Çocuğun olgunluğunu oluşturan unsurlar ise yaş, zihinsel gelişimi ve psikolojik gelişimi olmaktadır. Ancak genel olarak ayırt etme gücü tek başına çocuğun görüşünün alınması için yeterli olan bir olgu değildir. Zira bir çocuk, yaş ve zihinsel gelişim olarak görüşünün alınması uzmanlar tarafından uygun görülen bir çağda olmasına karşın ilgili konu karşısında gerekli neden sonuç ilişkilerini kuramıyor, diğer bir ifade ile o konu ile ilgili ayırt etme gücüne sahip olmamış olabilir⁴¹. Ayırt etme gücü, bu konuda her çocuk ve olayın özelliğine göre şekillenen bir olgu olmaktadır. Ancak kural olarak çocuğun serbest iradesini beyan etme yetisinin bulunduğu kabul edilmektedir⁴².

Çocuğun görüşü alınırken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da onun dinlendiği ortamın, çocuğun psikolojik ve düşünsel dünyasına uygun olmasıdır. Sonuçta hiç tanımadığı birinin kendisine ailesi ile ilgili sorular sorduğu mahkeme salonunda, çocuğun kendini ne kadar rahat ifade edebileceği konusu önem arz etmektedir⁴³. Çocuk, onun için en uygun yer ve zamanda herhangi bir tedirginliğe mahal verilmeyecek şekilde dinlenmelidir⁴⁴. Kaldı ki ÇHS'ye taraf olan devletler, "*Taraf devletler, çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını gereken özen gösterilmek*

⁴⁰ GRASSINGER, a.g.m., s. 835.

⁴¹ GRASSINGER, a.g.m., s. 836.

⁴² GRASSINGER, a.g.m., s. 835.

⁴³ CEYLAN Ebru, "Türk Velâyet Hukukunda Yeni Gelişmeler" (Velâyet Hukuku), *Legal Hukuk Dergisi*, C.16, S.181, Yıl 2018, s. 45.

⁴⁴ GRASSINGER, a.g.m., s. 838.

suretiyle tanırlar.” (m. 12/1) ifadesi ile çocuğa, görüşünü serbestçe beyan edeceği ortamı sağlamak konusunda yükümlüdürler⁴⁵.

Bunların yanında çocuğun, konu ile ilgili yeterince bilgilendirilmiş olması da gerekmektedir⁴⁶. Bu bilgilendirme; işlemin neye yönelik olduğu, işlem gerçekleşirse veya gerçekleşmezse ortaya çıkabilecek olası sonuçların neler olabileceği gibi kapsamlı olguları barındırmalı ve çocuğun algılayabileceği bir şekilde çocuğa aktarılmalıdır. Çocuğun doğru ve yeteri kadar bilgilendirilmesi onun açıklayacağı iradesinin tartışmasız olması için elzem olduğundan, ÇHKİAS m. 6/a’da “*çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velâyet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.*” denerek ilgili devlet makamına bunu tespit etme yükümlülüğü getirilmektedir.

Çocuğun görüşünün alınması mutlak surette o yönde karar verileceği şeklinde de anlaşılmalıdır. Bazı durumlarda çocuğun görüşünün alınmasından vazgeçilebilmektedir. Buradaki en önemli faktör, çocuğun yararı ilkesinin gözetilmesidir. Böylece bu ilkenin yerine getirilmesinin çocuğa katlanamayacağı derecede ağır gelmesi veya dinlenmenin onda kalıcı olumsuz sonuçlar doğurmasının, çocuğun dinlenmesinin sağlayacağı menfaate üstün tutularak çocuğu, bu olumsuz etkilerden korumak adına onun dinlenilmesinden vazgeçilmektedir⁴⁷. Bunun yanında çocuğun birden fazla dinlenmesinin dosyaya faydası olmaması veya bunun çocuğu psikolojik olarak zorlaması ya da çocuğun yararının o konuda acil olarak karar alınmasına bağlı olması hâllerinde de

⁴⁵ GRASSINGER, a.g.m., s. 839. Çocuğa kendisini ilgilendiren konularda irade beyan etmek, bir hak olarak tanınmaktadır. Bu bir yükümlülük olmadığından çocuk, eğer dinlenmek istemiyor ise görüşünü bildirme zorunluluğu da bulunmamaktadır.

⁴⁶ BAYGIN, a.g.e., s. 274.

⁴⁷ GRASSINGER, a.g.m., s. 842. Bu düşüncemize dayanak sağlayan Yargıtay 2. HD 2016/10716E. 2016/11271K. 08.06.2016 k.t.li ilamı da şöyledir: “*Davacı babanın Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/159 esas sayılı dosyasında çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hapisle cezalandırılmasına karar verildiği ve davalı annenin 10.6.2013 tarihinde 2. evliliğini gerçekleştirilmesinden sonra ortak çocuğun yaşadığı evi terkettiği anlaşılmaktadır. Çocuğun annesi ile, yaptığı evlilik sebebiyle görüşmek istemediğini bildirmesi, velâyetin kaldırılmasını ya da velâyetin değiştirilmesini gerektirmez. Bu durumda davanın tümden reddi gerekirken, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırıdır.*” www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 13.01.2018). Bu kararında Yargıtay, yalnızca evlilik yapmanın velâyetin kaldırılmasına veya değiştirilmesine sebep olmadığını belirtse de bu ifadenin genel bir yaklaşım olduğunu düşünmekteyiz. Zira çocuğun, annesinin yaptığı evlilikten açıkça zarar gördüğü, annenin ikinci evliliği nedeniyle velâyetle ilişkin yükümlülüklerini açıkça yerine getirmediği anlaşılmakta ise burada annenin velâyet hakkına sahip olmasını gerektiren bir olgunun varlığından söz edilemediğinden, çocuğa bir yakınının vasi olarak atanması veya çocuğun bir bakımevine yerleştirilmesi çocuğun üstün yararına olmaktadır.

çocuğun dinlenmesinden vazgeçilebilmekte veya çocuğun dinlenmesi ileri bir tarihe bırakılabilmektedir⁴⁸.

Yargıtay'ın da yerleşik içtihadları doğrultusunda özellikle çocuğun velâyetinin değiştirilmesine⁴⁹ veya velâyet hakkına sahip olmayan taraf ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda⁵⁰, çocuğun görüşünün alınmaması bozma nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu konu her ne kadar yargılama sırasında dikkat edilen bir husus olsa da doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre⁵¹, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde kabul edilen Çocuk Hukuku'nun ana ilkelerinden olan çocuğun görüşünün alınması ilkesinin, aynı hassasiyeti taşımayı amaçlayan mevzuatımızda yerini almamış olması büyük bir eksikliklerdir.

IV. VELÂYET HAKKINA SAHİP OLANLAR

Velâyet, eşlerin evli olması, evli olmaması ve tekrar evlilik yapmaları durumlarında TMK'da ayrı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bu düzenlemelere kısaca yer verildikten sonra detayları ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Velâyet, TMK m. 335/1'de açıkça: *“Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır.”* denilmek suretiyle kural olarak evli olan anneye ve babaya birlikte

⁴⁸ GRASSINGER, a.g.e., ss. 842-844.

⁴⁹ Yargıtay 2. HD 2016/24604E. 2017/485K. 16.01.2017T.: *“Somut olayda; ortak çocuk Emirhan 2006 doğumlu olup idrak çağındadır. Bu bakımdan ortak çocuk Emirhan'ın mahkemece veya istinabe suretiyle eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, velâyet hakkındaki tercihinin kendisinden sorulması, çocuğun hâlen nerede ve kiminle yaşadığı tespit edilerek, psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı niteliğindeki uzman veya uzmanlardan (4787 s.K.m.5) sosyal inceleme raporu istenerek, tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, velâyet konusunda yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırıdır.”* www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 13.01.2018); YHGK 2011/2-884E. 2012/197K. 16.03.2012T., www.kazanci.com (Erişim Tarihi 14.01.2018).

⁵⁰ Yargıtay 2. HD 2016/16051E. 2016/15916K. 13.12.2016T.: *“Ortak çocuk 28/04/2005 doğumludur ve idrak çağındadır. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri, iç hukuk tarafından çocuğun idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, çocuğa adli merci önündeki kendilerini ilgilendiren davalarda kendi görüşünü ifade etmesine müsaade edilmesini ve yüksek çıkarlarına açıkça ters düşmediği takdirde ifade ettiği görüşe gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Mahkemece çocuğa görüşünü ifade etmesi olanağı tanınmadığı gibi, kişisel ilişkinin düzenlenmesine esas olmak üzere herhangi bir uzman incelemesi de yaptırılmamıştır. Mahkemece yapılacak iş; davalı baba ile arasında kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi ile ilgili tercihinin sorulması ve mahkeme nezdindeki aile mahkemesi uzman veya uzmanlardan rapor alınması, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, çocuğun üstün yararının saptanması, hasil olacak sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Açıklanan hususların üzerinde durulmaksızın eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”* www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 13.01.2018)

⁵¹ SEROZAN, s. 294.

tanınmıştır. Unutulmamalıdır ki velâyet hakkına sahip olmak için çocuğun biyolojik olarak annesi ya da babası olmanın yanında annenin ve babanın ayırt etme gücüne sahip, ergin ve hakkında kısıtlama kararı verilmemiş olması da gerekmektedir⁵².

Ancak kanundaki şartların varlığı hâlinde hâkim, velâyetin anneden veya babadan birine verilmesine veya ikisi için de velâyet hakkının kaldırılarak çocuğa bir vasi atanmasına karar verebilir (TMK m. 348). Annenin ve babanın evli olmaması durumunda ise çocuk ile annenin soybağı doğumla (TMK m. 282/1) kanunî olarak doğrudan kurulduğundan velâyet de doğum anında sadece anneye ait olmaktadır⁵³.

Velâyet kendisine bırakılmış olan tarafın bir başkasıyla evlenmesi durumunda çocuğun velâyeti hâlâ sadece velâyet kendisine bırakılan tarafta kalmaya devam etmektedir. Daha açık ifade ile üvey annenin veya üvey babanın, üvey çocukları üzerinde velâyet hakları yoktur. Ancak kanun koyucu, “*eşler ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler*” (TMK m. 338/1) diyerek üvey çocukların evlilik birliği içinde korunması, bakımı ve gelişimi için gerekli yardımlarda bulunma yükümlülüklerini eşlere yüklemiştir⁵⁴.

A. ANNE VE BABANIN EVLİ OLMASI HÂLİNDE (TMK m. 336)

Velâyetin en tabii şekli m. 336/1 hükmünde de yer verildiği üzere, çocuğun doğum anında⁵⁵ annenin ve babanın evli olması durumunda anneye ve babaya birlikte tanınmasıdır⁵⁶. Ancak doğum anında annenin ve babanın evli olmaması veya boşanmış olması hâllerinde, çocuğun ebeveynlerinin tekrar evlenmesi ile velâyet tekrar anneye ve babaya birlikte tanınmaktadır⁵⁷. Görüldüğü üzere velâyet, yalnızca anneye ve babaya tanınmaktadır; büyükanne büyükbaba gibi annenin ve babanın aile ve yakınları velâyet hakkına sahip olamamaktadırlar⁵⁸.

⁵² ÖZTAN, a.g.e., s. 1085; HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 181.

⁵³ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 407.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 625.

⁵⁵ Velâyetin çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulduğuna dair doktrinde bir görüş bulunmaktadır, ÖZTAN, a.g.e., s. 1086.

⁵⁶ DURAL, ÖGÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., s. 344; ÖZTAN, a.g.e., s. 1087; AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 407.

⁵⁷ ÖZTAN, a.g.e., s. 1087.

⁵⁸ ÖZDEMİR Hayrunnisa, RUHİ Ahmet Cemal, *Çocuk Hukuku*, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 755.

Velâyetin birlikte kullanılmasından çocuğun gelişimi, bakımı, korunması, temsil edilmesi, mallarının yönetilmesi gibi velâyetin kapsamına giren tüm konularda annenin ve babanın birlikte hareket etmeleri anlaşılmalıdır⁵⁹.

Velâyetin birlikte kullanılabilmesi, pozitif hukukta annenin ve babanın fiilî olarak evlilik birliğine devam etmesi hâlinde söz konusu olmaktadır. Anne ve baba, çocuklarının yararını her zaman göz önünde tutarak velâyete ilişkin haklarını ve yükümlülüklerini birbirlerinden bağımsız olarak da yerine getirebilmektedirler⁶⁰. Böylelikle anne veya baba, çocuğun yararını gözeterek özellikle acil karar alınması gereken durumlarda tek başına hareket ederek velâyetin kanundan doğan yükümlülüklerini kullanabildiği gibi; diğer eşin açık veya örtülü rızası ile de velâyet hakkını kullanabilmektedir⁶¹. Bu rıza, işlemden önce izin şeklinde olabileceği gibi yapılan işleme sonradan onay verilmesi ile de gerçekleşebilir⁶². Velâyetin anneye ve babaya yüklediği yükümlülüklerden biri de çocuğun üçüncü kişiler veya kurumlar önünde temsili olduğundan; anne veya baba çocuklarının yararı gerektirdiği ölçüde diğer eşin rızası ve bilgisi olmadan üçüncü kişilerle işlemler yapabilir. Bu gibi durumlarda iyiniyetli üçüncü kişi, çocuğun velâyeti kapsamında yapılan işleme diğer eşin rızasının olduğunu varsaymaktadır⁶³ (TMK m. 342/2).

Bunun dışında eğer anne ve baba; çocuğun gelişimi bakımından alınacak önemli bir kararda ortak noktaya varamıyorlarsa, TMK m. 195'e⁶⁴ göre ayrı ayrı hâkime

⁵⁹ DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., s. 345.

⁶⁰ ÖZTAN, a.g.e., s.1087; BİRİNCİ UZUN Tuba, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", *Hacettepe HFD*, 6(1) 2016, s. 139.

⁶¹ ÖZTAN, a.g.e., s. 1087. Eşlerin velâyeti birlikte kullanmasına ilişkin Yargıtay'ın ilgili bir kararı da şöyledir: "*Dava, evliliğin devamı sırasında eşlerden birisi tarafından, nüfus kaydının düzeltilmesi istenilen küçüğe velâyetten açılmış, mahkemeye, diğer eşin katılması veya onayı aranmadan davaya bakılıp karar verilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinde, (eşlerden herhangi birisine öncelik veya üstünlük tanınmadan) evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın, velâyeti birlikte kullanacağı öngörülmüş ve 342. maddesinde de anne ve babanın çocuğu velâyetleri çerçevesinde temsil edecekleri ilkesi yine ayırım yapılmadan getirilmiştir. Emredici nitelikteki bu yasa kuralı evlilik birliği içerisinde velâyetin kullanılması kapsamında ana ve baba tarafından çocuk adına açılacak bütün davalar yönünden de geçerlidir. Buna göre, asıl olan eşlerin birlikte dava açmaları ise de bunlardan birisi tarafından açılacak davaya diğer eşin sonradan onayını bildirip olumlu iradesini ortaya koyması ile velâyetin birlikte kullanılması gerçekleşmiş olacağından yeterlidir. Diğer eşin katılımının veya rızasının sağlanamadığı davanın ise reddi gerekir.*" (8. HD 2017/2158 E., 2017/6854 K. 11.05.2017T.) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 10.11.2017)

⁶² HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 185.

⁶³ ÖZTAN, a.g.e., s. 1087; UÇAR Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", *AÜEHFD*, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 330.

⁶⁴ Birliğin Korunması Başlıklı TMK m. 195: "*Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyumsuzluğa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahâlesini isteyebilirler.*"

başvurup bu konuda hâkimin tarafları uzlaştırmasını talep edebilmektedirler. Eğer anne ve baba hâkimin uzlaştırma çabalarına rağmen anlaşamıyorlarsa bu sefer, hâkim m. 346 gereği çocuğun yararını korumak adına gerekli önlemleri almakla mükelleftir⁶⁵.

Velâyet, m. 336/3'e göre annenin veya babanın ölmesi hâlinde sağ kalan eşe; eşlerin boşanması hâlinde ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olmaktadır. Eşlerden birinin ölmesi durumunda velâyetin yalnızca sağ kalan eş tarafından kullanılabilmesi, eşlerin ölüm anında evli olmalarına bağlıdır⁶⁶. Başka bir şartın bulunmadığı bu hâlde, velâyet kanunî olarak kendiliğinden sağ kalan eşe geçmektedir⁶⁷.

Evli olan eşlerin veya kişilerin tek başlarına velâyet hakkına sahip olmalarını sağlayan başka bir durum ise evlât edinmedir. TMK m. 305- m. 320 arasında düzenlenen şartları sağlayan eşler veya otuz yaşını doldurmuş bireyler (TMK m. 307), evlât edinilen çocuk üzerinde TMK m. 314/1 gereği yalnızca anneye ve babaya tanınan hak ve yükümlülükler sahip olabilmektedirler. Böylelikle evlât edinen kişi veya eşler de çocuk üzerindeki velâyet hakkına ve onu kullanma yetkisine sahip olmaktadır.

B. ANNE VE BABANIN BOŞANMASI HÂLİNDE (TMK m. 337)

Anne ve babanın boşanması hâlinde ise çocuğun velâyeti mahkeme tarafından kime bırakıldıysa ona ait olmaktadır.

Çocuğun velâyetine sahip olan annenin veya babanın, boşanma kararından sonra ölmesi hâlinde sağ kalan eş, velâyeti kendiliğinden kazanamamaktadır. Bu hâlde çocuğun velâyeti boşta kaldığından sağ kalan eş, Aile Mahkemesi'ne başvurarak velâyetin kendisine verilmesini talep etmelidir. Bu durumda Yargıtay, çocuğun davada temsil edilebilmesi için öncelikle çocuğa vasi tayin edilmesi gerektiğini belirterek çocuğun üstün yararı ilkesinin karşılaşılabilecek her durumda korunması gerektiğinin altını çizmektedir⁶⁸. TMK m. 348/2 uyarınca velâyet, her iki eş için de kaldırılırsa çocuğa bir

Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır."

⁶⁵ UÇAR, a.g.m., s. 326; ÖZTAN, a.g.e., ss. 1087-1088.

⁶⁶ ÖZTAN, a.g.e., s. 1091.

⁶⁷ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 623.

⁶⁸ Yargıtay 2. HD 1997/12353 E., 1997/12132 K. Ve 11.11.1997 k.t.li ilâmı: "Velâyet kendisine tevdi edilen eşin ölümü hâlinde ise velâyet kendiliğinden sağ kalan eşe geçmez, boşlukta kalır. Bu itibarla mahkemeye küçüğün velâyetinin kime tevdi edildiğinin araştırılması, vefat eden babasına tevdi edilmiş olması hâlinde ölümle velâyet hakkı anneye geçmeyeceği için velâyeti boşlukta kalan küçüğe vasi tayini cihetine gidilmesi, annesine tevdi edilmiş olması hâlinde velâyetin nezinin gerekip gerekmediği

vasi tayin edilmektedir. Bu iki birbirini tamamlayan açıklamaya göre; boşanma sonrası velâyet kendisine verilen taraf öldüğünde sağ kalan eşin, velâyetin kendisine verilmesi amacıyla dava açması ve bu davada velâyeti askıda kalan çocuğun, bir vasi ile temsil edilmesi gerekmektedir. Aksi hâl, Yargıtay'a göre bozmayı gerektirmektedir⁶⁹.

Evlilik birliği devam ederken eşlerden biri kişiliği, ekonomik güvenliği ve aile huzurunun önemli ölçüde tehlikeye düştüğü gerekçesi ile ayrı yaşamayı isteme hakkına sahiptir (TMK m. 197/1). Ayrılık hâli eşlerin fiilen ortak hayatı sonlandırmaları şeklinde olabildiği gibi, hâkim de ayrılığa karar verebilmektedir. Önemli olan, eşler arasındaki ortak hayatın sona ermiş olmasıdır⁷⁰. Ayrılık hâli gerçekleşmiş olan evliliklerde, hâkim çocuğun velâyetini eşlerden birine vererek, boşanmada olduğu gibi, çocuk ile diğer eş arasında uygun bir kişisel ilişki tesis etmelidir.

C. ANNE VE BABANIN ÇOCUĞUN DOĞUMU ANINDA EVLİ OLMAMASI HÂLİNDE

Anne ile çocuk arasında soybağı ve dolayısıyla velâyet hakkı doğum ile kendiliğinden kurulmaktadır. Böylelikle anne, çocuğu doğurduğu an velâyet hakkına da kendiliğinden sahip olmaktadır. TMK m. 337/1 hükmü de anne ile babanın çocuğun doğumu anında evli olmaması hâlinde velâyeti yalnızca anneye tanımaktadır.

Çocuğun babasının, tanınmaması veya bilinmemesi durumlarında ise velâyet doğrudan yalnızca annenin olmaktadır. Eğer anne kısıtlanmış, küçük veya velâyet anneden kaldırılmışsa mahkeme çocuğa ya bir vasi tayin etmekte ya da velâyet hakkını babaya vermektedir. Ancak anne ile evli olmayan babanın, çocuğun velâyetini kazanabilmesi için çocuk ile aralarında tanıma veya babalık davası (TMK m. 295 vd.) ile soy bağı ilişkisinin kurulması gerekmektedir.⁷¹.

hususunda bir karar verilmesi gerekirken, bu hususta bir karar verilmeksizin velâyet hakkının yasal olarak velâyet hakkı olmayan davacı amca Mehmet Ceylan'a tevdiine karar verilmiş olması usûl ve yasaya aykırı bulunmuştur."

⁶⁹ Yargıtay 2. HD 2014/16728E. 2014/24215K. 01.12.2014T., www.kazanci.com (Erişim Tarihi 31.07.2018)

⁷⁰ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 623.

⁷¹ HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 188.; DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., ss. 344-345.

Ç. ÖZEL BİR DURUM: ORTAK VELÂYET

Velâyetin ortak kullanılması, esasen annenin ve babanın velâyete dair hakları kullanırken ve yükümlülükleri yerine getirirken birlikte hareket etmesidir. Bunda tereddüde yer verecek bir durum yoktur. Ancak dünyanın iktisadî gelişimi sonucu kadınların ve bunların içinde artan bir oran ile annelerin çalışma hayatına uyumu, klasik aile düzeninde de birtakım değişiklikler meydana getirmiştir. Ortak velâyet de bu değişikliklerin meydana getirdiği değişen şartlardan doğan ihtiyaçların yerine getirilmesi talebi olarak hukuk dünyasına dahil olmaktadır⁷². Annelerin çalışmaya başlaması ile çocuğa ilişkin yükümlülüklerin önceden annenin sorumluluğunda olması gerektiği, babanın ise aslî görevinin evin geçimini sağlamak adına maddî destekte bulunması gerektiği düşüncesinden uzaklaşarak; çocuğa ilişkin yükümlülüklerin anne ve baba arasında iş paylaşımı şeklinde yeni aile yaşantısının olağan akışı içerisinde bölüşülmesi sonucu, babanın çocuğun hayatında daha aktif bir rol oynadığı görülmektedir.

Böylelikle eşlerin boşanması hâlinde çocuğun velâyetinin eşlerden birine genellikle de anneye verildiği uygulamalarda, boşanmadan önce diğer eş özellikle de baba ile çocuk arasında kurulan sağlıklı ilişki, boşanma ile sekteye uğrayarak babanın çocuğu belli zamanlarda görmesi, çocuğuna yalnızca maddî destek sağlaması, diğer tüm işlemlerinin anne tarafından yapılması babanın çocuğu ile ilgili konularda söz hakkının olmaması gibi olası durumların, çocuğun gelişiminde olumsuz etkiler doğurması muhtemeldir⁷³. Bu nedenle son zamanlarda boşanmadan sonra özellikle babalar tarafından çocuğun velâyetinin birlikte kullanılması talepleri giderek artmaktadır.

Bu konu doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına da ortam hazırlamıştır. Bir görüşe göre “*Velâyet, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” (TMK m. 336/3) hükmünün emredici olmadığı kabul edilmelidir⁷⁴. Önemli olan boşanmış olan eşlerin, çocuklarının velâyetine ilişkin görevleri ve hakları birlikte yürütmek istemeleri⁷⁵, çocuğun da buna razı olması⁷⁶ ve en nihâyetinde hâkimin de bu

⁷² SERDAR İlknur, “Birlikte Velâyet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C.10, S.1, 2008, s. 169.

⁷³ SERDAR, a.g.m., s. 169.

⁷⁴ KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, *Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması*, 1.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s. 37, “Eşlerin velâyet konusunda serbestilerinin olduğu hâkim tarafından göz önüne alınarak onların kendi aralarında yaptıkları anlaşmaları onaylanmalıdır.”

⁷⁵ ELÇİN Evgen Gülçin, “Türk Medeni Kanununda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler”, *MHB*, Yıl 35, S.1, 2015, s. 98.

olguları yargılama aşamasında tespit edebilecek düzeyde bir takdir yetkisinin kendisine tanındığının kabul edilmesidir⁷⁷. Velâyetin birlikte kullanılması aynı zamanda çocuğun fiziksel, ruhsal, ahlâkî yönden gelişimi için de uygun olmalıdır.

Ortak velâyetin Türk hukukunda kabul edilmesi gerektiğini savunan yukarıdaki ve diğer görüşlere göre lâfzın amaca göre yorumlanması gerektiğinden hareketle hükümde velâyet kendisine bırakılan *tarafa* denilerek velâyetin eşlerden birine bırakılacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira kanun koyucu eğer kat'i olarak boşanmada velâyeti eşlerden birine bırakmayı öngörseydi daha açık bir düzenleme yapılırdı. ‘*Taraf*’ kelimesinden eşlerden biri veya her ikisi de anlaşılabilirdi⁷⁸. TMK m. 336/1 ve m. 336/2 hükümleri incelendiğinde, aslolanın ortak velâyet olduğu ancak; boşanma hâlinde velâyetin eşlerden birine bırakılmasının hâkimin takdirinde olduğu, böylelikle TMK m. 336/3 hükmünün emredici bir hüküm olmadığı ve hâkimin burada amaçsal yorum ile hareket etmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır⁷⁹. Bu nedenle yalnız hükmün lafzından yola çıkarak karar vermek çocuğun üstün yararı ilkesinin göz ardı edilmesi sonucunu da doğurmaktadır.

Ortak velâyetin; Türk hukukunda boşanma davalarında hâkime tanınan takdir yetkisi kapsamında mümkün olduğunu savunan bir görüşe göre de, kanun koyucunun bu maddeyi düzenlerken özellikle ikinci fıkrada ayrılık hâli ve ortak hayata son verme durumlarında *hâkim velâyeti eşlerden birine verebilir* demesi; hâkime, çocuğun yararını gözetecek şekilde takdir yetkisi tanındığının göstergesidir. Ancak aynı hassasiyetin m. 336/3’te gösterilmemiş olduğu düşünülemez. Bu nedenle hâkimin, boşanmada da ayrılık hâlinde olduğu gibi çocuğun yararı bu yönde ise ve eşler de istiyor ise velâyetin birlikte kullanılması yönünde takdir yetkisi olduğu ve bu yönde karar verebileceği kabul edilmelidir⁸⁰.

⁷⁶ Yargıtay’ın, ortak velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararının tenfizini reddettiği bir kararda karşı oy yazısı da bu doğrultudadır: “*Türk hukukunda "birlikte velâyet" kurumunun düzenlenmemiş olması; nispi etkilidir. Boşanma veya ayrılık kararı sonrası velâyet durumunu düzenleyen Türk Medeni Kanununun 336/2-3. maddesi, "nispi emredici nitelikte" bir hükümdür. Bu nedenle, mahkemece, birlikte velâyete re'sen karar verilemez. Ancak, ana/babanın bu konuda bir anlaşması mevcut ve bu anlaşma çocuğun üstün yararına aykırı değilse; anlaşma uyarınca, birlikte velâyete karar verilmesi ve çocuğun hangi ebeveyninin yanında kalacağına da kararlaştırılması gerekir.*”, 2. HD 2012/21186E. 2013/7440K. 19.03.2013T., www.karartek.com (Erişim Tarihi 23.05.2018)

⁷⁷ ÖZTAN Bilge, “Türk hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu” (Birlikte Velâyet), *Prof. Dr. Tuğrul ANSAY’a Armağan, Turhan Kitabevi*, Ankara, 2006, s. 259.

⁷⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için KOÇHİSARLIOĞLU, a.g.e., ss. 105-106.

⁷⁹ ARKAN SERİM Azra, “Boşanma Hâlinde Ortak Velâyet”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 167, Yıl 2016, s. 6085; CEYLAN, (Velâyet Hukuku), s. 55.

⁸⁰ ÖZTAN, (Birlikte Velâyet), a.g.m., ss. 257-258.

Türk Medeni Kanunu m. 336/3 düzenlemesinin ortak velâyet olarak yorumlanmasına sebebiyet verecek bir boşluk yerine menfî bir çözüm olduğu yönündeki görüşe göre ise bu yönde bir düzenleme yapılması boşanmış olan eşlerin, anlaşmazlıklarını çocukları üzerinden devam ettirecekleri ve nihayetinde bundan en çok zarar göreceği olanın müşterek çocuk olacağı düşüncesinden hareketle böyle bir düzenleme kanunda yer almamalıdır⁸¹.

Türk hukukunda tartışmalara vesile olan ortak velâyet konusu İsviçre ve Alman hukuklarında da benzer tartışmalara konu olmuştur. Bu tartışmalara, girmemekle beraber şunu kısaca belirtmekte fayda var: gelinen son noktada, İsviçre hukukunda boşanma sonrası velâyetin eşlerden birine verilmesi esas olmakla birlikte; tarafların ortak velâyet konusunda anlaşmış olması ve bunun çocuğun yararına olacağı kanaati var ise hâkim ortak velâyete hükmedebilmektedir. Alman hukukunda ise İsviçre hukukundan farklı olarak boşanma sonrası ortak velâyete hükmedilmesi esas kabul edilip; eğer eşlerden birinin velâyeti kullanması sakıncalı ise istisnâî olarak velâyetin anne veya babadan birine bırakılması düzenlenmiştir⁸².

Son olarak Türk hukukunda yaşanan yeni gelişmeler sonrası ortak velâyete sıcak bakıldığı görülmektedir. Türkiye tarafından 6684 sayılı Kanun ile onaylanarak 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol m. 5'e göre "*Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi hâlinde, 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.*" 25.03.2016 tarihinden itibaren AY. m. 90 gereği Türk hukukuna girmiş olan bu düzenleme ile boşanma hâlinde ortak velâyetin düzenlenebileceğine ilişkin açık bir yasal dayanak oluşmuş olmaktadır. Hatta Yargıtay bu zamana kadarki baskın içtihadını⁸³ değiştirerek "*iç hukukumuz ve kamu düzeni*

⁸¹ HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 129.

⁸² İsviçre ve Alman hukuklarında birlikte velâyet konusuna ilişkin detaylı bilgi için BİRİNCİ UZUN, a.g.m., ss. 154-155; SERDAR, a.g.m., s. 170; ARKAN SERİM, a.g.m., ss. 6080-6082; Monografi olarak bkz. KOÇHİSARLIOĞLU; İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku dışında Hollanda, Avustralya, ABD Hukukları'nda ortak velâyete ilişkin düzenlemeler hakkında bilgi almak için KİREMİTÇİ Müge, *Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015, ss. 14-15.

⁸³ Yargıtay 2. HD 2006/6824E. 2006/13638K. 10.10.2006T.: "*Evlilik devam ettiği sürece ana-baba velâyeti birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi hâlinde hâkim velâyeti eşlerden birine vermek zorundadır. (TMK.mad.336) Velâyetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı*

kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velâyet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir." şeklinde hüküm kurmuş ve ortak velâyet hakkında mahkemenin bir karar vermesi gerektiği yönünden kararı bozmuştur⁸⁴.

mahkemenin müşterek çocuğun velâyetini yazılı şekilde düzenlemesi Türk Medeni Kanununa aykırıdır." www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 17.01.2018). Yargıtay 2. HD'sinin aynı yönde verdiği kararların bazıları şunlardır: 2004/12285E. 2004/13680 K. 22.11.2004T.; 2004/13947E. 2004/15854K. 27.12.2004T.; 2006/2773E. 2006/9267K. 12.06.2006T., www.kazanci.com (Kararlara erişim tarihi 21.01.2018).

⁸⁴ Yargıtay 2. HD 2016/15771E. 2017/1737K. 20.02.2017T.: "Taraflar İngiliz vatandaşıdır. Davacı baba, evlilik dışı doğan 24/10/2003 doğumlu ortak çocuk... 'un velâyetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velâyetin ortak düzenlenmesini istemiştir.

Mahkemece özetle; tarafların millî hukukuna göre evlilik dışı doğan çocuklar açısından ortak velâyet düzenlemesi mümkün ise de ortak velâyet düzenlenmesinin Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır(MÖHUK m. 17/1).

Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.(MÖHUK m.5/1).

Somut olayda çözümlenmesi gereken uyumsuzluk, "ortak velâyet" düzenlenmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının belirlenmesine yöneliktir.

Bu bağlamda öncelikle iç hukukumuzdaki yasal düzenlemelere bakmak gerekir. İç hukukumuzda konumuzla ilgili yasal düzenlemeler aşağıdaki gibidir.

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

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır(TMK m. 182/1-2).

Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz.

Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar(TMK m. 335).

Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.

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

Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir"(TMK m.336).

Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir.

Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir(TMK m.337).

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol", 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz hâlini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre, "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi hâlinde, 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".

Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler

V. VELÂYETE TABİ OLANLAR

Velâyetin ergin olmamış çocuklar üzerinde kullanılması esastır. Böylelikle çocuk ister on sekiz yaşını doldurma ister evlenme veya mahkemece ergin kılınma hâllerinden biri ile ergin olduğunda annesi ve babası ile arasındaki velâyet ilişkisi kendiliğinden sonlanmış olmaktadır⁸⁵.

Bunun yanında ergin olmakla beraber hakkında kısıtlama kararı verilen kişiler de m. 419/3 uyarınca kural olarak velâyet altına alınmaktadır. Eğer velâyet altında olmak kısıtlı ergin çocuğun zararına olmayacak ise çocuğun ihtiyaçlarının en yapıcı ve

içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90/son).

İç hukukla ilgili yasal düzenlemeye baktıktan sonra "kamu düzeni" (ordre public) kavramı üzerinde durmak uyuşmazlığın çözümü için yararlı olacaktır.

Kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek tam bir tarifini yapmak kolay değildir. Genel bir tanımla; "Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlâk kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür". Bu genel çerçeve içerisinde kamu düzeni kuralları bir toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar olarak açıklanabilir. (Prof. Dr.Aysel Çelikel-Prof.Dr. B. Bahadır Erdem, Milletlerarası özel hukuk 11.bası-sayfa:149).

Genel olarak; hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf-âdet ve ahlk telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak ifade edilebilir ve bu değerlerle açık bir şekilde uyuşmayan yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün kamu düzenine aykırı sayılarak uygulanmayacağı söylenebilir. Yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün somut olayda tatbiki ile ortaya çıkaracağı sonuç, yukarıda belirtilen temel ilke ve değerler karşısında da tahammül edilmez bir durum yaratmakta ise, yabancı hukukun kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahisle yabancı hukuk uygulanmaz. Burada, yabancı hukukun tatbikini engelleyen kamu düzeninin "menfi etkisi"nden bahsedilir.

Kamu düzeni kavramı geniş, muğlâk, izafî ve değişkendir(Prof.Dr.Cemal Şanlı-Doç.Dr.Emre Esen-Yrd.Doç.İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası özel hukuk-4.Bası-sayfa: 72-73-78).

Türk hukukunda kamu düzeni (ordre public, amme intizamı) yabancı hukukun tatbikini önleyen istisnai bir göreve sahiptir. Kanunlar ihtilâfi kaidelerimizce yetkilendirilen yabancı hukuk ülkenin kamu düzenine "açıkça" aykırılık teşkil etmemesi şartıyla tatbik olunma imkânına sahiptir(MÖHUK m.5). Şu hâlde, kamu düzeni bizim için kanunlar ihtilâfi hukukuna ait tek taraflı bir "bağlanma kaidesi" değildir. Aksine kanunlar ihtilâfi kaidemizin gösterdiği yabancı hukuk nizamının tatbiki prensibinin bir istisnasıdır(Prof.Ergin Nomer-Prof. Cemal Şanlı, Devletler Hususî Hukuk, 18.bası-sayfa:159)

"...Esasa uygulanan hukukun Türk hukukunda farklı olması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlâk anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlâk ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır" (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K.sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).

Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velâyet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.

O hâlde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek millî hukuklarındaki velâyete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velâyet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir." www.kazanci.com (Erişim Tarihi 20.01.2018)

⁸⁵ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 409.

özverili şekilde yalnız ailesi tarafından karşılanabileceği açık olduğundan bu hükme yer verilmiştir⁸⁶.

Velâyete ilişkin TMK'nın kimi hükümleri, kısıtlı ergin çocuk ile küçükler üzerinde velâyetin kullanılmasında aşağıda açıklanan bazı farklılıklar barındırmaktadır⁸⁷:

- a. Anne ve baba, küçüğün mallarını TMK m. 354 uyarınca kullanabilirken; kısıtlı ergin çocuklarının mallarını kullanamamaktadırlar.
- b. Kısıtlı ergin çocuğun velâyet altına alınması, hakkında kısıtlama kararı alınmasından ötürü olduğundan velâyetin kaldırılması için de öncelikle kısıtlılığın kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken; küçük hakkında velâyetin sona ermesi ergin olma ile kendiliğinden gerçekleşmektedir.
- c. Küçük hakkında velâyetin kaldırılmasına karar verilirken TMK m. 348'de sayılan hâllerden biri aranırken; kısıtlı ergin çocuk yönünden velâyetin kaldırılması, hâkim, çocuğun yararına uygun düştüğü ölçüde uygun görürse her zaman mümkün olabilmektedir.
- d. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün, malları üzerinde annesinin ve babasının önemli tasarruflarda bulunmasında rızasının aranmamasına karşın; kısıtlı ergin çocuğun rızasının alınması gerekmektedir.

VI. VELÂYET HAKKININ KAPSAMI

Velâyet, annenin ve babanın, çocukların malvarlığı ve şahıs varlığı üzerinde sahip oldukları haklar ve yükümlülükler ile çocuğun temsilini kapsamaktadır. Bu nedenle söz konusu hususları ayrı ayrı ele almak çalışmamız açısından yol gösterici olacaktır.

A. ÇOCUĞUN KİŞİLİK HAKLARI YÖNÜNDEN

Çocuğun eğitimi, dinî eğitimi, temsil edilmesi, fiil ehliyeti, aileyi temsil etmesi, ebeveynleri ile arasındaki hukukî ilişkiler, çocuğun adının konması, yerleşim yeri konuları çocuğun şahsını ilgilendiren konulardır. Bu başlıklara geçmeden önce şunu belirtmek gerekir ki yukarıda açıklanan çocuğun üstün yararı doğrultusunda görüşünün

⁸⁶ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 409.

⁸⁷ ÖZTAN, a.g.e., ss. 1082-1083.

alınması gerektiği ilkesi bu noktada anne ve baba tarafından dikkat edilmesi gereken en önemli konudur.

Bu ilkenin TMK m. 339/3'te "*Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.*" şeklinde düzenlenmesi ile eşlerin velâyeti kullanmadaki sınırlarının, çocuğun kendi hayatı hakkında ruhsal ve zihinsel olgunluğu nispetinde görüş bildirebilme veya karar verebilme özgürlüğü ile çerçeveslendiği görülmektedir.⁸⁸ Böylece velâyetin anneye ve babaya tanınan bir hak olduğu kadar, onlara bazı sorumluluklar da yüklediği unutulmadan, çocuklarının bir birey olarak var olma mücadelesinde ona kendini özgürce ifade edebildiği, kendi kararlarını alabildiği bir alan da bırakan ebeveynlerin velâyetin, çocuğun kişisel gelişimindeki rolünü de sağlamış olmaktadır.

1. Çocuğa Ad Verilmesi

Evlilik birliği içinde doğan çocuğa, adının verilmesi TMK m. 339/5'e göre anneye ve babaya bırakılmıştır. Çocuğa ad verilmesinin, yalnızca anneye ve babaya tanınan bir hak olmasından dolayı velâyet, yalnız annede veya babada ise çocuğa adını verebilecek olan da o olmaktadır⁸⁹. Soyadı Kanunu'na⁹⁰ (SK) göre herkesin bir adı ve

⁸⁸ DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., s. 346.

⁸⁹ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 629; DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., s. 347. Çocuğa ad verilmesi konusunun velâyet ile sıkı ilişkili olduğu görüşünün yanında, doktrinde bunun velâyet hakkı ile ilişkili olmadığını velâyet eşlerden kaldırılmış olsa dahi onların çocuğa ad verebileceklerini savunan yazarlar da vardır. ÖZTAN, a.g.e., s. 1018; AKYÜZ Emine, *Çocuk Hukuku*, 6.b., Ankara: Pegem Akademi, 2018, ss. 123-124. Bize göre, velâyete ilişkin hakların ve yükümlülüklerin çoğunda olduğu gibi çocuğa ad verilmesi hak ve yükümlülüğünün de anne veya baba tarafından kullanılmamasında, onların velâyet hakkına ve onun sağladığı diğer haklara ve yükümlülükler neden sahip olamadıkları üzerinde durulmalıdır. Bu noktada; velâyetin, kendiliğinden sona erdiği durumlarda bir sorun bulunmamaktadır. Ancak velâyetin, annenin veya babanın kusurlu, ihmali davranışı nedeniyle kaldırıldığı veya aynı sebeplerle boşanma veya ayrılık nedeni ile sonlandığı durumlara bakmak gerekmektedir. Öncelikle her boşanma veya ayrılık kararı, velâyete ilişkin tüm hakları sona erdirmemelidir. Özellikle artık ortak velâyete ilişkin kararların da verildiği günümüzde önemli olan, boşanma veya ayrılık sebebinden hareketle hangi durumun, çocuğun üstün yararına uygun olduğudur. Zira burada da anlaşmazlığın yalnızca eşler arasında olduğu, boşanma davasında kusurlu olan tarafın, çocuğa karşı bir ihmali veya zarar verici davranışı olmadığı hâllerde, sırf eşi ile evlilik birliğini devam ettiremedikleri için kişinin çocuğu ile olan bağlarını koparmak hakkaniyetli gözükmemektedir. Diğer yandan velâyetin; annenin veya babanın çocuğa gerekli ilgiyi göstermemesi veya çocuğa ilişkin yükümlülüklerini ağır şekilde savaştılması nedenleri ile kaldırılması hâllerinde, velâyet hakkı kaldırılan anneye veya babaya, çocuğuna ad verme hakkının tanınması, çocuğun üstün yararının korunmasında çelişkili bir durum oluşturmaktadır.

Bu nedenle bizce de çocuğa ad verilmesi konusu, ortak velâyetin de uygulanabildiği günümüz Türk hukukunda kural olarak velâyet ile sınırlı tutulmamalıdır. Böylece çocuğa ad verilmesi; salt velâyetten veya soybağından kaynaklanmalı düşüncesi yerine, bu hakkın, çocuğun üstün yararının

soyadı olmak zorundadır (SK m. 1) ve haklı bir neden⁹¹ olmadıkça (TMK m. 27/1) çocuk, annesinin ve babasının belirlediği adı ölene kadar kullanmak durumundadır. Bu nedenle çocuğun, gelecekte adının anlamından dolayı zorluklar ve psikolojik sarsıntılar yaşamaması, çocuğa ad verilirken dikkat edilmesi gereken en önemli konudur. Bu konuda SK m. 3'e göre soyadı için “*rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edelere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç*” olan isimlerin kullanılmayacağı düzenlemesinin çocuğa ad verilmesi konusunda da kıyasen uygulanarak veliler ve nüfus memurları yönünden belirleyici olması gerekmektedir⁹².

Türk Medeni Kanun'u anne ve baba diyerek, çocuklarına ad verecek eşlerin aynı fikirde olmalarını düzenlemiştir. Eşlerin aynı fikirde olmaması hâlinde hâkim, taraflardan birinin çocuğa ad koyma konusunda yetkili kılınmasına⁹³ veya çocuk için uygun göreceği adın mahkemece belirlenmesine hükmederek anlaşmazlığı çözümlendirmektedir⁹⁴.

2. Çocuğun Yerleşim Yeri

Çocuğun yerleşim yerinin nasıl belirlendiğine geçmeden önce genel olarak yerleşim yeri kavramının Türk hukukunda nasıl düzenlendiğine bakmak faydalı olacaktır.

Bir toplumdaki herkes, sosyal hayatını, iş ilişkilerini ve hukukî sorumluluklarını yerine getirirken veya yükümlülük altına girerken kendilerine ait bir yerleşim yerinin varlığına ihtiyaç duymaktadır. Devletler bakımından ise yerleşim yeri, vatandaşları ile aralarında kurulan, vatandaşları devletlerine bağlayan etkili unsurlardan biridir⁹⁵.

korunması göz önünde tutularak hakkı kullanacak olanların niteliklerine ve velâyetin ilgili kişilerde sona erme sebeplerine bakılarak kişiler üzerindeki elverişliliğinin tespit edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

⁹⁰ RG. 21.06.1934T. – 2741.

⁹¹ Haklı nedenden ne anlaşılması gerektiği kanunda düzenlenmemiş, hâkimin takdirine bırakılmıştır. Yargıtay ise “*adın yetersizliği, elverişsizliği, karışıklığa yol açması, kötü-iğrenç-gülünç-incitici-küçük düşürücü bir anlam taşımaması, alay ve utanç konusu olması ya da bazı yeni durumlarla oluşan bir zorunluluk bulunması*” gibi hâllerin adın değiştirilmesinde haklı neden olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. HGK 2000/18-127E., 2000/154K., 01.03.2000T., www.kazanci.com (Erişim Tarihi 22.07.2018). Ad değiştirme davalarında haklı nedene ilişkin ayrıntılı bilgi için CENGİZ Bilal, *Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi*, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, ss. 50-64.

⁹² AKİPEK Jale G., AKINTÜRK Turgut, ATEŞ KARAMAN Derya, *Kişiler Hukuku*, 1.b, Beta Yayıncılık: Ankara, 2009, s. 424.

⁹³ SEROZAN, a.g.e., s. 108.

⁹⁴ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., ss. 410-411. Eşlerin çocuğun adı konusunda anlaşamaması hâlinde doktrindeki başka bir görüş ise hâkimin, annenin ve babanın istediği iki ismi de çocuğa vermesi olduğu belirtilmektedir. ÖZTAN, a.g.e., s. 1018; AKYÜZ, a.g.e., s. 124.

⁹⁵ AKİPEK, AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 440.

Türk Medeni Kanunu'nda yerleşim yeri “*kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer*” olarak tanımlanmaktadır (m. 19/1). Esasen bu tanımın, yerleşim yerini kendi iradesi ile seçebilen kişiler bakımından geçerli olduğu ve bu nedenle yerleşim yerinin tüm türlerini kapsayan genel bir ifade olmadığı kabul edilmektedir⁹⁶. Buradan hareketle yerleşim yerini kişinin, iş ve aile ilişkilerini devam ettirebilmek için ve bu ilişkiler ile bağlantılı olarak belirlediği yer⁹⁷ olarak tanımlamak daha açıklayıcı olmaktadır.

Türk hukukunda iradî, yasal ve varsayılan⁹⁸ olmak üzere üç tür yerleşim yeri kabul edilmektedir. Bu ayrımın temelini kişinin yerleşim yerini kendi iradesi ile belirleyip belirleyememesi oluşturmaktadır. TMK m. 19/1 yerleşim yeri genel tanımı, esasen iradî yerleşim yeri olarak kabul edildiğinden hükümdeki unsurlar iradî yerleşim yerinin unsurları olarak ele alınmaktadır. O hâlde, sürekli kalma niyeti ve oturma unsurları iradî yerleşim yerini belirleyen unsurlar olmaktadır. Sürekli kalma niyeti, kişinin belirlediği yerde iş ve aile hayatını birleştirerek orası ile bağ kurmaya çalışması ile somut olarak tespit edilebilen bir unsurdur⁹⁹. Bu unsurda önemli olan kişinin iradesidir¹⁰⁰. İradenin yerleşmek üzerine olduğu ise en kolay şekilde aile faaliyetleri ile iş faaliyetlerinin orada birleştirilmesi ile tespit edilmektedir; ancak bazı durumlarda kişinin ailesinin bulunduğu yer ile çalışma yeri farklı olabilmektedir. Burada ise öncelik aile hayatına verilip kişinin aile ve özel hayatına ilişkin faaliyetleri yürüttüğü yer, yerleşim yeri olarak kabul edilmektedir¹⁰¹.

Sürekli oturma unsurundan anlaşılması gereken belirlenen yerde ebediyen oturmak değildir. Önemli olan, kişinin hayat faaliyetlerinin devamı için gereken bir süre boyunca o faaliyetlerinin merkezi olan yerde oturmasıdır¹⁰². Burada süreklilik unsurunu, belirli bir süre ile kısıtlayarak objektif bir unsur olarak düşünmemek gerekir. Önemli

⁹⁶ AKİPEK, AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 440; DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan, *Kişiler Hukuku*, 18.b., İstanbul: Filiz Yayıncılık, 2017, s. 190.

⁹⁷ HATEMİ Hüseyin, *Kişiler Hukuku*, 6.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 53; AKİPEK, AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 441.

⁹⁸ Varsayılan yerleşim yeri ayrımı HATEMİ ve saymaca yerleşim yeri ifadesi ile AKİPEK, AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN tarafından benimsenmektedir.

⁹⁹ AKİPEK, AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 445.

¹⁰⁰ Kişinin hür iradesi ile yerleşim yeri tayin edebilmesi doktrinde irade etkinliği olarak kabul edilmektedir. Bu düşünceye göre kişinin yerleşim yerini belirlemesi, kişinin oraya yerleşme niyetinin bir irade beyanı olmaksızın gerçekleşmektedir. Örtülü irade beyanı olarak da kabul edilen bu durumda zaten yerleşme niyeti bulunan kişinin oraya yerleşmesi, bir icraat sonucu gerçekleşmekte ve kurumlara bunun bildirilmesi yalnızca bildirici nitelik taşımaktadır. HATEMİ, a.g.e., s. 55.

¹⁰¹ AKİPEK, AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 446.

¹⁰² DURAL, ÖĞÜZ, a.g.e., s. 192.

olan, kişinin iş ve aile ilişkilerinin merkezi konumunda olan bir yerde oturması ve devamlılığın bulunmasıdır¹⁰³.

İradî yerleşim yerinin ikinci unsuru olan oturmak ise eylemli olarak bir yerde yaşamayı ifade etmektedir. Önemli olan oturmanın devamlılığıdır; ayrıca kesintisiz olması aranmamaktadır. İş, öğrenim görme, tedavi olma gibi bazı durumlarda yerleşim yerinden farklı yerde yaşanılması, orayı kişinin yerleşim yeri yapmadığı gibi devamlı olarak oturduğu yeri de yerleşim yeri statüsünden çıkarmamaktadır¹⁰⁴.

İkinci yerleşim yeri türü olan varsayılan yerleşim yeri, genel olarak bir yerleşim yeri olmayan veya yerleşim yeri tespit edilemeyen ve sürekli bir yerde kalma niyeti bulunmayan kişilere kanunun tanıdığı yerin yerleşim yeri sayılmasıdır¹⁰⁵. Varsayılan yerleşim yerinin doğduğu durumlar TMK m. 20'de şöyle sıralanmıştır:

- a. Yeni yerleşim yeri seçmeksizin eskisini terk edenlerin yerleşim yeri kanunen eski yerleşim yerleridir.
- b. Hiçbir yerleşim yerine sahip olmayanların yerleşim yeri hâlen oturdukları yerdir.
- c. Türkiye'den bir yerleşim yeri edinmeden yabancı ülkedeki yerleşim yerini terk edenlerin ise hâlen oturdukları yer, yerleşim yerleri sayılır.

Bu varsayılan yerleşim yerlerinin ebedî olduğu düşünülmemelidir. Zira kişiler, iradî yerleşim yeri seçtikleri anda, varsayılan yerleşim yerinin etkileri sona ermektedir¹⁰⁶.

Çalışma konusunu ilgilendiren ve son yerleşim yeri türü olan yasal yerleşim türü ise kişinin yerleşim yerinin; kendi iradesi ile değil, kanun tarafından belirlendiği durumlar için geçerlidir. Kanunda ise yasal yerleşim yeri, velâyet altındaki çocuklar ile vesayet altındaki kişilere tanımlanmaktadır. Vesayet altındaki kişiler yönünden yerleşim yeri, vasinin yerleşim yeri değil, vesayet makamının bulunduğu yer olarak düzenlenmektedir.

Velâyet altında bulunan çocukların yerleşim yeri ise evli olması hâlinde annenin ve babanın ortak yerleşim yeridir. Eğer anne ve baba evli değilse çocuk kanunen kime

¹⁰³ Burada yerleşim yerini, konut kavramı ile karıştırmamak gerekmektedir. Zira yerleşim yeri kavramı, kişinin fiilî olarak oturduğu yer olmaktan başka hukukî niteliğe de sahiptir. Usûl hukukunda genel yetkinin davalının yerleşim yerine, borçlar hukukunda borcun ifasının kural olarak alacaklının yerleşim yerine bağlanması gibi çoğaltılabilecek örneklerde de görüldüğü gibi yerleşim yeri kavramı, hukukî olarak kişinin işlem ve fiillerinin temel noktasını oluşturmaktadır. Oysa konut (mesken) kavramı, yalnızca belirlenen yerde oturma yani fiilî durumu yansıtmakta ve sürekli olarak kalma niyetini barındırmamaktadır. Konut kavramına bağitlanan herhangi bir hukukî fiil veya işlem bulunmamaktadır. AKİPEK, AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 446; HATEMİ, a.g.e., s. 56.

¹⁰⁴ HATEMİ, a.g.e., s. 56.

¹⁰⁵ AKİPEK, AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 449.

¹⁰⁶ HATEMİ, a.g.e., s. 57.

bırakılmış ise çocuğun yerleşim yeri de orası olmaktadır. Burada çocuğun fiilen annesi veya babası ile yaşaması değil çocuğun kanunen annesi veya babasına bırakılması söz konusudur¹⁰⁷. Ayrılık ve boşanmaya karar verilmesi hâlinde velâyet kanunen kime bırakılmış ise çocuğun yerleşim yeri de orası olmaktadır¹⁰⁸.

Bu bağlamda çocuk eğer evlilik dışı ilişkiden doğmuş ve babası ile arasında soybağı kurulmamış ve dolayısıyla velâyetin babaya verilmesi gibi bir durum da söz konusu değil ise çocuğun yerleşim yeri, annesinin yerleşim yeridir. Çocuk eğer vesayet altında ise yerleşim yeri vesayet makamının bulunduğu yer olmaktadır (TMK m. 21). Çocuğun, ailesinin onayı ve izni ile örneğin eğitim almak veya çalışmak amacıyla ailesinden farklı bir yerde yaşaması durumunda, yerleşim yerini çocuğun kendi yaşadığı yer olarak kabul eden görüşler de mevcuttur¹⁰⁹. Çocuğun ailesinden ayrı bir yerleşim yeri edinmesini öngören bu görüşte önemli olan; çocuğun, çalıştığı veya eğitim için gittiği yerde en azından o süre boyunca yerleşme niyetinin var olmasıdır. Zira yerleşme niyeti bir iradeye dayanmaktadır ve bunun için kişinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterli olmalıdır, tam fiil ehliyetine sahip olması aranmamalıdır¹¹⁰.

Aynı konudan hareketle çocuğa anne ve babası tarafından verilmesi gereken iznin kapsamı da belirlenmelidir. Bu iznin, çocuğun belirli sürelerle ortak konuttan ayrıldığı her durumda veya çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu ilk andan itibaren kullanılması düşünülmemelidir. İzin çalışma ve eğitim görme amacıyla ailesinin yanından ayrılan ayırt etme gücüne sahip çocuklar yönündendir. Bunun yanında hangi yaş aralığındaki çocukların, bağımsız yerleşim yeri edinebildiği hususu ise çocuğun çalışma yaşı, ilköğretim çağı, evlenme yaşına ilişkin mevzuat düzenlemelerinden

¹⁰⁷ DURAL, ÖĞÜZ, a.g.e., s. 194.

¹⁰⁸ Boşanma veya ayrılık davasının devam ettiği süreç içerisinde annenin veya babanın kendisine ortak konuttan farklı bir yerleşim yeri belirlemesi durumunda ise kanunen velâyet hâlen hem anne hem baba da olmasına karşın artık bir aile konutu olgusunun var olmadığı düşünüldüğünde, çocuğun sosyal hayatının geliştiği yer olan boşanma veya ayrılık davasından önce oturulan yerin, yargılama süresince çocuğun yerleşim yeri olarak kalmaya devam etmesinin, çocuğun yararını koruyacağı da unutulmamalıdır. Bunun yanında çocuğun velâyetinin askıda olduğu, velisi olan annesinin veya babasının ölümü sonrasında velâyetin diğer eşe geçtiği veya çocuğa bir vasi tayin edildiği ana kadar geçen sürede yerleşim yerini tayin etmek de önemlidir. Bu noktada çocuğun koruma altına bırakıldığı veya yanına bırakıldığı aile yakınının bulunduğu yer, aynı zamanda yerleşim yeri olarak kabul edilmelidir. USTA Sevgi, “Çocuğun Yerleşim Yeri Edinme Hakkı ve Bir İstisna” (Çocuğun Yerleşim Yeri), *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/1, ss. 93-94.

¹⁰⁹ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 411; bu görüşte olan diğer yazarlar için AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 411, dn. 20.

¹¹⁰ USTA, (Çocuğun Yerleşim Yeri), a.g.m., ss. 92-93.

hareket edilerek belirlenmelidir¹¹¹. Doktrinde kural olarak bu yaş sınırının on beş olduğu kabul edilmektedir. Çocuğun on beş yaşını doldurması ile kendi isteği ve velisinin rızası ile ergin kılınabildiği (TMK m. 12); on altı yaşını doldurduğunda ise olağanüstü durumun varlığı hâlinde evlenmesine izin verildiği (TMK m. 124/2) düşünüldüğünde Medenî Hukuk bakımından çocuğun yerleşim yeri edinebilmesi için on beş yaş alt sınırının makul olduğu düşünülmektedir.

Son olarak on beş yaşını doldurmuş ayırt etme gücüne sahip, ailesinden ayrı bir yerde çalışma veya eğitim hayatı olan her çocuğun, bu görüşler ışığında yerleşim yeri edinebileceği de anlaşılmalıdır. Zira çocuğun bu talebinin makul ve onun yararına uygun olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla çocuğun yerleşim yeri edinmesinin sınırını; sadece çalışma veya eğitim görme amacıyla evden ayrılmış olması değil, çocuğun üstün yararının korunması amacıyla annesinin ve babasının izni oluşturmaktadır. Annenin ve babanın, çalışma ve eğitim hayatı nedeniyle bağımsız yerleşim yeri edinmek isteyen çocuklarına izin vermek zorunda olmadığı aksine bu iznin, çocuğun üstün yararının korunmasında bir araç olduğu düşüncesindeyiz.

3. Çocuğun Eğitimi

Çocuğun eğitimi TMK m. 340'ta şu şekilde düzenlenmiştir: “*Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar.*”

Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlarlar.”

Çocuğun nasıl eğitim alacağı her ailenin kendi düzenine bırakılmış ve anne ile babanın, çocuklarının geleceği üzerinde söz sahibi olabileceği bir hak olmasından öte, anneye ve babaya yüklenen en ağır sorumluluklardan biridir. Unutulmamalıdır ki her çocuk; toplumunu, ülkesini gelecekte bir adım ileri taşıyabilecek potansiyelde birer tohumdur, bu tohumları sulayıp filizlendirecek olanlar ise anne ve babadır. Bu nedenle henüz, tam fiil ehliyetine sahip olmayan erginliğini tamamlamamış çocuğun, hayatının her aşamasında kendi yararına olacak şekilde hareket etmesi kendisinden beklenemeyeceğinden, çocuklarının görüşlerini de alarak onun menfaatleri

¹¹¹ USTA, (Çocuğun Yerleşim Yeri), a.g.m., ss. 94-96.

doğrultusunda en doğru kararı verecek olanın, onun annesi ve babası olduğu unutulmamalıdır¹¹².

Çocuğun eğitimi, genel eğitim (terbiye), meslekî eğitim ve dinî eğitim konularını kapsamaktadır. Çocuğun genel eğitimi, daha çok kişilik ve karakter yapısının oluşmasına yönelik olarak erdemli, milletine, ülkesine saygılı, daima doğruluğu arayan dürüst bir hayat sürmesini sağlamak adına gösterilen özen ve telkinlerdir¹¹³. Çocuğa yaşadığı toplumun genel inanış ve ahlâkî değerlerine sahip, çevresine duyarlı bir şekilde bağımsızlığını kazanabilecek yetenekler kazandırılmalıdır¹¹⁴.

Genel eğitimin kapsamına çocuğun öğreniminin de dahil olduğunu belirtmek gerekir. Annenin ve babanın, çocuklarını hayata ve topluma karşı hazırlarken yalnızca kendi bilgi ve tecrübeleri ile onları donatmaları yeterli olmayıp aynı zamanda çocuklarının öğrenim sorumluluğunun yerine getirilmesi de onların omuzlarında olmaktadır¹¹⁵. İlköğretim, ortaöğretim ve lise dönemlerini kapsayan bu öğrenim sürecini çocuklarına kanunun belirttiği gibi imkanları ölçüsünde her anne ve baba sunmakla mükelleftir¹¹⁶. Bu eğitim ailenin malî durumuna göre devlet okulunda sağlanabileceği gibi özel okullarda da sağlanabilir. Önemli olan çocuğun eğitim hakkının elinden alınmaması, yaşadığı çağın gereklerine uyan düzeyde kendini en iyi şekilde geliştirebildiği ortamda öğrenim görmesinin sağlanabilmesidir. Yoksa anne ve baba, çocuklarına imkânlarını aşacak bir eğitim verdimle zorlanamazlar¹¹⁷.

Türk Medeni Kanunu m. 340/2’de ayrıca belirtildiği üzere, annenin ve babanın genel ve meslekî eğitim yükümlülüğü, zihinsel veya bedensel engeli olan çocukları için de aynı öneme sahiptir. Hatta hükümde *özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara* diye ayrıca düzenlenmek suretiyle bedensel veya zihinsel engeli olan çocukları için annenin ve babanın, onların yeteneklerine uygun eğitim imkanları sağlamaya çalışmakla yükümlü olduğunun altı çizilmektedir¹¹⁸.

Çocuğunun, kendini toplum içinde ifade edebildiği ve hayatını tek başına idame ettirebildiği bir meslek veya sanat sahibi olması için kanun, anneye ve babaya çocuklarına meslekî eğitim sağlama yükümlülüğü de getirmektedir. Yalnız, anne ve

¹¹² ÖZTAN, a.g.e., s. 1110.

¹¹³ AKINTÜRK, ATEŞ ATAMAN, a.g.e., s. 412.

¹¹⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 1113.

¹¹⁵ AKINTÜRK, ATEŞ ATAMAN, a.g.e., s. 412.

¹¹⁶ ÖZTAN, a.g.e., s. 1113.

¹¹⁷ ÖZTAN, a.g.e., s. 1113.

¹¹⁸ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 630, AKINTÜRK, ATEŞ ATAMAN, a.g.e., s. 412.

baba çocuğuna bir yol çizerken öncelikle çocuğunun istek ve yeteneklerini göz önünde bulundurmalı; çocuğu, istemediği bir eğitime zorlamamalıdır. Aksi hâlde çocuğun TMK m. 346 uyarınca hâkime başvurarak gerekli önlemleri alma hakkı bulunmaktadır¹¹⁹.

4712 Sayılı TMK'da 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nden¹²⁰, den farklı olarak ayrı bir hükümle düzenlenen çocuğun dinî eğitim alması yükümlülüğü de anneye ve babaya velâyet ile yüklenen sorumluluklardan sayılarak yalnızca çocuğun velâyetine sahip olan anne ve baba için geçerli olmaktadır¹²¹.

Türk Medeni Kanunu m. 341 "*Çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir. Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir. Ergin, dinini seçmekte özgürdür.*" hükmü uyarınca çocuğun dinini belirlemede anne ve baba ortak bir karar vermelidir. Eğer eşler çocuklarına farklı dinî eğitimler vermek istiyor ve bu konuda anlaşmaya varamıyor ise çözüm hâkime başvurmak olmalıdır. Ancak çocuğun velâyeti eşlerden birine bırakılmışsa dinî eğitim verme yükümlülüğü de yalnız o eşe ait olduğundan, çocuk üzerinde velâyet hakkı bulunmayan tarafın bu eğitime müdahale etme hakkı da söz konusu olmamaktadır¹²². Bu görüşün aksine doktrinde, çocuğun yararını zedelediği müddetçe, velâyet kendisine bırakılmamış olan tarafın da çocuğun dinî eğitimi konusunda söz sahibi olabileceğini savunan bir görüş mevcuttur¹²³.

Anne ve baba çocuğa dinî eğitim vermekle kural olarak yükümlüdür; ancak bazı durumlarda, annenin ve babanın dinî eğilimlerinin çocuğun menfaatine aykırı olduğú durumlar da söz konusu olabilmektedir. Örneğin annenin ve/veya babanın dinin temel öğretilerinden uzak cemaat veya tarikatlara üye olması hâlinde, çocuğun ruhsal ve fiziksel gelişiminin tehlike altında olduğú öngörülebilmektedir¹²⁴. Söz konusu hâllerde çocuğun TMK m. 346 uyarınca korunması için gerekli önlemlerin alınması hâkimden istenebileceği gibi¹²⁵, TMK m. 348'deki şartları da sağlaması koşulu ile velâyetin anneden ve/veya babadan kaldırılmasına¹²⁶ da yol açabilmektedir.

¹¹⁹ AKINTÜRK, ATEŞ ATAMAN, a.g.e., s. 413.

¹²⁰ RG. 04.04.1926T. – 339.

¹²¹ ÖZTAN, a.g.e., s.1114; DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., s. 348.

¹²² AKINTÜRK, ATEŞ ATAMAN, a.g.e., s. 413.

¹²³ ÖZTAN, a.g.e., s. 1115.

¹²⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 1115.

¹²⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 1115.

¹²⁶ DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., s. 348.

Annenin ve babanın çocuğuna dinî eğitim sağlama yükümlülüğü velâyetin devamı süresince varlığını sürdüreceğinden çocuğun, ergin olmasıyla dinî inancını değiştirmesi ya da dilediği gibi yaşaması AY m. 24 ile korunan din ve vicdan özgürlüğünün ona sağladığı en temel kişilik haklarındandır.

B. ÇOCUĞUN MALVARLIĞI HAKLARI YÖNÜNDEN

1. Genel Olarak

Velâyetin, çocuğun hem şahsî hem de maddî varlığı yönünden anneye ve/veya babaya haklar ve sorumluluklar sağladığından yukarıda bahsedildi. Çocuğun maddî varlığının, kanunî ifade ile çocuk mallarının, yönetim yetkisinin nasıl ve kimler tarafından kullanılabilereği ve hangi hâllerde sonlandırılabilereği gibi konuların detaylı bir şekilde kanunda ayrı bir başlık altında düzenlenmesi kanun koyucunun bu konuya verdiği önemin göstergesidir. Çocuk mallarının neler olduğu, kimler tarafından ve ne şekilde yönetilebilereği ile yönetme hakkının nasıl sonlanacağı hakkında genel ve öz bilgilerle konu aşağıda açıklanacaktır.

2. Çocuk Mallarının Kapsamı

Çocuğun malvarlığının neleri kapsadığı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Öncelikle sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olan (TMK m. 28/2) çocuk, annesinden ve babasından bağımsız olarak bir malvarlığına sahiptir¹²⁷. Bu özelliği nedeniyle çocuk malları, annenin ve babanın malvarlığı aleyhine uygulanan rehin ve haciz işlemlerinden etkilenmemektedir¹²⁸. Bu malvarlığı, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkından kaynaklanabilereği gibi, sınırlı aynî haklardan hatta fikrî ve sınaî haklardan da kaynaklanabilmektedir. Yetişkin bir bireyin sahip olduğu malvarlığı değerlerinden bir farkı olmayan bu malların

¹²⁷ ÖZTAN, a.g.e., s. 1161; ÖZDEMİR Hayrunnisa, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, *Gazi Üniversitesi HFD*, C. XVII, Yıl 2013, S. 3, s. 83; ALTUNKAYA Mehmet, “Çocuk Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara 2006, s. 111.

¹²⁸ ÖZTAN, a.g.e., s. 1161.

edinimi, sağlararası bir işlemden, ölüme bağlı tasarruftan ya da kanundan kaynaklanmaktadır¹²⁹.

Çocuk, üstsoyunun ölmesi nedeniyle kendisine miras kalması, lehine ölüme bağlı tasarrufta ya da kendisine bağışta bulunulması, annesinin ve/veya babasının çocuk adına yaptıkları işlemlerden kazanç elde etmeleri gibi kanundan kaynaklanan ve annesinin ve/veya babasının çocuk adına hukukî işlem yapması sonucu malvarlığı edinebilmektedir. Bunların yanı sıra çocuğa karşı yapılan bir haksız fiil sonucu mahkemece takdir edilen maddî-manevî tazminat miktarları, çocuk lehine hükmedilen destekten yoksun kalma tazminatı, çocuğun çalışmasının karşılığı olan kazançları, sigorta alacakları, anne ve babası boşanmış ise velâyet hakkına sahip olmayan diğer eşin ödediği iştirak nafakaları da çocuğun malvarlığına dahil olmaktadır¹³⁰. Annenin ve babanın, çocuğun eğitim ve bakım giderlerini sağlama yükümlölüğü dışında çocuğun TMK m. 364/1 uyarınca refah içinde olan üstsoyu ve kardeşlerinden talep edebildiği yardım nafakası da bu malvarlığı değerleri kapsamındadır¹³¹.

3. Çocuk Mallarını Yönetme ve Kullanma Hakkı

Yönetim terimi, dar ve teknik anlamda, kişinin malvarlığında bulunan mallarının bakım, onarım, koruma ve ekonomik amacına uygun olarak işletilmesini sağlayan hukukî ve ekonomik anlamdaki tüm işler ve işlemler şeklinde tanımlanmaktadır¹³². O hâlde anne ve baba, çocuğuna ait olan taşınır ve taşınmaz malları kiraya verip eşyaların bakım ve onarımları için yapılması gereken tüm işlemleri yürütebilme hakkına ve yetkisine sahiptirler.¹³³ Çocuk mallarının olağan yönetim işlerini kapsayan bu hak anneye ve babaya çocuğun mallarını vakfetme, bağışlama veya başkasının borcu için kefil gösterme hürriyeti sađlamamaktadır¹³⁴.

Yönetme hakkı, velâyet hakkının doğduğu andan itibaren çocuğun sahip olduğu serbest malları dışındaki tüm malvarlığı unsurlarını kapsamaktadır. Aynı zamanda bu mallar, üzerinde tasarrufta ve taahhütte bulunma hakkı olan annenin ve babanın fiilî

¹²⁹ ÖZTAN, a.g.e., s. 1161.

¹³⁰ ÖZTAN, a.g.e., s. 1161; BAYGIN Cem, DOĞAN Murat, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Sarfı”, *AÜEHFD*, C. IX, S. 1-2, Yıl 2005, s. 380.

¹³¹ BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 381.

¹³² BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 382.

¹³³ BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 382; ÖZDEMİR, a.g.m., s. 84.

¹³⁴ Yargıtay 2. HD 2001/3771E. 2001/5058K. 02.04.2001T; Yargıtay 2. HD 1996/2149E. 1996/4226K. 18.04.1996T. www.kazanci.com.tr (Kararlara erişim tarihi 14.01.2018)

egemenlik alanında olduğundan anne ve baba, çocuk mallarının aynı zamanda fer'i zilyedi konumundadırlar¹³⁵.

Bu yönetme hakkının, annenin ve babanın çocuklarını temsil yetkisi (TMK m. 342) ile beraber değerlendirildiğinde, olağan yönetim işlerinin yanı sıra onlara çocuk mallarının tasarruf yetkisini de sağladığı kabul edilmektedir¹³⁶. Böylelikle çocuğun tüm hukukî işlemlerinde yasal temsilcisi olan anne ve baba, çocuklarının serbest malları dışında bulunan taşınır ve taşınmaz mallarına ilişkin tüm olağan bakım işlerini ve bu mallar üzerinde çocuğun aynı haklarının devrini, sınırlandırılmasını sağlayan tasarruf işlemlerini yapmaya kural olarak yetkili ve yükümlü¹³⁷ olmaktadır.

Yönetme hakkının hem hak hem yükümlülük sağlaması ve velâyete bağlı olması nedeniyle bizzat anne ve baba tarafından kullanılabilir olmasından ötürü bu haktan feragat edilemez¹³⁸ ve yönetim diğer eşe devredilemez¹³⁹. Hatta vasiyetname ile anne ve baba, ölümleri hâlinde yönetim hakkının bir kayyıma devredilmesini de düzenleyememektedir¹⁴⁰. Buna karşın eşlerin kendi aralarında yaptıkları görev dağılımı sonucu yönetim hakkının kullanımının bir eşe bırakılması¹⁴¹, acil karar verilmesi gereken durumlarda bir eşin, yönetim hakkı kapsamında bir işlemi yapabilmesi de makul kabul edilmektedir. Bunun yanında eşlerin yönetim hakkının kullanımını bir uzmana devredebileceğini savunan görüşe göre ise; bu durumda da annenin ve babanın, yönetim hakkını devrettikleri uzmanı denetleme yükümlülükleri doğmaktadır¹⁴². Kanımızca eşlerin çocuğu diğer eşin rızasını almaksızın tek başına temsil edebileceği (TMK m. 342) düzenlemesinden hareketle eşlerin, yönetim hakkına ilişkin işlemlerin kendi aralarında anlaşarak bölüşülmesi mümkün görünmektedir. Örneğin çocuğa ait bir taşınmazın kiraya verilmesi ve devam eden işlemlerinin anne tarafından; çocuğa alınmış

¹³⁵ ALTUNKAYA, a.g.m., ss. 113-114; BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 385; AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 421.

¹³⁶ BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 382; USTA Sevgi, *Velâyet Hukuku*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 298; SEROZAN, a.g.e., s. 267

¹³⁷ Yönetim hakkı eski kanunda yalnızca bir hak olarak annelere ve babalara tanınmışken, bu hakkın annenin ve babanın özenle yerine getirmekle sorumlu olduğu ödev niteliği ise yeni TMK ile düzenlenmiştir. ALTUNKAYA, a.g.m., s. 112; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 523.

¹³⁸ ÖZTAN, a.g.e., s. 1166.

¹³⁹ BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 384; ALTUNKAYA, a.g.m., s. 113; AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 421.

¹⁴⁰ ÖZTAN, a.g.e., ss. 1165-1166.

¹⁴¹ ÖZTAN, a.g.e., s. 1168; BAYGIN, a.g.e., s. 384.

¹⁴² BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 384.

akülü araba veya elektronik aletlerin bakım ve onarımının ise baba tarafından yapılması gibi.

Çocuk mallarının yönetimi konusu kanunda anneye ve babaya, açıkça velâyet süresince tanındığından (TMK m. 352/1) velâyet ile sıkı ilişkili¹⁴³ bir konu olduğu tartışmasızdır ve bundan dolayı da yönetme hakkı ancak eşler evli ise annenin ve babanın ikisine birlikte, eşler boşanmış ise velâyet kendisine bırakılmış olan eşe ait olmaktadır. Ancak hâkimin, yönetme hakkının çocuğun menfaatine aykırı kullanıldığına karar vererek çocuk mallarının yönetimini bir kayyıma devredebilmesi hâli (TMK m. 361) bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

Anne ve baba, yönetme hakkını kullanırken kural olarak hesap vermezler; ancak onların aslî görevi olan çocuklarının menfaatine hareket etme sorumluluğu bu konuda da mevcut olduğundan, eğer eşlerin çocuğun üstün yararı ilkesine aykırı hareket ettikleri tespit edilirse yönetme hakkına sahip olan anne ve/veya baba hâkim müdahalesi ile karşı karşıya kalabilmektedir¹⁴⁴ (TMK m. 360).

Şunu da belirtmek gerekir ki anne ve baba, çocuklarının malları üzerinde tasarrufta buldukları işlemlerin karşılığı olan bedelleri, yine çocuğun malvarlığına aktarmakla yükümlüdürler¹⁴⁵. Zira anne ve baba, yönetim hakları son bulduğunda malların teslimi konusunda çocuklarına karşı vekil gibi sorumlu olduklarından (TMK m. 363/1) söz konusu malların karşılığı olan değer ya da eşya, çocuk aleyhine kullanılmış veya sarf edilmiş ise çocuğun anne ve babasına karşı bundan doğan alacak talebi de söz konusu olabilmektedir.

a. Çocuk Mallarının Devri

“Ana ve baba, velâyetleri veya yönetim hakları sona erince, çocuğun mallarını, hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyıma devrederler.” (TMK m. 362). Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere çocuk mallarını devir sorumluluğu, yönetim hakkının her iki eş yönünden de sonlanması durumunda söz konusu olabilmektedir. Böylelikle yönetim hakkının sadece anneden veya babadan kaldırılması durumunda malları devir sorumluluğu doğmamaktadır. Aynı zamanda yönetim hakkının ne şekilde sonlandırıldığına da bir önemi yoktur, yönetim hakkı ister velâyetin ergin olma veya her iki

¹⁴³ BAYGIN, a.g.e., s. 383.

¹⁴⁴ SEROZAN, a.g.e., s. 267; ALTUNKAYA, a.g.m., s. 114.

¹⁴⁵ USTA, a.g.e., s. 299.

eş yönünden de kaldırılması nedeniyle, ister yönetim hakkının bir kayyım devredilmesi nedeniyle sona ersin, devir sorumluluğu gündeme gelmektedir¹⁴⁶.

Annenin ve babanın malları devretmemesi durumunda çocuğun, devri talep hakkı ergin olmasından itibaren on yıllık zamanaşımına tâbidir¹⁴⁷.

Çocuğun; mallarının devrini talep etme hakkı olduğu gibi, anne ve baba da malların kendilerinden devrinin sağlanması için talepte bulunabilmektedirler. Ancak ergin olan çocuk, vasi veya kayyım malları devralmaktan kaçınabilir, bu durumda annenin ve babanın yapması gereken, Borçlar Hukuku hükümlerine göre tevdi hakkını (Türk Borçlar Kanunu¹⁴⁸ (TBK) m. 107) kullanarak bu sorumluluktan kurtulmaktadır¹⁴⁹.

Bunların dışında malların anneden ve babadan devri talep edilmez ve malların zilyetliği annede ve/veya babada kalmaya devam ederse artık ergin olmuş çocuk, vasi veya kayyım ile anne ve baba arasındaki bu alacak sorununun, Aile Hukuku'ndan değil, Borçlar Hukuku'ndan kaynaklandığı kabul edilmektedir¹⁵⁰.

Hükümde malların hesabıyla birlikte devri de düzenlenmiştir. Bu hesap, Türk Medeni Kanununun Velâyet Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük¹⁵¹ (Velâyete İlişkin Tüzük) m. 7'de¹⁵² düzenlendiği üzere eksiksiz olmalı ve yönetim kayyım devredilmişse kayyım; çocuğa vasi atanmış ise vasiye verilmek zorundadır. Ancak yönetim hakkı, erginlikle sona ermişse hesap düzenleme zorunluluğu bulunmayan anne ve baba, hesabı ergin olan çocuklarının ancak bu yönde bir talebi olduğunda düzenlemekle mükelleftir¹⁵³. Aynı zamanda Tüzük m.7 hükmüne göre mallarda bir eksilme olması hâlinde hâkim; vasi, kayyım veya ergin olan çocuktan, anne ve baba aleyhine dava açmalarını isteyebilmektedir.

¹⁴⁶ BAYGIN, a.g.e., ss. 409-410.

¹⁴⁷ Yargıtay HGK 1960/2 E., 1960/53 K., 14.12.1960 T. "*Çocuğa annesinden kalan malı idare eden baba, çocuk reşit olduktan sonra malları ona vermekle ödevlidir. Bu borç velâyet borcundan doğan bir borçtur. Bu bakımdan davacının paraya ilişkin olan isteği reşit olduğu tarihten itibaren on yıllık zamanaşımına tabidir.*", BAYGIN, a.g.e., s. 410 dn. 97'den naklen alıntıdır.

¹⁴⁸ RG. 04.02.2011T. – 27836.

¹⁴⁹ BAYGIN, a.g.e., s. 410.

¹⁵⁰ BAYGIN, a.g.e., s. 410.

¹⁵¹ RG. 10.08.2003T. – 25195.

¹⁵² Velâyete İlişkin Tüzük m.7: "*Hâkim kararıyla velâyetleri veya malı yönetme hakları sona eren ana ve baba, hesap cetveli ile birlikte çocuğun mallarını vasiye veya kayyım devrederler. Eksiklikler varsa bunlar ayrı ayrı tespit edilir, vesayet makamı gerek görürse eksik olan veya zarar verilen mallardan dolayı veli aleyhine dava açılmasını vasi veya kayyımdan ister. Velâyetin, çocuğun ergin olması nedeniyle sona ermesi hâlinde ana ve baba, ergin olan çocuğun istemi üzerine bir hesap cetveli de vermek suretiyle malları kendisine devir ve teslim ederler.*"

¹⁵³ BAYGIN, a.g.e., ss. 410-411; ALTUNKAYA, a.g.m., s. 117.

b. Çocuk Mallarının Kullanılması

Kanun koyucu, anne ve babalara çocuğun malvarlığını yönetme yetkisi ve görevi yüklemesinin yanında onlara, bu malları kullanma hakkı da tanımıştır (TMK m. 354). Bir bakıma annenin ve babanın yönetme yetkisinin karşılığı olarak onlara kullanma hakkının tanındığı düşünülebilir¹⁵⁴. Anneye ve babaya herhangi bir yararlanma hakkı tanımayan yalnızca malın fizikî olarak amacına uygun bir şekilde kullanılmasını içeren kullanma hakkı, kendine özgü Aile Hukuku kaynaklı bir mutlak haktır¹⁵⁵. Aile içi bir dayanışma unsuru olarak temellendirilen kullanma hakkı; dolayısıyla anne ve baba, ihtiyaçları veya zorunluluk hâli olmasa dahi çocuk mallarını kullanmakta serbesttirler¹⁵⁶. Örneğin, çocuğa ait bir evde oturabilir veya çocuğun motosikletini işine gidip gelirken kullanabilirler. Kullanma hakkı, malın maddî varlığından amacına uygun olarak kullanma yetisi sağladığından, anneye ve babaya çocuk mallarının gelirlerinden faydalanma yetkisi tanımamaktadır¹⁵⁷. Örneğin çocuğa bağışlanan bir evde ailece oturabilirlerken; o evi kiraya verip kira gelirinden faydalanamazlar.

Anne ve baba, kullanım hakkında, çocuğun mallarının özüne zarar vermeyerek malları amaçlarına uygun şekilde kullanmalı ve özenli davranmalıdır¹⁵⁸; ancak olağan kullanımdan doğan yıpranmalardan velinin sorumlu olmadığını da belirtmek gerekir¹⁵⁹. Özenli davranma yükümü dışında anneye ve babaya başka bir sorumluluk yüklemeyen kullanma hakkının, velâyete bağlı diğer haklardan farkı, kural olarak feragat edilebilir olmasıdır; ancak bu feragatin çocuğa zarar vermemesi gerekmektedir¹⁶⁰. Feragatte bulunan annenin ve babanın feragatten rücu hakkı bulunmamaktadır¹⁶¹. Bunun dışında kullanma hakkı kişiye bağlı bir hak olduğundan devredilemez bir haktır ve haczi kabil değildir. Ancak çocuk mallarının gelirlerinin, annenin ve babanın borçları nedeniyle haczedilebildiği kabul edilmektedir¹⁶².

¹⁵⁴ TURANBOY K. Nuri, “Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı”, *Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, Turhan Kitabevi*, II. Cilt, Ankara, 2010, s. 2124; BAYGIN, s. 416.

¹⁵⁵ ÇINAR Ömer, “Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı”, *İÜHFİM*, C.LXXI, S.1, 2013, s. 1356; kullanma hakkının niteliğine ilişkin diğer görüşler için bkz. ÇINAR, ss. 1355-1356.

¹⁵⁶ TURANBOY, a.g.m., s. 2124; BAYGIN, a.g.e., s.416; USTA, a.g.e. s. 313.

¹⁵⁷ BAYGIN, a.g.e., s. 416; karşıt görüş için SEROZAN, a.g.e., ss. 268-269.

¹⁵⁸ BAYGIN, a.g.e., s. 416; USTA, a.g.e., s. 313.

¹⁵⁹ BAYGIN, a.g.e., s. 416.

¹⁶⁰ USTA, a.g.e., s. 313; BAYGIN, a.g.e., s. 416.

¹⁶¹ ALTUNKAYA, a.g.m., s. 119.

¹⁶² TURANBOY, a.g.m., s. 2127.

Kullanma hakkını, velâyete bağlı diğer haklardan ayıran diğer özelliği ise annelerin ve babaların velâyet hakkı, kendi kusurları nedeniyle kaldırılmadığı müddetçe kullanma hakkına sahip olduklarıdır. Esasen çocuğun ergin olması ile kendiliğinden sonlanan bir hak olmadığı söylenebilir. Burada en önemli nokta velâyetin kaldırılmasına ilişkin kararının hangi olguya yönelik olduğudur. Eğer eşlerden birinden, deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması nedeniyle velâyetin kaldırılmasına karar verilmişse o eşin, çocuk mallarını kullanma hakkı devam etmektedir; ancak velâyet, velinin çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır şekilde savaştırmaması, istismar ve kötü muamele minvali davranışları nedeniyle kaldırılmışsa o annenin veya babanın çocuk mallarını kullanma hakkı da sona ermektedir¹⁶³.

Anne ve baba, kullanma hakkını kural olarak beraber kullanmaktadır; ancak eşlerden biri ölmüşse kullanma hakkından sağ kalan eş tek başına yararlanmaktadır. Doktrinde farklı görüşlere yol açan durum ise eşlerin boşanması veya evliliğin butlanına karar verilmesi hâlidir. Eşler boşanmış veya evliliğin butlanına karar verilmiş ise bu karar velâyetin kaldırılması niteliğinde değil ancak velâyetin kullanılmasına yönelik olduğundan kullanma hakkını sonlandıran bir durum olmamalıdır¹⁶⁴. Ancak tarafların boşanma veya evliliğin butlanı davası sırasında hâkimden kullanma hakkının düzenlenmesini talep etmeleri ile durum çözüme kavuşturulmuş olmaktadır.

Kullanma hakkı, anneye ve babaya çocuğun ergin olduğu ana kadar tanınmıştır. Yalnız velâyet altına alınmış kısıtlı ergin çocukların malları yönünden, annenin ve babanın kullanma hakkı söz konusu olmamaktadır¹⁶⁵.

4. Çocuk Mallarının Sarfı

Mevcut düzenlemede annelere ve babalara, çocuk mallarından yararlanma hakkı tanınmamış yalnızca kullanma hakkı tanınmıştır. Böylelikle çocuğun ana mallarını tüketme yetkisi bulunmayan veli; çocuğun yetiştirilmesi, bakımı ve eğitimi için gerekli olan harcamaları kural olarak kendi birikiminden yapmak durumundadır (TMK

¹⁶³ BAYGIN, a.g.e., s. 417; USTA, a.g.e., s. 314.

¹⁶⁴ BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 418, dn. 124.; diğer görüş ise velâyet dolayısıyla yönetim hakkından yoksun kalan eşin, kullanma hakkının kullanılmasındaki zorluklar nedeniyle bu haktan da yoksun bırakılması gerektiği, bu nedenle velâyet kendisinden alınan anne veya babanın çocuk için ödeyeceği iştirak nafakasından ya indirim yapılmalı ya da hiç iştirak nafakası ödememelidir, ALTUNKAYA, a.g.m., s. 120 (evliliği sonlanmış olan eşlerin çocuk mallarını birlikte kullanıyor olmalarının pratik hayatta güçlükler yaşatabilme ihtimali vardır.).

¹⁶⁵ USTA, a.g.e., s. 314; BAYGIN, a.g.e., s. 417; TURANBOY, a.g.m., s. 2126-2127.

m.327/1). Fakat TMK m. 355- m. 356 hükümlerinde sayılan şartların gerçekleşmesi hâlinde annenin ve babanın, çocuk mallarının gelirlerini, çocuğun eğitimi ve bakımı veya aile ihtiyaçları için harcayabilecekleri gibi zorunluluk hâlinde çocuğun para dışındaki malvarlığı unsurlarını da ihtiyaçları ile orantılı olarak hâkimin izni doğrultusunda sarf edebilme yetkisine sahip olmaktadır¹⁶⁶.

a. Gelirlerin Sarfı

Çocuğun malvarlığında bulunan taşınır, taşınmaz mallar veya haklar, annenin ve babanın yönetme hakkı çerçevesinde değerlendirilip yatırıma yönlendirilerek arttırılmaya çalışılabilir. Bu çalışma sonucu; çocuğun ana malvarlığında oluşan artış, m.355 hükmünde bahsedilen gelir olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz edilen gelir, kimi zaman çocuğa bir bağışlama yoluyla intikal eden bir taşınmazın kira geliri olabildiği gibi kimi zaman da çocuk adına açılan mevduat hesabına yatırılan paraların faizi olabilmektedir.

Bu gelirler öncelikle çocuğun eğitimi, yetiştirilmesi ve bakımı amacıyla harcanmalıdır¹⁶⁷. Önceki kanun, geri kalan miktarın veliye bırakıldığını düzenlemişken yeni TMK'de, geri kalan kısmın aile ihtiyaçları için kullanılabilmesi, bunun da ancak hakkaniyet elverdiği ölçüde gerçekleşebileceğini düzenlemektedir¹⁶⁸.

Unutulmamalıdır ki TMK m. 327/1 hükmü uyarınca çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin anne ve baba tarafından karşılanması esastır. Annenin ve babanın, çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülüğü, velâyete bağlı diğer birçok yükümlülükten farklı olarak velâyet ile değil soybağı ile yakından ilişkilidir. Öyle ki velâyet anneden ve/veya babadan kaldırılrsa dahi çocuğun eğitim ve bakım masraflarını karşılama yükümlülüğü o ebeveyn yönünden de devam etmektedir¹⁶⁹. ÇHS'de, *çocuğun ana babası tarafından bakılma hakkına sahip olduğu* (m. 7/1) ve *çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarının sağlanması*

¹⁶⁶ BAYGIN, a.g.e., s. 422.

¹⁶⁷ Çocukların bakım ve eğitim masraflarını anne ve babanın karşılaması temel ilkesinden hareketle kanun metninde açıkça belirtilmese de bu hükmün, annenin ve babanın, çocuğun yetiştirilmesi için gerekli masrafları karşılamaya ekonomik olarak gücünün yetmediği, bu nedenle ikincil olarak çocuğun malvarlığının gelirlerine başvurma zorunluluğu olduğu şeklinde düşünülmesi gerekmektedir. Bu hususun hükümde açıkça ifade edilmesi konunun tereddütsüz anlaşılabilirliği bakımından daha isabetli olurdu, BAYGIN, a.g.e., s. 423.

¹⁶⁸ BAYGIN, a.g.e., s. 422.

¹⁶⁹ USTA, a.g.e., s. 315; BAYGIN, a.g.e., s. 424.

sorumluluğunun; sahip oldukları imkânlar ve mali güçleri çerçevesinde öncelikle çocuğun ana-babasına düşeceği (m. 27/2) ayrıca düzenlenmektedir. Bu masrafların karşılanması için ailenin çalışıyor olması yeterli görülüp, maddî alım gücünün yüksek olması aranmamaktadır¹⁷⁰. Hatta çocuğun kendi malvarlığı veya çalışması karşılığı gelirin bulunması dahi annenin ve/veya babanın bu yükümlülüğünü sınırlandırıp azaltmamaktadır¹⁷¹.

Çocukların sorumluluk bilincine sahip tutarlı bireyler olarak yetişmesi açısından katıldığımız bir görüş ise; annenin ve babanın çocuk mallarını kullanma ve gelirlerini sarf etme haklarının, çocuğun bakımı ve büyütülmesi için harcadıkları emek ve giderlerin karşılığı olarak görülmesinin doğru olmadığı altını çizmektedir¹⁷². Çocuğun tüm masraflarına karşılık, tüm malvarlığının ve gelirlerinin kullanılabilmesi düşüncesi yerine örneğin çalışan ve bir geliri olan çocuğun kendi bakım ve eğitim giderlerine ailesine yardımcı olabilecek düzeyde katkı sağlaması bilincinin yerleştirilmesi daha sağlıklı olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu, çocuk mallarının gelirlerinin çocuğun masrafları için harcanmasından sonra kalan kısmının¹⁷³ hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde aile ihtiyaçları için de harcanabileceğini düzenlemiştir (m. 355/1). Annenin ve/veya babanın hastalığı nedeniyle çalışmıyor olması veya aile bireylerinin çokluğuna karşın annenin ve babanın gelirlerinin düşük olması durumlarında, çocuk mallarının gelirinin aile ihtiyaçları için harcanmasının hakkaniyete uygun olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁴. Her somut olayın niteliklerine göre değişebilecek olan hakkaniyet unsurunun tespitinde, ailenin sosyo-ekonomik yaşantısı, gelir düzeyi ve çocuğun olağan ve gerekli masraflarının neler olduğu üzerinde durularak bir sonuca varılmalıdır¹⁷⁵.

Çocuk mallarının gelirlerinin aile ihtiyaçları için harcanmasındaki bir diğer önemli husus ise söz konusu paranın, ailenin oturduğu evin kira parası, mutfak masrafları gibi ailenin ortak ihtiyacı¹⁷⁶ için kullanılmış olmasıdır. Zira ilgili hüküm

¹⁷⁰ BAYGIN, a.g.e., s. 423.

¹⁷¹ BAYGIN, a.g.e., s. 423; USTA, a.g.e., s. 315.

¹⁷² SEROZAN, a.g.e., s. 269.

¹⁷³ TURANBOY, a.g.m., s. 2131.

¹⁷⁴ BAYGIN, a.g.e., s. 425.

¹⁷⁵ USTA, a.g.e., s. 316.

¹⁷⁶ BAYGIN, a.g.e., s. 425.

çocuk mallarının gelirinin aile fertlerinden birinin kişisel masrafını karşılamasını öngörmemektedir¹⁷⁷.

Son olarak, öncelikle çocuğun eğitimi ve bakımı için içerisinde harcama yapılan çocuk mallarının gelirleri hakkaniyet ölçüsünde aile ihtiyaçları için de harlandıktan (ailenin bu paranın aile için harcanmasına ihtiyaç olması durumunda) sonra kalan kısmın, EMK¹⁷⁸ düzenlemesinin aksine, çocuğun malvarlığında kaldığının düzenlendiğini de belirtmek gerekir (TMK m. 355/2).

b. Diğer Malların Kısmen Sarfı

Türk Medeni Kanunu m. 356: *“Olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir.*

Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir.”

Hükmün birinci fıkrası, çocuk mallarına dahil olan sermaye biçiminde ödeme, tazminat ve benzeri edimler diye belirterek çocuğun malvarlığındaki anaparanın, çocuğun olağan ihtiyaçları için kullanılabileceği üzerinde durmaktadır. Örneğin, çocuğun geçirdiği bir trafik kazası sonucu kendisine ödenen maddî- manevi tazminat miktarı. Böylelikle kanun koyucu, çocuğun TMK m. 356/1’de sayılan birikiminin, anne ve baba tarafından tüketilmesinin önüne geçerek, bu değerlerin yalnızca kısmen, o da çocuğun olağan ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kullanılabileceğini açıkça düzenlemektedir¹⁷⁹.

Hükmün ikinci fıkrasında ise çocuğun parasal edim dışındaki malvarlığı unsurlarının kullanılmasının koşulları düzenlenmektedir. Bu durumda çocuğun kendi adına kayıtlı taşınır veya taşınmaz mallarının satılıp parasının kullanılması söz konusudur. Görüldüğü üzere çocuk mallarının, anneye ve babaya tanınan geniş yönetme hakkı kapsamında çocuğun yararı dışında; dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde kullanılabilmesinin elverişliliği nedeniyle kanun koyucu, bu yetkiyi çocuğun eğitimi,

¹⁷⁷ TURANBOY, a.g.m., s. 2132.

¹⁷⁸ EMK m. 281: *“Çocuğun geliri, evvel emirde kendi infak ve terbiyesine sarfolunur; fazlası karı kocadan hangisi aile masrafiyle mükellef ise ona ait olur.”*

¹⁷⁹ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 526.

bakımı, korunması için zorunluluk olması hâli ve kısmen kullanılabilceği şartları ile sınırlandırarak hâkimden izin alınmasına bağlamıştır. Ancak burada şunu belirtmekte fayda var ki; hâkim söz konusu izni yalnızca her olayın kendi mahiyetine göre ihtiyacı karşılayacağına kanaat getirdiği miktar yönünden veya ihtiyacın sürekliliği söz konusu ise genel bir izin¹⁸⁰ şeklinde verebilir. Bunun dışında hâkimin taşınmaz satışı için veliye yetki tanınmasının yanında *taşınmaz satışının belirlenen bedelden aşağı olamayacağı ve pazarlık usûlü ile satılacağı*¹⁸¹ gibi konunun esasına ilişkin karar verme yetkisi bulunmamakta ve Yargıtay'a göre bu durum bozma sebebi sayılmaktadır.

Zorunluluk hâlleri ise TMK m. 327/2'de düzenlendiği üzere şunlardır;

- a. Anne-babanın yoksul olması,
- b. Çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirmesi,
- c. Olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı.

Bu düzenleme ile ilgili, annenin ve babanın çocuğun mallarını satabilmeleri için hâkimin iznine gerek olup olmadığı noktası tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁸² TMK m. 356/2'yi velâyette çocuğun temsilini düzenleyen TMK m. 342 hükmü ile ele almak gerekmektedir. Öyleyse TMK m. 342/3'ün velileri, vasilerin vesayet altındaki kısıtlılar adına TMK m. 462'de sayılan işlemleri yapmak için hâkim iznine tabi tutan düzenlemeden muaf tuttuğu; böylelikle annenin ve babanın, çocuklarının mallarını satarken hâkimden izin almak zorunda olmadığı, ayrıca TMK m. 342 ve TMK m. 356/2 hükümlerinin birbirleri ile çelişen hükümler olmadığı savunulmaktadır.

Aynı görüşe göre bu düzenlemeden; annenin ve babanın, çocuğun eğitimi, bakımı ve korunması için zorunluluk hâlinde olduklarından dolayı çocuğun malını satıp parası ile o ihtiyacın karşılanmasını amaçladıklarını hâkimden talep ettiklerinde çocuğun ergin olduktan sonra bu satıştan elde edilen bedelinin ve zararının tazmini talebi söz konusu olduğunda annenin ve babanın sorumluluğu olmayacağı

¹⁸⁰ ERTAŞ Şeref, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C.9, Özel Sayı, 2007., s. 397.

¹⁸¹ Yargıtay 2. HD 2012/22322 E., 2013/15019 K., 30.05.2013: "*Veliye Yasanın 356/2. Maddesinde tanınan bu yetki esas itibari ile doğru ise de, veliye satış yetkisinin tanınması ile yetinilmek gerekirken, tanınan bu yetkinin satışın belirlenen bedelden aşağı olmamak üzere pazarlık usûlüyle yapılmasının öngörülmesi doğru olmadığı gibi, velinin çocuk mallarının korunmasında özensiz davrandığına ve çocuğun mallarının tehlikede olduğuna ilişkin bir delil ve sebep bulunmadığı hâlde, satıştan küçüğün miras payına isabet edecek paranın bankaya yatırılmasına karar verilmesi suretiyle hâkimin denetimine alınması, bu yolla velinin tasarruf yetkisinin kısıtlanması da doğru olmamıştır.*", GENÇCAN Ömer Uğur, *Velâyet Hukuku*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015, ss. 690-691.

¹⁸² KILIÇOĞLU, a.g.e., ss. 526-527; BAYGIN, a.g.e., ss. 431-432.

anlaşılmalıdır¹⁸³. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında¹⁸⁴ “*Ancak, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa, hâkim ana ve babaya ilerde sorumluluk davası ile karşılaşmalarını için belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisi tanıyabilir.*” şeklinde hüküm kurmuştur. Böylece Yargıtay, TMK m. 356/2’ye göre hâkimin izni müessesesinin, annenin ve babanın sorumluluğuna gidilip gidilememesi konusunda uygulanması gerektiği üzerinde durmaktadır.

Aynı kararında Yargıtay, mahkemece taşınmazların satışına izin verilmesinin bir karar niteliğinde değil; TMK m. 356/2 hükmünce veliye tanınan bir yetki kapsamında olduğundan hareketle, kanunda kısıtlının malları üzerinde tasarruf yetkisinin kullanılmasında vasiye öngörülen hâkim izni ve denetim usûllerinin velâyette uygulanamayacağı üzerinde durmaktadır. Hâl böyle iken Yargıtay, çocuğa babasından miras kalan taşınmazların tehlikede olduğu ve annenin çocuk mallarının korumasında özensiz davrandığı gerekçesiyle annenin, babadan kalan taşınmazlarda tasarrufta bulunabilmesi için on beş gün içinde izin alması ve bu hususta tapuya şerh vermesine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını; annenin tasarruf yetkisini sınırlandırdığı ve taşınmazların özensiz kullanıldığının ispatlanamadığı gerekçeleri ile bozarak, anneye taşınmazların satışı için yetki verilmesi ile yetinilmesi gerektiği şeklinde hüküm kurmuştur¹⁸⁵.

Aynı şekilde TMK m. 363/2 “*Dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdürler.*” hükmünün de bu görüşü desteklediğini savunan yazar, eğer hâkimin izni ile malların satışı yapılabiliyorsa temlikte dürüstlük kuralının aranmaması gerektiğinden; temlik hâkimin izni ile yapılabileseydi de bunun dürüstlük kuralı ile bağlanmasının anlamsız olacağından bahsetmektedir¹⁸⁶.

Diğer bir görüş ise çocuğun malvarlığının taşınır ve taşınmaz olmasına göre konuyu ikili bir şekilde ele almaktadır. Buna göre çocuğun taşınır mallarının anne ve baba tarafından satılması, geliri ile çocuk lehine yatırım yapılması gibi işlemler anneye ve babaya, çocuğun mallarını yönetme yetkisi ve görevi çerçevesinde olağan yönetim işlerini yürütmek adına tanındığından, hâkim iznine gerek olmadan bu yetkinin

¹⁸³ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 528; BAYGIN, a.g.e., ss. 432-433.

¹⁸⁴ Yargıtay 2. HD 2013/8584 E., 2013/26962 K. 20.11.2013T, GENÇCAN, a.g.e., s. 688.

¹⁸⁵ Yargıtay 2. HD 2013/8584 E., 2013/26962 K. 20.11.2013T.

¹⁸⁶ KILIÇOĞLU, s. 528; BAYGIN, s. 432.

kullanılabileceği düşünülmektedir. Ancak taşınmaz satımı, olağan yönetim işlerinden sayılmamalı ve taşınmazın satış ve devir işlemlerini yapmak için TMK m. 327 ve TMK m. 356 hükümleri uyarınca hâkimin izni ile hareket edilmelidir¹⁸⁷.

Kanaatimizce bu noktada birinci görüşe göre hareket etmek, çocuğun üstün yararı ve velâyet hukukunun eşlere tanıdığı hakları korumak ve aralarındaki dengeyi sağlamak adına elverişli olmaktadır. Velinin, çocuğun tüm mallarını yönetme yetkisinin aynı zamanda taşınır, taşınmaz malların satımını, bu malların kullanım amacına uygun olarak iyileştirilmesini, kiraya verilmesini ve bunlara yardım eden daha birçok bakım ve onarım işlemlerini de kapsadığı anlayışı, velâyet hukuku sistematığıne daha uygun düşmektedir. Zira çocuk mallarının sarfında ve kullanılmasında çocuğun üstün yararının aleyhine ya da kötü niyetli olarak hareket edildiğinde; TMK m. 352/2 uyarınca hâkim müdahalesi ile karşılaşılabilirdiği ve belki de yönetim yetkisinin kayyım devredilmesi söz konusu olabildiği gibi, annenin ve babanın TMK m. 363'e göre çocuklarına karşı vekil gibi sorumlu olduklarından, çocukları ergin olduktan sonra çocuğun yararına açıkça aykırı yapılan bu işlemde dolayı tazminat sorumluluğu da doğabilmektedir. Bu nedenle annenin ve babanın, taşınır veya taşınmaz olsun çocuğun malları üzerinde TMK m. 327'de sayılan zorunluluk hâlinin bulunması durumu dışında tasarruf özgürlüğü bulunduğu ve bu tasarruf özgürlüğünün TMK m. 352/2 ve TMK m.363 ile sınırlandırıldığı unutulmamalıdır.

Ayrıksı olağanüstü yararlanma yetkisi¹⁸⁸ olarak da nitelendirilen bu yetki, yalnızca kanunda sayılan ve her durumun özelliğine göre değerlendirilen zorunluluk hâllerinde kullanılabilmektedir. Zira çocuğunun hisseli taşınmazlarını satarak, ona tam bir mülkiyet sağlayan taşınmaz almak için mahkemedен yetki isteyen annenin talebini Yargıtay; küçüğün velisi ve yasal tek temsilcisi olan annenin, TMK m. 342 ve TMK m. 462/1-2 hükümleri uyarınca hâkimden izin almaksızın (TMK m. 327 ve TMK m. 356 hükümlerindeki koşulların oluşması hâlleri dışında) taşınır veya taşınmaz çocuk mallarını satabileceği ve hâkim müdahalesini gerektirecek koşulların oluşmaması hâlinde bu malları yöneteceği ve bundan da yükümlü olacağı gerekçeleriyle satışa izin

¹⁸⁷ ERTAŞ, a.g.e., s. 395-396. ERTAŞ Şeref, *Eşya Hukuku* (Eşya Hukuku), 8.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 184.

¹⁸⁸ "MK. M.356/2 hükmü esasen ana babanın yönetim ve temsil yetkisiyle ilgili olmayıp, sadece onların ayrıksı olağanüstü yararlanma yetkisiyle, açıkçası, çocuğun malvarlığının özüne, çocuğun bakımı ve eğitimi için de olsa, aslında kendisine düşen bir yükümlülüğü yerine getirebilmek için el atma yetkisiyle ilgilidir.", BAYGIN, a.g.e., s. 432.

isteğinin reddine ilişkin kararı onamıştır¹⁸⁹. Daha açık ifade ile Yargıtay, velâyet hakkına sahip ebeveynin çocuğun taşınır taşınmaz mallarını satabileceğini ve çocuğu adına taşınır veya taşınmaz mal satın alabileceğine hükmetmektedir.

5. Çocuğun Serbest Malları

Kanun koyucu çocuk mallarını oluşturan bazı kalemlerin anne ve baba tarafından kullanılıp gelirlerinden yararlanılamayacağını da düzenlemiştir. TMK 357-359 maddeleri arasında düzenlenen bu mallara çocuğun serbest malları denilmektedir.

Çocuğun serbest mallarından ilki, çocuk yararına sağlararası veya ölüme bağlı tasarruf ile yapılmış olan kazandırmalardır¹⁹⁰. Bu kazandırma faiz getiren bir yatırım veya çocuk adına açılmış bir tasarruf hesabı ise bu anaparanın gelirinden anne ve baba yararlanamamaktadır (TMK m. 357/1). Ayrıca kazandırmayı yapan kişi, annenin ve babanın bu mallar üzerindeki yönetme hakkını da kullanmasını istemiyor ve bu açıkça belirtilmiş ise annenin ve babanın belirtilen mallar üzerindeki yönetim hakkı sona ermektedir. Bu hâlde yönetim, kazandırmayı yapan kişi tarafından belirlenen kişiye, kazandırmayı yapana veya lehine kazandırma yapılan ayırt etme gücüne sahip çocuğa bırakılabilmektedir¹⁹¹.

Çocuğun serbest mallarından ikincisi ise saklı paydır. Çocuğa miras bırakanının malvarlığından intikal eden saklı payın da yönetimi kural olarak çocuğun annesi ve babasındadır; ancak miras bırakan tarafından, ölüme bağlı tasarruf ile çocuğun saklı payının annesi ve babası tarafından yönetilmemesi düzenlenebilir (TMK m. 358/1)¹⁹². Bu düzenleme ile çocuğun saklı payı üzerinde annenin ve babanın yönetme hakkı kaldırılrsa da saklı paya ilişkin malların gelirlerinin (TMK m. 355/1) ve bir kısmının (TMK m. 356) hâkimin izni ile anne ve baba tarafından sarfına karar verilmesine ilişkin herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁹³.

¹⁸⁹ Yargıtay 2. HD 2002/5872 E., 2002/6944 K., 24.05.2002; GENÇCAN, a.g.e., ss. 689-690.

¹⁹⁰ Çocuk mallarının gelirlerinin anne babanın kendi menfaatleri yönünde kullanılamayacağı (TMK m. 357/1) düzenlemesine doktrinde, konunun m.355'te çocuğun mallarının gelirlerinin öncelikle çocuğun eğitimi, bakımı için harcanması gerektiği, hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde ailenin ihtiyaçları için kullanılabileceği; bunun dışında anne babanın kendi menfaatine kullanılamayacağı düzenlemesi ile hâli hazırda açık bir şekilde düzenlendiği nedeniyle eleştiri getirilmiştir, bu tartışmaya girmemekle birlikte konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., ss. 410-411; ÖZTAN, a.g.e., s. 1180.

¹⁹¹ ÖZTAN, a.g.e., s. 1179.

¹⁹² ÖZTAN, a.g.e., s. 1181.

¹⁹³ ÖZTAN, a.g.e., s. 1182.

Çocuğun serbest mallarına ilişkin son düzenleme ise çocuğun çalışması sonucu elde ettiği kazanç veya annenin ve babanın, çocuğa meslek veya sanat ile uğraşması için kendi malvarlığından verdiği miktarlardır (TMK m. 359/1). Bu hâllerde çocuk, annesinin ve babasının, çocuğun mallarından kendisine verdiği ve kendi çalışması sonucu kazandığı gelirler üzerinde yönetim ve yararlanma hakkını tek başına kullanmaktadır¹⁹⁴. Eğer çocuk annesi ve babası ile birlikte yaşıyorsa, annesi ve babası, üst sınırı çocuğun masrafları olmak üzere¹⁹⁵ çocuktan, kendi masraflarına katkıda bulunmasını talep edilebilirler (TMK m. 359/2).

6. Yönetimin Sona Ermesi ve Anne ile Babanın Sorumluluğu

a. Yönetimin Sona Ermesi

Yönetim hakkı, velâyete sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan velâyet sonlandığında bu hak da kendiliğinden sona ermektedir. Velâyet, çocuğun ergin olması (yaş şartı), mahkeme kararı ile ergin kılınması (yargı yolu) veya evlât edinilmesi nedenlerinden biri ile sona erdiğinde, annenin ve babanın yönetme hakkı da buna bağlı olarak sona ermektedir¹⁹⁶.

Yönetme hakkının velâyet hakkı ile sona ermesi dışında; çocuğun mallarının tehlikede olduğunun ve malların gelirlerinin çocuğun üstün yararına aykırı harcandığının tespit edilmesi veya hâkimin bu kanaatte olması da yönetme hakkını kısmen veya tamamen sona erdirmektedir. Bu bağlamda hâkimin belirli mallar üzerindeki yönetim hakkını kayyıma devretmesi (TMK m. 360/3) veya çocuğun tüm malları yönünden yönetim hakkını bir kayyıma devretmesi (TMK m. 360/1) söz konusu olmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki bu durumda velâyet devam ettiği hâlde annenin ve babanın sadece yönetim hakkı sonlanmaktadır¹⁹⁷.

Velâyetin, ölüm veya boşanma, evliliğin iptali, evliliğin feshi gibi mahkeme kararı ile sonlandığı hâllerde eşlerden birine bırakıldığı veya sağ kalan eşte devam ettiği durumlarda, o eşin yönetme hakkı da devam etmektedir. Yönetim hakkının tek bir eş tarafından kullanıldığı bu gibi hâllerde kanun koyucu, çocuk mallarını koruyucu bir etki

¹⁹⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 1183.

¹⁹⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 1184.

¹⁹⁶ BAYGIN, a.g.e., ss. 408-409.

¹⁹⁷ BAYGIN, a.g.e. s. 409.

ile yönetme hakkını kullanan eşin “*hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorunda*” (TMK m. 353) olduğunu düzenlemektedir. Velâyete İlişkin Tüzük m.4’te¹⁹⁸ de yer alan bu ödev için mahkemece belirlenen süre içerisinde sağ kalan veya evliliğin mahkeme kararı ile sonlanmasından dolayı velâyete sahip olan eş, çocuğa ait malların yazılı olduğu defteri, kendisine bildirimde bulunan yetkili aile mahkemesine teslim etmelidir.

Yalnızca velâyet kendisinde olan anne veya baba tarafından bizzat düzenlenebilen söz konusu defterde¹⁹⁹ çocuğun, velâyetin doğduğu andan sona erdiği ana kadar sahip olduğu taşınır, taşınmaz mallarının, kıymetli evraklarının, borçlarının ve alacaklarının açıklayıcı ve tanımlayıcı bir şekilde düzenlenme tarihindeki tahmini rayiç değerleri ile birlikte eksiksiz bir şekilde yazılması gerekmektedir²⁰⁰. Çocuğun malvarlığına ilişkin defter tutma yükümlülüğünün tam veya gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde hâkimin, TMK m. 360’ta sayılan önlemleri alma veya yönetme görevini bir kayyım devretme yetkileri bulunmaktadır²⁰¹. Çocuğun malvarlığı yoksa defter düzenlenmesi gerekmemektedir; ancak yine de mahkemeye buna ilişkin yazılı bildirim yapılması yerinde olur²⁰².

Evliliğin mahkeme kararı veya ölüm ile sonlanması hâlinde velâyet kendisinde kalan eşin, çocuğun malvarlığında meydana gelen önemli değişiklikleri bildirme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu noktada ‘*önemli değişiklik*’ tabirinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Çocuğun malvarlığında meydana gelen büyük çaplı eksilmeler veya çoğalmalar, önemli değişimlerin tespitinde bize yardımcı olmaktadır. Tabii bu eksilme veya artışların önemli boyutta olup olmadığı, çocuk

¹⁹⁸ Velâyete İlişkin Tüzük m.4: “*Ana ve babadan birinin ölümü hâlinde nüfus memuru veya evliliğin mahkeme kararı ile sona ermesi hâlinde kararı veren mahkeme, sağ kalan veya velâyet kendisine verilen eşin yerleşim yeri aile mahkemesine, yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun belirlediği mahkemeye durumu derhâl bildirir. Mahkeme, belirleyeceği süre içinde, sağ kalan veya velâyet kendisine verilen eşten çocuğun varsa, mal varlığının dökümünü gösteren bir defter vermesini ve bu mal varlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşecek önemli değişiklikleri de bildirmesini ister.*”

Hâkim, ana ve babanın, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri hâlinde, Türk Medeni Kanununun 360 ve 361 inci maddelerinde öngörülen önlemleri alır ve gerekli işlemleri yapar.”

¹⁹⁹ Defterin düzenlenmesine ilişkin usulî işlemlerin ayrıntılı açıklamaları için USTA, a.g.e., ss. 306-308; BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 395.

²⁰⁰ BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 395.

²⁰¹ BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 395.

²⁰² USTA, a.g.e., s. 307.

mallarının yoğunluğu ve niteliğine göre değerlendirilmelidir.²⁰³ Özellikle çocuk mallarının özgülendiği amacın değiştirilmesi veya bu mallar üzerinde yapılan önemli tasarrufi işlemler önemli değişiklik kapsamında değerlendirilebilir²⁰⁴.

Bu önemli boyuttaki değişimlerin hâkim tarafından eğer çocuk yararına kötü niyetli bir yaklaşım ile gerçekleştiğine kanaat getirilirse, hâkim çocuk mallarının korunmasına yönelik tedbirleri almakta yetkilidir²⁰⁵. Bunun yanında önemli değişiklikleri bildirme yükümü, çocuğa yüklü miktarda yapılan bir bağışın veya çocuğun malvarlığının büyük bir kısmının doğal afet, hırsızlık sebepleri nedeniyle kullanılamaz hâle gelmesinin derhal mahkemeye bildirilmesini de kapsamaktadır²⁰⁶. Yönetim hakkının son bulması ile çocuk mallarının devri ve böylece annenin ve babanın sorumluluğu gündeme gelmektedir.

b. Anne ile Babanın Sorumluluğu

Anne ve baba, çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar (TMK m. 363/1). Annenin ve babanın, velâyet hakkı kapsamında her ne kadar çocuk mallarını kullanıp bu malları veya gelirlerini çocuk yararına ve belli şartlarda aile ihtiyaçları doğrultusunda harcama yetkileri bulunsada bu yetkileri kullanırken kendilerinden beklenen özen yükümlülüğünü de yerine getirmelidirler. Zira TMK m. 363/1 hükmünün yollaması ile anne ve baba, TBK m. 506 vd. hükümleri uyarınca sözleşmesel bir sorumluluk altına girip vekilin gösterdiği özen ve sadakat yükümü ile sorumlu olmaktadır²⁰⁷.

Bu sorumluluğun kapsamına ise çocuk mallarında meydana gelen fizikî eksilmeler, değer azalmaları, yoksun kalınan kâr ve özellikle bu konuda vekâlet hükümlerine tabi olduklarından annenin ve babanın çocuk mallarını gerektiği gibi değerlendirip kazanç sağlayamaması girmektedir²⁰⁸.

Annenin ve babanın, çocuk malları üzerindeki yönetme hakkını bir başkasına devretmiş olması da mümkündür. Bu durumda ise annenin ve babanın sorumluluğu, TBK m. 66'ya göre adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında değerlendirilmekte ve

²⁰³ BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 396.

²⁰⁴ USTA, a.g.e., s. 307; BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 396.

²⁰⁵ USTA, a.g.e., s. 307; BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 396.

²⁰⁶ BAYGIN, DOĞAN, a.g.m., s. 396.

²⁰⁷ USTA, a.g.e., s. 310.

²⁰⁸ BAYGIN, a.g.e., s. 412.

çocuğun mallarının, yöneten kişi nedeniyle zarara uğraması durumunda annenin ve babanın bundan sorumlu olup olmayacağı, yönetim hakkını devrettikleri kişiyi seçerken gerekli özen ve dikkati gösterip göstermediklerine göre belirlenmektedir²⁰⁹.

Annenin ve babanın, çocuk mallarında meydana gelen zararlara karşı sorumluluktan kurtulmaları; ancak yönetme hakkını kullanırken bir yöneticiden beklenen özeni ve dikkati gösterdiklerini ispatlamaları hâlinde mümkün olmaktadır. Aksi takdirde zararın meydana gelmesinde kusurlu kabul edilirler. Özen yükümlülüğüne ilişkin burada objektif bir kıstas belirlemek yerinde olmaz; ancak genel olarak anne ve baba, kendi işlerinde gösterdiği özeni çocuk mallarının yönetimine ilişkin işlerde de göstermelidir²¹⁰.

Kanun koyucu, anneye ve babaya yüklenen bu sorumluluğu, iki düzenleme ile yumuşatarak çocuk mallarını yönetmenin aynı zamanda anneye ve babaya tanınan bir hak olduğunu da unutmamıştır. Bunlardan ilki, annenin ve babanın bir başkasına dürüstlük kuralına uygun şekilde devrettiği çocuk mallarından, devir sırasında ellerinde kalan karşılığı ile sorumlu olmalarıdır (TMK m. 363/2). Böylelikle annenin ve babanın iyiniyet ile hareket etmesi, onların vekil gibi sorumlu olması kuralını esneten bir işlev görmektedir²¹¹. Fakat bunun aksine anne ve baba, çocuk mallarını çocuğun yararına aykırı olacak şekilde kötüniyetli olarak satmış ise bu sefer anne ve baba, malın bedeli, faizi ve çocuğun gördüğü zararın tümünden sorumlu olmaktadır²¹².

Anne ve babanın çocuk malları üzerindeki sorumluluğunu yumuşatan diğer düzenleme ise annenin ve babanın kanuna uygun şekilde, çocuk ve aile için yaptıkları harcamalardan dolayı gelir düzeyleri sonradan iyileşse bile²¹³ tazminata tabi tutulamayacaklarıdır (TMK m. 363/3).

²⁰⁹ USTA, a.g.e., s. 310.

²¹⁰ USTA, a.g.e., s. 310; BAYGIN, a.g.e., ss. 412-413. Her ailenin iç yapısı ve yaşam koşulları birbirlerinden farklılık arz ettiğinden özen yükümlülüğü belirlenirken her aile yapısına uygun kıstas belirlemek güç olmakta veya objektif kıstasların belirlenmesi bazı uyuşmazlıklarda adaletsiz sonuçlara meydan verebilmektedir. Bu nedenle özen yükümlülüğüne ilişkin genel kıstaslar üzerinde durmak daha hakkaniyetli olmaktadır.

²¹¹ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 425.

²¹² AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 425; USTA, a.g.e., s. 311.

²¹³ USTA, a.g.e., s. 311.

C. ÇOCUĞUN TEMSİLİ

Türk Medeni Kanunu m. 342: “Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler.

İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler.

Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtluların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır.”

Çocuk, ergin olana kadar annesinin ve babasının velâyeti altındadır²¹⁴. Bu nedenle kendilerini hukukî ilişkilerde temsil edebilme yetkinliğinden yoksun olan küçükler, velâyeti kendilerinde olan annesi ve/veya babası tarafından temsil edilmektedirler. Velâyete ilişkin olarak, çocuğun üstün yararının korunması ilkesinin en belirgin şekilde vücut bulduğu temsil yetkisi, anneye ve babaya velâyet süresi içerisinde tanınmaktadır²¹⁵. Çocuğun ergin olması veya velâyetin bir eşe bırakılması hâlinde küçükle, ergin olan çocukla velâyet ilişkisi sonlanan tarafın, küçüğü temsil yetkisi de son bulmaktadır²¹⁶.

Temsil yetkisi kullanılırken çocuğun ayırt etme gücünün olup olmadığına göre bir ayırım yapmak gerekmektedir²¹⁷. Zira velâyetleri altındaki çocukların temsilcileri oldukları annenin ve babanın, temsil yetkilerinin sınırları ve sorumlulukları da buna göre farklılık arz etmektedir. Ayırt etme gücünün ne olduğu ve nasıl belirlendiğine ilişkin kıstas ise yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olma tanımı ile TMK m. 13 hükmünde düzenlenmektedir. Ancak belli bir yaş sınırı getirmeyen mevcut düzenleme doğrultusunda hareket edildiğinde çocuğun ayırt etme gücünün olup olmadığının tespiti, hâkimin önüne gelen her olayın kendi ağırlığı veya oluşu içerisinde münferiden değerlendirilmelidir²¹⁸.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler TMK m. 14 uyarınca tam ehliyetsiz statüsünde olup TMK m. 15’e göre de gerçekleştirdikleri hukukî işlemlerden sorumlu değildirler²¹⁹. O hâlde ayırt etme gücünden yoksun küçükler için hukukî işlem yapmaya

²¹⁴ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 632.

²¹⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 1119, AKINTÜRK, ATEŞ ATAMAN, a.g.e., s. 413.

²¹⁶ DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., s. 349.

²¹⁷ DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., s. 349.

²¹⁸ BAYGIN, a.g.e., ss. 296-297.

²¹⁹ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 632.

tamamen, velâyeti kendilerinde bulunan annesi ve/veya babası yetkilidir denebilir²²⁰. İşlemin bizzat anne ve/veya baba tarafından yapılması zorunludur, ayırt etme gücünden yoksun küçüğün yaptığı işleme annenin ve/veya babanın sonradan icazet vermesi, işlemi geçerli hâle getirmemektedir²²¹.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ise sınırlı ehliyetsiz statüsünde kabul edilmektedirler. Kendilerini borç altına sokmayan işlemleri kendi başlarına yapabilmeyen ayırt etme gücüne sahip küçükler, yaptıkları haksız fiillerinden de sorumlu olmaktadır (TMK m. 16). Ancak kendilerini borç altına sokan ya da menfaatlerini zedeleyen işlemleri ise ancak yasal temsilcileri olan annesinin ve/veya babasının rızası ile yapabilmektedirler ya da bu işlemleri onlar adına doğrudan annesi ve/veya babası yapmaktadır²²². Eğer ayırt etme gücüne sahip küçük, kendisini borç altına sokan bir işlemi annesinin ve/veya babasının rızası dışında gerçekleştirmiş ise bu işlem, annenin ve/veya babanın, işleme rıza verdiği ana kadar askıda geçersiz olmaktadır. Bunun anlamı, annenin ve/veya babanın rızası olmadan yapılan işlemin çocuğu bağlamadığı; ancak işlemin karşı tarafının, yükümlülük altına girdiği edim yahut işlemler ile bağlı olduğudur. Burada işlemin karşı tarafı ya da hâkim, çocuğun annesine ve/veya babasına işleme onay verip vermediklerine dair cevap vermeleri için bir süre tayin etmelidir. Bu süre içerisinde anne ve/veya baba işleme onay verirse işlem başından itibaren geçerli bir işlem gibi hüküm ve sonuç doğururken, işleme onay vermezler ise ya da belirlenen süreyi herhangi bir cevap vermeden geçirirlerse işlem baştan itibaren hükümsüz bir işlem gibi hüküm ve sonuç doğurur ve böylece işlem hem çocuk hem de karşı taraf yönünden bağlayıcılığını kaybetmiş olur²²³.

Anne ve baba, temsil yetkisi kapsamında çocuğu adına hukukî işlem gerçekleştirip tasarrufta bulunurken çocuğunun menfaatini her daim gözetmekle de yükümlüdür. Yapılacak işlem öncelikle çocuğun hayatında, yaşadığı çevrede ya da hayat kalitesinde değişikliğe sebebiyet vereceğinden anne ve baba çocuklarının olgunluğu ölçüsünde, onunla bu konuda görüşüp onun fikrini almakla TMK m. 339/3 hükmü uyarınca mükelleftirler²²⁴.

²²⁰ HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 192.

²²¹ HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 192.

²²² HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 192.

²²³ BAYGIN, a.g.e., s. 299; HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., ss. 192-193.

²²⁴ BAYGIN, a.g.e., s. 299; HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., ss. 192.

Anne ve babaların temsil yetkisi, çocuklarının hem kişisel yönden hem de malvarlığı yönünden temsilini kapsamaktadır. Bu temsil, çocuğun kendisine karşı açılan veya çocuğun açması gereken davada temsil edilmesi olabileceği gibi çocuk adına yapılacak borçlandırıcı işlemler ya da çocuğa bir malvarlığının kanunen/ kendiliğinden geçmesi hâllerinde maddî varlığının korunması aşamalarında büyük önem taşımaktadır²²⁵.

Yargıtay da eski kanun zamanında verdiği bir kararında²²⁶ boşanma sonrası doğmuş çocuğun, henüz velâyet düzenlemesi yapılmadan bir başkasına evlâtlık verilmesi için görülen evlât edinmeye izin davasında eşler boşanmış olsalar da velâyet düzenlenmediğinden çocuğun geleceği yönünden verilecek bu önemli kararda anne ve babanın rızasının beraber aranması gerektiği, yalnız babanın rızası ile evlât edinme ilişkisine izin verilmesinin yerinde olmadığına karar vererek her ne kadar ETMK m. 263 anlaşmazlık hâlinde babanın reyini üstün görse de, çocuğun yararının değerlendirilen her vakiada korunması gereken en mühim değer olduğu ve koruma yolunun da her olayın oluşuna göre belirlenmesi gerektiğinin altını çizmektedir.

Hükmün üçüncü fıkrası ile kısıtlı ergin çocukların temsili üzerinde durulmuş ve vesayet makamlarının iznine bağlı olmayan durumlar da anne ve babaların, küçüklerin temsili hükümlerine göre hareket edecekleri düzenlenmiştir.²²⁷ Burada hükmü yorumlarken üzerinde durulması gereken husus kanun koyucunun, TMK m. 448- m. 455 maddeleri arasında geniş bir düzenleme aralığı bulan vesayette temsil hükümlerinin velâyette temsil hususunda da uygulanabileceğini öngörmesidir²²⁸. Velâyette temsili düzenleyen maddelerin yetersizliğini TMK m. 342/3 hükmü ile dolduran kanun koyucu,

²²⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 1119.

²²⁶ Yargıtay 2. HD 1985/4403 E., 1985/4609 K. ve 13.05.1985 k.t.li ilamı: “Evlât edinilmesine izin istenilen çocuk boşanmadan sonra doğmuş ve velâyet henüz düzenlenmemiş bulunmaktadır. O hâlde ana ve babanın velâyeti birlikte kullandıklarının kabulü gerekir. **Öyle ise müşterek çocuğun evlât edinilmesinde ana ve babanın ikisinin de rızasının alınması zorunludur.** Buna rağmen mahkemece yalnız babanın rızası alınmış, fakat ana ise karşı koymuştur. Öyle ise izin isteğinin reddedilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden sadece babanın rızası yeterli görülerek evlât edinilmeye izin verilmiş olması Usûl ve Kanun'a aykırıdır.” www.kazancı.com (erişim tarihi 29.11.2017)

²²⁷ Bu düzenlemeye ilişkin bizim de katıldığımız bir görüşe göre; TMK m. 342/3 hükmündeki vesayet makamları ifadesinden neyi anlamamız gerektiği açık değildir Zira Türk Medeni Kanunu'nda kabul edilen tek vesayet makamı Sulh Hukuk Mahkemesidir. Kaldı ki 462 ve 463. Maddelerde sayılan işlemler için izin makamı Vesayet Makamı ile Denetim Makamıdır. Bu nedenle vesayet daireleri ifadesini kullanmak daha yerinde olacaktır. Bunun yanında cümlelerin devam eden kısmındaki “hususlar dışında” ifadesinden, kısıtlıların temsiline uygulanan hükümlerin vesayet makamı iznine bağlı olanlar dışındakilerin velâyette temsilde de uygulanabileceği ile kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin vesayet makamı iznine bağlı hukuki işlemleri de kapsayacak şekilde velâyette temsilde uygulanabileceği şeklinde iki yorum ortaya çıkmaktadır. AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 417.

²²⁸ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 417.

vesayet makamının iznine tabi olan işlemleri velâyette temsilde ayrı tutarak veli ile vasi arasındaki farkı bu hükümde korumuştur.

VII. VELÂYETİN SONA ERMESİ

A. GENEL OLARAK

Velâyeti sona erdiren birden fazla sebep vardır. Bunların bir kısmı kanundan doğup kendiliğinden velâyet hakkını sona erdirmekte, bir kısmı ise ancak bir mahkeme kararı ile velâyeti sona erdirmektedir.

Velâyetin kanundan doğan sona erme sebepleri şu şekilde sıralandırılabilir:

- a. Çocuğun ergin olması (m. 11/1), ergin kılınması (m. 11/2, m. 12) veya ölmesi,
- b. Velâyet hakkına sahip annenin ve/veya babanın ölmesi,
- c. Çocuğun evlât edinilmesi,
- d. Soybağının reddi veya evlâtlık ilişkisinin sona ermesi,

Bunlar velâyetin kendiliğinden sona erdiği durumlardır. Ancak şu ayrımı belirtmek gerekmektedir. Anne ve baba, evli iken eşlerden birinin ölmesi hâlinde velâyet sağ kalan eş tarafından tek başına kullanılabilirken (TMK m. 336/3), anne ile babanın evli olmaması veya boşanmış olması hâlinde ise çocuğun velâyetine sahip olan eşin ölmesi durumunda, velâyet bu sefer diğer eşe kendiliğinden geçmemektedir. Bu durumda sağ kalan eşin, mahkemeye başvurarak çocuğun velâyetinin kendisine verilmesini talep etmesi gerekmektedir²²⁹.

Velâyeti mahkeme kararı ile sona erdiren durumlar ise eşlerin boşanması, evliliğin butlanına karar verilmesi ve velâyetin kaldırılması hâlleridir. Eşlerin boşanması ve evliliğin butlanına karar verilmesi hâllerinde hâkim çocuğun velâyetini eşlerden birine vereceğinden, diğer eş yönünden velâyet hakkı sona ermektedir. Ancak bu noktada ortak velâyeti unutmamak gerekir. Zira ortak velâyete ilişkin içtihad değişikliğinden sonra boşanma ve ayrılık hâlinde de annenin ve babanın, çocuğun velâyetine ilişkin hak ve yükümlülükleri beraber kullanmaya devam edebildiği kararlara rastlamak Türk aile hukuku açısından olası ve olumlu bir gelişme olmaktadır.

²²⁹ ÖZTAN, a.g.e., ss. 1195-1196.

Bunun dışında velâyetin kaldırılması hâlleri şimdiye kadar kısaca açıklanan sona erme sebeplerinden farklı olarak özel şartlar hâlinde mümkün olmaktadır. Bu nedenle velâyetin kaldırılması konusunu ayrı bir başlık altında açıklamak yerinde olacaktır.

B. VELÂYETİN KALDIRILMASI

Velâyetin kaldırılması konusu, kanunda Çocuğun Korunması Başlığı altında düzenlenen ve çocuğu, annenin ve/veya babanın telafisi neredeyse imkânsız zararlar doğurabilecek davranışları nedeniyle annesine ve/veya babasına karşı korumayı amaçlayan en ağır yaptırım olarak nitelendirilebilir.

Velâyet; anne, baba ve çocuğun sahip olduğu en doğal haklardan biri olduğundan, velâyetin kaldırılması müessesine başvurulabilmesi ancak başkaca önlemler ile sonuç alınamaması veya bu önlemlerin yetersiz kalması hâlinde devreye girebilmektedir²³⁰ (TMK m. 348). Daha açık ifade ile çocuğun, velâyet hakkını kullanmada yetersiz veya aşırı düzeyde özensiz olan annesine ve/veya babasına karşı korunmasında en son başvuru yöntemi²³¹ velâyetin kaldırılması olmaktadır²³².

Velâyetin kaldırılması sonucunun oluşabilmesi için çocuğun yararının aksine hareket eden anne ve/veya babanın, çocuğun gelişimi ve bakımında ciddi özensizliklerinin olması yeterlidir, ayrıca kusurlu olmaları gerekmemektedir²³³.

Velâyetin kaldırılması ile ilgili karıştırılmaması gereken bir nokta velâyetin, çocuk ile annesi ve babası arasında kurulan soybağı ilişkisinden kaynaklanan olgulardan biri olduğudur. Hâliyle velâyet sonlansa bile annenin ve babanın, soybağı nedeniyle yüklendiği ödevleri ve sahip olduğu hakları varlığını sürdürmeye devam etmektedir²³⁴. Örneğin çocuğu üzerinde velâyeti kaldırılan baba öldüğünde, çocuk ona mirasçı

²³⁰ ÖZTAN, a.g.e., s. 1097.

²³¹ Yargıtay 2. HD 2015/7900E. 2015/9060K. 28.04.2015T.: “Velâyetin kaldırılması kararı ana ve/veya baba için ağır sonuçlar doğuran bir karardır. Bu nedenle, velâyetin kaldırılması kararı verilmeden önce velâyetin değiştirilip, diğer tarafa verilmesiyle yetinilip yetinilemeyeceği konusunda gerekli tüm araştırmaların yapılması; başka çözüm kalmadığı takdirde velâyetin kaldırılması gerekir.” www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 15.01.2018)

²³² SEROZAN, a.g.e., s.292; ÇELİK Cemil, “Velâyetin Kaldırılması”, *AÜHF*, C. 54, S. 1, Yıl 2005, s. 267.

²³³ ÖZTAN, a.g.e., s.1101; ERBAY İsmail, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velâyet Hakkının Kaldırılması (m.348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, Yıl 2012, s. 29.

²³⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 1097; ÖZDEMİR, RUHİ, a.g.e., s. 764; HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 197.

olmakta veya annenin ve babanın, çocukları üzerindeki bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülükleri velâyet kendilerinden kaldırılrsa dahi devam etmektedir.

Velâyetin kaldırılması kararı, aksi belirtilmedikçe anne ile babanın doğmuş ve doğacak tüm çocuklarını kapsamaktadır²³⁵. Velâyet hakkı, eşlerden birinden kaldırılabilmesi gibi, her ikisinden birden de kaldırılabilir. Bu hâlde çocuğa bir vasi atanmaktadır. Velâyet, çocuğu ilgilendiren en önemli konu olduğundan velâyetin kaldırılması da kanunda bazı şartların varlığına bağlanmıştır. Bu şartlar aşağıda ele alınacaktır.

1. Anne ile Babanın Deneyimsizliği, Hastalığı, Başka Bir Yerde Olması ve Benzeri Sebepler

Bu hüküm annenin ve babanın velâyeti kullanmada yetersiz kalması hâlinde velâyetin onlardan kaldırılmasını düzenlemektedir. Bu yetersizlik hâli, kişinin elinde olmayan ağır hastalık, engellilik veya yerinin bilinmemesi durumlarından kaynaklanabildiği gibi, kişinin uyuşturucu veya alkol bağımlısı olması, ahlâka aykırı bir yaşam sürmesi veya kısıtlılık hâlinin olması gibi kişinin değiştirebileceği durumlardan da kaynaklanabilmektedir²³⁶. Önemli olan bu yetersizliğin devamlı surette var olmasıdır²³⁷.

Hükümde ifade edilen deneyimsizlik tabirinin, annenin ve babanın yetersizliği olarak algılanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira evli olan eşlerin, anne ve baba statülerine ilk çocukları ile geçiş yaptıkları ve her ne kadar bir kısmı çocuk gelişimine yönelik yetkinliklerini arttırmaya veya çevresinden bu konuda bilgi sahibi olmaya çalışsalar da daha önce bu yönde bir deneyime sahip olmadıklarından deneyimsizlikleri ve çocuk yetiştirme konusunda acemilikleri göz ardı edilmemelidir. Doktrinde de bu konuda çoğunlukla kullanılan tabir, yetersizlik tabiridir. Bu nedenle genel olarak deneyimsizliğin, velâyetin kaldırılması sonucunu doğurmayacağını ancak deneyimsizliğin aşılması için çaba sarf etmemeden kaynaklanan, velâyetin gereği gibi kullanılmaması hâlinin velâyetin kaldırılması sebebi olması gerektiğini düşünmekteyiz²³⁸. Buradan hareketle deneyimsizlik hâlinin kanunda açık bırakılan

²³⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 1098; BAYGIN, a.g.e., s. 344.

²³⁶ BAYGIN, a.g.e., s. 345; ÖZTAN, a.g.e., s. 1100.

²³⁷ AKYÜZ, a.g.e., s. 292.

²³⁸ Aynı yöndeki görüş için ayrıca ÇELİK, a.g.m., ss. 270-271.

benzer hâller içerisinde kabul edilerek, onun yerine annenin ve babanın yetersizliği tabirinin kullanılması da düşünülebilir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, velâyetin gereği gibi yerine getirilememesi durumlarını örnek verme suretiyle düzenlemiştir. Böylece anne ve baba olmanın gereklerini uygulayamama kıstası, her ailenin kendi dengesi ve olayların mahiyeti itibari ile değerlendirilerek tespit edilmelidir. Ancak temel olarak dikkat edilecek husus; çocuğun yetiştirilmesi, bakımı gibi konularda annenin ve babanın yeterli bilgiye sahip olup olmadığı ve sahip değillerse öğrenmek için çaba sarf edip etmedikleridir. Çocuğu olduğu gibi kendi hâline bırakmak ya da tam aksine tüm isteklerinin yerine getirilip şımartılması gibi durumlar, annenin ve babanın velâyeti kullanmada yetersiz olduğunu göstereceğinden velâyetin kaldırılması sonucunu doğurabilmektedir.²³⁹

Velâyetin anneden ve/veya babadan kaldırılması sonucunu doğuran ikinci durum ise hastalık hâlidir. Ancak her hastalık, velâyetin kaldırılması sonucu doğurmamaktadır. Hastalığın, annenin veya babanın velâyet görevini yerine getirmesine ciddi seviyede ve sürekli olarak engel oluyor olması gerekmektedir²⁴⁰.

Hükümde sayılan velâyetin kaldırılmasını doğuran bir diğer sebep ise anne babanın çocuktan farklı bir yerde bulunmasıdır. Velâyet öyle bir hak ve görev bütünüdür ki gerekleri çoğu zaman uzaktan yerine getirilemediği gibi işlemlerin yürütülebilmesi için kural olarak bir üçüncü kişiye yetki de verilememektedir. Bu görevin, anne ve/veya baba tarafından bizzat yürütülmesi gerekmektedir. Tam da bu sebeple anne ve/veya baba ile çocuk arasında, sağlıklı iletişim kurulmasını engelleyen boyutta mesafe bulunması veya bu mesafenin velâyetin gereklerinin yerine getirilmesine engel olacak nitelikte olmasının çocuğun üstün yararına aykırı olduğu düşüncesinden hareketle bu durum, velâyetin kaldırılması sonucunu doğurabilmektedir²⁴¹. Tabi bu uzakta olma durumunun velâyet ilişkisini zedeleyen bir süre boyunca devam etmiş veya ediyor olması da gerekmektedir²⁴². Aksi hâlde kısa süreli iş seyahatleri veya tedavi amaçlı belli bir süre uzak mesafelerde bulunulması velâyetin kaldırılması sonucunu doğurmamaktadır.

²³⁹ BAYGIN, a.g.e., ss. 345-346; AKYÜZ, a.g.e., s. 295.

²⁴⁰ ÇELİK, a.g.m., s. 271; BAYGIN, a.g.e., s. 346.

²⁴¹ BAYGIN, a.g.e., s. 346; ÇELİK, a.g.m., s. 272.

²⁴² AKYÜZ, a.g.e., s. 295.

Türk Medeni Kanunu m. 348’de velâyetin kaldırılması sebepleri, “*ve benzeri sebepler*” diyerek sınırlandırılmamış, ucu açık bırakılmıştır. Bu nedenle önceki kanunda açıkça düzenlenen kısıtlılık hâlinin yeni düzenlemede benzeri sebep olduğu kabul edilerek velâyetin kaldırılması sonucunu doğurması açıktır. Bu görüş, kanunda sayılan şartların oluşması hâlinde fiil ehliyetini kullanma özgürlüğü kısmen veya tamamen sonlanan annenin veya babanın, çocuğun şahıs ve malvarlığı haklarını da kollamasının, onu gerektiği gibi temsil etmesinin ondan beklenemeyeceği düşüncesinden hareketle velâyet haklarının da kendilerinden kaldırılması gerektiği yönündedir²⁴³. Yalnız kısıtlılık hâlinde velâyet kendiliğinden kalkmamakta, kısıtlanan anneden veya babandan velâyetin kaldırılabilmesi için bunun bir mahkeme kararına dayanması gerekmektedir²⁴⁴.

Bunun yanında bizim de katıldığımız, her kısıtlama kararının velâyetin kaldırılması sonucunu doğurmadığı, bu konuda hâkimin takdir yetkisinin olduğu görüşü²⁴⁵ de doktrinde kendine yer bulmuştur. Bu görüşe göre kısıtlılık kararı tek başına değerlendirilmemeli, aynı zamanda bu kararın annenin veya babanın, velâyet hak ve yükümlülüklerini yerine getirmesinde ne derece engel teşkil ettiği ve en nihayetinde çocuğun yararının hangi durumda daha az zedeleneceğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

Fiil ehliyetini kısmen sınırlandıran, kişiye yasal danışman atanmasını gerektiren ekonomik kısıtlılık durumunda ise velâyetin kaldırılması sonucunu doğuran boyutta bir kısıtlılıktan söz edilememektedir. Zira anne veya baba, yalnızca malvarlığının yönetimi bakımından kısıtlanmıştır²⁴⁶.

Kısıtlılık hâllerinden sayılabilecek özel bir hâl olan bir yıl ve daha uzun süreli hükümlülük hâlinde velâyetin ne şekilde kullanılacağı ise mevzuatımızda “*Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her ergin kısıtlanır.*” (TMK m. 407/1) şeklinde düzenlenmiştir. Böylece bir yıl ve daha uzun süreli hükümlülük hâlinin, dolaylı olarak velâyetin kaldırılması sonucunu doğuran bir sebep

²⁴³ BAYGIN, a.g.e., s. 348; ÖZTAN, a.g.e., s. 1101;

²⁴⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 1101; Yargıtay 2. HD 2012/11588E. 2013/876K. 17.01.2013T.: ‘*Davalı kadın Türk Medeni Kanununun 405. maddesi gereğince kısıtlanarak babası S.K.velâyeti altında bırakılmıştır. Kendisi kısıtlı olanın velâyeti doğrudan doğruya kullanması mümkün değildir. O hâlde; tarafların müşterek çocuğu 2005 doğumlu V. velâyetinin davacı baba yerine, davalı anneye verilmiş olması, usûl ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.*’ www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 14.01.2018)

²⁴⁵ ÖZMEN, a.g.e., ss. 498-499.

²⁴⁶ ÖZTAN, a.g.e., s. 1101; BAYGIN, a.g.e., s. 348.

olarak kabul edildiği söylenebilir. Bu durumda uzun bir süre çocuk ile sağlıklı iletişim kurma, onu temsilen gerekli işlemleri yapabilme ve velâyete bağlı hakları kullanabilme yetisini kaybedecek olan hükümlü annenin veya babanın velâyet hakkı, bu süre zarfında kaldırılabilir²⁴⁷. Mahkumiyetten farklı olarak cezası ertelenen veya koşullu salıverilen anne veya baba ise velâyet hakkını kullanmaya devam eder²⁴⁸. Ancak dikkat edildiği üzere, ilgili hükümde *mahkûm olan her erginin* kısıtlanması düzenlendiğinden annenin veya babanın gözaltına alınması veya tutuklanması velâyeti sona erdiren nedenlerden değildir, burada annenin veya babanın bir veya daha uzun süreli cezayı gerektiren suçunun kesinleşmiş olması aranmaktadır²⁴⁹.

2. Anne ile Babanın Çocuğa Yeterli İlgi Göstermemesi veya Yükümlülüklerini Ağır Biçimde Savsaklaması

Türk Medeni Kanunu m. 348/2’de düzenlenen bu iki durum da annenin ve/veya babanın ihmali davranışları ile gerçekleşen, çocuğun bakımı, eğitimi veya yetiştirilmesi hususlarında aksamalara ve hatalara sebep olan olgulardır. Bu hüküm yoruma ve hâkimin takdirine bir hayli açık bir hükümdür. Zira annenin ve babanın çocuğuna yeterli ilgiyi gösteremediği her olay; velâyetin kaldırılması gibi ağır bir sonuç doğurmamalıdır, hâkim kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde diğer koruma önlemlerine başvurarak sorunu çözmeye çalışmalıdır²⁵⁰.

Velâyetin kaldırılması sonucunu doğuran diğer sebeplerden farklı olarak çocuğa yeterli ilgi gösterilmemesi ve yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklanması hâllerinde annenin ve babanın sorunlu davranışları, sonuçlarını da öngöreceği şekilde bilerek ve isteyerek; yani kasıtlı olarak gerçekleştirmeleri ve aynı zamanda kusurlu olmaları gerekmektedir²⁵¹.

²⁴⁷ÖZTAN, a.g.e., s. 1103.; BAYGIN, a.g.e., s. 356; Yargıtay 2. HD 2006/10576E. 2007/220K 23.01.2007T.: “*Olayda çocukların babası Mustafa 24.11.2005 tarihinde ölmüştür. Velâyet hakkına sahip olan anne Neriman ise, kocasını kasten öldürmek suçundan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası istemiyle yargılanmakta olup bu suçtan 24.11.2005 tarihinden bu yana cezaevinde tutukludur. Yargılandığı suçun niteliği itibarıyla kısa sürede salıverilme olasılığı da uzak görünmektedir. Annenin cezaevinde tutuklu olması, velâyet görevini gereği gibi yerine getirmesine engeldir. Bu bakımdan velâyetin kaldırılmasına karar verilmesi ve her iki çocuğa da bir vasi atanması için yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması yönünde hüküm tesis edilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle davanın reddedilmesi doğru görülmemiştir.*” www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 14.01.2018)

²⁴⁸ BAYGIN, a.g.e., s. 356; ÖZTAN, a.g.e., s. 1104.

²⁴⁹ ÖZMEN, a.g.e., s. 502.

²⁵⁰ BAYGIN, a.g.e., s. 350.

²⁵¹ ÖZTAN, a.g.e., s. 1102; BAYGIN, a.g.e., s. 350; ÇELİK, a.g.m., s. 278.

Çocuklara şiddet uygulanması²⁵², tehlikeli bir hastalığa yakalanmış olan çocuğa tedavi imkânı sağlanmaması, çocuğun zorunlu olarak ilköğretime gönderilmemesi, zorunluluk olmamasına rağmen çocuğun yetiştirme yurduna yerleştirilmesi, velâyete sahip babanın engelli olan çocuğuna evde bakma imkânı var iken çocuğu bakımevine yerleştirmesi²⁵³ gibi durumlar, hüküm kapsamındaki yeterli ilginin gösterilmemesine verilebilecek örneklerden birkaçıdır²⁵⁴.

Yükümlülüklerin ağır şekilde savsaklanması ise yeterli ilgi göstermeme durumuna benzemekle birlikte ağır ihmalî davranışın, velâyetin anneye ve babaya tanıdığı hak ve yetkiler sayesinde gerçekleşmesi; yani annenin ve babanın bu yetkilerini açıkça çocuğun zararına kullanıyor olması hâlinde meydana gelmektedir²⁵⁵. Örneğin yeniden evlenen annenin, çocuğu babasının öldüğüne dair sahte belge düzenleyerek yetiştirme yurduna vermesi ve sonrasında çocukla hiç ilgilenmemesi²⁵⁶, annenin evli iken gayrimeşru ilişki yaşadığı kişi ile sonradan evlenmesi, içkiye aşırı şekilde düşkün olan babanın eve birtakım arkadaşlarını getirmesi ve onların eşine ve kızına sarkıntılık etmelerine sessiz kalması gibi bir kız çocuğunun görmemesi ve yaşamaması gereken tüm olumsuz tutumların annesi ve babası tarafından sergilenmesi²⁵⁷, annenin evlilik dışı ilişki yaşadığı adamın çocuğa uygunsuz davranışlarda bulunması²⁵⁸ gibi hâllerde, velâyete dair yükümlülükler ağır şekilde savsaklanmış olmaktadır.

²⁵² Yargıtay 2. HD 2007/922E. 2007/13542K. 08.10.2007T.: “Toplanan delillerden anne babanın çocuklarına yeterli ilgiyi göstermedikleri yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladıkları, annenin çocukları daha önceden terkettiği, babanın ise çocuklara şiddet uyguladığı, eve kilitletiği, çocukların ihtiyaçlarını karşılamadığı anlaşılmaktadır. Küçük 1993 doğulu M yönünden de velâyetin kaldırılması (TMK.m.348) gerekirken, zeka özürlü olmadığından bahisle M Yönünden isteğin reddi doğru görülmüştür.” www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 14.01.2018)

²⁵³ “Çocuğun üstün yararı belirlenirken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; ahlâki değer yaşamları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını da etkilemediği ölçüde gözönünde tutulur. Ortak çocuk ... % 88 engelli olduğu, davalı babanın çocuğa bakamayacağını belirterek bakım tedbiri uygulanmasını talep ettiği ve ortak çocuk ... hakkında 04.12.2014 tarihinde bakım tedbiri kararı verilerek bakım merkezine yerleştirildiği, babanın bu suretle velâyet görevini gereği gibi yerine getiremediği anlaşılmaktadır.” Yargıtay 2. HD 2016/17239E. 2016/15648K. 14.12.2016T. www.karartek.com (Erişim Tarihi 20.02.2018)

²⁵⁴ İlgili örnekler için BAYGIN, a.g.e., ss. 350-352.

²⁵⁵ BAYGIN, a.g.e., s. 353.

²⁵⁶ Yargıtay 2. HD 1995/4405E. 1995/4618K. 13.05.1995T. ÖZMEN, a.g.e., s. 518.

²⁵⁷ Yargıtay 2. HD 1995/6045E. 1995/6867K. 09.06.1995 T. ÖZMEN, a.g.e., s. 521.

²⁵⁸ Yargıtay 2. HD 2003/1468E. 2003/2770K. 03.03.2003T.: “Kadının, evlilik dışı ilişki yaşadığı erkeğin kızına gösterdiği fena ve uygunsuz davranışlarına cinsel istismarına karşı çıkmaması velâyetin nez'i sebebidir. Küçüğün gerçek babası velâyeti ifa edemeyecek durumda olduğundan, küçüğe vasi atanmak suretiyle velâyetin anneden kaldırılması gerekir.” www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 16.01.2017)

3. Velâyet Hakkına Sahip Annenin veya Babanın Yeniden Evlenmesi

Bu durum kural olarak velâyetin kaldırılması sonucunu doğurmamaktadır²⁵⁹. Ancak çocuğun menfaatinin zarar göreceği veya tehlikede olduğu tespit edilirse velâyet, yeniden evlenen anneden veya babadan kaldırılabilir. Velâyetin kaldırılması sonucunun doğabilmesi için üvey annesi veya babası ile çocuk arasındaki iletişimin bir daha düzelemeyecek boyutta kopması, onların bir arada bulunmasının çocuğun fizikî ve ruhî gelişiminde ciddi zararlar meydana getiriyor veya getirecek olması gerekmektedir²⁶⁰. Aynı zamanda çocuk ve üvey annesi veya babası arasındaki olumsuzluk ile yeniden evlenme arasında illiyet bağının olması velâyetin kaldırılması için yeterlidir, anne veya babanın kusurlu olması gerekmemektedir²⁶¹.

C. VELÂYETİN KALDIRILMASININ SONUÇLARI

Velâyet, yalnızca kaldırıldığı eş yönünden sonuç doğurduğundan diğer eş, velâyete ilişkin hak ve yükümlülüklerini yerine getirmeye devam etmektedir. Eğer velâyet, anne ve babanın ikisinden birden kaldırılmışsa çocuğa vasi tayin edilmesi gerekmektedir.

Velâyetin kaldırılması eşlerin doğmuş ve doğacak tüm çocuklarını ve evlât edindikleri çocukları kapsamaktadır. Ancak hâkim, istisnaî olarak velâyetin yalnızca bir çocuk yönünden kaldırılmasına diğer çocuklar yönünden devam etmesine de karar verebilmektedir.

Velâyetin kaldırılması demek, anne babanın velâyet nedeniyle sahip olduğu hak ve yükümlülükleri kullanamaması demektir. Oysa çocuk ile soybağları devam eden anne ve baba buna bağlı hak ve yükümlülükleri kullanmaya devam edebilmektedirler. Çocuğun mirasçı olması, annenin ve babanın çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılaması, velâyet kaldırılan tarafın çocukla kişisel ilişki kurabilmesi, hatta annenin ve babanın çocuğun mallarını kullanması, çocuk ile soybağına bağlı olan hak ve

²⁵⁹ Yargıtay 2. HD 2016/8657E. 2016/9149K. 04.05.2016T.: “Annenin, velâyet görevini gereği gibi yerine getirmediği, çocuğa yeterli ilgiyi göstermediği veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı kanıtlanamamıştır. Çocuğun halasının yanında mutlu olduğunu bildirmesi, annenin yeniden evlenmesi, ya da çocuğu sınav başarı puanına uygun yatılı bir okula yerleştirmesi velâyetin kaldırılmasını gerektirmez. Velâyetin kaldırılmasını gerekli kılan başkaca bir hadisenin varlığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda davanın reddi gerekirken, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırıdır.” www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 13.01.2018)

²⁶⁰ BAYGIN, a.g.e., s. 355.

²⁶¹ BAYGIN, a.g.e., s. 355.

yükümlülüklerdir²⁶². Bu nedenle velâyet kendilerinden kaldırılsa da bu sayılan yükümlülük ve haklar, soybağından kaynaklanması nedeniyle varlığını devam ettirmektedir.

Velâyetin kaldırılması esasen süreye bağlı değildir. Ancak velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebebin ortadan kalkması veya değişen şartlar nedeniyle hâkim, ilgili annenin veya babanın talebi üzerine ya da re'sen velâyetin geri verilmesine karar verebilmektedir²⁶³.



²⁶² BAYGIN, a.g.e., ss. 359-360.

²⁶³ ÖZTAN, a.g.e., s. 1105; BAYGIN, a.g.e., ss. 362-363.

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU VELÂYET UYUŞMAZLIKLARINA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I. GENEL OLARAK

Velâyet konusunun, milletlerarası özel hukuku ilgilendirebilmesi için yabancılık unsurunu barındırması gerekmektedir. Örneğin biri Türk vatandaşı diğeri Alman vatandaşı olan eşlerin, Almanya’da boşanması ile velâyetin, Alman babaya verilmesi veya Rus vatandaşı olan çiftin Türkiye’de yaşadığı süre içinde boşanması sonrası velâyetin düzenlenmesi durumlarında, yabancılık unsurunun bulunduğu söylenebilir.

Velâyet, uluslararası boyutta kabul edilen bir hukuk kurumudur. Ancak çocuğun gelişimi yönünden kabul edilen ana ilkeler korunarak her devlet, toplumunun sosyo-ekonomik dengeleri ve gelişimi, tarihi ve kültürel birikimi gibi subjektif unsurlarını da göz önünde bulundurarak velâyete ilişkin hususları farklı düzenlemelere tabi tutmuş olabilir. Çalışmanın bu başlığında yabancılık unsuru, vasıflandırma, atıf, uygulanacak hukuk ve bu kapsamda tespit edilen yabancı hukukun tatbikini bertaraf eden, sınırlandıran veya kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasını ortadan kaldıran sebeplere ilişkin teorik açıklamalar yapılarak devamında bu kavramların velâyet uyuşmazlıkları ile bağlantısı kurularak konu, aydınlatılmaya çalışılacaktır.

II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN TEMEL KAVRAMLARI AÇISINDAN VELÂYETİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anne baba ve çocuk arasında kurulan velâyet ilişkisi, kimi zaman yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa da konu olabilmektedir. Özellikle boşanma davası sırasında çocuğun velâyetinin düzenlenmesi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararlarda karşımıza çıkan bu uyuşmazlıkların, milletlerarası özel hukukun çalışma alanına girebilmesi için öncelikle yabancılık unsurunu barındırması gerekmektedir.

Sonrasında konunun tespit edilen hukukun, kanunlar ihtilâfî kurallarına göre vasıflandırması yapılarak uyuşmazlığın çözümü sağlanmalıdır. Kimi zaman da ilgili uyuşmazlıkla ilişkili olan ülkelerin hukuklarında uyuşmazlık konusunun hukukî nitelendirmesindeki veya bağlama noktalarının tespitindeki farklılıklar sonucu atıf müessesesi devreye girerek hâkime, uyuşmazlığın hallinde yol göstermektedir²⁶⁴.

Bu nedenle öncelikle yabancılık unsuru, vasıflandırma ve atıf konularının açıklanması faydalı olacaktır.

A. YABANCILIK UNSURU

Bir hukukî olaya veya ilişkiye kanunlar ihtilâfî kurallarının uygulanabilmesi, öncelikle bu hukukî olay veya ilişkinin yabancılık unsuru taşımasına bağlanmıştır²⁶⁵. MÖHUK m.1’de bir hukukî ilişki veya işlemin, milletlerarası özel hukuk kapsamına girebilmesi için yabancılık unsuru taşıması gerektiği belirtilmişken bu unsurun nasıl belirleneceği düzenlenmemiştir²⁶⁶. Doktrinde yabancılık unsurunu açıklayan ifadelere göre bu kavram, bir hukukî olaya veya ilişkiye uygulanacak olan hukuk kurallarının birden fazla devletin hâkimiyet alanına dâhil olması hâli olarak tanımlanmaktadır²⁶⁷. Hukukî işlemin veya ilişkinin tarafı olan şahısların vatandaşlığı, uyuşmazlığa konu şeyin yabancı ülkede bulunması, haksız fiilin yabancı ülkede meydana gelmesi gibi çeşitli olguların varlığı, taraflar arasında maddî hukuka ilişkin gibi görünen uyuşmazlığa, milletlerarası boyut kazandırmaktadır²⁶⁸.

Günümüzde kabul edilen çoğunluk görüşüne göre bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru barındırması kriteri, coğrafi sınır itibari ile farklı ülke hukukları ile ilişkili olması şeklinde kısıtlanmamalıdır. Özellikle milletlerarası akdî borç ilişkilerinin düzenlenmesi ve buna ilişkin uyuşmazlıkların artması ile daha da belirginleşen bu görüşe göre; yabancı bir devlet hukuku ile ilişkili olması, bir hukukî olayın veya ilişkinin yabancılık

²⁶⁴ DOĞAN Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4.b., Ankara: Savaş Yayınları, 2017, s. 180.

²⁶⁵ NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 22.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017, s. 5; DOĞAN, a.g.e., s. 25; ÇELİKEL Aysel, ERDEM Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017, s. 9; AYGÜN Mesut, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Yeri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C.16, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 2015, s. 1029.

²⁶⁶ MÖHUK m.1: “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.”

²⁶⁷ DOĞAN, a.g.e., s. 25; NOMER, a.g.e., s. 5; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 10; AYGÜN, a.g.m., s. 1028.

²⁶⁸ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 9-10.

unsuru barındırdığının kabulü için gerekli ve yeterli olmalı, ayrıca yer itibari ile yabancılık unsuru taşıması aranmamalıdır²⁶⁹.

Bir uyumsuzluğun birden fazla ülke hukukunu ilgilendirebilmesinde yabancılık unsurunun varlığı kadar, bu unsurun var olduğu zaman da önemlidir. Daha açık ifade ile bir uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıdığını ve dolayısı ile kanunlar ihtilâfi kurallarına tâbi olduğunu tespit edebilmek için yabancılık unsurunun varlığı hangi aşamada gereklidir? Bir olayın veya ilişkinin, hukukî anlamda çözümlendirilmesi gereken bir uyumsuzluk olduğu, tarafların yargılamaya başvurması ile hukukî incelemeyi gerektiren bir durum olduğundan yabancılık unsurunun da kural olarak o uyumsuzlukla ilgili davanın açıldığı tarih itibari ile arandığı kabul edilmektedir²⁷⁰. Ancak taraflar arasındaki olayın veya ilişkinin mahiyetine göre istisnaî olarak yabancılık unsurunun arandığı zaman iki durumda farklılık gösterebilmektedir. Bunlar ise; tarafların arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması hâlinde sözleşmenin yapıldığı anda ve haksız fiilin gerçekleştiği anda yabancılık unsurunun bulunması hâlleridir²⁷¹.

Yabancılık unsuru hakkındaki açıklamalardan sonra çalışma konumuz olan velâyet ile ilgili uyumsuzluklara yabancılık unsuru kazandıran olgulara da değinmek gerekmektedir. Bunlar ise eşlerin farklı devlet vatandaşı olması, aynı devlet vatandaşı olan eşlerin mutad meskeninin yabancı devlette olması²⁷², çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesi talebinin incelenmesinde boşanan eşlerin farklı devlet vatandaşı olması veya mutad meskenlerinin farklı devletler olması, çocuğun mutad meskeni ile çocuk mallarının bulunduğu devletlerin farklı olması, çocukla velâyet ilişkisinin evlât edinme yolu ile kurulması durumunda çocuğun mutad meskeni ile evlât edinenlerin mutad meskenleri hatta vatandaşı oldukları devletlerin farklı olması, üstsoyu ile çocuğun mutad meskenleri veya vatandaşı oldukları devletlerin farklı olması hâlinde büyükanne ve büyükbabasının, çocuk ile kişisel ilişki kurmak istemesi gibi her olayın mahiyetine göre çeşitlenebilecek durumlar örnek gösterilebilir.

²⁶⁹ DOĞAN, a.g.e., ss. 25-27.

²⁷⁰ AYGÜN, a.g.m., s. 1033.

²⁷¹ AYGÜN, a.g.m., s. 1033.

²⁷² HUYSAL Burak, *Devletler Özel Hukukunda Velâyet*, 1.b., İstanbul: Legal Yayıncılık, Şubat, 2005, s. 95.

B. VASIFLANDIRMA

Uyuşmazlığa uygulanacak yetkili hukukun tespit edilebilmesi açısından, uyuşmazlık unsurlarının hukukî niteliğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bir olayın veya işlemin hukukî nitelendirilmesi olarak tanımlanan vasıflandırma kavramı ise tam da bu aşamada devreye girmektedir²⁷³.

Yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasındaki ilk aşama olan vasıflandırma ile uyuşmazlık konusu, maddî hukuka ilişkin nitelendirilerek, uyuşmazlığa uygulanacak kanunlar ihtilâfi kuralı tespit edilmektedir²⁷⁴. Bu bağlamda bağlama konusunun veya bağlama noktasının, uyuşmazlıkla ilişkili devletlerde farklı düzenlemelere tâbi tutulması, karşılaşılması muhtemel bir sorun teşkil etmektedir²⁷⁵. Daha açık ifade edilirse; yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlığın konusu, her iki devlet hukukunda aynı ele alınsa da hukuk kuralının içeriği veya düzenlendiği hukuk nizamı devletlere göre farklılık gösterebilmektedir²⁷⁶. Örneğin; zamanaşımı konusunun bir devlet hukukunda usûl hukukuna diğer devlet hukukunda maddî hukuka tâbi olması; kadının nafaka talebinin bir devlet hukukunda eşler arası mal rejimine, diğer devlet hukukunda eşler arası şahsî münasebetlere ait bir talep olarak değerlendirilmesi gibi.

Görüldüğü üzere; bir hukukî ilişkiye veya olaya konu olan kavramın, yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlığın ilişkili olduğu devletlerin maddî hukuklarında farklı yorumlanması, vasıflandırma ihtilâfını ortaya çıkarmaktadır. Diğer yandan vasıflandırma ihtilâfi, bağlama noktaları hakkında da olabilmektedir. Bu da devletlerin, her ne kadar uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde mutad mesken, yerleşim yeri, haksız fiilin gerçekleştiği yer gibi ortak bağlama noktalarını kabul etmiş olsalar da bu kavramların içini doldurdukları hukukî niteliklerin farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin Türk ve Amerikan tüccar arasında mektup veya mail yolu ile kurulan alım-satım ilişkisinde, icap New York'tan, kabul ise İstanbul'dan gönderildiğinde; sözleşmenin kurulma anının tespit edilmesinde kabulün yapıldığı Türk

²⁷³ DOĞAN, a.g.e., s. 179.

²⁷⁴ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 77; NOMER, a.g.e., s. 97.

²⁷⁵ ŞANLI Cemal, ESEN Emre, ATAMAN FİGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6.b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 48.

²⁷⁶ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 48.

hukuku ile icabın yapıldığı New York hukuku arasında bir ihtilâf söz konusu olmaktadır²⁷⁷.

Böylelikle yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta yukarıda açıklanan hususlarda bir ihtilâf ortaya çıktığında öncelikle çözülmesi gereken konu hangi devlet maddî hukukunun devreye gireceğinin tespit edilmesidir. Bu aşamada konuya farklı çözüm önerileri getirilmektedir. Bunlar vasıflandırmanın *lex fori*'ye (hâkimin hukuku), *lex causae*'ya (hüküm statüsü), bağımsızlık teorisine²⁷⁸ veya karma teoriye göre yapılmasıdır²⁷⁹.

Vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılması, uyuşmazlığın, hâkimin kendi iç maddî hukuk kurallarının uygulanarak çözüme kavuşturulmasıdır²⁸⁰. Karşısına yabancı unsurlu bir uyuşmazlık gelen hâkimin, olaya yabancı devlet hukukunu uygulamasının, hâkimin yabancı unsurlu uyuşmazlığın incelenmesi ve çözümünde etki alanının kalmayacağı ve kendi hukukuna hâkim olamayacağı dayanağından hareketle *lex fori* vasıflandırma, birtakım eleştirilere maruz kalsa da²⁸¹ hukuk sistemlerinde son zamanlarda en yaygın kullanılan vasıflandırma yöntemi olarak kabul edilmektedir²⁸².

Vasıflandırmanın *lex causae*'ya göre yapılması, hâkimin kanunlar ihtilâfî kurallarına göre belirlenen devlet hukukuna göre bağlama konusunun nitelendirilmesidir²⁸³. Bağımsızlık teorisinde ise *lex fori* ve *lex causae*'nin vasıflandırmada yetersiz kaldığı düşüncesinden hareketle vasıflandırmanın, iç hukuk

²⁷⁷ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 78-79; Zira Türk hukukunda hazır olmayan taraflar arasında sözleşmenin kurulma anı, kabul beyanının karşı tarafa ulaştığı an olarak kabul edilirken, (REİSOĞLU Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011, ss. 67-68.); Anglo-Amerikan Hukukunda sözleşme kabul beyanının gönderildiği tarihte kurulmuş sayılmaktadır.

²⁷⁸ Dayanağını bu üç yöntemden alan, yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitinde tıkanıklık hâlinde yetersiz kaldığı yönünden eleştirilen diğer yöntemler için ayrıca bkz. NOMER, s. 102; DOĞAN, a.g.e., ss. 180-183.

²⁷⁹ NOMER, a.g.e., s. 101; DOĞAN, a.g.e., ss. 180-183; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 79-88; TEKİNALP Gülören, UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11.b.: İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, ss. 42-44.

²⁸⁰ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 80; DOĞAN, a.g.e., s. 180; NOMER, a.g.e., s. 103.

²⁸¹ Vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılmasına getirilen eleştiriler kısaca; yabancı unsurlu uyuşmazlık konusunun hâkimin hukukunda düzenlenmemesi hâlinde nasıl yol izlenmesi gerektiği, hâkimin hukuku ile yabancı hukuk arasında uyuşmazlığın çözümünde farklı sonuçların doğması durumunun ortaya çıkması yönündedir. ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 79-81; TEKİNALP, UYANIK ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 43.

²⁸² NOMER, a.g.e., s. 101; TEKİNALP, UYANIK ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 43.

²⁸³ DOĞAN, a.g.e., s. 180; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 81-82; NOMER, a.g.e., s. 102. Vasıflandırmanın *lex causae*'ya göre yapılması, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun ve vasıflandırmanın tespiti milletlerarası özel hukukun sistem kavramları aracılığı ile mümkün olduğundan, henüz yetkili hukuk belirlenmeden, sanki belirlenmiş gibi hareket edilerek vasıflandırmanın yapılacağı ve bu vasıflandırmadan hareketle yetkili hukukun belirleneceği, böylelikle bir kısır döngüye girileceği eleştirilerini doğurmuştur. DOĞAN, a.g.e., s. 172.

kurallarının üstünde, karşılaştırmalı hukuk yöntemi izlenerek oluşturulan, milletlerarası özel hukuk sistem kavramlarına ilişkin kurallara göre yapılması gerektiği öne sürülmüştür²⁸⁴. Bir de karma yöntem olarak adlandırılan; vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılmasından sonra ilgili kavramların yorumunda *lex causae*'nin de dikkate alınabileceği veya vasıflandırmanın iç hukuk ya da yabancı hukuk kurallarının yardımı ile yapılarak uyumsuzluğa konu kavramların yorumunun ise *lex causae*'ya göre yapılacağını öneren teknikler bulunmaktadır²⁸⁵.

Türk hukukunda kabul gören görüş vasıflandırmada kural olan *lex fori*'nin uygulanmasıdır. Ancak milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti doğrultusunda *lex fori*'nin, kişinin menfaatine uygun düştüğü şekilde geniş yorumlanması gerektiği ve kişinin milletlerarası boyutta korunması gereken yararına zarar gelmesi durumunda *lex fori*'nin uygulanmasından vazgeçilerek *lex causae*'nin uygulanabilmesi gerektiği de kabul edilmektedir²⁸⁶. Kaldı ki vasıflandırmada öne sürülen bu tekniklerden herhangi birinin kullanılması gerektiğini zorunlu kılan veya bu anlamda bağlayıcı olan bir düzenleme mevcut olmadığından bu yöntemlerin hâkime, yabancılık unsuru barındıran uyumsuzlukların çözümünde yol gösteren teknikler olduğu da unutulmamalıdır²⁸⁷.

Velâyete ilişkin vasıflandırma ihtilâfları ise daha çok bağlama konularında; yani uyumsuzluk konusunun nitelendirmesindeki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Genellikle velâyetin hukukî niteliği, kapsamı veya eşlere yüklediği yükümlülükler üzerinde doğan vasıflandırma ihtilâfları, Türk yargılamasında henüz görülme de her zaman ihtimal dâhilindedir²⁸⁸. Buna verilebilecek çarpıcı örneklerden biri aynı cinsiyetten evliliklerden doğan velâyet uyumsuzlukları olmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere vasıflandırma konusu, tıbbi gelişmeler ile çarpıcı örneklerin son zamanlarda giderek arttığı özellikle soybağının tespiti bakımından önem arz eden uygulamalar ile milletlerarası özel hukuk kuralları ve uluslararası mutabakatlar ile ortak bir çözüme kavuşturulması gereken önemli bir sorundur. Türk hukukunda vasıflandırmada *lex fori* esas alınmıştır. Bu nedenle kural olarak velâyete ilişkin uyumsuzluklarda vasıflandırma *lex fori*'ye göre yapılmalıdır. Ancak vasıflandırmanın kişinin milletlerarası korunması gereken yararı göz önüne

²⁸⁴ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 82-83; DOĞAN, a.g.e., s. 182; NOMER, a.g.e., s. 103.

²⁸⁵ TEKİNALP, UYANIK ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., ss. 43-44.

²⁸⁶ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 86-87; DOĞAN, a.g.e., ss. 183-184; NOMER, a.g.e., s. 102.

²⁸⁷ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 51.

²⁸⁸ HUYSAL, a.g.e., s. 103.

alınarak *lex causae*'ya göre de yapılabileceği yani kişinin menfaatine en uygun yöntemin vasıflandırmada uygulanması görüşünden²⁸⁹ hareketle velâyet uyuşmazlığının en hassas tarafı olan çocuğun üstün yararına olacak düzenleme *lex causae*'da ise vasıflandırmanın hüküm statüsüne göre yapılmasının daha doğru olduğu düşüncesindeyiz. Daha açık ifade ile velâyete ilişkin yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda, konu çocuğun yararının en iyi şekilde korunması olduğundan vasıflandırmada da; çocuğun yararına olacak olan hukuk esas alınmalıdır. Böylece velâyete ilişkin bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk tespit edilirken; *lex fori* ve *lex causae* uygulamaları bir değerlendirmeye tutulup hangisi çocuğun üstün yararını diğerine göre daha fazla koruyor ise o hukuk, uyuşmazlığa uygulanmalıdır.

C. İADE ATIF – DEVAM EDEN ATIF (RENVOİ)

Yabancılik unsuru barındıran bir uyuşmazlıkta hâkimin kanunlar ihtilâfi kurallarına göre tespit edilen, uyuşmazlığın halinde uygulanacak devlet hukukunun, kendi maddî hukuk kurallarını değil de başka bir devletin maddî hukuk kurallarını yetkili kılması hâlinde devam eden atıf; hâkimin hukukunu yetkili kılması hâlinde de iade atıftan (*renvoi*²⁹⁰) söz edilmektedir²⁹¹. Şunu da belirtmek gerekir ki iade veya devam eden atfın söz konusu olabilmesi, teknik olarak hâkimin hukukunun, başka bir devlet hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarını da içine alacak şekilde yetkili kılması durumunda ortaya çıkmaktadır²⁹². Bu kavramsal açıklamayı bir örnek üzerinden somutlaştırmak gerekirse Türkiye'de ikamet eden bir İngiliz'in, Türkiye'de taşınır mallar bırakarak ölmesi durumunda, mirasın mirasçılara intikalinin gerçekleşmesi için Türk hâkimi öncelikle MÖHUK m. 20/1'göre murisin millî hukuku olan İngiliz hukukunu olaya uygulayacaktır. İngiliz kanunlar ihtilâfi kurallarına göre ise murisin ikametgâh hukuku olaya uygulanmalıdır. Böylelikle MÖHUK m. 20/1 uyarınca yetkili

²⁸⁹ NOMER, a.g.e., ss. 103-104; ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 51.

²⁹⁰ Renvoi teriminin karşılığı olarak Türk hukukunda her ne kadar atıf kavramı kullanılsa da esasen, hâkimin, yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, kendi kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca başka bir ülke hukukunu yetkili kılması atıf; yetkili kılınan ülke hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarının da başka bir ülke hukukunu veya uyuşmazlığa bakan ilk ülke hukukunu yetkili kılması ise renvoi, yani devam eden atıf veya iade atıf olarak anlaşılmalıdır. NOMER, a.g.e., s. 145; ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 53. Bu nedenle çalışmada iade atıf ve devam eden atıf terimleri kullanılmıştır.

²⁹¹ DOĞAN, a.g.e., s. 190; TANRIBİLİR Feriha Bilge, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", *TBB Dergisi*, S.87, 2010, s. 203.

²⁹² NOMER, a.g.e., s. 145; DOĞAN, a.g.e., ss. 192-193; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 112.

bulunan İngiliz hukuku, Türk hukukunun yetkilendirmesini kabul ederek olayı iç maddî hukuk kuralları uyarınca ele almak yerine kanunlar ihtilâfî kurallarına göre değerlendirerek Türk hukukunu (iade atf ile) yetkili kılmaktadır²⁹³.

Görüldüğü üzere iade veya devam eden atf kurumu, *lex fori* hâkimlerini kimi zaman birden fazla ülke hukukuna yönlendirebildiğinden uygulamada bu hukukların *lex fori* hâkimi tarafından yorumlanıp uyuşmazlığa uygulanabilmesinde güçlükler yaşanmaktadır. Bu nedenle MÖHUK m. 2/3 düzenlemesi ile iade atf veya devam eden atfın uygulama alanı, Türk milletlerarası özel hukuku bakımından yalnız aile ve kişinin hukukuna dair uyuşmazlıklar ile sınırlandırılmıştır. Soybağı ve velâyete ilişkin uyuşmazlıklar, aile hukuku kapsamında olduğundan atf müessesine dâhil olan konulardandır²⁹⁴. Ancak velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m.16 hükmü, mutlak surette soybağının ve velâyet ilişkisinin kurulmasını hedefleyen bir düzenleme olduğundan bu hükmü her hâlde atfa dâhil etmek, hükmün amacına aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle velâyete ilişkin yabancılik unsuru bulunduran uyuşmazlıklarda amaçsal yorum metodu ile hareket edilmesi gerektiğini ifade eden görüşe katılmaktayız²⁹⁵.

III. VELÂYETE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Velâyet, çocuğun şahıs varlığı ve malvarlığının korunması ile onun üçüncü kişilere karşı annesi ve babası tarafından temsil edilmesini de kapsayan hak, yetki ve sorumluluklar bütünüdür. Bu nedenle velâyeti yalnız, çocuğun bakımının anne veya baba tarafından karşılanması veya çocukla kişisel ilişki kurulması olarak tespit etmeyip çocuğun malvarlığının korunmasına, yönetilmesine, şahıs varlığının korunmasına ve onun hukukî işlem veya ilişkilerde annesi veya babası tarafından temsil edilmesi

²⁹³ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 105-106.

²⁹⁴ Aile ve kişinin hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların hassas dengeler taşıdığı için altını çizen madde gerekçesi ise şöyledir: ‘Çünkü, milletlerarası özel hukuk kuralları düzenlenirken kişinin menfaatinden hareket edilen kişinin hukuku ve aile hukuku alanında, kişiye en yakın hukuk olarak kabul edilen ‘millî hukuk’ gibi bir hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının da dikkate alınarak uygulanması adil bir yaklaşımdır.’, EKŞİ Nuray, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, (Yargıtay Kararları), 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, , s. 183.

²⁹⁵ KİBAR DARDAĞAN Esra, ‘Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velâyete İlişkin Sorunlar’, Galatasaray Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Ata SAKMAR’a Armağan, 2011/1, Beta Yayıncılık, Nisan 2012., ss. 549-550; NOMER, a.g.e., s. 154.

durumlarında yaşanan çocuğun menfaatine aykırı sonuçlar doğuran uyuşmazlıklar da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Türk hukukunda, velâyete ilişkin uyuşmazlıklar; statüsünün çocuğa göre değil de onu ortaya çıkaran olayın statüsüne göre şekillenen bir konudur²⁹⁶. Bu nedenle evlilik içinde veya evlilik dışında doğmuş çocuk bakımından, evlât edinme hâlinde ve boşanma hâlinde ortaya çıkması muhtemel velâyet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuku tespit etmek önem arz etmektedir.

Bunun dışında günümüzde aynı cinsiyetten kişilerin evlenmesi veya çeşitli taşıyıcı annelik uygulamaları ile çocuk sahibi olunması gibi hem Türk hukukunda hem de karşılaştırmalı hukukta, hukukî ve tıbbî tartışmaların devam ettiği meseleler, beraberinde birtakım sorunları da getirmektedir. Vasıflandırma ve uygulanacak hukukun tespiti hususu, bu tip uyuşmazlıklar hakkında yaşanan sorunlardan biridir. Bu nedenle aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri hâlinde doğacak velâyet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukukun diğerlerinden farklılık arz ettiğini belirtmek gerekir. Bu farklılık ise evli olan aynı cinsiyetten kişilerin çocuk sahibi olmak istemelerinde çözümü, evlât edinmede veya eşlerden birinin genetik bağının olduğu, taşıyıcı annelik uygulamalarında bulmalarından kaynaklanmaktadır. Bu konu üzerinde detaylı bir şekilde durmadan şu ifade edilebilir: aynı cinsiyetten olan eşlerden birinin çocuk ile genetik bağının olmadığı kabul edildiğinde, o eşin, çocuğun velâyeti ile ilgili talepleri, MÖHUK m. 18 uyarınca evlât edinmeye uygulanacak hukuka tabi olmalıdır²⁹⁷. Çocuk ile genetik bağı olan eşin, çocuğun velâyetine ilişkin taleplerine ise MÖHUK m. 17 uygulanmalıdır²⁹⁸.

A. EVLİLİK BİRLİĞİ İÇİNDE VELÂYETE UYGULANACAK HUKUK

Velâyet, annenin babanın ve çocuğun, kurulmuş olan soybağı hükümlerine göre sahip oldukları bir hak ve yükümlülükler bütünü olduğundan, özellikle evlilik birliği devam ederken çocuğun eğitimi, bakımı, masraflarının karşılanması gibi olağan ve

²⁹⁶ HUYSAL, a.g.e., s. 109.

²⁹⁷ KİBAR DARDAĞAN, a.g.m., s. 556. Ayrıca taşıyıcı annelikte eşlerden birinin, çocuğu evlât edinmesi müessesesi, sıradan evlât edinmelerden farklı ele alınabilmektedir. Bazı devletler buna müsaade ederken bazıları bunu yasaklamaktadır. Buna ilişkin bilgiler için KİBAR DARDAĞAN, a.g.m., ss. 555-556.

²⁹⁸ YASAN Candan, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013 s. 145.

olağanüstü tüm konularda yaşanan anlaşmazlıklar, velâyetin kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da evlilik birliği içinde doğmuş velâyet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk ayrı bir hüküm ile düzenlenmemiştir. Bunun yerine velâyetin soybağından ileri gelen yükümlülük ve haklar bütünü olduğu göz önünde bulundurularak, evlilik devam ederken yaşanan velâyet uyuşmazlıklarının, MÖHUK'ta soybağının hükümlerine uygulanacak hukuka tâbi olduğu ifade edilmektedir²⁹⁹ (m. 17). Hükümün devam eden ikinci cümlesinde ise “*Ancak ana baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağı hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır.*” denmektedir. Bu düzenleme şunu ifade etmektedir: Eğer anne baba ve çocuğun müşterek millî hukuku; müşterek millî hukukun bulunmaması hâlinde müşterek mutad mesken hukuku bulunuyor ise öncelikle bu müşterek millî hukuk veya müşterek mutad mesken hukuku kademeli olarak tespit edilip uyuşmazlığa uygulanmalıdır. Soybağını kuran hukuk (MÖHUK m. 16) ise ancak; anne, baba ve çocuk müşterek millî hukuka veya mutad mesken hukukuna sahip değilse devreye girebilmektedir³⁰⁰.

Aile bireylerinin müşterek millî hukuk veya mutad meskene sahip olmaması hâlinde uyuşmazlığa soybağını kuran hukuk hükümleri uygulanmaktadır. MÖHUK m. 16'da ise soybağını kuran hukuk şöyle düzenlenmiştir: “*Soybağının kuruluşu çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur.*” Görülmektedir ki velâyet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuku tespit ederken önce çocuğun soybağının hangi ülke hukukuna göre kurulduğu belirlenmelidir³⁰¹.

Çocuğun velâyeti ile ilgili anlaşmazlık her ne olursa olsun bundan en yoğun şekilde etkilenecek olan çocuktur. Dolayısıyla en üst seviyede korunması gereken çocuğun yararı ilkesinden hareketle, uygulanacak hukuk tespit edilirken öncelikle

²⁹⁹ AKINCI Ziya, DEMİR GÖKYAYLA Cemile, *Milletlerarası Aile Hukuku*, 1.b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 148; GELGEL Günseli, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, 1.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, Şubat 2012, s. 16.

³⁰⁰ NÖMER, a.g.e., s. 280.

³⁰¹ AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., s. 148.

çocuğun sıkı ilişkili olduğu hukuk, uyuşmazlığa uygulanmasıdır³⁰². Bu noktada bir işlemin; esasına uygulanacak hukuka göre şeklen geçerli olmasının, her yerde geçerli olacağı anlamına gelen *favor negotii* ilkesi³⁰³ akla gelmektedir. Böylece velâyete ilişkin uyuşmazlık konusu olan hukukî işlem; yapıldığı yer veya işlemin esasına uygulanacak hukukun öngördüğü şekil şartlarına uygun gerçekleşmişse, diğer hukuklarda da geçerli kabul edilmektedir. Velâyete ilişkin hukukî ilişkilerde de uygulanabilir olan bu ilke sayesinde çocuğun üstün yararının, ülkeler ve davalar arasında yıpranması önlenmiş olmaktadır.

Düzenlemeye müşterek mutad mesken hukukunun eklenmesinin ise eşlerden birinin veya çocuğun Türk vatandaşlığının da bulunduğu çifte vatandaşlık hâllerinde Türk hukukunun uygulanmasını esas kabul eden düzenlemenin (MÖHUK m. 4/b³⁰⁴) yarattığı sorunu çözmek adına uygulamada, pratik sonuçlar doğurduğu açıktır. Hem Türk hem İngiliz vatandaşı olan anne ile İngiliz vatandaşı olan babanın ortak çocuğu olan İngiliz ve Türk vatandaşı olan çocuk düşünüldüğünde, anne ve çocuk yönünden Türk vatandaşlıkları olması nedeniyle olaya Türk hukuku uygulanmalıdır. Halbuki müşterek millî hukukları İngiliz hukuku olarak da kabul edilebilir; ancak MÖHUK m. 4/3 dikkate alındığında müşterek millî hukuk bulunmadığında bu sefer ikinci basamak olan müşterek mutad mesken hukuku devreye girmekte ve sorun çözülmektedir. Bu nedenle Türk vatandaşının, çifte vatandaş olması hâli de dâhil olmak üzere müşterek millî hukuk bulunmadığında müşterek mutad mesken hukuku tercih edilmelidir³⁰⁵. MÖHUK m. 17/c.2 ile MÖHUK m. 16 beraber değerlendirildiğinde, velâyet uyuşmazlıklarının çözümünde, eğer çocuğun ailesi ile müşterek millî hukuku veya mutad meskeni var ise bu hukukların kademeli olarak ele alınmasının, çocuğun değil; ailenin korunmasını gözettiği ifade edilmektedir. Çocuğun hukukunun (m. 16) uygulanması ancak; müşterek millî hukuk ve müşterek mutad mesken hukukunun bulunmadığı durumlarda mümkün olmaktadır³⁰⁶.

Tespit edilen bu hukukun uygulama alanı ise velâyetin kurulma anından başlayarak, annenin ve babanın çocuğun kişi varlığına ilişkin kararlar alması, çocuğun

³⁰² HUYSAL, a.g.e., s. 127, GELGEL, a.g.e., s. 16.

³⁰³ DOĞAN, a.g.e., s. 271; NOMER, a.g.e., s. 210.

³⁰⁴ MÖHUK m. 4/1: “Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku uygulanır.”

³⁰⁵ AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., ss. 148-149.

³⁰⁶ GELGEL, a.g.e., ss. 16-17.

eğitim ve bakım masraflarının karşılanması, çocuk mallarının korunması ve yönetimi, çocuğun annesi ve babası tarafından temsil edilmesi ile velâyet hakkının kısıtlanması veya kaldırılmasına kadar çıkabilecek tüm uyuřmazlıklardır³⁰⁷. Örneğin farklı dinlere mensup Türk vatandaşı anne ile Alman vatandaşı babanın, Almanya'da doğan çocuklarının dini eğitimi konusunda anlaşamaması, velâyetin çocuğun kişi varlığı bakımından dini eğitim alma hakkı kapsamına dahil olan bir konudur ve karşısına böyle bir uyuşmazlık gelen Türk hâkimi, anne baba ve çocuk ne müşterek millî hukuk ne de müşterek mutad meskene sahip olduğundan MÖHUK m. 16 uyarınca çocuğun doğum anındaki millî hukuku olan Alman hukukunu olaya uygulamalıdır. Velâyetin hükümleri ve kapsamına giren yukarıda örnekleri verilen tüm konularda çıkan yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, öncelikle MÖHUK m. 17 ve MÖHUK m. 16'ya göre belirlenecek hukukun, maddî hukuk kurallarına göre tespit edilmektedir.

Ayrıca bazı durumlarda çocuğun menfaatinin korunabilmesi için telafisi güç zararların doğmasını önlemek adına birtakım hukuki koruma tedbirleri almak gerekebilir. Örneğin çocuk adına tapuda kayıtlı olan taşınmazın, çocuğun bakımında ilgisiz, çocuk mallarının yönetiminde ise savurgan olduğuna kanaat getirilen baba tarafından satılmasını önlemek adına ilgili tapu kaydına tedbir şerhi konulması; ailesine ve özellikle çocuğuna fiziksel veya cinsel şiddet uygulayan anne veya babadan çocuğun korunması gibi derhâl müdahale edilmesi gereken durumlarda hâkimin, uygulanacak hukuku tespit edip o ülke hukukunda uygulanan koruma tedbirlerini belirlemesi zaman alacağından, bu gibi durumlarda tedbirlerin *lex fori*'ye göre alınması gerektiğinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir³⁰⁸.

B. EVLİLİK DIŞI İLİŞKİDE VELÂYETE UYGULANACAK HUKUK

Yabancı unsurlu evlilik dışı ilişkiden dünyaya gelen çocuğun velâyetinin hangi hukuka göre düzenleneceği MÖHUK'ta ayrıca düzenlenmemiştir. Anne ile soybağı doğum ile kurulduğundan burada kural olarak sorun, çocuk ile baba arasında soybağının kurulması ve soybağının sağlıklı bir şekilde kurulmasından sonra baba ile çocuk arasındaki velâyet ilişkisinin düzenlenmesidir. Aslında burada daha açık bir şekilde, yabancı unsurlu, evlilik dışı çocuk ile baba arasındaki velâyet uyuşmazlığına

³⁰⁷ NOMER, a.g.e., s. 281; AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., s. 149; HUYSAL, a.g.e., s. 114.

³⁰⁸ HUYSAL, a.g.e., s. 116; AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., s. 149; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 476.

uygulanacak hukukun MÖHUK m. 17 göndermesi ile soybağını kuran hukuk (MÖHUK m. 16/1) olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Mülga kanundan farklı olarak, özellikle sonuçlarını evlilik dışı çocuğun velâyeti konusunda doğuran, uygulanacak hukukun tespitinde çocuğun sıkı ilişkili olduğu ülke hukukunun öncelikli olarak düzenlenmesi, çocuğun üstün yararı ilkesi ve velâyetin düzenlenmesindeki amaçlarla orantılı olarak bağdaşmaktadır³⁰⁹. Önemli olan çocuğun gelişimine en uygun ve yararlı olabilecek, onu en iyi şekilde korumayı hedefleyen hukukun uyuşmazlığa uygulanmasıdır.

Baba ile çocuk arasında soybağı kurulduktan sonra babanın, çocuğun velâyeti üzerindeki hak ve yükümlülükleri tıpkı çocuk, evlilik içinde doğmuş gibi var olmaktadır. Böylelikle evlilik dışı çocuğun nasıl eğitim alacağı, yerleşim yeri, çocuğa ad verilmesi, çocuk mallarının yönetimi gibi velâyetin kapsamı içerisindeki konularda baba da anne ile beraber karar verme hak ve yetkisine sahip olmaktadır. Görüldüğü üzere soybağı ilişkisi kurulduktan sonra evlilik birliği içerisindeki velâyet ilişkisinden bir farkı olmayan bu durumda, evlilik dışında doğmuş çocuğun velâyetine ilişkin, özellikle babası tarafından doğması muhtemel yabancı unsurlu uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun MÖHUK m. 17'ye göre tayin edilmesi gerektiğini söylemek mümkündür.

C. BOŞANMA HÂLİNDE VELÂYETE UYGULANACAK HUKUK

Velâyet uyuşmazlıklarının hem milletlerarası özel hukuk hem de maddî hukuk alanlarında en sık doğduğu durum hiç kuşkusuz boşanma hâlidir. Boşanma hâlinde velâyetin ise eşlerden hangisi tarafından kullanılmaya devam edeceği sorusunun doğrudan boşanmanın sonuçları ile ilişkili olduğundan bahisle konunun, boşanmaya uygulanacak hukuk hükmünde ele alınması gerektiği kabul edilmektedir³¹⁰. Bu nedenle boşanma hâlinde velâyet uyuşmazlıklarına hangi hukukun uygulanacağı ayrı bir düzenleme ile MÖHUK'ta yerini almıştır.

Boşanma ve ayrılık başlığını taşıyan MÖHUK m. 14 şöyledir: “*Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı*

³⁰⁹ HUYSAL, a.g.e., s. 127.

³¹⁰ HUYSAL, a.g.e., s. 130.

vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

Boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı hâlinde de geçerlidir.

Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir. Geçici tedbir taleplerine Türk hukuku uygulanır.”

Böylece boşanma hâlinde velâyete ilişkin uyuşmazlıklara, MÖHUK m. 14/1’e göre kademeli olarak eşlerin müşterek millî hukuku, müşterek mutad mesken hukuku ve her ikisinin de bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanmalıdır³¹¹.

Hükümde yalnızca boşanma hâli düzenlenmişse de evliliğin diğer sona erme sebepleri (evliliğin iptali, evliliğin butlanına karar verilmesi, eşlerden birinin ölümü veya gaipliğine karar verilmesi) ile sonlanması hâllerinde de velâyete ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun MÖHUK m.14/1 hükmüne göre belirleneceğini belirtmek gerekir³¹². Zira MÖHUK m. 14/2’de ayrıca ayrılık ve evlenmenin butlanı hâlinde de uygulanacak hukukun MÖHUK m. 14’e göre belirleneceği düzenlenmiştir.

Evliliğin sonlanması hâlinde ortaya çıkabilecek en muhtemel sorun, velâyeti diğer eşe verilmiş olan çocukla velâyet hakkını kaybeden ebeveyni arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesidir. Çocuk yönünden ÇHS m. 9/3, anne baba yönünden ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi³¹³ (AİHS) m. 8/1 ile düzenlenerek uluslararası koruma altına alınmış olan kişisel ilişki kurma hakkı, görünüşte, velâyeti kendisinden alınan taraf, arka planda ise hem anne hem de baba ile çocuk arasında boşanmanın etkilerini yaşamadan sağlıklı bir iletişim kurulması ve var olan yakınlığın korunmasını sağlayarak analık ve babalık duygularının da tatmin edilmesi gözetilerek³¹⁴ düzenli bir ilişki tesis etmeye yöneliktir³¹⁵. Unutulmamalıdır ki kişisel ilişkinin ne şekilde, ne kadar sıklıkla ve kimlerle kurulması gerektiği değerlendirilirken hâkimin, temel hareket noktası çocuğun yararı olmalıdır. Zira TMK’da, velâyet kendisine bırakılmayan annenin

³¹¹ Babanın İspanya, annenin Hollanda vatandaşı olduğu bir uyuşmazlıkta Yargıtay, olaya Türk hukukunun uygulanmasını ve fiilen anne yanında kalan çocuk ile baba arasında kişisel ilişki tesis edilmesini yasaya uygun bulmuştur. Yargıtay 2. HD 2012/19748E. 2013/12792K. 07.05.2013T. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi 17.02.2018).

³¹² AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., s. 150; HUYSAL, a.g.e., s. 130.

³¹³ RG. 19.03.1954T. – 8662.

³¹⁴ Yargıtay 2. HD 2017/4627E. 2017/9560K. 18.09.2017T. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 17.02.2018)

³¹⁵ ERLÜLE Fulya, “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”, *MÜHF-Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.16, S. 3-4, 2010, s. 223.

veya babanın çocukla kurulacak kişisel ilişkisinin uygun bir şekilde düzenlenmesi (TMK m. 323), çocuğun zarar gördüğü veya çocuğa yönelik yükümlülüklerin ciddi şekilde aksatıldığı durumlarda kişisel ilişki talebinin reddedilmesi veya kişisel ilişkinin kaldırılması (TMK m. 324), çocuğun yararına uygun düştüğü ölçüde kişisel ilişkinin özellikle hısımlarla ile de kurulabilmesi (TMK m. 325) düzenlenmelerinin yanında; kişisel ilişki kurulurken çocuğun ahlâk, eğitim ve sağlık yönünden yararının esas alınacağı (TMK m. 182/2) ayrıca düzenlenmesi konuya verilen önemin göstergelerindedir.

Kişisel ilişkinin nasıl düzenleneceğine ilişkin hâkime tanınan geniş takdir yetkisi ise her olayın kendi özelliği ve konunun hassasiyetinden kaynaklanmaktadır. Zira değişken aile yapıları ve devreye girebilen farklı faktörler nedeniyle her duruma uyan bir kişisel ilişki düzenlenmesinin bulunması mümkün görünmemektedir. Kişisel ilişki düzenlenirken küçüğün yaşı sebebiyle anne bakım ve ilgisine muhtaç olduğu durumlarda kişisel ilişkinin yatılı kalmak³¹⁶ suretiyle veya velâyeti kendisinde bulunmayan tarafta kaldığı sürenin uzun olarak³¹⁷ belirlenmemesi gerekmektedir. Kişisel ilişki, çocuğun yaşı elverdiği ölçüde, gözetim altında olunmayan rahat bir ortamda gerçekleşmelidir³¹⁸. Benzer şekilde Yargıtay, kişisel ilişkinin 26 Ocak doğumlu çocuğun doğum gününü de içine alan yarıyıl tatillerinde babanın yanında kalması şeklinde düzenlenmesini doğru bulmamış ve kişisel ilişkinin, çocuğun doğum gününü çift yıllarda babasında geçirecek şekilde düzenlenmesi gerektiğine karar vermiştir³¹⁹.

³¹⁶ Yargıtay 2. HD 2017/99990E. 2017/4696K. 25.04.2017T. “Velâyeti anneye verilen ortak çocuk Umut 27/03/2014 doğumlu olup, yaşı nazara alındığında anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Ortak çocuk ile baba arasında 1 Temmuz-30 Temmuz tarihleri arasında yatılı kurulan kişisel ilişki uzun olup, çocuğun bedeni ve fikri gelişmesine engel olacaktır.” www.kazanci.com (Erişim Tarihi 17.02.2018).

³¹⁷ Yargıtay 2. HD 2017/582E. 2017/5294K. 03.05.2017T. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 17.02.2018)

³¹⁸ Yargıtay 2. HD 2013/14209E. 2014/236K. 13.01.2014T. “Küçük 02.03.1998 doğumlu olup, hâlen on altı yaşındadır. Kişisel ilişkinin çocuğun ikametinde ziyaret suretiyle tesisi, bu ilişkinin başkalarının gözetimi altında kurulması anlamına gelir. Çocuğun menfaati gerektirmediği sürece gözetim altında kişisel ilişki, bundan beklenen amaca aykırıdır. Gözetim altında kişisel ilişkiyi çocuğun menfaatinin gerektirdiğine ilişkin bir delil ve olgu bulunmamaktadır. Mahkemece bu hususta gösterilen gerekçeyi haklı kılacak çocuğun beyanı dışında somut bir delil ve olgu bulunmamaktadır. Kişisel ilişkinin başkalarının gözetimi olmaksızın serbest ve başkalarının etkisinden uzak ve rahat bir ortamda kurulması bundan beklenen amaca uygun düşer.” www.kazanci.com (Erişim Tarihi 17.02.2018).

³¹⁹ Yargıtay 2. HD 2016/5880E. 2016/15883K. 13.12.2016T. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 17.01.2018). Böylelikle kişisel ilişki kurulmasının yalnızca çocuğun yararlanması gereken bir kurum olmadığı aynı zamanda anne veya babanın da çocuğu ile verimli ve özel vakitler geçirebilmesinin göz önünde bulundurulması gerektiği hatırlanmalıdır. Diğer yandan bu karar, kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkin hükümlerin neden hâkimin takdirine bırakılması gerektiğinin de pürüzsüz bir örneğidir. Çocukla kişisel ilişkinin anne ve baba arasında paylaşımlı olarak kurulması gerektiğine dair Hukuk Genel Kurulunun açıklayıcı bir kararında ilgili kısmı naklen paylaşmak yerinde olacaktır: “Ziyaret günleri olarak, ebeveyn ve çocuk için güçlük ve sorun çıkarmayacak gün ve dönemler tercih edilir. Bu dönemler

Velâyet hakkına sahip olan tarafın ise kişisel ilişkinin kurulmasını engellememesi gerekmektedir. Böyle bir durum var ise tanık beyanları, idrak çağındaki çocuğun görüşleri ve gerekirse uzman raporu alınarak bir sonuca varılmalıdır³²⁰. Kişisel ilişki kurma, her ne kadar hem anne baba hem de çocuk için tanınmış bir hak olsa da velâyet kendisinde olmayan tarafın, çocuğun gelişimini engelleyen bir hastalığının bulunması gibi çocuğun gelişimini, eğitimini önemli derecede etkileyecek hâllerin ortaya çıkması durumunda, velâyete sahip olmayan taraf ile çocuk yönünden kişisel ilişki tesis edilmemesi çocuğun yararının korunması ilkesine daha uygun olmaktadır³²¹.

genellikle hafta sonları ve tatil günleridir. Çocuğun bütün hafta sonlarını velâyet kendisine verilmeyen ebeveynle geçirmesi; gerek velâyete sahip taraf, gerekse çocuk için sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Zira, tatil günleri ve hafta sonlarında kişi kendini psikolojik bakımdan daha rahat ve serbest hisseder. Çocuğun bu ayrıcalıklı günleri sadece bir tarafta geçirmesi; sıkıntılı günleri ise, velâyeti üstlenenle geçirmesi, velâyeti üstlenenden uzaklaşmasına, soğumasına, karşı tarafa bağlanmasına yol açabilir. Böyle bir durumda, velâyeti üstlenen, çocuğuna fazla zaman ayıramayabilir, eğitim ve terbiye ile yetiştirme görevini layıkıyla yerine getirmesi de güçleşebilir. Ayrıca, boşanma durumunda çocuk, anne ve babasının boşandığını algılamakta güçlük çekebilir.

Öyleyse, kişilerin zaman bakımından daha uygun olan ve kendilerini daha rahat hissettikleri hafta sonları ve tatil günlerinde çocuklarıyla bir arada olabilmesi, bu güzelliği ve rahatlığı paylaşabilmeleri en doğal haklarıdır. Diğer yandan, her hafta sonu velâyet kendisinde olmayan ebeveynle kalan çocuğu nedeniyle velâyet kendisinde olan çocuğu teslim ve geri alma durumu nedeniyle hafta sonlarını planlayamaz duruma düşecektir. Öyleyse, kişisel ilişkide hafta sonları ve tatil günlerinin, çocuğun yaşı da gözetilerek, ebeveynler tarafından paylaşılması makul ve adildir.” YHGK 2012/799E. 2013/389K. 20.03.2013T. www.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi 18.02.2018)

³²⁰ Yargıtay 2. HD 2016/7741E. 2017/1217K. 07.02.2017T. *“Davalı-karşı davacı baba, yargılama süresince çocukların yanında bulunduğu, davacı-karşı davalı annenin mahkemece belirlenen kişisel ilişkinin infazına engel olduğunu iddia etmiş ve bu konuda çocuk teslimine dair bazı haciz tutanaklarını dosyaya sunmuş, mahkemece alınan 31.07.2015 tarihli uzman raporunda da kişisel ilişkiyi ihmal ettiği gerekçesiyle anne hakkında danışmanlık tedbiri uygulanması gerektiği rapor edilmiş, mahkemece bu yönde herhangi bir araştırma yapılmamıştır. O hâlde, mahkemece yapılacak iş, davalı-karşı davacı babanın çocuk teslimi talebi ile ilgili icra müdürlüğü dosyası getirtilerek, gerektiğinde çocuk teslimi konusunda tanıklar ile görüşlerini açıklama olgunluğuna erişen çocuklar yeniden dinlenilerek ve gerektiğinde yeniden bilirkişi raporu alınarak; annenin, babanın çocuklarla kişisel ilişki hakkını sürekli olarak engelleyip engellemediği belirlenerek ve toplanan diğer tüm delillerle birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca velâyet konusunda bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”, www.kazanci.com (Erişim Tarihi 17.02.2018), Kararda kişisel ilişkinin engellenmesi hâlinin sürekli olup olmadığının tespiti de dikkat çekmektedir. Esasen kişisel ilişkiyi zedelememek yükümlülüğü TMK m.324 ile taraflara yüklenmiştir ve yükümlülüğün bir kez dahi ihlal edilmiş olması ilgilinin sorumluluğunun doğmasını gerektirmelidir. Zira uluslararası sözleşmeler ile mevzuatımıza girmiş ve temel kişilik haklarından olan kişisel ilişki kurma hakkı, çocuğun yararına olduğu düşüncesi ile düzenlenmişken bunun engellenmesi en temel çocuk hakları ilkesinin de ihlalini oluşturmaktadır. Bu nedenle önemli olanın kişisel ilişkinin kurulmasını engellemek olduğunu düşünmekteyiz.*

³²¹ Yargıtay 2. HD 2016/24958E. 2017/198K. 10.01.2017T. *“Alınan raporlar davacı babanın çocuk ile kişisel ilişki kurmasında risk olup olmadığını ortaya koymaya elverişli değildir. Bu durumda, mahkemece yapılacak iş; baba ile ortak çocuk arasında kişisel ilişki kurulması hususunda babanın sağlık durumunun çocuk için risk teşkil edip etmeyeceğinin araştırılması, bu amaçla ruh ve sinir hastalıkları uzmanından rapor alınması, sonrasında 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan, anne ve baba ile çocukla görüşmek suretiyle inceleme ve rapor istenip; tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumlarına göre çocuğun sağlıklı gelişimi*

Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde bu sayılanlar dışında çocuğun eğitim dönemleri, geçirmekte olduğu hastalıkları, kişisel ilişki kuracağı ebeveyni ile yaşadığı yer arasındaki mesafe gibi birçok değişken etkili olabilmektedir³²².

Maddî hukukta bu denli karar ve çalışmalara konu olan çocukla kişisel ilişki kurulması konusu ile aynı şekilde milletlerarası özel hukukta da karşılaşılmaktadır. MÖHUK m. 14/3'te *velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar* tabirinin kullanılması, çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesi hâllerine de boşanmaya uygulanacak hukukun uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Örneğin velâyeti Türk vatandaşı annede olan çocuk ile Brezilya vatandaşı babası arasındaki uyuşmazlığa ilişkin düzenlenen kişisel ilişkinin, boşanma kararının Türkiye'de tenfizinden sonra tekrar düzenlenmesi talebinin gündeme geldiği bir uyuşmazlıkta yerel mahkeme; bu durumda kişisel ilişki tesisini, boşanmada velâyete ilişkin sorunlar kapsamında kabul edilerek uygulanacak hukuku MÖHUK m. 14/1³²³ olarak belirlemektedir. İlgili uyuşmazlıkta eşlerin müşterek millî hukuku ve müşterek mutad mesken hukuku bulunmadığından uygulanacak hukuk Türk hukuku olarak tespit edilmiştir. Uygulanacak hukuk bu şekilde tespit edildikten sonra ise Yargıtay, çocuğun yararının ve gelişiminin zarar görmemesini göz önünde bulundurarak babanın yerleşik bir düzeninin olmaması, çocuğun küçük olması, babanın dilini yeterince bilmiyor olması dolayısıyla düzenlenen şekilde kişisel ilişkinin çocuğun yararına olmayacağından hareket etmiştir. Bu kapsamda düzenlenen sürenin uzun olduğundan hareketle kişisel ilişkinin uygun bir şekilde düzenlenmesi gerektiğine karar vermiştir³²⁴. Kişisel ilişki tesis edilmesi kadar, çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi bakımından da milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıkları doğmaktadır. Yargıtay'ın önüne

için kişisel ilişki kurmaya engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması, mahkemece çocuğun bizzat dinlenerek görüşü alınıp ve diğer deliller de gözönüne alınmak suretiyle çocuğun menfaatine uygun bir karar verilmesi gerekir.” www.kazanci.com (Erişim Tarihi 17.02.2018).

³²² İlgili örneklerle kaynaklık eden Yargıtay kararları için ERLÜLE, a.g.m., ss. 229-232.

³²³ MÖHUK m. 14/1: '*Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.*'

³²⁴ Yargıtay 2. HD 2013/15213E. 2013/21040K. 17.09.2013T.: "*Kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun yaşı, ana ve babalık duygusunun tatmini, çocuğun yüksek yararı birlikte değerlendirilerek; çocuğun kişisel gelişimine en uygun düzenleme tercih edilmelidir. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda baba ile çocuk arasında kişisel ilişki süreleri yeniden düzenlenmiş ise de müşterek çocuğun yaşı, babanın dilini yeterince bilmiyor oluşu, uzman raporunda da belirtildiği üzere babanın net adresinin belli olmaması, bu durumunda çocuğun bakım ve gözetimin yapılacağı ortamın belirsizliğini de beraberinde getirmesi nedeniyle baba ile çocuk arasında kurulan kişisel ilişki süresi uzundur .Ancak bu husus ilk inceleme sırasında gözden kaçmış olup davalı annenin karar düzeltme talebinin bu yönden kabulüne, Dairemizin onama kararının kaldırılmasına ve ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün bu bölümünün düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.”* www.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi 18.02.2018)

gelen bir uyuşmazlıkta³²⁵, İsviçre hukukuna göre boşanan İsviçre vatandaşı anne ile Türk vatandaşı babanın, çocuklarının kendi ülke adet ve geleneklerine göre yetişmesi ve eğitim almasını istemelerinden hareketle velâyet uyuşmazlığı doğmuştur. Yerel Mahkeme, çocuğun yıllarca Türkiye’de kalarak Türk adet ve geleneklerine uyum sağladığını, İsviçre’de eğitim alması çocuğu geliştirecek olsa da çocuğun, öncelikle kişiliğinin gelişmesi gerektiği ve İsviçre’ye gidip orada yeni bir düzen kurmanın, çocuğu olumsuz etkileyeceği gerekçeleri ile velâyeti Türk babaya vermiştir³²⁶. Temyiz incelemesinde ise çocuğun yaşı, bedenî, fikrî, ahlâkî gelişimi yönünden annesinin bakım ve şefkatine muhtaç olduğu gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Yerel mahkemenin kararda direnmesi üzerine uyuşmazlık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) önüne gelmiş ve çocuğun yaşı itibariyle anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğu ve çocuğun yararının davalı anne yanında kalması durumunda zarar göreceğine ilişkin inandırıcı delillerin bulunmadığı gerekçeleri ile YHGK bozma kararını onamıştır. Ancak kararda dikkat çeken kısım karşı oy yazısıdır. Zira karşı oy yazısında özetle her Türk vatandaşının, kendi tarihî ve dinî gelenek ve geçmişine saygılı yetiştirilmesi gerektiği, bunun sadece çocuğun değil aynı zamanda Türk toplumunun da yararına olacağı, oysa çoğunluk kararının, çocuğa ve mensubu olduğu topluma yarar sağlayacak nitelikte olmadığı gibi bir Türk evlâdını peşinen Katolik mezhebinin kurallarına göre eğitilmiş ve Türklükle ilgisi kesilmiş yabancı bir kimse durumuna getirme sonucunu doğuracağı düşünceleri dile getirilmiştir³²⁷.

İncelenen Yargıtay kararında karşı oy yazısı eleştiriye açık olmakla birlikte karar teknik olarak ele alındığında, 2675 S. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun³²⁸ (EMÖHUK) m. 13 ve m. 19 hükümlerinde düzenlenen usûle göre uygulanacak hukuk tespiti yapılmadan, uyuşmazlığa doğrudan Türk hukuku uygulanmıştır. Bu durum kanunun amir hükmüne aykırılık oluşturmaktadır. Oysa ki öncelikle eşlerin müşterek millî hukuku, müşterek yerleşim yeri, müşterek mutad

³²⁵ Yargıtay 2. HD 1992/4086E. 1992/4386K. 14.04.1992, SAKMAR Ata, EKŞİ Nuray, YILMAZ İlhan, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları*, 2.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999, ss. 71-84.

³²⁶ Kadıköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesi 1990/999E., 1991/880K. 13.12.1991T. SAKMAR, EKŞİ, YILMAZ, a.g.e., s. 71.

³²⁷ SAKMAR, EKŞİ, YILMAZ, a.g.e., ss. 78-84.

³²⁸ RG. 22.05.1982T. – 17701.

meskeninin bulunup bulunmadığı araştırılıp varılacak sonuca göre son basamak olan Türk hukuku uyuşmazlığa uygulanmalıdır³²⁹.

Bunun dışında karşı oy yazısı, her ne kadar kararın verildiği tarihte eşler arası eşitlik ilkesinin Türk hukukunda yer almadığı düşünülse de AY m. 10'a göre herkesin kanun önünde eşitliği ilkesine aykırılık oluşturmakta ve kişilerin milliyeti ve dini yönünden ayrımcılığa maruz kalması sonucunu doğurmaktadır³³⁰. Bu nedenle ortada korunması gereken üstün yararı ile bir çocuk bulunurken tartışmaların çocuğun velâyetinin hangi ebeveynde kalmasının daha yararlı olacağı ve uygun bir kişisel ilişki tesisinin ne şekilde kurulması gerektiği üzerinde yoğunlaşması, uyuşmazlığın çözümünde odak noktalarını oluşturmaktadır.

Ç. EVLÂT EDİNMEDE VELÂYETE UYGULANACAK HUKUK

Evlât edinme, velâyet ilişkisinin kan bağı ile değil de evlât edinen ve edinilen arasındaki her iki tarafın da rıza gösterdiği evlâtlık ilişkisi ile kurulduğu ve bu nedendir ki kendisine yapay soybağı da denilen bir medeni hukuk işlemidir³³¹. Evlât edinme öyle bir işlemdir ki TMK m. 305- m. 320 arasındaki şartlar sağlanıp hukuka uygun bir evlâtlık ilişkisi kurulduğunda, çocuğun biyolojik annesinin ve babasının velâyete ilişkin hak ve yükümlülükleri son bularak; bu hak ve yükümlülükler tamamen evlât edinene geçmektedir³³² (TMK m. 314/1).

Çocuğa ilişkin her işlemde olduğu gibi evlât edinme işleminde de ilk ve en önce dikkat edilmesi gereken husus, çocuğun üstün yararınıdır (TMK m. 305/2). Evlâtlık ilişkisinde çocuğun yararının belirleyici bir çerçeve olduğu önemli bir konu ise çocuğun öz annesi ve öz babası ile kişisel ilişki kurma hakkıdır. Esasen velâyet ilişkisinin sona erdiği tüm hâllerde karşılaşılan ilk ve en önemli sorun olan çocukla kişisel ilişki kurma hakkının, evlât edinme yolu ile öz annenin ve öz babanın velâyet hakkının sona ermesi hâlinde de karşımıza çıkması pek doğaldır. Öncelikle belirtmek gerekir ki çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, yukarıda da ayrıntılı olarak ele alındığı üzere hem anneye ve

³²⁹ HUYSAL, a.g.e., s. 137.

³³⁰ HUYSAL, a.g.e., s. 136.

³³¹ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 369. Evlât edinme ilişkisinin hukuki mahiyetine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bunlardan biri de evlât edinme ilişkisinin önceki kanun zamanında olduğu gibi sözleşme ilişkisi olarak kabul edilmesi gerektiğidir. (HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., ss. 173-174). Diğer görüşler için AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., ss. 369-370.

³³² AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 385.

babaya hem de çocuğa tanındığı ve kaynağını çocuk ile annesi ve babası arasındaki soybağından aldığından her ne kadar annenin ve babanın velâyet hakları son bulsa da çocukları ile soybağları kural olarak ölene dek devam edeceğinden, kişisel ilişki kurma hakları ve bu yöndeki talepleri de her daim mevcut olmaktadır³³³. Yargıtay da bu yönde verdiği kararları³³⁴ ile çocuğun yararının zedelenmediği müddetçe öz annesi ve babası ile kişisel ilişki kurma hakkının bâki olduğuna ve bu hakkın, ancak çocuğun üstün yararına aykırı sonuçlar doğurması hâlinde kısıtlanıp kaldırılabilmesine hükmetmektedir.

Çocuğun üstün yararının korunması ilkesi, özellikle evlâtlık ilişkisinde öyle hassas bir noktada durmaktadır ki kimi zaman çocuğun üçüncü bir kişi tarafından büyütülüp onların nüfusuna kaydedildiği; fakat daha sonra öz anne babasının, soybağının reddi davası ile çocuklarını kendi nüfuslarına kaydettirdikleri bir olayda dahi Yargıtay, çocuğun yararı ilkesini titizlikle uyuşmazlığa uygulayarak çocuğun, kendisine küçük yaştan itibaren bakan kişiler ile kişisel ilişki kurabilmesinin mümkün olduğuna hükmetmiştir³³⁵.

Evlât edinme ilişkisi maddî hukukta olduğu kadar milletlerarası özel hukukta da kendine yer bulmuş bir konu olduğundan buna uygulanacak hukukun tespiti için

³³³ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 386.

³³⁴ Yargıtay 2. HD 1983/7785 E., 1983/8111K., 01.11.1983T., (HUYSAL, a.g.e., s. 142, dn. 418); Yargıtay 2. HD 2016/14329 E., 2016/13900K., 20.10.2016T. kararın ilgili kısmı şöyledir: “Evlât edinme; evlâtlıkla evlât edinenler arasında soybağı ilişkisi kurar (TMK m. 282/3) ise de, evlâtlığın kendi ailesiyle arasındaki soybağı ilişkisi evlât edinme ile ortadan kalkmaz (TMK m. 314/5). Ana ve babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilmiş olan çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve bunu sürdürmesi, çocuk için bir hak (Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 9/3) olduğu kadar, çocuklarıyla düzenli şekilde kişisel ilişki elde etmek ve bu ilişkiyi sürdürmek ana ve baba için de bir haktır. Bu tür kişisel ilişki, çocuğun sadece yüksek yararı gerektirdiği takdirde kısıtlanabilir veya engellenebilir.” www.kazanci.com (Erişim Tarihi 10.03.2018)

³³⁵ Yargıtay 2. HD 2016/14238 E., 2016/13906 K., 20.10.2016 T., kararın ilgili kısmı şöyledir: “4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre hısımlar dışında kalan diğer kişiler de koşulları varsa çocuk ile kişisel ilişki kurabilirler. Toplanan delillerle, küçük ... 21.12.2002 doğumlu olup nüfusta annesi olarak davacı kayıtlı iken davalıların açtıkları soybağının düzeltilmesi davası sonucunun ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 2013/227 esas 2014/92 katar sayılı kararı ile ...'un soybağının düzeltilmesine, davalıların hanesine tesciline karar verildiği, kararın 13.06.2014 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Küçük ... ile davacı arasında soy bağı kaldırılmış ise de küçüğün doğumundan itibaren davacı tarafından bakılıp büyütüldüğü, davacıyı annesi olarak bildiği sabittir. Duruşmada dinlenen ... da kendisine anne gibi davranan ve kendisini bakıp büyüten davacı ile kişisel ilişki kurmak istediğini beyan etmiştir.

Çocuğun menfaatine aykırı düşmedikçe davacının küçükle kişisel ilişki kurulması talebinin karşılanması gerekir. Çocukla davacı arasındaki kişisel ilişki kurulmasının çocuğun menfaatine uygun olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı bir olgu ve delil bulunmamaktadır. O hâlde davacı ile küçük arasında uygun bir kişisel ilişki tesisi gerekirken isteğin reddi doğru olmamıştır.” www.kazanci.com (Erişim Tarihi 10.03.2018)

MÖHUK'ta ayrı bir düzenleme yer almaktadır. Madde 18/3'te³³⁶ yer alan bu düzenlemeye göre evlât edinme hâlinde velâyet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk, “*evlât edinmenin hükümleri evlât edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tabidir.*” denilmek suretiyle belirlenmiştir. Böylelikle çocuk, bir kişi tarafından evlât edinildiğinde aralarındaki velâyet ilişkisine uygulanacak hukuk, evlât edinenin millî hukuku iken, çocuk eşler tarafından evlât edinildiğinde ise aralarındaki velâyet ilişkisine, eşlerin müşterek millî hukuku, ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek mutad mesken hukuku o da bulunmazsa Türk hukuku olmaktadır.

Velâyet ilişkisi, Türk hukukunda çocuğun öz ailesi ile özellikle miras ve nafaka yönünden soybağının devam ettiği gevşek veya basit evlât edinme olarak kabul edilirken, evlât edinilenin öz ailesi ile soybağından kaynaklanan hakların ve yasakların kaldırılarak yalnızca evlât edinene soybağı ile bağlandığı tam evlât edinme durumu da kimi hukuk düzenlerinde kabul edilmektedir³³⁷. Bu da Türk hukuku gibi basit evlât edinmenin kabul edildiği devletlerde, tam evlât edinmeye göre kurulan bir evlâtlık ilişkisinin, çocuğun öz ailesi ile genetik bağından kaynaklanan birlikteliğinin keskin bir şekilde sonlanması nedeniyle kamu düzenine aykırı değerlendirilmesine yol açabilir³³⁸. Ayrıca yukarıda değinildiği üzere evlât edinilen çocuğun öz ailesi ile kişisel ilişki kurmasının son derece makul karşılandığı ve ÇHS m. 10/2 ile korunan bir kurum olduğu düşünüldüğünde yalnızca bu durum dahi tam evlât edinmenin, olayın şartlarına göre kamu düzeni engeline takılmasına neden olabileceği düşüncesindeyiz.

Evlât edinmede milletlerarası özel hukuk açısından incelenmesi gereken diğer bir konu ise bazı ülkelerde evlât edinmenin kabul edilmemesi veya çocukla sürekli bir soybağı kurmayı hedeflemeyen, yalnızca belli bir süre çocuğun bakımını üstlenen kişilere bu konularda belli sorumluluk alanları çizen, koruyucu aile uygulamasının kabul edilmesidir. Karşımıza bir vasıflandırma sorunu olarak çıkan bu durumlarda, her ne kadar soybağına dayanan bir aile birlikteliği kurmak hedeflenirse de koruyucu aile gibi uygulamaların, evlât edinme kurumuna yaklaştığı ölçüde evlât edinme olarak kabul edilebilmesi görüşüne³³⁹ katılmaktayız.

³³⁶ MÖHUK m. 18/3: “*Evlât edinmenin hükümleri evlât edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.*”

³³⁷ NOMER, a.g.e., ss. 282-285.

³³⁸ NOMER, a.g.e., s.285.

³³⁹ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s.175.

Bu açıklamalardan sonra özetle, yabancı unsurlu evlât edinmeden doğan velâyet ilişkisinin kapsamına normal bir velâyet ilişkisindeki çocuğun adı, yerleşim yeri, eğitimi ve bakımı ile ilgili konularda kararlar almak, çocuğun mallarının yönetimini gerçekleştirmek ve çocuğu temsil etmek de dahil olmak üzere TMK m. 339- m. 347 ve m. 352- m. 363 arasındaki tüm hak ve yükümlülükler dahil olmaktadır. Velâyet ilişkisinin kapsam ve hükümleri olan bu konuların evlât edinmenin de hükümleri arasında kabul edilmesinden dolayı yabancı unsurlu evlât edinmede velâyetten doğan tüm uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk m.18/3'e göre belirlenmektedir.

IV. VELÂYETE UYGULANACAK HUKUKUN BERTARAF EDİLDİĞİ YA DA SINIRLI UYGULANDIĞI DURUMLAR

A. GENEL OLARAK

Milletlerarası özel hukuk, her ne kadar şahıslar arasında gerçekleşen özel hukukun uygulama alanına dâhil olan uyuşmazlıklara ilişkin olsa da bazı durumlarda yabancı hukuk kuralının uygulanması, o devlette kabul edilemez sonuçlar doğurabilmektedir. Bu sonuçların doğmasını önlemek ise devletlerin kamu düzeni müdahalesi ile veya düzenledikleri müdahaleci normlar ile mümkün olmaktadır.

Kamu düzeni müdahalesi ve müdahaleci norm ile yabancı kanun hükmünün uygulanması bertaraf edilirken uluslararası sözleşmeler ile de millî hukukun uygulanması bertaraf edilmektedir. Bu konular genel hatları ile açıklanarak velâyete ilişkin hususlar aşağıda sırası ile incelenecektir.

B. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

Uluslararası sözleşmeler, milletlerarası özel hukukun kapsamlı kaynaklarından biridir. Belli konularda düzenlenen ve birden fazla devletin imzaladığı uluslararası sözleşmeler, âkit devletler tarafından bağlayıcı olmakta ve böylece bazı devletler iç hukuk düzenlemelerini de taraf olduğu sözleşme hükümlerine paralel olarak yenilemektedir. Uluslararası sözleşmeler, bağlayıcı olmaları nedeniyle, âkit devletlerin o konulara ilişkin hükümlerinin uyuşmazlığa uygulanmasını önlemektedir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da da 'Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler saklıdır' şeklinde ifade edilerek, uluslararası sözleşmelerin kanundan önce uygulanması düzenlenmiştir (MÖHUK m. 1/2). Aynı şekilde usulüne uygun yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu da AY m. 90/5'te açıkça belirtilmiştir. Diğer yandan Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmelerin kapsamına giren konularda hem sözleşme hem iç hukuk kuralı bulunabilmektedir. Bu durumda iki kanun hükmünde olan düzenlemeden hangisinin uygulanması gerektiği açıklanmalıdır. Doktrinde, özel kanunun genel kanunun uygulanmasını engellemesi kuralının, uluslararası sözleşmeler ile iç hukuk düzenlemeleri açısından uygulanabildiği ifade edilmektedir. Buna göre uluslararası sözleşmelerin özel kanun niteliğinde olduğu kabul edilmekte ve ilgili konuda genel kanun niteliğinde olan iç hukuk kuralının uygulanmasının önüne geçilmektedir³⁴⁰. Böylelikle uluslararası sözleşmelerin konularına ilişkin uyuşmazlıklarda iç hukukun uygulanmasını bertaraf ederek devreye girdiği kabul edilmektedir.

Uluslararası sözleşmeler yönünden önem arz eden bir diğer konu ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükmünün iç hukuk hükmüne aykırılık teşkil etmesidir. Anayasa bu durumda sözleşme hükmüne üstünlük tanımaktadır³⁴¹. Çalışma konusu olan velâyet hakkına ilişkin sözleşmeler açısından önem arz eden konu da burasıdır. Zira diğer durumda bir çatışma söz konusu değildir. Bu noktada velâyet hakkının, temel hak ve özgürlüklerden olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Öncelikle Anayasa, temel hakları tanımlarken '*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*' (AY m. 12) demek suretiyle velâyet hakkının da özünde bulunan kişiye bağlı olma, devredilmezlik ve vazgeçilmezlik unsurlarını ifade etmektedir. Bu nedenle velâyet hakkının, şahsa sıkı sıkıya bağlı mutlak haklardan olması, bu haktan vazgeçilememesi ve hakkın devredilememesi, onu Anayasa'da niteliği belirtilen temel hak ve özgürlükler statüsüne dâhil etmektedir. Bu nedenle çocuğun velâyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanmak amacıyla düzenlenen

³⁴⁰ NOMER, a.g.e., ss. 72-73. Benimsediğimiz bu görüşe göre yazar, sonraki kanunun önceki kanunu yürürlük dışı bırakması kuralının, devletlerin uluslararası sorumluluğuna aykırı olduğu düşüncesi ile burada uygulanamayacağını belirtmektedir. Şöyle ki; uluslararası sözleşmeden sonra yürürlüğe giren bir kanun hükmünün, sözleşme hükmünü ortadan kaldırması düşüncesi, kanun koyucunun milletlerarası özel hukuka aykırı davranması sonucunu doğuracağından kabul edilemez. Aksi yönde olan bir görüşe göre ise iç hukuk ile uluslararası sözleşme hükmünden hangisinin uygulanması gerektiği, sonraki kanunun önceki kanunu yürürlük dışı bırakması kuralına göre çözüm bulmaktadır. ÖZKAN Işıl, "Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkileri", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Özel Sayı, 2013, s. 2149.

³⁴¹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için ÖZKAN, a.g.m., ss. 2154-2155.

uluslararası sözleşmelerin ilgili hükümlerinin, TMK velâyet hükümleri (m. 335-363) ve MÖHUK'un ilgili hükümleri ile çatışması hâlinde sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir

Velâyet öyle bir konudur ki çocuğun buna ilişkin menfaatlerinin korunması; yalnızca ulusal düzenlemelerle değil, birçok ülkede velâyet ilişkisinden doğan sorunların çözümünde genel kabul görecektir ve uygulanacak mevzuat birliğini sağlamak ve kavram birliğini oluşturmak adına birçok uluslararası sözleşme ile de sağlanmaya çalışılmaktadır. Bunların Türkiye'de yürürlükte bulunan ve velâyet konusunda tanıma, tenfiz ve uygulanacak hukuk açısından belirleyici olanları şunlardır: Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme³⁴² (1961 La Haye Sözleşmesi), Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme³⁴³ (1996 Lahey Sözleşmesi) ve Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi³⁴⁴.

1. 1961 Tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme

a. 1961 La Haye Sözleşmesi'nin Konusu

Sözleşme isminden de anlaşılacağı üzere, münhasır olarak velâyet ve velâyete ilişkin konuların ve bunlara uygulanacak hukukun ele alındığı bir sözleşme değildir. Bu sözleşme ile çocuğun şahıs varlığı ve malvarlığı haklarının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasında yetkili olan devlet makamlarının tespiti sağlanmaktadır³⁴⁵ (Sözleşme m. 1). Böyle olmakla beraber çocuğun velâyetine ilişkin anlaşmazlıklarda bu sözleşmenin uygulanmayacağı düşünülmemelidir. Çocuğun korunması başlığı, altında çocuğun velâyetinden doğan tedbirlerin alınmasını da barındırmaktadır.

1961 La Haye Sözleşmesi'nde çocuğun korunmasını gerektiren durumlar düzenlenmediğinden sözleşmeye göre mutad meskeni âkit devlette bulunan bir

³⁴² RG. 21.02.1983T. – 17966.

³⁴³ RG. 03.01.2017T. – 29937.

³⁴⁴ RG. 02.11.1999T. – 23864.

³⁴⁵ AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., s. 170.

çocuğun, velâyet ilişkisinden doğan veya doğabilecek bir zararı tespit edildiğinde bu sözleşme hükümlerinin devreye girerek gerekli önlemlerin alınmasını sağlayacağı rahatlıkla ifade edilmektedir³⁴⁶.

b. 1961 La Haye Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı

“Mutad meskeni âkit taraflardan birinde bulunan tüm küçüklere uygulanır” demek suretiyle sözleşmenin uygulama alanı kural olarak belirlenmiştir (m. 13/1). Burada dikkat çeken husus sözleşmenin, çocuğun vatandaşlığı ile değil mutadan yaşadığı devlet hukuku ile bağitlanmasıdır. Böylelikle sözleşmenin tarafı olan her devlet, mutad meskeni kendi ülkesinde olan her çocuk hakkında, çocuğun hangi devlet vatandaşı olduğuna bakmaksızın bu sözleşme hükümlerini uygulamalıdır³⁴⁷. Daha önce de değinildiği üzere çocukları ilgilendiren özellikle yabancı unsurlu uyuşmazlıklara, çocuğun kendini daha rahat ifade edebilmesi ve çocuğun korunmasının daha etkin bir şekilde sağlanabilmesi için mutad mesken hukukunun uygulanması düşüncesi bu sözleşmede de yerini bulmuştur.

Sözleşmede “küçük” teriminin somut bir tanımı yapılmamıştır ancak; çocuğun vatandaşı olduğu devletin veya mutad mesken devletinin iç hukuklarına göre bu niteliğe sahip olmasının genel çerçevesi çizilerek, küçük teriminin her devlet hukukunun kendi kurallarına göre belirleneceği kabul edilmektedir³⁴⁸. TMK m. 11'e göre erginlik yaşı on

³⁴⁶ AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., s. 170.

³⁴⁷ EKŞİ Nuray, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Tanıma ve Tenfiz), 1.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, Kasım 2013, s. 353.

³⁴⁸ Çocuğun Türk medeni hukukundaki yerine bakmak bu aşamada faydalı olacaktır. Çocuk, hukuk kavramı olarak, yetişkin olmayan bireyleri tanımlamaktadır. Öte yandan bir hısımlık deyimi olan çocuk, belirli bir anneden ve babadan meydana gelen evlât olarak da hukuk terimi olarak kabul edilmektedir. SEROZAN, a.g.e., s. 3. Öncelikle çocuk kavramının hukukî nitelendirmesinin yapılabilmesi için, çocuğun hayatının hangi aşamasına kadar korunmaya muhtaç olduğuna ve bu muhtaçlık durumunun hangi kriterlere göre belirlendiğine bakmak gerekir. Buna göre çocuğun, çocuk statüsünden çıktığı durumların Türk hukukunda nasıl ele alındığı önem arz etmektedir. Çocukluğun sona ermesi bakımından dikkat edilmesi gereken en önemli unsur çocuğun zihinsel gelişiminin tamamlanmış olmasıdır. Bu konu her çocuğun, psikolojik, sosyolojik ve tıbbî gelişmesine bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. (Psikoloji, Sosyoloji ve Tıp bilimlerinde çocuk kavramı için bkz. AKYÜZ, a.g.e., ss. 98-101; TANRIBİLİR Feriha Bilge, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları* (Çocuğun Korunması), 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, ss. 25-37). Çocuğun zihinsel ve psikolojik gelişiminin kaç yaşında tamamladığı ise her toplumun yapısına göre farklılık arz ettiğinden, her devlet erginlik yaşını kendi toplumsal yapısına uygun olarak belirlemelidir. Bu bağlamda erginliği düzenleyen TMK m.11 hükmüne göre erginlik yaşı Türk hukukunda on sekiz olarak belirlenmiştir. (Ergin olma durumu çalışmamız içerisinde yalnızca medeni hukuk özelinde ve tam fiil ehliyetine sahip olmak şeklinde ele alınmaktadır. Bunun dışında çocuğun cezaî ehliyeti ve çalışma yaşı olarak düzenlenen hükümlere burada yer verilmeyecektir.)

sekiz olarak belirlendiğinden, Türkiye’de on sekiz yaşından küçük yabancı devlet vatandaşı bir çocuğun, vatandaşı olduğu devlet hukukuna göre de çocuk kabul edilmesi durumunda Sözleşme, bu çocuk yönünden uygulanmaktadır³⁴⁹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, çocuğun hem vatandaşı olduğu devlet hem de mutad meskeni devleti hukukuna göre çocuk kabul edilmesidir. Bunlardan biri için çocuk kabul edilir ise Sözleşme’nin o çocuk yönünden uygulanması söz konusu olmamaktadır³⁵⁰.

Sözleşme, m. 13/3 ile âkit devletlere, sözleşmenin yalnızca âkit devlet vatandaşı olan küçükler yönünden uygulanması çekincesini getirme hakkı tanınmaktadır. Bu çekinceyi koyan devletler bakımından Sözleşme, yalnız âkit devlet vatandaşı olan çocuklar yönünden uygulanmaktadır. Türkiye, Sözleşmeye bu yönde bir çekince koymadığından mutad meskeni Türkiye’de olan tüm çocuklar yönünden Sözleşme’nin uygulanması gerektiği açıktır.

c. 1961 La Haye Sözleşmesi’ne Göre Uygulanacak Hukuk

“1. maddeye göre yetkili olan makamlar, kendi iç hukuklarının öngördüğü tedbirleri alırlar.” (m. 2/1). Bu demektir ki çocuğun mutad mesken devleti, çocuğu ve mallarını korumaya yönelik tedbirleri, tedbir kararı alınma usûlünü, kendi iç hukukuna göre belirlemelidir. Sözleşme’de, koruma tedbirlerinin neler olduğu ve hangi durumlarda tedbir alınması gerektiği gibi konuların düzenlenmemesi de bu konuların her âkit devletin kendi iç hukukuna bırakılmasından kaynaklanmaktadır³⁵¹. Bu tedbirleri almak gibi değiştirmek ve kaldırmak; tedbirlerin üçüncü şahıslar ve çocuğa bakan kişi ve kurumlar üzerindeki etkileri de mutad mesken hukukunun iç hukuk kurallarına göre düzenlenmesi gereken konulardandır (m. 2/2-3). Aynı şekilde m. 3, m. 4 ve m. 5/3

Bunun dışında Türk hukukunda çocukluk statüsünü, on sekiz yaşından evvel sona erdiren iki sebep daha bulunmaktadır. Bunlardan ilki, evlenmedir. On yedi yaşını dolduran ayırt etme gücüne sahip çocuğun, annesinin ve babasının rızası ile; on altı yaşını dolduran çocuğun ise olağanüstü durumun olması hâlinde hâkimin izni ile evlenmesi, çocuğu ergin kılmaktadır. Diğeri ise çocuğun kendi isteği ve yasal temsilcisinin rızası ile mahkeme tarafından ergin kılınmasıdır. Bahsedilen iki durumda da erginlik kesindir ve ergin olmayı gerektiren hâl ortadan kalksa dahi kişi, artık çocuk statüsüne geri dönemez. AKYÜZ, a.g.e., ss. 105-106.

İlgili açıklamalardan sonra Türk hukukunda ergin olma şartını (on sekiz yaşını doldurma) sağlayan her bireyin artık hukukî olarak çocuk kabul edilmediği ve söz edilen uluslararası sözleşmelerde çocuğun yaşı ile ilgili Türk hukukuna yapılan atıflarda, çocukluğun on sekiz yaşına kadar sürdüğünün kabul edilmesi gerektiği rahatlıkla ifade edilebilmektedir.

³⁴⁹ AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., s. 169.

³⁵⁰ EKŞİ (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 354.

³⁵¹ EKŞİ (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 355.

düzenlemeleri de çocuğun vatandaşı olduğu devletin uygulanması gereken tedbirlerin, kendi iç hukuklarına göre belirlenmesini öngörmektedir.

2. 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme

1 Ekim 1996 tarihinde imzalanan bu sözleşme, 1961 La Haye Sözleşmesi'ndeki eksikleri tamamlamak ve onun yerine geçmek üzere düzenlenmiş bir sözleşmedir. Sözleşme'nin Türkiye'de 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmesi ile de AY m. 90'a göre yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında iç hukuk kurallarının Sözleşme ile bütünlüğünün sağlanması ve öncelikle Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Sözleşme, m. 51'de açıkça “... 5 Ekim 1961 tarihli Sözleşme uyarınca alınan önlemlere hâlel getirmeksizin, bu sözleşmenin yerine geçer.” denilmek suretiyle 1961 La Haye Sözleşmesi'nin yerine geçmektedir. Bu ifadeden şu anlaşılmalıdır: her iki sözleşmeye de taraf olan devletler açısından 1996 La Haye Sözleşmesi, yürürlük tarihlerinden itibaren geçerli olup, 1961 La Haye Sözleşmesi ile alınan önlemlerin de geçerliliği devam etmektedir. Bunun yanında önemli olan nokta ise 1996 La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmayıp 1961 La Haye Sözleşmesi'ne taraf olan devletler bakımındandır. Zira 1996 La Haye Sözleşmesi, m.51'den de anlaşıldığı üzere 1961 La Haye Sözleşmesi'ni ilga etmemekte, sadece sonraki sözleşme olan 1996 La Haye Sözleşmesi'ni de yani her iki sözleşmeyi de imzalayan devletler bakımından 1996 La Haye Sözleşmesi'nin geçerli olacağını belirtmektedir. Bu nedenle yalnızca 1961 La Haye Sözleşmesi'ni imzalayan devletler bakımından 1961 La Haye Sözleşmesi hükümleri geçerliliğini devam ettirmektedir³⁵².

Sözleşme, uygulama zamanı olarak incelendiğinde ise yürürlüğe girdiği tarihten sonra talep edilen koruma tedbirleri bakımından uygulanır (m. 53/1). Böylece sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan koruma tedbiri talepleri, sözleşmeye göre değil o devletin milletlerarası yetki kurallarına göre değerlendirilmelidir.

³⁵² ULUSU KARATAŞ Ayşe Elif, “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, *MHB*, S.37, C.2, s. 913, dn. 7.

a. 1996 La Haye Sözleşmesi'nin Konusu

Sözleşme genel ifade ile kaynağını velâyet ilişkisinden alan, çocuğun malvarlığı ve şahıs varlığını korumaya yönelik tedbirlere ilişkindir. Birinci madde ile de Sözleşmenin kapsamı geniş bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre çocuğun malvarlığı ve şahıs varlığının korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetkili devleti belirlemek, tedbirlere ve velâyete uygulanacak hukuku belirlemek ve son olarak alınan koruma tedbirlerinin tüm âkit devletlerde tanınması ve tenfizini sağlamak Sözleşmenin çerçevesini oluşturmaktadır.

1961 La Haye Sözleşmesi'nin aksine 1996 La Haye Sözleşmesi'nde, tedbirlerin nelere ilişkin olabileceği örnek verme suretiyle sıralandığı ve sözleşme kapsamı dışında kalan konuların da tahdidi olarak sözleşmede yer aldığı görülmektedir³⁵³. Böylelikle sözleşmenin konusunu m. 3 ve m. 4'e göre değerlendirmek gerekir. Buna göre velâyetin niteliği, kullanılması, sonlanması, kısıtlanması, başkasına devrine; velâyete bağlı olan çocuğun erişim hakkına; çocuğa atanan vasi, kayyım veya bunlara benzer kurumlara; çocuğu kişiliği ve malvarlığı ile koruması altına alan kişi veya kurumların belirlenmesine veya işlevlerine; çocuğun mallarına ilişkin yürütülen işlemlerin denetlenmesine; koruyucu aile veya benzer bir kurumun görevlendirilmesine; çocuğa bakmakla yetkili olan kişilerin denetlenmesine ilişkin koruma tedbirleri Sözleşme çerçevesinde âkit devletler tarafından alınabilmektedir (m. 3).

Evlât edinme, nafaka, sosyal güvenlik haklarının korunması, mesuliyet ve halefiyet, çocuğun ad ve önadı, velâyet ilişkisinin kurulması ve iptal edilmesi, cezai düzenlemeler, kamu tedbirleri ve iltica göç konularındaki kararlar Sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır (m. 4).

Sözleşme, 1961 La Haye Sözleşmesi'nden farklı olarak Sözleşmenin '*Doğduğu andan itibaren on sekiz yaşına gelene kadar tüm çocuklara uygulanır.*' (m. 2) hükmüne göre çocuktan ne anlaşılması gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Bu yaş sınırlamasının fiil ehliyeti bağlamında rüşt yaşı ile bağlantısı olmadığı; hâkim kararı ile veya evlenme ile ergin olan ancak henüz on sekiz yaşını doldurmayan kimselerin de Sözleşme'ye göre çocuk kabul edileceğine dair doktrinde bir görüş³⁵⁴ bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise on sekiz yaşından evvel ergin olan kişilerin çocuk

³⁵³ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 920.

³⁵⁴ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 917.

kabul edilmediği ve sözleşme kapsamına dahil edilmemesi gerektiği savunulmaktadır³⁵⁵.

Sözleşme, ana eksen olarak çocuğun veya mallarının korunmasına yönelik tedbirler ve buna ilişkin düzenlemeler üzerinde durmaktadır. Ancak koruma tedbiri teriminin Sözleşme’de açık bir tanımı yoktur, sadece koruma tedbirinin neleri kapsayabileceği örnek verme suretiyle neleri kapsamayacağı ise tahdidi olarak sıralanmıştır. Koruma tedbiri tanımına, Sözleşme’de yer verilmemesinin sebebi ise bunların ülkeden ülkeye değişebilecek farklılıklarının, Sözleşme’de yeterince karşılanamayacağı düşüncesinden gelmektedir³⁵⁶.

b. 1996 La Haye Sözleşmesi’ne Göre Uygulanacak Hukuk

Sözleşme’nin 15 ile 22. maddeleri arasında, velâyet ilişkisinin kurulmasına, sona ermesine, hükümlerine ve çocuğa yönelik koruma tedbirlerine uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği düzenlenmiştir.

Öncelikle çocuğun veya mallarının korunmasına yönelik tedbirlerin, m. 5 ile m. 14 arasında sayılan kurallara göre yetkili olan devletin kendi hukukuna (*lex fori*) göre alınacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin, koruma tedbirlerinin, zaman kaybetmeksizin alınması gerektiği ve koruma tedbirlerinin *lex fori* devletinde icra edilmesi gerektiği düşünüldüğünde, çocuğun hem şahıs hem malvarlığı bütünlüğünü koruma amacına hizmet ettiğinden, uygulanacak hukukun koruma tedbirleri yönünden *lex fori*’ye göre belirlenmesinin Sözleşme’nin amacı ile uyumlu olduğu ifade edilmektedir³⁵⁷. Genel kural bu olmakla birlikte istisnai olarak, çocuk veya malvarlığı ile somut ilişkili olan devlet hukukunun da olaya uygulanabileceği veya bu devlet hukukunun dikkate alınabileceği düzenlenmiştir (m. 15/2). Ancak bir üçüncü devlet hukukunun olaya uygulanabilmesi, o devlet hukukunun, olay ile sıkı irtibatlı olması ve çocuğun üstün yararının o devlet hukukunun uygulanması ile daha etkin bir şekilde korunacak olması şartlarının gerçekleşmesi hâlinde mümkün olabilmektedir³⁵⁸.

Velâyet ilişkisinin kurulması, hükümleri ve sona ermesi, niteliği gereği koruma tedbirleri gibi o an karar alınmazsa bir hak kaybına sebebiyet verebilecek konular

³⁵⁵ GİRAY Faruk Kerem, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi*, 1.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010, ss. 250-251.

³⁵⁶ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 920.

³⁵⁷ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 962.

³⁵⁸ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 962.

olmadığından, Sözleşmeye göre çocuğun mutad meskeni devleti, velâyetin kurulması, sona ermesi ve hükümlerine uygulanacak hukuk olarak tespit edilmiştir. Buna göre velâyet ilişkisinin kanundan doğması veya sona ermesi hâlinde çocuğun mutad meskeni devleti (m. 16/1); bir anlaşma veya tek taraflı işlem ile kurulması veya sona ermesi hâlinde ise anlaşma veya tek taraflı işlemin yürürlüğe girdiği tarihteki çocuğun mutad meskeni devleti (m. 16/2) hukuku olaya uygulanacaktır.

Sözleşme, her daim âkit devletler arasında uygulanmaktadır ancak; çocuğun mutad meskeninin âkit olmayan bir devlet olması durumu da göz ardı edilmemiştir. Buna göre çocuğun mutad meskeni, âkit olmayan bir devlette olsa bile m. 15 ile m. 22 arasındaki hükümlere göre uygulanacak hukukun tespit edilip uyuşmazlığa bu hükümlerin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir (m. 20).

Sözleşme, Türkiye tarafından yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Türkiye’de Sözleşme kapsamına giren yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarına uygulanacaktır. Ancak Sözleşme ile Türk milletlerarası özel hukuk kuralları arasında temel bir farklılık var ki o da çocuğun velâyetinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun MÖHUK’ta uyuşmazlığın doğduğu alan ve dolayısı ile anne ve babanın statüsüne göre belirleniyor olması; ancak Sözleşme’de çocuğun daha etkin korunabilmesi amacıyla onun statüsü yani mutad meskeni devletine göre belirleniyor olmasıdır. Bu farklılık, MÖHUK kapsamında velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda dikkat edilmesi gerekenin çocuk olduğu ve onun statüsünün yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında öngörülmesi gereğini bize hatırlatması açısından önemlidir³⁵⁹. Kaldı ki Sözleşme hükümleri, 01.02.2017 tarihi itibari ile Türk yargılamasında uygulanabilirlik kazanıp AY. m. 90/5’e göre kanun hükmünde kabul edildiğinden, bundan sonra Türkiye’de görülen bu tür davalarda, çocuğun statüsünün esas alınması gerekecektir.

C. KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

Bazı durumlarda, hâkimin kanunlar ihtilâfi kurallarına göre belirlenen hukukun, uyuşmazlığa uygulanması, hâkimin ülkesinde korunan temel ilkeler, anayasal sınırlar, toplumsal ahlâk kuralları ile bağdaşmayacak sonuçlar doğmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu durumda hâkim belirlenen hukukun ilgili hükmünü uyuşmazlığa

³⁵⁹ Sözleşmenin Türk hukukuna etkileri yalnızca bu konu ile sınırlı değildir, diğer konular ile ilgili bilgi için bkz. ULUSU KARATAŞ, a.g.m., ss. 974-978.

uygulamaktan vazgeçme hakkına sahiptir. İşte hâkime, kanunlar ihtilâfî kurallarına özgü bir durum olarak, milletlerarası bir uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespit edilen ilgili hükmünü uygulamaktan imtina etme yetkisi veren kuruma kamu düzeni müdahalesi denilmektedir³⁶⁰.

Kamu düzeni kavramının, her toplumun kendi anayasal düzeninde korunan temel haklar ve hürriyetler; toplumun etik, ahlâkî eğiliminin, geleneklerinin doğurduğu yazılı olmayan kurallar ile her ülkede, hatta bir ülkede farklı zamanlarda yoğrularak oluştuğu düşünüldüğünde kamu düzeni kavramını, tamamıyla karşılayacak bir tanım oluşturmak güçtür. Ancak kamu düzeni kuralları, bir toplumda belli bir zaman diliminde, toplumun anayasal düzeyde korunan temel hakları ve hürriyetleri, genel etik ve ahlâkî eğilimleri koruyarak toplumun genel huzur ve dengesini bu kuralların yöreğinde tutmaya çalışan kurallar olarak tanımlanabilir³⁶¹.

Milletlerarası unsurlu bir yargılamada, yabancı devlet hukukunun uyuşmazlığa ilişkin düzenlemesinin uygulanmasını sınırlayan kamu düzeni müdahalesinin, hukukî niteliğini tespit etmek de önem taşımaktadır. Zira kanunlar ihtilâfî kurallarına göre belirlenen devlet hukukunun, ilgili hükmü uygulanmadığında ortaya çıkan çözümsüz boşluk nasıl doldurulmalıdır? Tam da bu noktada kamu düzeni müdahalesinin hukukî niteliğini yapan iki görüş ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, kamu düzeni müdahalesini bağımsız bir bağlama kuralı olarak kabul etmektedir. Böylelikle kamu düzeninden kabul edilen bir konuda, belirlenecek olan yabancı hukuka başvurulmaksızın iç hukuk kuralı bir kanunlar ihtilâfî kuralı gibi uygulanmaktadır. Ancak kamu düzeninden kabul ettiği her konuda kendi hukukunu, yetkili hukuka başvurmadan uygulayan bu görüş günümüzde kabul görmemektedir³⁶².

Kamu düzeni müdahalesinin hukukî niteliğini belirleyen ikinci görüş ise, iç hukukun uygulanmasını doğrudan değil ancak yabancı hukukun uygulanmasına getirilen bir istisna olarak kabul etmektedir. Esas olan kanunlar ihtilâfî kurallarına göre belirlenen yabancı devletin ilgili hükmünün uygulanmasıdır. Ancak bu hüküm, hâkimin hukukuna ciddi aykırılıklar içeriyor ise kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun ilgili

³⁶⁰ DOĞAN, a.g.e., ss. 218-219; NOMER, a.g.e., s. 162; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 139-140.

³⁶¹ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 140; RUHİ Ahmet Cemal, KAPLAN Yavuz, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, *MHB*, Yıl 22, 2002, s. 643.

³⁶² Mancini tarafından benimsenen görüş için NOMER, a.g.e., s. 161; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 141.

hükmünün uygulanması kuralının istisnası olarak devreye girerek hâkimin hukuku olaya tatbik edilmelidir³⁶³.

Türk hukukunda ise kamu düzeni müdahalesinin, aktarılan ikinci görüş doğrultusunda yabancı hukukun olaya tatbikinin bir istisnası olarak kabul edildiği görülmektedir³⁶⁴. Bu durumda aslolanın kanunlar ihtilâfi kurallarına göre belirlenen yabancı hukuk hükmünün uygulanması olduğu unutulmamalıdır. Önemli olan tespit edilen yabancı hukuk hükmünün kamu düzenine aykırı olması değil, o hükmün uyuşmazlığa tatbik edilmesinin Türk kamu düzenine açık aykırılık oluşturacak sonuçlar doğurmasıdır³⁶⁵. Kaldı ki “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.*” (MÖHUK m. 5) düzenlemesi de uyuşmazlığa öncelikle, belirlenen yabancı hukuk kuralının tatbik edilmesini, eğer sonuç Türk hukuk nizamına açıkça aykırı olursa hükmün uygulanmamasını, gerekli görülen hâllerde Türk hukukunun uygulanmasını açıkça belirtmektedir. Kavramı somutlaştıran bir tanımın yapılamamasından ötürü sınırları ve hâkimin kamu düzenine aykırılığı tespit etmekteki takdir yetkisinin geniş tutulması, kamu düzeninin hangi değerleri koruduğu üzerinde bir sınırlandırma yapılması gereğini doğurmuştur. Kamu düzeninin çerçevesini oluşturan bu değerleri Yargıtay, “*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlâk anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlâk ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık*” olarak belirlemektedir³⁶⁶.

Kamu düzeni müdahalesi sonuçları açısından değerlendirildiğinde ise iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Bunlardan olumsuz etki olarak adlandırılan ilki, belirlenen yabancı hukuk kuralının hâkimin hukukunda kamu düzenine aykırı bulunarak

³⁶³ Savigny tarafından benimsenen ve genel kabul gören bu görüş için NOMER, a.g.e., ss. 161-162; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 141-142.

³⁶⁴ RUHİ, KAPLAN, a.g.m., s. 645; NOMER, a.g.e., s. 162.

³⁶⁵ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 73.

³⁶⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu (YİBGK) 2010/1E. 2012/1K. 10.02.2012T. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 20.02.2018)

uygulanmamasıdır³⁶⁷. Bu durumda uyuşmazlığın çözümünde bir boşluk ortaya çıkmaktadır. Bu boşluğun doldurulması ise olumlu etki olarak kabul edilmektedir. Şöyle ki; belirlenen yabancı hukuk kuralının hâkimin hukukunda kamu düzeni müdahalesi sonucu uygulanmasından vazgeçildikten sonra, uyuşmazlığa hâkimin hukuku tatbik edilerek daha adil bir sonuç alınmaktadır. Örneğin Danimarka vatandaşı anne, baba ve çocuk bakımından Danimarka’da kabul edilmeyen, zaruret hâlinde olan anneye ve babaya çocuğun nafaka ödemesi düzenlemesine, yetkili olan Danimarka hukukunun değil de Türk hukukunun uygulanması gibi³⁶⁸.

Kamu düzeni müdahalesinin olumlu etkisinin, yetkili yabancı hukukta vazgeçilen hükmü telafi edebilecek hüküm var ise onun uygulanarak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını kabul eden bir görüş de vardır³⁶⁹. Bu sonuç, uygulanacak hukuktaki düzenlemenin, hâkimin hukukunda bir hukukî ilişkinin veya sözleşmenin şekli veya içerik bakımından yasaklarından olması gibi durumlardan kaynaklanabilir. Örneğin, evli olan iki erkeğin boşanması ve esasen velâyetleri altında bulunan ancak evlât edindikleri çocuk ile velâyet düzenlemesinin yapılmasına dair tenfiz yargılamasında, konu Türk kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilecek ancak; Türk maddî hukukunda aynı cinsiyetten kişilerin evlenmeleri evlenmenin yokluğu sonucunu doğuran hâller arasında kabul edildiğinden³⁷⁰ uyuşmazlığa Türk hukukunda tatbik edilebilecek bir düzenleme mevcut olmayacaktır. Buna benzer durumlarda, kamu düzeni müdahalesinden doğan boşluğun, belirlenen uygulanacak hukukun bu konuyu telafi edebilecek hükümlerinin var olup olmadığı araştırılarak, var ise o hükümlerin uygulanması ile başvuranlar adına ortadan kaldırılabileceği ifade edilmektedir.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni müdahalesine ilişkin genel açıklamalardan sonra yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında kamu düzeni müdahalesine değinmek gerekmektedir. Velâyet, Türk maddî hukukunda kamu düzenindedir. Bu özelliği nedeniyle de velâyete ilişkin düzenlemelerde hâkim re’sen araştırma yetkisine sahiptir³⁷¹. Velâyet ilişkisinin ilk kısımda detaylı olarak bahsedilen

³⁶⁷ NOMER, a.g.e., s. 167.

³⁶⁸ NOMER, a.g.e., s. 168.

³⁶⁹ DOĞAN, a.g.e., s. 219.

³⁷⁰ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., ss. 204-205.

³⁷¹ “TMK’nın 335 ila 351. maddeleri arasında düzenlenen “velâyete dair hükümler kural olarak, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle, velâyete dair davalarda re’sen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından, hâkim, tarafların istemi ile bağlı değildir.

hassas dengeleri hiç şüphesiz maddî hukukta korunduğu kadar milletlerarası özel hukukta da korunmaya çalışılmaktadır. İç hukukta çocuğun, evliliğin sona ermesinin etkilerinden en az hasar almasını amaçlayan ve çocuğun gelişiminde yaşanması olası zararlara karşı duyulan kaygı, milletlerarası özel hukuk boyutunda da önemli bir yer tutmaktadır.

Velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda, çocuğun kişi varlığına, malvarlığının idaresine, çocukla kişisel ilişki kurulmasına hatta velâyetin genel hükümlerine dair yabancı hukuk düzenlemelerinin, uygulanması hâlinde Türk hukukunda telafisi zor sonuçlar doğurması hâli kamu düzeni müdahalesini gerektirmektedir.

Bu düşünceden ve çocuğun üstün yararının korunması ilkesinden hareketle, velâyette kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabilecek başka düzenlemeler de olabilmektedir. Örneğin, çocuğun eğitimi ve bakımı hakkında anneden veya babadan yalnızca birinin yetkilendirildiği bir hukuk kuralı, AY. m. 10/2 ve TMK m. 185/2 hükümlerince kabul edilen eşler arası eşitlik ilkesi uyarınca Türk kamu düzenine aykırı kabul edilebilmektedir³⁷².

Çocuk ile velâyet hakkına sahip olmayan taraf arasında düzenlenen kişisel ilişkinin velâyet hakkına sahip olan tarafça engellenebileceği yönündeki düzenleme de ÇHS m. 9/3³⁷³ ve TMK m. 323 hükümlerine göre kamu düzeni müdahalesi ile karşı karşıya kalmaktadır³⁷⁴.

Velâyete ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinde kamu düzeni müdahalesini gerektiren bir konu da çocuğa ad verilmesi olabilmektedir. Zira eşlerin farklı milliyetten olması göz önüne alındığından çocuğa bir eşin koymak istediği isim diğer eşin maddi hukukuna göre kamu düzenine aykırı

Nitekim, Hukuk Genel Kurulunun 23.5.2001 gün ve E:2001/2-430, K:2001/432 Sayılı kararında da velâyetin düzenlenmesinin kamu düzenine dair olduğu, usûlü kazanılmış hak ilkesinin istisnasını oluşturduğu benimsenerek, aynı ilkeye vurgu yapılmıştır. YHGK 2014/2-1088E. 2016/188K. 26.02.2016T. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 20.02.2018); “*Velâyet, kamu düzenine dair olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.*” YHGK 2017/2-1887E. 2017/1196K. 14.06.2017T. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 20.02.2018). Yargıtay’ın, velâyetin kamu düzeninden olduğu ve velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda dikkat edilmesi gereken hususun çocuğun yararı olduğu yönünde yerleşmiş kararlardan bazıları da şunlardır: Y. 2. HD 2016/1902E. 2016/3287K. 24.02.2016T, Yargıtay. 2. HD 2014/17850E. 2014/18431K. 25.09.2014T, Yargıtay 2. HD 2007/2045E. 2007/2362K. 20.02.2007T.

³⁷² HUYSAL, a.g.e., s. 161.

³⁷³ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 9/3: “*Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.*”

³⁷⁴ HUYSAL, a.g.e., s. 160.

sayılabilecek nitelikte olabilir. Türk hukukunda yabancı bir ismin öz ad olarak çocuğa verilmesini engelleyen bir düzenleme yoktur. Ancak çocuğa yabancı bir isim verileceği zaman öncelikle o ismin çocuğun üstün yararını zedelemeyeceği dikkate alınmalıdır³⁷⁵. Örneğin Allah, God gibi dinî yönden ağırlığı olan; Adolf Hitler gibi siyasî yönden ağırlığı olan isimlerin çocuğa öz ad olarak konulması çocuğun üstün yararı ilkesine aykırılık oluşturacağından Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaktadır³⁷⁶. Öte yandan bazı devlet hukuklarında çocuğa ad verme hakkının ve yetkisinin yalnızca babaya tanındığı görülmektedir. Türk hukukunda da kabul edilen eşler arası eşitlik ilkesine açıkça aykırı olan bu durum da uygulanacak hukukun tespitinde kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmektedir³⁷⁷.

Ayrıca şu ayrımı doğru yapmak gerekir; yabancı unsurlu bir uyumsuzluğa uygulanacak yabancı hukuk kuralının Türk hukuk kuralından farklı olması, kamu düzeni müdahalesini harekete geçirmemektedir. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı hukuk kuralının Türk hukukunda bir veya birden çok kanun hükmüne aykırı bulunması değil, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlâk anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların benimsedikleri ahlâk ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır³⁷⁸.

Bunların dışında yabancı unsurlu velâyet uyumsuzluklarında karşılaşılmaması muhtemel konulardan biri de aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliğinde yaşanan velâyet

³⁷⁵ PÜRSELİM ARNING Hatice Selin, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad*, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 171.

³⁷⁶ İlgili yabancı mahkeme kararları için PÜRSELİM ARNING, a.g.e., s. 171. Benzer şekilde Çin Hukuku'na göre öz adlar genellikle iki veya üç harften oluşmaktadır PÜRSELİM ARNING, a.g.e., s.33. Buna göre Türk baba ve Çinli annenin, Türk vatandaşı olan çocuğa ad olarak 'T' harfini koymaları, Türk hukukuna göre de mümkündür. Ancak sıklıkla bahsedildiği üzere bu gibi durumlarda çocuğun üstün yararının korunması, dikkat edilmesi gereken en önemli konudur. Böylece her uyumsuzlukta münferiden ele alınması gereken bu ilke; çocuğun sosyal faaliyetlerini gerçekleştirdiği çevrede, aile ortamında adın bu şekilde ifade edilmesi nedeniyle zarara uğruyorsa kamu düzenine aykırılığın gerçekleştiği kabul edilmektedir. PÜRSELİM ARNING, a.g.e., ss. 183-184.

³⁷⁷ Alman Mahkemeleri önüne gelen bir uyumsuzlukta, Lübnan vatandaşı olan çocuğa; babasının ad vermesi annesi tarafından dava edilmiş ve uyumsuzluğa Alman MÖHUK m.10 uyarınca çocuğun millî hukuku uygulanarak, yalnızca babanın çocuğa ad verebildiği Lübnan Hanefî Hukuku'ndaki ilgili uygulama kamu düzenine aykırı bulunmamıştır. Ancak Alman doktrininde bu karar, kamu düzeninin açıkça ihlâl edildiğinin göz ardı edildiği gerekçeleri ile haklı olarak eleştirilmektedir. PÜRSELİM ARNING, a.g.e., ss. 182-183.

³⁷⁸ Yargıtay 3. HD 2015/9241E. 2015/18734K. 24.11.2015T. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 24.02.2018)

sorunlarıdır. Bazı hukuklara göre evlilik hükmünde bazı hukuklara göre ise evliliğe benzer “*kayıtlı hayat ortaklığı*”³⁷⁹ hükmünde kabul edilen aynı cinsiyetten birlikteliklerin hukukî nitelendirmesinin ve koşullarının her devlette farklı ele alınması; özellikle söz edilen iki düzenlemenin de yer almadığı Türk hukukunda birtakım vasıflandırma sorunlarını³⁸⁰ gündeme getirse de on dokuz devlette³⁸¹ yasal olarak kabul edilen bu birliktelik çeşidini özellikle kamu düzeni çerçevesinde ele almak önem arz etmektedir. Zira Türkiye gibi geleneksel bir devlet ve toplumsal yapının bulunduğu ülkelerde aynı cinsiyetten birlikteliklere ve özel olarak da bu konudan doğan velâyet uyumsuzluklarına uygulanan hükümlerin, Türk hukukunda kamu düzeni açısından taşıdığı değerler dengesi üzerinde durulmalıdır.

Aynı cinsiyetten birlikteliklerde kişilerin, birliktelikten sonra çocuk sahibi olabilmeleri ancak evlât edinme veya taşıyıcı annelik uygulamaları ile mümkün olmaktadır. Bazı durumlarda ise eşlerden birinin, bu birliktelikten önce sahip olduğu çocuğu bulunmakta ve diğer eşin var olan çocuğu evlât edinmesi söz konusu olmaktadır. Böylece aynı cinsiyetten birlikteliklerde velâyetin doğduğu üç durum bulunmaktadır: daha önceden çocuk sahibi olan eşin çocuğunun diğer eş tarafından birliktelik sonrasında evlât edinilmesi, eşlerin birlikte evlât edinmeleri ve taşıyıcı annelik³⁸².

Henüz aynı cinsiyetten birliktelikten doğan yabancı unsurlu bir velâyet uyumsuzluğuna Türk yargılamasında rastlanmasa da; bir Türk vatandaşının yabancı ülkede hemcinsi ile evlilik veya kayıtlı hayat ortaklığı gerçekleştirmesi ve çocuklarının olması durumunda, bu birlikteliği sonlandıran ve velâyete ilişkin hüküm de içeren ilgili yabancı mahkeme kararının, Türkiye’de tanınması veya tenfizi talep edildiğinde karşılaşılması en muhtemel sorun bu tip bir birliktelik uygulamasının Türk hukukunda

³⁷⁹ Aynı cinsiyetten birlikteliklere, farklı hukuk düzenlerinde tanınan statülere ilişkin bilgi için YASAN, a.g.e., ss. 16-57; SİRMEN Kâzım Sedat, “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi”, *AÜHFD*, C. 58, S. 4, 2009, ss. 828-836.

³⁸⁰ Aynı cinsiyetten birliktelikler, esasen velâyet uyumsuzluğunun doğrudan konusu olmamakla birlikte, bu tip birliktelikte bir çocuğun da bulunması ve birlikteliğin sonlanması durumunda yaşanan velâyet uyumsuzluğu, çalışma konumuz açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle aynı cinsiyetten birlikteliklerde yaşanan vasıflandırma sorununa çalışmamızı genişletmemek adına girmemeyi uygun buluyoruz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için YASAN, a.g.e., ss. 102-121.

³⁸¹ Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, Brezilya, Uruguay, İzlanda, Norveç, Finlandiya, Yeni Zelanda, Fransa, İsveç, Danimarka, Hollanda, Belçika, Lüksemburg, İspanya, Portekiz, İrlanda, Birleşik Krallık, Güney Afrika.

³⁸² Eşlerden birinin çocuk ile genetik bağının olması ve çocuğun evlât edinilmesi konuları burada ele alınıp, taşıyıcı annelik konusu çalışmanın Müdahaleci Normlar başlığında ele alınacaktır.

yer almaması gerekçesi ile ilgili yabancı hukuk kuralının Türk kamu düzenine aykırı olduğu ve Türk hukukunun uygulanması gerektiği düşüncesi olabilir.

Türk hukukunda evlenecek kişilerin farklı cinsiyetten olmaları, evliliğin kurucu ve esaslı unsurunu oluşturmakta³⁸³ ve bu şartın sağlanmaması da evliliğin yok hükmünde kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır³⁸⁴. Böylelikle yukarıdaki örnekten hareketle Türk vatandaşı birinin hemcinsi ile yabancı bir ülkede evlilik veya kayıtlı hayat ortaklığı gerçekleştirilmesi hâlinde Türk hukuku yönünden bu birliktelik yok hükmünde olmaktadır. Çocuğun velâyeti yönünden ise iki ihtimal karşımıza çıkmaktadır: çocuğun eşlerden biri ile genetik bağının olması ve çocuğun eşler tarafından evlât edinilmesi (çocuğun her iki eş ile de genetik bağının olmaması). İlk ihtimalde durum daha berraktır. Zira eşlerden biri çocuğun genetik annesi veya babası olduğundan, çocuğun velâyeti de o eşte devam etmelidir. Böylece genetik annenin veya babanın, çocuğun velâyetinden doğan haklarına, yükümlülüklerine ve taleplerine uygulanacak hukuk da MÖHUK m. 17 olmalıdır. Çocukla genetik bağı olmayan eşin velâyete ilişkin taleplerine ise MÖHUK m. 18'e göre evlât edinmeye ilişkin hüküm uygulanmalıdır³⁸⁵. Bu durumda yaşanan birlikteliğin hukukî durumunu irdelemek yerine, çocuğun üstün yararının korunması amacıyla velâyetine ilişkin bir sonuca varmak gerektiğinden; konu TMK m. 306/3'te düzenlenen diğer eşin çocuğunun evlât edinilmesi kapsamında ele alınarak velâyete, evlât edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuku (evlât edinenin millî hukuku) tatbik etmenin, velâyet uyuşmazlığı yönünden elverişli bir çözüm olduğunu düşünmekteyiz.

İkinci ihtimalde taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu ve eşlerin birlikte evlât edildiği düşünüldüğünde ise uyuşmazlığa her eş yönünden kendi millî hukuku uygulanmaktadır. TMK'ya göre ancak evli olanlar birlikte evlât edinebilmekte (TMK m. 306/1) ve aynı cinsiyetten kişiler evlenememektedir (TMK m. 134/1). Kayıtlı hayat ortaklığının kabul edildiği kimi devletlerde³⁸⁶ ise bu birliktelik içinde olanların birlikte evlât edinebileceği de düzenlenmiştir. Bu durumda TMK m. 306 hükümlerine uymayan bir şekilde yabancı devlet hukukuna göre evlât edinilen çocuğun; aynı cinsiyetten olan evlât edinenlerinin ayrılması sonucunda, velâyetine ilişkin uyuşmazlık çözümsüz bir

³⁸³ HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 36; AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 204.

³⁸⁴ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 204.

³⁸⁵ YASAN, a.g.e., s. 145.

³⁸⁶ Hollanda, İngiltere, İsveç, Belçika. Aynı cinsiyetten birlikteliklerde evlât edinmeye ilişkin diğer yaklaşımlar içinde YASAN, a.g.e., ss. 38-39.

şekilde bırakılmaktadır. Kanımızca bu noktada; yapıldığı hukuka göre geçerli ve tamamlanmış olan evlât edinme işlemi, Türk hukukunda da geçerli kabul edilmeli ve yalnızca çocuğun velâyeti sorunu üzerine düşünölmelidir³⁸⁷. Evlât edinen eşlerin sonradan boşanması hâlinde³⁸⁸ olduğu gibi velâyet, evlât edinmenin hükümleri kapsamında değerlendirilmeli ve aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri ile çocuğu birlikte evlât edinmeleri Türk hukukunda da geçerli kabul edilip, konuya uygulanacak hukuk, çocuk evlât edinen eşlerin boşanması hâlinde uygulandığı gibi MÖHUK m.18/3 olmalıdır.

Ç. MÜDAHALECİ NORMLAR

Milletlerarası nitelik taşıyan uyuşmazlıklara ilişkin kurallar; çoğunlukla hukukî ilişkinin tarafı olan şahısların hak ve yetkilerini, statülerini korumaya yönelik olmasına karşın kimi zaman da ilgili hukukî işlemde veya ilişkide devletlerin kamu menfaatine hareket etme ödevi nedeniyle, ülkesel çıkarlarının korunmasına öncelik vermektedir. İşte devletin güttüğü iktisadî, sosyal politikanın, tarafların menfaatinden üstün tutulduğu bu kurallar müdahaleci norm veya doğrudan uygulanan kurallar olarak tanımlanmaktadır³⁸⁹. Bir nevi, özel hukuk ilişkilerine devletin ülkesel çıkarları doğrultusunda kamu hizmeti amacı ile müdahale ettiği bu alanların nasıl belirlendiği ise ilgili düzenlemenin taraf menfaatlerine mi yoksa kamu menfaatine mi ağırlık verdiğinin tespiti ile yapılmaktadır³⁹⁰. Genellikle devletlerin ekonomik, iktisadî geleceklerini korumayı amaçlayan bu düzenlemeler karşımıza döviz ve dış ticaret hukukunu ilgilendiren kartel yasakları ve sınırlamalar şeklinde çıkmaktadır.

Dikkat edilirse burada devlet politikasının, şahıslar arası menfaatin korunduğu özel hukuk kurallarının üstünde bir mekanizma ile gözetildiği görölmektedir. Bu nedenle önemli olan taraflardan birinin yabancı olup olmaması değil; devletin, korumayı amaçladığı değer ve misyonların zarar görmesini önleyen böylece ülkesel

³⁸⁷ SİRMEN, a.g.m., ss. 871-872.

³⁸⁸ Evlât edinenler ile çocuk arasındaki velâyet ilişkisinin, anne, baba ve çocuk arasında doğumla kurulan velâyet ilişkisinden bir farkı bulunmamaktadır. Evlât edinen eşler artık çocuğun annesi ve babasıdır. Bu nedenle evlât edinenler ile çocuğun oluşturduğu ailenin hukukî olarak özel bir durum arz etmediği düşünöldüğünde evlât edinen eşlerin boşanması ve bunların içinde evlât edinilen çocuğun velâyetine ilişkin uyuşmazlıklara da TMK m. 161- m. 184 arasındaki hükümlerinin uygulanacağı göz ardı edilmemelidir.

³⁸⁹ NOMER, a.g.e., s. 185; DOĞAN, a.g.e., s. 241; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 154.

³⁹⁰ NOMER, a.g.e., s. 184; DOĞAN, a.g.e., s. 241.

çıkarları ve kamu menfaatini koruyan düzenlemelerin bu yöndeki amaçlarıdır. Buradan hareketle bir hukukî ilişki, yabancı unsur taşıyın ya da taşımasını devletin korunması amaçlanan menfaatine aykırı ise ya da sonuçları kamu menfaati ile örtüşmüyorsa bu ilişkiye müdahaleci normlar, kanunlar ihtilâfî kurallarından bağımsız olarak doğrudan uygulanmaktadır³⁹¹. Müdahaleci norm, MÖHUK m. 6'da şöyle düzenlenmektedir: “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.”

Müdahaleci normların bu korumacı ve etkin gücünün yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında karşımıza nasıl çıkacağı konusu üzerinde ise pek durulmamış ve içtihadî bir yaklaşıma da ulaşılammıştır. Ancak doktrinde bir görüşün savunduğu üzere aile içinde şiddet gören ve vakit kaybetmeden bu baskıcı ve çocuğu psikolojik yönden telafisi zor zararlara sürükleyen ortamdan kurtarılması gereken çocukların, korunmasına ilişkin düzenlemelerin bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmektedir³⁹².

Bu yönde 6284 S. Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun³⁹³ (AKDK), ‘Şiddet mağdurlarına verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında temel insan haklarına dayalı, kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli bir usûl izlenir.’ (AKDK m. 2/b) demek suretiyle yol gösterici olan ilkeler amacıyla şiddete maruz kalan kişiler üzerinden toplumsal eşitlik ve yaşam hakkının korunduğu görülmektedir. Böylelikle hükmün, kişilerin menfaatinin kamu düzeni müdahalesinin de üstünde bir etki ile koruma altına alındığı ve bu düzenlemelerin müdahaleci norm olarak kabul edilebileceği düşüncesi üzerinde durulabilir.

AKDK, temel amaç olarak şiddet gören kadın ve çocukların korunması ve vakit kaybetmeden alınması gereken önlemleri ile korumaları içermektedir. Bu durum ise milletlerarası özel hukuk boyutunda geçici koruma tedbirlerinin, usûl hukukuna mı yoksa maddî hukuka mı dahil olduğu konusunda tartışma yaratmaktadır. Zira geçici koruma tedbirleri usûl hukukundan kabul edilirse *lex fori*’ye, maddî hukuktan kabul

³⁹¹ NOMER, a.g.e., s. 184.

³⁹² HUYSAL, a.g.e., ss. 161-162.

³⁹³ RG. 20.03.2012T.- 28239

edilirse *lex causae*'ya tabi olmaktadır³⁹⁴. Ancak bu tartışmalara konu olan hukukî koruma tedbirleri ile velâyete ilişkin AKDK kapsamında değerlendirilecek olan geçici koruma tedbirleri korudukları değerler dikkate alındığında birbirinden çok farklıdır. Zira, hâkimin tayin ettiği süre ile sınırlı olan, temyizi kâbil olmayan AKDK kapsamındaki koruma tedbirleri, yalnızca şiddet gören eşe ve çocuğa yönelik acil olarak koruma sağlayan kendine özgü tedbirler olarak kabul edilmektedir³⁹⁵. Bu nedenle çocuğun velâyet hakkından kaynaklanan, çocuk üzerinde telafisi imkânsız zararlar doğurması muhtemel tutum ve hareketlerden çocuğu korumak adına alınan geçici koruma tedbirlerinin *lex fori*'ye göre belirlenmesinin, çocuğun üstün yararının korunması ilkesi ve AKDK'nin aslî amacına daha uygun olduğu görüşündeyiz.

Son yıllarda tıp biliminde ve teknolojide yaşanan gelişmeler ile milletlerarası velâyet uyuşmazlıklarına konu olabilecek bir diğer konu ise uluslararası taşıyıcı anneliktir³⁹⁶. Öyle ki bazı devletler taşıyıcı annelik konusuna yasalarında yer vererek taşıyıcı annelik ilişkisinin şekil ve unsurlarını belirlemiş ve kimileri bunu adeta bir ticarî ilişki düzeyine indirgemıştır³⁹⁷. Hâl böyle olunca çocuğun vatandaşlığının belirlenmesi, velâyet ve kişisel ilişki tesisi bakımından çocuğun genetik annesinin, biyolojik annesinin hatta yumurtanın da başka bir kadından alınıp taşıyıcı anneye nakledilmesi durumunda üçüncü bir annenin devreye girmesi ile anne ve çocuk arasındaki soybağının tespit edilmesi gibi önemli sorunlar gün yüzüne çıkmaktadır³⁹⁸. Özellikle taşıyıcı anneliği kabul etmeyen devletin vatandaşı olan annenin ve babanın, taşıyıcı anneliğin yasal olduğu bir devlette sözleşme ilişkisi³⁹⁹ ile taşıyıcı anneden çocuk sahibi olmaları

³⁹⁴ HUYSAL, a.g.e., s. 167.

³⁹⁵ YAĞCIOĞLU Ali Haydar, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s. 930; TIĞLI Hüseyin, “Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması”, *TAAD*, C.1, Y.2, S.5, Nisan 2011, s. 506.

Doktrinde ise mevzuatta bir düzenleme bulunmayan taşıyıcı anneliği yasaklayan düzenlemelerin yapılması gerektiğini; ancak Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenen çocuğun soybağını değiştirme suçunun (TCK m. 231) burada uygulanarak taşıyıcı anneliğin değerlendirilmesi gerektiğini belirten görüşe göre; her iki annenin de (genetik anne ve biyolojik anne) hukuken anne olduğunu kabul edip çocuğun üstün yararı doğrultusunda velâyet ilişkisi bakımından taşıyıcı (biyolojik) anneye öncelik verilmelidir. Zira çocuğu doğuran kadın, anadır. HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 142.

³⁹⁷ EKŞİ Nuray, “Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar” (Taşyıcı Annelik), *MHB*, Yıl 36, S.2, 2016, s.7; Taşyıcı anneliğe yasalarında yer veren ve taşıyıcı anneliği yasaklayan devletlerin uygulamaları için KİBAR DARDAGAN, a.g.m., ss. 550-552.

³⁹⁸ EKŞİ, (Taşyıcı Annelik), a.g.m., ss. 13-14.

³⁹⁹ Taşyıcı annelik uygulamasının sözleşme ilişki kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için MALKOÇ ŞENSÖZ Ebru, “Uluslararası Taşyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, *MHB*, C. 35, S. 2, Yıl 2015, ss. 21-25. Yazara göre taşıyıcı annelik sözleşmesi; sonuçları aile hukukunda doğan, iki tarafa borç yükleyen *sui generis* bir borçlar hukuku sözleşmesidir.

hâlinde, çocuğu kendi ülkelerinde nüfuslarına kaydetirme konusunda, yapılan taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmenin yapıldığı devletten alınan doğum belgesinin tanınıp tanınmayacağı ve dolayısı ile çocuk ile genetik annesi ve babası arasında soybağının resmî olarak belirlenebilmesi AİHM'de taşıyıcı anneliğe ilişkin en sık karşılaşılan ve tartışılan konuların başında yer almaktadır⁴⁰⁰.

Taşıyıcı anneliğin kabul edilmediği devletler, taşıyıcı annelik yöntemi ile sahip olunan çocuğun, genetik babasının, çocuğa bakacak olan kişi olduğuna dair yabancı mahkeme kararını veya doğum belgesini, genel olarak kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile tanımamaktadır⁴⁰¹. Ancak AİHM, 2014 yılında aynı konuya ilişkin verdiği bir kararında⁴⁰² çocuğun, genetik annesinin ve babasının nüfusuna kaydının tescil edilmemesini, çocuğun özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak kabul ederek (AİHS) m. 8 uyarınca bu ihlalin çocuk yönünden olduğunun altını çizmiştir⁴⁰³. Bu karar sonrası mevzuatlarında taşıyıcı anneliğin yasal düzenlemesi bulunmayan ülkeler, çocuğun nüfusa tescili ve tanıma davalarında, çocuğun üstün yararı ilkesinden hareket ederek kamu düzeni müdahalesini daha sınırlı kullanmaya çalışmaktadırlar⁴⁰⁴.

Türk hukukunda ise babanın spermi ile annenin veya bazı durumlarda başka bir kadının yumurtasının; üçüncü bir kadında döllendirilmesi sonucu gerçekleşen yapay döllenmenin bir çeşidi olan taşıyıcı annelik uygulaması kabul edilmemiştir. Türk hukukunda uygulanan yapay döllenme metodu, çocuk sahibi olamayan evli eşlerin, yumurta ve sperminin tıbbî yöntemler ile döllenmesinin, gerekirse vücut dışında sağlanması ve akabinde gamet veya embriyonun anne adayının rahmine yerleştirilmesi şeklinde düzenlenmektedir. (Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁴⁰⁵ (ÜYTE) m. 1, m. 4/ğ). Esasında çocuğun soybağının kurulmasına ilişkin ciddi sorunlar barındıran taşıyıcı annelik uygulamalarının, çocuğun soyunu bilme hakkı (ÇHS m. 7) ve üstün yararı ilkeleri doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Örneğin yumurtanın da

⁴⁰⁰ EKŞİ, (Taşıyıcı Annelik), a.g.m., s. 33-39.

⁴⁰¹ EKŞİ, (Taşıyıcı Annelik), a.g.m., ss. 29-32.

⁴⁰² <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi 31.03.2018)

⁴⁰³ EKŞİ, (Taşıyıcı Annelik), a.g.m., s. 36.

⁴⁰⁴ Yabancı unsur barındıran taşıyıcı annelik uyumsuzluklarında özellikle doğum belgesi ile çocuğun genetik babasının nüfusuna tescil edilmediği hem taşıyıcı annenin hem genetik annenin çocuğun doğal annesi olduğu ve her ikisinin de çocuk üzerinde ebeveynlik hakları olduğu ve başka yönlerden taşıyıcı anneliği irdeleyen yabancı mahkeme ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları için EKŞİ, (Taşıyıcı Annelik), a.g.m., ss. 14-32.

⁴⁰⁵ RG. 30.09.2014T. – 29135

başka bir kadından alındığı taşıyıcı annelik durumlarında çocuk ile onu büyütecek annesi ve babası arasında bariz fiziksel farklılıklar meydana gelebilir. Hal böyle olunca çocuğun sosyal çevresinde birtakım sorunlara ve travmatik sonuçlara yol açabilen bu durumda anne ile babanın çocuk sahibi olma arzusundan ziyade dünyaya gelecek çocuğun, doğumunun bu şekilde gerçekleşmesinin meydana getirdiği manevi hasarlar dikkate alınmalıdır. Taşıyıcı anneliğin sözleşme statüsünde kabul edildiği ülkelerde, sözleşme yapıldıktan sonra taşıyıcı annenin edimi yerine getirmekten vazgeçmesi hâlinde, bir cayma parası düzenlenerek veya başka yollarla onun taşıyıcı anneliği kabul etmeye zorlanması da AİHS m. 8 ile korunan kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlâl edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Özellikle çocuğun hem genetik hem de biyolojik annesi ve babası tarafından kabul edilmediği veya tam aksine taşıyıcı annenin çocuğu, biyolojik annesine ve babasına teslim etmekten kaçındığı⁴⁰⁶ ya da taşıyıcı annenin bu süreçte sonradan fark edilen şekilde kendi çocuğuna da hamile kaldığı ve taşıyıcı annelik sözleşmesinin ikiz bebek üzerinden yapıldığı⁴⁰⁷ fakat sonrasında bebeklerden birinin taşıyıcı anneye ait olduğu anlaşıldığında ortaya çıkan tazminat ve velâyet davaları gibi gün yüzüne çıkabilecek çeşitli sorunları beraberinde getiren taşıyıcı anneliğin, olabildiğince sınırlı uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira taşıyıcı annelik uygulaması toplumda, evlenmeden çocuk sahibi olmak isteyen birçok kadına ve erkeğe bu emellerine ulaşmada yasal dayanak oluşturacaktır. Böylece toplumsal aile yapısında uzun vadede yozlaşmaların yaşanacağı, annesi veya babasının teknik olarak kim olduğu bilinen ama çocuğun hayatında anne veya baba figürü olarak var olmayan iki kişilik yeni bir aile türünün meydana geleceği öngörülebilir. Bu değişim, her ne kadar uzun bir sürecin sonunda toplumda tartışılmaya başlanacak olsa da kamu düzeni engelini taşıyıcı annelik uygulamasında devreye sokmak kanımızca yeterli olmamaktadır. Önemli olan toplumsal yapının, devletin en küçük hukukî ve sosyal birimi olan ailenin korunmasıdır. Hâl böyle olunca ÜYTE hükümlerinin, taşıyıcı annelik uygulamalarında müdahaleci norm olarak kabul edilmesi ve taşıyıcı anneliğin hüküm, sonuç ve etkilerine yönelik

⁴⁰⁶ ‘Taşıyıcı Anne Bebek Benim Dedi’, www.ensonhaber.com, 24.01.2011 tarihli haber. (Erişim Tarihi 25.07.2018)

⁴⁰⁷ ‘İkizlerden Biri Taşıyıcı Annenin Çıktı’, www.gazeteduvar.com, 28.10.2017 tarihli haber. (Erişim Tarihi 25.07.2018).

yabancı hukuk kurallarına uygulanacak hukukun tespitinde, doğrudan ÜYTE hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU VELÂYET UYUŞMAZLIKLARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

I. GENEL OLARAK

Milletlerarası yetki, bir devletin mahkemelerinin veya idarî makamlarının, birden fazla devlet hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığa bakmasını sağlayan kurallardır. Bu kuralları, her devlet, kendi hukuk sistemi içerisinde düzenlemekte serbesttir ve her devletin idarî veya adlî makamlarına milletlerarası yetki tanıyan kuralları bulunmaktadır. Ancak belli konulara ilişkin akdedilen uluslararası sözleşmeler, muhtevasında o konulara ilişkin uyuşmazlıklarda hangi devletin mahkemelerinin yetkili olacağını da çoğunlukla düzenlemektedir. Bu durumda o sözleşmenin tarafı olan devletler açısından, yetkili makamın tespiti sözleşmenin ilgili hükümlerine göre yapılmalıdır.

Velâyete ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi ile 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi, çalışma konusu açısından Türk mahkemelerinin velâyete ilişkin milletlerarası yetkisini belirleme açısından öncelikli kaynak olduğundan bu konu, MÖHUK ve ilgili Sözleşmeler açısından ayrı ayrı ele alınacaktır.

II. MÖHUK'A GÖRE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

Yetki, usûl hukukuna ilişkin bir konudur ve ilgili uyuşmazlığın hangi yer mahkemelerinde görülmesi gerektiğini düzenler. Ülke içi yetki, yabancı unsurlu olsun veya olmasın bir uyuşmazlığın, belli bir ülke içerisinde hangi yer mahkemelerinde görülmesi gerektiğini düzenlerken⁴⁰⁸; milletlerarası yetki ise yabancı unsurlu bir

⁴⁰⁸ KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, *Medenî Usûl Hukuku*, 23.b., Yetkin Yayınları: Ankara, 2012, s. 131.

uyuşmazlığın hangi devletin mahkemelerinde görülmesi gerektiğini düzenler⁴⁰⁹. Böylece milletlerarası yetki, bir devletin, birden fazla devlet makamının yetkili olabileceği yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında kendi idarî veya adlî makamlarına üstünlük tanınmasıdır⁴¹⁰. Milletlerarası yetkinin ikinci anlamının da yabancı bir devlet mahkemesinden verilmiş kararın, başka bir devlette gösterdiği etki olduğu ifade edilmektedir⁴¹¹. Ancak bunun, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını ve tenfizini ilgilendiren bir konu olduğu bu nedenle milletlerarası yetki kavramından, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda hangi devletin makamlarının yetkili olduğunu düzenleyen kuralların anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁴¹².

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, bir devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisinin varlığından söz edebilmek için ise o yer mahkemesinin hem ülke içi yetki kuralları hem de milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olması gerekmektedir. Bu iki aşamalı bir yetki belirlemesidir. Öncelikle milletlerarası yetki kurallarına göre hangi devlet mahkemelerinin yetkili olduğu tespit edilip daha sonra o devletin yetki kurallarına göre ülke içerisinde hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu tespit edilmelidir⁴¹³.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da ise bu yöntem m.40'da açıkça belirtildiği üzere, iç hukukun yetki kurallarına bırakılmıştır. Diğer bir anlatımla ülke içi yetki kurallarına göre yetkili olan Türk mahkemesinin, milletlerarası yetkisi de var kabul edilmektedir⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ NOMER, a.g.e., s. 423; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 543; ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 365; DOĞAN, a.g.e., s. 38.

⁴¹⁰ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 544.

⁴¹¹ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 365; DOĞAN, a.g.e., s. 40; Yargıtay 21.HD 2016/17700E. 2016/14575K. 24.11.2016T.: "Milletlerarası yetki kavramının iki cephesi vardır. Bu kavram bir tarafta yabancı unsurlu olaylarda devletin kendi mahkemelerinin faaliyette bulunabilme yetkisine sahip olup olmadıkları veya hangi şartlar altında bu yetkiye sahip olduklarını belirtir. Diğer taraftan aynı kavram yabancı bir Devlete ait makamların yabancı unsurlu bir olayda gösterdikleri yargı faaliyetinin tamamen iç hukuk açısından ülke içerisinde belirli tesirlere sahip olup olamayacağı veya hangi şartlarla böyle bir tesire sahip olabileceğini tayin eder.", www.kazanci.com (Erişim Tarihi 10.06.2018)

⁴¹² ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 365.

⁴¹³ DOĞAN, a.g.e., s. 48; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 543.

⁴¹⁴ Yargıtay 2. HD 1991/603E. 1991/3657K. 28.02.1991T.: "Anılan Kanunun 27. maddesine göre, Türk hukukunda ülke içi yer itibariyle yetki (selahiyet) kaideleri aynı zamanda milletlerarası yetki kuralları olarak da hüküm ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, Türk hukukunda milletlerarası yetkiye ait özel kurallar konulması yerine, iç hukukun yer itibariyle yetki kaidelerinin devletlerarası yetkiye de esas alınması öngörülmüştür. Durumu özetlersek, yer itibariyle yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması, milletlerarası yetkinin de varlığı için gerekli ve yeterlidir.", www.kazanci.com (Erişim Tarihi 10.06.2018)

Yabancı unsurlu herhangi bir uyuşmazlıkta yetkili mahkemenin belirlenmesinde kullanılan yöntem, velâyete ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda da hiç kuşkusuz aynı şekilde uygulanmaktadır. Zira MÖHUK'ta yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında yetkili mahkemeyi düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen MÖHUK m. 40'tan hareket edilmelidir. Bu nedenle öncelikle iç hukukta velâyete ilişkin yetki kuralları tespit edilip incelenmelidir.

Velâyete ilişkin kararlar boşanma davası ile verilebildiği gibi müstakil olarak da velâyete ilişkin hususlar dava konusu olabilir. Örneğin, velâyetin kaldırılması, velâyetin değiştirilmesi, çocuk mallarının korunması veya çocukla kişisel ilişkisinin yeniden düzenlenmesi gibi boşanma davasından sonra cereyan eden vakıalar sonucu bu konular, ayrı bir dava konusu olabilir. Bu nedenle konuyu boşanma davasında yetkili mahkeme ve müstakil velâyet davasında yetkili mahkeme şeklinde ikili olarak ele almak faydalı olur.

İlk olarak müstakil velâyet davalarında yetkili mahkeme incelenecek olursa yukarıdaki açıklamalar ışığında öncelikle HMK'ye bakılmalıdır. HMK'de velâyet uyuşmazlıklarına ilişkin özel veya kesin yetki kuralının yer olmadığı görülmektedir. O hâlde HMK m. 6'da⁴¹⁵ düzenlenen, davalının TMK m. 19 ve m.20'ye⁴¹⁶ göre belirlenen yerleşim yeri mahkemesinin, yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıkları bakımından da genel yetki kuralı uyarınca yetkili mahkeme olduğu tespit edilmektedir. Davalının Türkiye'de yerleşim yeri bulunmuyor ise davalının Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesi yetkili mahkeme olmaktadır (HMK m. 9⁴¹⁷).

Eğer uyuşmazlık çocukla kişisel ilişki tesis edilmesi veya var olan kişisel ilişkisinin düzenlenmesine ilişkin ise TMK m. 326/1'de bu durum için düzenlenen özel yetki kuralı uygulanmalıdır. Buna göre çocuğun oturduğu yer yani yerleşim yeri

⁴¹⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6: “Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Yerleşim yeri, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir.”

⁴¹⁶ Türk Medeni Kanunu m. 19: “Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz.”

Türk Medeni Kanunu m. 20: “Bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır. Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır.”

⁴¹⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 9: “Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.”

mahkemesi de yetkili kılınmaktadır. Çocuğun yerleşim yeri ise annesinin ve babasının, çocuk annesi veya babası ile kalıyor ise birlikte kaldığı ebeveyninin, diğer hâllerde ise çocuğun oturduğu yer olarak düzenlendiğinden (TMK m. 21), davalının yerleşim yeri yanında bu yer mahkemelerinin de yetkili olduğu unutulmamalıdır. Bu yetki kuralı, genel yetki kuralına ek ve alternatif olarak getirilmiştir. Böylece çocukla kişisel ilişki tesisine ilişkin uyuşmazlıklarda davalının yerleşim yeri (HMK m. 6) veya çocuğun oturduğu yer (TMK m. 21) mahkemelerinden birinde dava açılabilir.

Görüldüğü üzere milletlerarası bir velâyet uyuşmazlığında bizi yetkili mahkemeye götürecek olan kavramın, MÖHUK kapsamında yerleşim yeri⁴¹⁸ kavramı olduğu tespit edilmektedir. Usûl hukuku içerisinde yer alan yetki konusu, milletlerarası özel hukuk uygulamasında kabul edilen *usûl hukukuna lex fori uygulanır*⁴¹⁹ kuralı gereği hâkiminin hukukuna göre belirlenmektedir. Yerleşim yeri kavramı da bu aşamada usûl hukuku içerisinde bir bağlama noktası olduğundan vasıflandırması *lex fori*'ye göre yani Türk hukuku'na göre yapılmalıdır⁴²⁰.

Ülkesinde yaşayan bir kişinin yerleşim yeri edinmesinin ne tür şartlara ve usûllere tabi tutulacağını ve yerleşim yeri tabirinden ne anlaşılması gerektiğini belirlemekte her devlet serbesttir. Bu nedenle hukukî bir terim olan yerleşim yeri kavramını tek bir kalıba sokmak mümkün olmamakta ve bu da milletlerarası özel hukuk boyutunda özellikle uygulanacak hukuku ve yetkili mahkemeyi tayin ederken birtakım zorluklar doğurmaktadır. Bu nedenle MÖHUK'un aksine milletlerarası andlaşmalarda yerleşim yeri kavramından ziyade mutad mesken kavramı daha sık kullanılmaktadır⁴²¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 9 ile Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında yetkili mahkemenin mutad mesken mahkemeleri olduğu düzenlenmiş; fakat kanunda mutad mesken kavramı tanımlanmamıştır. Kanundaki bu eksikliği doktrindeki açıklamalar doldurmaktadır. Buna göre mutad mesken kavramı, kişinin aile, dost çevresi ve mesleki birlikteliklerini kapsayan bir sosyal çevre ile bütünleşmesini sağlayacak kadar devam eden bir zaman aralığında, yaşadığı yer olarak tanımlanabilir.

⁴¹⁸ Medeni hukuk açısından yerleşim yeri kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. ss. 25-28.

⁴¹⁹ EKŞİ Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Milletlerarası Yetki), 2.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000, ss. 34-35.

⁴²⁰ NÖMER, a.g.e., ss. 118-120; ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 376.

⁴²¹ DOĞAN, a.g.e., ss. 176-177.

Burada önemli olan süresiz bir yerleşme niyetinin aranmadığı, sadece yaşanan yer ile kişi arasında fiilî bir bağlantının bulunmasıdır⁴²².

Milletlerarası özel hukukta bağlama noktası olan mutad mesken kavramının vasıflandırmasının hangi hukuka göre yapılacağı ise doktrinde tartışmalıdır⁴²³. Bizim de katıldığımız görüşe göre: hukukî bir kavram olmayan mutad meskenin vasıflandırmasının, *lex fori*'ye ya da *lex causae*'ya (kişinin mutad meskeni devleti) göre yapılması kavramın, ikametgâh teriminin yarattığı vasıflandırma sorunlarını gidermek amacı ile çelişmektedir⁴²⁴. Bu nedenle milletlerarası özel hukukta ikametgâhın yetersiz kalmasından ve vasıflandırma sorunlarını da beraberinde getirmesinden dolayı daha çözüm odaklı bir kavrama duyulan ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkan mutad mesken kavramının, milletlerarası özel hukuka özgü bir kavram olduğu kabul edilerek vasıflandırmasının bağımsızlık teorisine⁴²⁵ göre yapılması gerekmektedir⁴²⁶.

Boşanma davalarında yetkili mahkeme ile ilgili açıklamalara geçmeden önce son olarak belirtilmesi gereken konu ise çocuğun taşınmazına ilişkin uyuşmazlıklar olmaktadır. Bu durum HMK m. 12'de açıkça düzenlendiği üzere kanunda sayılan kesin yetki⁴²⁷ hâllerinden biridir. Buna göre taşınmazın aynında ve aynına ilişkin hak sahipliğinde değişikliğe sebep olan davalar, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde

⁴²² DOĞAN, a.g.e., s.176; NOMER, a.g.e., ss.121-123; ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., ss. 38-39; ÖZTEKİN GELGEL Günseli, "Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırmaları, Evlât Edinmeye İlişkin Problemler", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y.4, S.8, Güz 2005/2, s. 132.

⁴²³ Yaşam Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme'de (RG. 16.03.2004T.-25404); kişinin ikâmet ettiği ülkede kendisine verilen yaşam belgesinin (aksi sabit olana dek), diğer âkit devletlerce tanınacağı düzenlenmiştir (m.1). Doktrindeki bir görüşe göre mutad mesken kavramı, kişinin yaşam belgesini aldığı devlet hukukuna göre yapılmalıdır. NOMER, a.g.e., s. 123, dn. 56. Ancak kişinin yaşam belgesi alması, fiilî olarak orada yaşadığını göstermediğinden, mutad meskeninin yaşam belgesini aldığı yer olarak belirlenmesi ancak karine niteliğindedir. GİRAY, a.g.e., s. 88.

⁴²⁴ GİRAY, a.g.e., ss. 87-88.

⁴²⁵ Burada milletlerarası özel hukuka özgü olan kavramların, bu kavramlara özgü belirlenmiş kurallara göre vasıflandırılması yapılmalıdır. NOMER, a.g.e., s. 103.

⁴²⁶ ARSLAN İlyas, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, 1.b.: İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 101.

⁴²⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hangi hâllerde kesin yetkinin düzenlenmesi gerektiği belirtilmemiştir. Ancak kesin yetki kuralının, tarafların üzerinde tasarrufta bulunamayacakları konularda uygulanacağı HMK m.18'de düzenlenmiştir. Kesin yetki kuralı, bir davanın o yer mahkemelerinden başka bir yerde açılmasını engelleyen yetki kurallarıdır. Kamu düzenine ilişkin olan kesin yetki kuralları, davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi hâkimin de re'sen gözetmesi gereken bir durumdur. Kaldı ki HMK m.114/1-ç hükmüne göre davanın kesin yetkili mahkemede açılması bir dava şartıdır. KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., s. 153.

açılmaktadır⁴²⁸. Örneğin çocuğa amcasının yaptığı taşınmaz bağıışı sonrası, evin yolsuz tescil ile babanın üzerine geçirilmesi hâlinde açılacak tapu iptal ve tescil davası ya da babasından miras kalan taşınmaza ilişkin açılan izale-i şüyu davası gibi⁴²⁹. Bu nedenle her ne kadar çocuğun velâyetinden doğan ve çocuğun menfaatini etkileyen bir dava olsa da çocuğa ait taşınmazlardaki aynî haklara ve sahipliğe ilişkin davaların, velâyete ilişkin davalar için sayılan genel yetki kurallarına göre değil, HMK m. 12 kesin yetki kuralına göre belirlenen yetkili mahkemede açılması gerekmektedir⁴³⁰. Diğer yandan HMK m. 9'da düzenlenen “*Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.*” ifadesi de düşüncemizi desteklemektedir. Bu hükümde taşınır ve taşınmaz ayrımı yapılmamış, konu her uyuşmazlığın içeriğine bırakılmıştır. Bu durumda da Türkiye’de yerleşim yeri ve mutad meskeni bulunmayan çocuğun, malvarlığına dâhil olan taşınmazın aynına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinin yetkili olduğunun altını çizmek gerekir⁴³¹.

Velâyete ilişkin uyuşmazlıkların karara bağlandığı ikinci durum ise boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali gibi evliliği sona erdiren davalardır⁴³². Bu davalara bakmakla yetkili olan mahkeme aynı zamanda çocuğun velâyetinin kime verileceği, velâyetin verilmediği taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkinin nasıl kurulacağı (TMK m. 182/2⁴³³)

⁴²⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 12: “*Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.*”

İrtifak haklarına ilişkin davalar, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılır.

Bu davalar, birden fazla taşınmaza ilişkinse, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da açılabilir.”

⁴²⁹ KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., s. 147.

⁴³⁰ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 583. MÖHUK ve HMK yönünden kesin yetki kavramı birbirinin tamamen aynısı değildir. MÖHUK’a göre bir mahkemenin kesin yetkili olması (münhasır yetki), yabancı unsurlu uyuşmazlığın muhakkak Türkiye’de görülmesi sonucunu doğurur ve bu konuda yetki sözleşmesi yapılamaz. Bu nedenle iç hukuk kurallarına göre kesin yetki belirlenirken hükmün konuluş amacı ve işlevi dikkate alınmalıdır. ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., ss. 583-584.

⁴³¹ KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., s. 135.

⁴³² Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin ilgili kararları; ‘*Boşanmaya karar verildiği halde 14.04.1999 doğumlu müşterek çocuk Görkem’in velayetinin düzenlenmemesi usûl ve yasaya aykırıdır.*’ (2004/12925E. 2004/14330K. 05.05.2004T.); ‘*Boşanma ve ayrılığa karar verilirken ana ve babanın hakları ve çocuk ile olan kişisel ilişkileri düzenlenmek zorundadır..... Mahkeme kararında ortak çocukların velayetleri davalı babaya verildiği halde, velayet kendisine verilmeyen davacı annenin çocuklarla kişisel ilişkisinin düzenlenmemesi usûl ve yasaya aykırıdır.*’ (2004/7936E. 2004/10798K. 28.09.2004T.), www.kazanci.com (Kararlara erişim tarihi 20.05.2018)

⁴³³ Türk Medeni Kanunu m. 182: “*Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasiinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.*”

ve davada doğan velâyete ilişkin tüm konularda da⁴³⁴ yetkili olmaktadır. Bu nedenle boşanma davalarına ilişkin yetki kurallarını da incelemekte fayda vardır.

Boşanma davasında yetkili mahkemeye ilişkin maddî hukuk hükümlerini incelemeden önce MÖHUK m. 41 üzerinde durmak gerekmektedir. Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar başlığını taşıyan bu hükme göre⁴³⁵ Türk vatandaşı olan çocuğun velâyetini de içeren yabancı unsurlu bir boşanma davasında yetkili mahkeme, öncelikle yer itibari ile yetki kurallarına göre belirlenmektedir. HMK'ye bakıldığında ise genel yetki kuralı (HMK m. 6) burada da geçerli olmaktadır. Ancak boşanmada yetkili mahkemeye ilişkin TMK m. 168'de bir özel yetki düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri oturdukları yer mahkemeleri boşanma davasında yetkili mahkemelerdir. Böylelikle davadan önce son altı aydır yabancı ülkede yaşayan eşlerin birlikte yaşama ara vermelerinden sonra Türk vatandaşı olan eşin, Türkiye'ye yerleşmesi ile o yer aile mahkemelerinin yabancı unsurlu boşanma ve velâyet davasında milletlerarası yetkisi doğmaktadır.

Velâyetin de MÖHUK m. 41'de düzenlenen kişi hâllerinden olduğu kabul edildiğinden⁴³⁶ genel yetki kurallarına göre taraflarının Türkiye'de yerleşim yeri ve mutad meskeni bulunmadığı davalarda, bu madde üzerinden yetkili mahkemenin kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri tespit edilmeli o da bulunamaz ise İstanbul, Ankara, İzmir mahkemelerinden biri yetkili mahkeme olarak belirlenmelidir⁴³⁷.

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

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

⁴³⁴ Türk Medeni Kanunu m. 169' a göre boşanma davasına bakan hâkim, "... çocuğun bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır."

⁴³⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun m. 41: "Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye'de sâkin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür."

⁴³⁶ HUYSAL, a.g.e., s. 94; NOMER, a.g.e., s. 472. Kişi hâlleri teriminden ne anlaşılması gerektiğinden kısaca bahsedilmelidir. Kişinin şahsî statüsünde hâl ve ehliyet bakımından değişiklik yaratan durumlardır. Genellikle aile hukuku ve kişiler hukukundan kaynaklanan ihtilâflar buna örnek gösterilebilir. Evlenme, soybağının reddi, adın değiştirilmesi gibi. Ama her aile ve kişiler hukuku uyumsuzluğu MÖHUK m. 41 kapsamında değerlendirilmez. Burada ayırıcı kriter, kişinin şahsî hâl ve ehliyetinde değişiklik yaratmaktır. NOMER, a.g.e., s. 472.

⁴³⁷ Yargıtay, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan ve Türkiye'deki son yerleşim yeri Avcılar olan annenin çocuğunun mallarının korunması ile ilgili açtığı davada yetkili mahkemenin Küçükçekmece Aile Mahkemesi olması gerektiği yönündeki karar bu açıklamalar ile örtüşmektedir: "Dava, anne babanın

Genel olarak MÖHUK m. 41’de Türk vatandaşı olma şartının, taraflardan birinin Türk vatandaşı⁴³⁸ olması durumunda gerçekleştiği kabul edilse de⁴³⁹ maddenin amacına uygun olarak, şahsî statüsünde değişiklik olacak tarafın Türk vatandaşı olması gerektiği düşüncesi daha makuldür⁴⁴⁰. Velâyet uyuşmazlıklarına ilişkin kararın, çocuğun ehliyetine dair hak ve sorumluluklarda değişiklik yaratacağı düşünülürken, velâyete ilişkin davalara MÖHUK m. 41’in uygulanabilmesi için çocuğun Türk vatandaşı olması yeterli olmaktadır. Anne veya babadan birinin de Türk vatandaşı olması gerekmemektedir⁴⁴¹.

Maddede aranan bir diğer şart ise davanın yabancı devlet mahkemelerinde açılmamış veya açılmamış olmasıdır. Davacı, yabancı mahkemede dava ikame etmek istememiş olabilir veya hukukî şartlar ya da başka sebeplerle edememiş de olabilir, ancak önemli olan davanın açılmamış olmasıdır. Bu şartların sağlanması ile m. 41’de aşamalı olarak belirlenen yetkili mahkemelerden birinde dava açılacaktır. Bunlar sırası ile Türkiye’de yer itibari ile yetkili mahkeme⁴⁴², ilgilinin sâkin olduğu yer⁴⁴³, son

boşanması sonucu velayeti annede bırakılan küçüğün mallarının korunmasına ilişkindir. velinin ikametgah adresinin “T.. Mah. F.. N.. Ç.. Cad. No:... İçkapı No:.. Avcılar/İSTANBUL” olduğundan bahisle İstanbul 12. Aile Mahkemesince, “Avcılar/İSTANBUL” adresinin Küçükçekmece adli yargı çevresi içerisinde kaldığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir. Türk Medenî Kanununun 21. maddesinde “Velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır.” hükmüne yer verilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK m. 41 uyarınca Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye’de sâkin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür. Başakşehir İlçe Emniyet Müdürlüğü’nün yazısı ekinde yer alan 10.08.2015 tarihli tutanaktan velinin halen Bosna Hersek ülkesinde ikamet ettiği, Türkiye’deki son ikamet adresinin MERNİS adresi olan “T.. Mah. F.. N.. Ç.. Cad. No:.. İçkapı No:.. Avcılar/İSTANBUL” olduğu anlaşıldığından uyuşmazlığın Küçükçekmece 1. Aile Mahkemesinde çözülmesi gerekmektedir.”, www.kazanci.com (Erişim Tarihi 12.05.2018)

⁴³⁸ Türk vatandaşlığı koşulu, Türk hukukuna göre belirlenen bir konudur ve önemli olan davanın açıldığı tarihte taraflardan birinin Türk vatandaşı olmasıdır. Dava açıldıktan sonra ilgili ister Türk vatandaşlığından çıksın ister çıkarılsın bu durum, mahkemenin milletlerarası yetkisini sonlandırmamaktadır. NOMER, a.g.e., s. 472. Tabi bu durumun dürüstlük kuralına aykırı cereyan etmemesi de gerekmektedir.

⁴³⁹ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 395; Yargıtay konumuza uygun bir kararında, anne ve babanın Türk vatandaşı, çocuğun ise yabancı uyruklu olduğu bir davada “Madde hükmününün uygulanması için, davanın taraflarından herhangi birinin Türk vatandaşı olmasını” yeterli kabul etmiştir, 3. HD 2016/1960E. 2016/9078K. 06.06.2016T. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 10.05.2018)

⁴⁴⁰ NOMER, a.g.e., s. 472.

⁴⁴¹ AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., s. 159.

⁴⁴² Burada yetkili mahkemenin belirlenmesindeki önemli kriter, yer itibari ile tespit edilen mahkemenin Türkiye’de bulunmasıdır. Daha açık ifade ile örneğin iç hukukun genel yetki kuralı olan (HMK m.6) davalının yerleşim yerinin, Türkiye’de olması gerekmektedir. Bu yetki kuralları eğer Türkiye’de bir mahkemeyi işaret etmiyor ise yetkili mahkeme, MÖHUK m. 41’in ilk aşamasına göre belirlenemez ve ikinci aşama olan ilgilinin Türkiye’de sâkin olduğu yer mahkemesi aşamasına geçilmelidir.

yerleşim yeri ve Ankara İstanbul İzmir mahkemeleridir. Görüldüğü üzere Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalarda MÖHUK, her hâlükârda bir Türk mahkemesini yetkili kılmaktadır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun m. 41, davanın yukarıda sayılan mahkemelerden birinde açılabilmesini, yabancı ülke mahkemesinde dava açılmamış olmasına bağlamıştır. Bu demektir ki yabancı ülke mahkemelerinde dava açıldıktan sonra, davacının Türkiye’de m. 41’e dayanarak dava açması hâlinde yabancı derdestlik konusu gündeme gelebilecek ve böylece Türkiye’de açılan dava, derdestlik itirazının öne sürülmesi ile reddedilecektir⁴⁴⁴.

III. 1961 TARİHLİ KÜÇÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA MAKAMLARIN YETKİSİNE VE UYGULANACAK KANUNA DAİR SÖZLEŞME’YE GÖRE TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Sözleşme’de, çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik tedbirlerin hangi devletin makamları tarafından alınması gerektiği m. 1, m. 4, m. 5, m. 9 ve m. 15’te düzenlenmiştir.

Öncelikle çocuğun mutad meskeni devletinin, idarî veya kazaî makamları, çocuk ve malları hakkında koruma tedbirleri almakla yetkili kılınmıştır (m. 1). Görüldüğü üzere koruma tedbiri almak, Sözleşme’ye göre yalnızca mahkemelere tanınan bir konu olmaktan çıkarak idarî makamlara da bu yetki verilmiştir.

Sözleşme’ye göre, çocuğun ve mallarının korunmasına ilişkin tedbirlerin alınmasında çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamları da yetkilendirilmiştir. M. 4’te düzenlenen hükme göre, çocuğun vatandaşı olduğu devlet makamları, çocuğun mutad meskeni devletinin makamlarına haber vermek şartı ile çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda, çocuğu ve mallarını korumaya yönelik tedbirler almakta yetkilidirler. Hüküm, çocuğun hem mutad mesken devleti makamlarının hem de vatandaşı olduğu devletin makamlarının koruma tedbiri alması durumunu da

⁴⁴³ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un yetkiye ve uygulanacak hukuka ilişkin kullandığı dil incelendiğinde mutad mesken kavramı, geniş yer kaplamasına karşın burada aynı anlama gelebilen *ilgilinin sâkin olduğu yer* tabiri kullanılmıştır. Bunların aynı anlamı taşıdığını belirterek kanun sistematüğinde bu anlamda teklik sağlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

⁴⁴⁴ NOMER, a.g.e., s. 474.

düzenlemiştir. Bu durumda çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamlarına üstünlük sağlanarak onların aldığı koruma tedbiri kararlarının, çocuğun mutad mesken devleti makamlarından alınan koruma tedbiri kararlarının yerine geçtiği düzenlenmiştir⁴⁴⁵. Bu uygulama, çocuğun üstün yararının, çocuğun aşına olmasından, kendini daha rahat ifade edebilmesinden ve kurallarının bilinebilmesinden dolayı, mutad meskeni devletinde daha iyi korunacağı düşüncesine aykırı gözükmektedir. Ancak çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamlarına tanına bu yetkinin istisnaî nitelikte olduğu unutulmamalıdır.

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi hâli de Sözleşme’de yerini almıştır. Çocuğun mutad meskeni devleti değiştiğinde, önceki mutad meskeni devletinin makamlarının aldığı koruma tedbiri kararları, yeni mutad mesken devleti makamlarınca kaldırılmadığı veya değiştirilmediği müddetçe devam etmektedir (m. 5/1). Eğer önceki devletin aldığı koruma kararı kaldırılacak ise de bunun o devletin makamlarına haber verilmesi gerekmektedir (m. 5/2). Çocuk eğer vatandaşı olduğu devletten başka bir devlete nakil olmuşsa, vatandaşı olduğu devletin makamlarının almış olduğu tedbir kararları, yeni mutad mesken devletinde geçerli kabul edilmektedir (m. 5/3). Çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamlarından alınan koruma tedbiri kararlarına üstünlük tanınması, bu hükümde de kendini göstermektedir.

Sözleşme, annenin veya babanın evliliğin iptali, feshi veya gevşetilmesi taleplerini değerlendiren her âkit devletin aynı zamanda çocuğun ve mallarının korunmasına yönelik tedbirleri almakta da yetkili olduğunu kabul etmektedir (m. 15). Ancak bu kararların diğer âkit devletler tarafından tanınması mecburî değildir. Diğer bir anlatımla bu kararlar ile alınan, çocuğun veya mallarının korunmasına yönelik tedbirler, Sözleşme’de kabul edilen doğrudan tanıma usûlüne tabi değildir.

Son olarak acil durumlarda, her âkit devletin çocuğun ve mallarının korunmasına ilişkin tedbir alabilmesi Sözleşme’de kendilerine tanınan bu yetkilendirme ile mümkün olmaktadır (m.9). Yalnız acil durumlara özgü bu yetkinin, yetkili devletin makamlarınca gerekli tedbirlerin alınması ile kalıcı olarak sona erdiğini de belirtmek gerekir. Böylece bu yetkinin süresiz veya acil durumun devamı boyunca var olduğu düşünülmemelidir. Ancak acil durumdan ne anlaşılması gerektiği hükümde açıklanmamıştır. Doğal afet, iç savaş, sıkıyönetim veya devletin güvenliğini tehlikeye düşüren her durumun acil durum

⁴⁴⁵ EKŞİ (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 356.

statüsünde değerlendirilebileceği düşünülebilir. Tabi acil durum kavramının vasıflandırılması da *lex fori*'ye yani o devletin hukuk kurallarına göre yapılmalıdır.

IV. 1996 TARİHLİ VELÂYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI HAKKINDA TEDBİRLER YÖNÜNDEN YETKİ, UYGULANACAK HUKUK, TANIMA, TENFİZ VE İŞBİRLİĞİNE DAİR SÖZLEŞME'YE GÖRE TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Sözleşme, çocuğun veya mallarının korunmasına ilişkin tedbirleri almaktaki genel yetkiyi, çocuğun mutad meskeni⁴⁴⁶ devletin makamlarına tanımaktadır⁴⁴⁷ (m. 5). Mutad mesken bağlama noktasının, çocuğun korunmasına hizmet eden tüm düzenlemelerde olduğu gibi bu Sözleşme'nin de temelinde olduğunu belirtmek gerekir⁴⁴⁸. Ancak Sözleşme'de mutad mesken kavramı açıklanmamıştır. Bunun sebebi ise her uyumsuzluğun içeriğine göre ve devletlerin iç hukukuna göre belirlenen mutad mesken kavramının, bazı uluslararası sözleşmelerde de tanımının bulunması nedeniyle bu yönde bir karmaşanın önüne geçmektir⁴⁴⁹.

Çocuğun mutad meskeni devletin değişmesi hâli de Sözleşme'de düzenlenmiştir. Ancak Sözleşme'de çocuğun mutad meskenini âkit devletler arasında değişmesi düzenlenmiştir (m. 5/2). Burada şu ifade edilebilir: eğer çocuğun mutad

⁴⁴⁶ Çocuğun üstün yararının korunması, çocuğa ilişkin uluslararası sözleşmelerde bağlama noktasının çocuğa göre şekillenmesini sağlamıştır. Bu noktada çocuğun mutad meskeninin belirlenmesine yönelik üç teori ortaya çıkmıştır. Çocuğu merkeze alan görüş, çocuğun fiziken ve psikolojik olarak mutad meskeninde daha etkili korunacağı düşüncesine hizmet ettiğinden tarafımızca benimsenmektedir. Bu görüşe göre çocuk, birey olarak kabul edilip ailesinden veya velâyet ya da vesayeti altında bulunduğu kişilerden bağımsız olarak bir mutad meskene sahiptir. Ancak burada mutad meskenin belirli bir süre oturma ve süreklilik unsurlarının, çocuğun yaşadığı yerde sosyal çevresinin oluşması veya yaşadığı yerle uyum içinde olması şeklinde ele alınması bu görüşün uygulanabilirliği açısından daha uygun olmaktadır. ARSLAN, ss. 136-137. Şunu da eklemek gerekir ki elbette çocuğun sosyal hayata adapte olup kendine arkadaş edinebilecek, belli faaliyetleri kendisi gerçekleştirebilecek yetkinlikte olması da gerekmektedir. GİRAY, a.g.e., s. 82. O hâlde bebek ile çocuğu, mutad meskenin tespitinde ayrı ele almak daha doğru olur. Bebekler bakımından, gelişimi yönünden iyi iletişim içinde olduğu velisinin veya vasisinin mutad meskeninin, çocuk olgunluğuna erişene kadar geçici süreliğine bebeğin de mutad meskeni olarak kabul edilmesi gerekmektedir. GİRAY, a.g.e., s.84. Çocuğun mutad meskenini tespitinde ileri sürülen velâyet sorumluluğunun esas alındığı ve ebeveynin esas alındığı teoriler ile başkaca yaklaşımlar için ARSLAN, a.g.e., ss. 111-145; GİRAY, a.g.e., ss. 74-87.

⁴⁴⁷ Sözleşme m. 5: '*Çocuğun mutad meskeni olan âkit devletin adli veya idarî makamları, çocuğun kişiliğinin veya mallarının korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetkilidir.*'

⁴⁴⁸ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 929.

⁴⁴⁹ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 932, dn. 61.

meskeni değiştirildiği sırada eski mutad meskeni devleti makamlarında, çocuğa veya mallarına yönelik koruma tedbiri incelemesi devam ediyor ise, çocuğun eski mutad mesken devleti makamları yetkisizliği nedeniyle başvuruyu reddedebilir⁴⁵⁰.

Sözleşme’de âkit devlet makamlarının yetkisinin tespitinde, mutad meskenden sonra çocuğun bulunduğu yer kavramına da yer verilmektedir. Buna göre özellikle mülteci ve ülkesindeki karışıklıklar nedeniyle yerlerinden edilmiş çocuklar (m. 6/1) ve mutad meskeni tespit edilemeyen çocuklar yönünden (m. 6/2), çocuğun bulunduğu âkit devletin makamları, ilgili koruma tedbirlerini almakta yetkili kılınmıştır. Bu kapsamda âkit devlet makamlarının, mülteci, siyasi nedenlerle ülke değiştirmek zorunda kalan ve mutad meskeni tespit edilemeyen çocuklar yönünden Sözleşme’ye göre yetkili olabilmesi, çocuğun fiilen âkit devlette bulunması şartına bağlanarak daha esnek bir bağlama noktası öngörülmüştür⁴⁵¹. Başka bir anlatımla, çocuğun ilgili devlette yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunması gerekmekte, fiilî olarak o devlette bulunması yeterli kabul edilmektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki çocuğun bulunduğu yer devletin yetkisi, mutad meskeni tespit edilemeyen çocuklar yönünden, mutad meskeni belli olana kadar geçerli olmaktadır. Diğer bir ifade ile mutad meskeni tespit edildikten sonra, çocuğun bulunduğu yer devletin yetkisi sona ermektedir⁴⁵².

Çocuğun haksız bir şekilde yerinin değiştirilmesi veya alıkonulması hâlinde ise çocuk başka bir devlette mutad mesken edinene kadar, alıkonulmadan hemen önce mutad meskeninin bulunduğu âkit devletin makamları, Sözleşme kapsamında yetkili olmaktadır. Çocuğun götürüldüğü âkit devlet makamlarının yetkisi ise yalnızca acil durumlarda çocuğun ve mallarının korunmasına dair önlemler (m. 11) alınması hâli ile sınırlandırılmıştır (m. 7/3). Çocuğun velâyet hakkına sahip olan kişi veya kurumların, çocuğun alıkonulmasına rıza göstermesi; bu kişi veya kurumların çocuğun nerede bulunduğunu bilmesine rağmen en az bir sene çocuğun iadesi için bir talepte bulunulmaması ve çocuğun o devlette mutad mesken sahibi olması hâllerinde artık çocuğun mutad meskeni, alıkonulduğu veya haksız olarak yerinin değiştirildiği devletteki mutad meskeni olarak kabul edilmekte ve Sözleşme’ye göre koruma tedbirlerini alma konusunda o devlet yetkili olmaktadır (m. 7/1-a, b).

⁴⁵⁰ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 933. Her ne kadar derdest olan incelemeler için çocuğun eski mutad meskeni devletin yetkisi sona erse de o zamana kadar alınan koruma tedbirleri, koşullardaki değişiklik yetkinin dayanağını ortadan kaldırırsa bile yürürlükte kalmaya devam etmektedir (m. 14).

⁴⁵¹ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 935.

⁴⁵² ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 934.

Çocuğun haksız olarak yer değiştirdiği veya alıkonulduğu hâllerde, çocuğun veya mallarının bulunduğu devlete de belli sınırlar ölçüsünde yetki tanınmıştır. Bu devlet, m. 5 ile m. 10 arasında sayılan yetki kuralları ile aykırı düşmeyecek şekilde ve yalnız o devlet ile sınırlı olarak yerel nitelikte geçici önlemler alabilir ve bu âkit devletin yetkisi, m. 5 ile m.10 arasında belirlenen yetkili makamların, gerekli tedbirleri alması ile sona erer (m. 12).

Sözleşme’de düzenlenen bir diğer yetki kuralı ise çocuğun mutad meskeni dışındaki, anne ve babasının boşanma veya ayrılık başvurusunu değerlendiren devletin makamlarının, çocuğun veya mallarının korunması için alınması gereken tedbirleri almaya yetkili olmasıdır. Boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali kararının kesinleşme, her hâlde yargılamanın sona erme anına kadar süreceğ olan bu yetki, belli şartlara tabi kılınmıştır:

- a. Boşanmaya dair yargılamanın başladığı tarihte eşlerden birinin mutad meskeninin o devlette olması,
- b. Aynı zamanda eşlerden birinin çocuğun velâyetine sahip olması,
- c. O devlet makamlarının, çocuğun şahıs ve malvarlığına ilişkin koruma tedbirleri alma yetkisinin kendisine tanınmış olması,
- d. Çocuğun velâyetine sahip olanlarca bu yetkinin tanınması,
- e. Çocuğun üstün yararının gerektirmesi.

Bu yetki, yukarıda da belirtildiği üzere süreye tabi ve m. 5 ile m. 10 arasında sayılan yetki kurallarına alternatif olarak getirilen bir yetki kuralıdır. Bu nedenle boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali kararı kesinleştikten veya yargılama başka bir sebep ile sona erdikten sonra alınması gereken koruma tedbirleri bakımından yargılamayı yapan devlet yetkili olmayıp, yetki m. 5 ile m. 10 arasında belirlenen âkit devlet makamlarının olmaktadır. Her ne kadar yargılamayı yapan devlet makamının yetkisi geçici nitelikte olsa da bu makamın aldığı koruma tedbiri kararları, kesin ve geçerliliğinin m. 14’e⁴⁵³ göre koruduğunu belirtmek gerekir.

Sözleşme’nin genel olarak yetkiyi belirlerken çocuğun mutad meskeni üzerinde durduğundan yukarıda bahsedildi. Ancak 8 ve 9. maddeler ile çocuğun vatandaşı olduğu

⁴⁵³ Sözleşme m. 14: “Sözleşme uyarınca yetki sahibi olan makamlar alınan önlemleri değiştirmedeği, yenilemediği veya sonlandırmadığı sürece koşullardaki değişiklik yetkinin dayanağını ortadan kaldırsa bile 5. ve 10. maddeler arasındaki maddelerin uygulanmasında alınan önlemler, kendi koşullarına göre yürürlükte kalır.”

devlete de belli şartlar altında yetki tanındığı görülmektedir. Her iki maddenin de ana hareket noktası çocuğun üstün yararının bu şekilde daha iyi korunacağı düşüncesidir. Bu maddeler ile esasen çocuğun mutad meskeni olan âkit devlet mahkemeleri, belirli bir davadaki yetkisini çocuğun vatandaşı olduğu âkit devlet mahkemelerine devretmektedir. Yetki devri iki şekilde olmaktadır: ya m. 5 ve m. 6'ya göre yetkili olan âkit devlet, çocuğun vatandaşı olduğu âkit devlete, ilgili davaya bakması için devletin makamları aracılığı ile veya tarafların davada ileri sürmesini talep ederek yetkilendirilmesini sağlar; ya da çocuğun vatandaşı olduğu âkit devlet, merkezi makamları aracılığı ile veya tarafların ileri sürmesini talep ederek, çocuğun mutad meskeni olan âkit devletten yetkilendirilmeyi talep eder. İkinci durumda çocuğun mutad meskeni olan âkit devletin bu yetkilendirme talebini kabul etmesi gerekmektedir. Söz edilen yetki devri, yalnızca âkit devletler arasında yapılabilmektedir⁴⁵⁴.

Sözleşme, m. 12'de bazı şartlara bağlı olarak çocuğun taşınmazının bulunduğu âkit devlet makamlarına da yetki tanımaktadır. Buna göre ülkesi sınırları içinde, mutad meskeni başka bir âkit devlette olan çocuğa ait taşınmaz bulunan her âkit devlet, çocuğun veya ilgili taşınmazların korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetkilidir. Ancak bu yetkinin geçici nitelikte koruma tedbirlerini kapsadığı hükümde açıkça belirtilmektedir. Diğer yandan, taşınmazın bulunduğu âkit devlet makamlarının yetkisi, m.5 – m.10 hükümlerine göre yetkili âkit devlet makamlarının ilgili uyumazlığa yönelik koruma tedbiri alması ile sona ermektedir (m. 5/2).

Çocuğun taşınmazının bulunduğu âkit devlet ile mutad meskeni olan âkit devlet, her zaman aynı olmayabilir. Ancak her iki âkit devlet de çocuğun taşınmazına ilişkin koruma tedbiri almış olabilir. Bu kararların birbiri ile çelişmesi muhtemeldir. Bu çelişmeyi önlemek adına Sözleşme m. 55 ile âkit devletlere, taşınmaz mülkiyetine ilişkin koruma tedbirleri konusunda birtakım çekince koyma hakkı tanınmıştır. Türkiye de ilgili maddeye çekince koymuştur⁴⁵⁵. Böylece çocuğun taşınmazının Türkiye'de bulunması durumunda hem Türk makamlarının hem de çocuğun mutad mesken devleti

⁴⁵⁴ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 936. M. 8 ve m. 9 yetki devrine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ULUSU KARATAŞ, a.g.m., ss. 936-939.

⁴⁵⁵ Türkiye, Sözleşme'ye iki çekince koymuştur. İlk olarak, mutad meskeni başka bir âkit devlette olan çocuğun Türkiye'de bulunan taşınmazlarına ilişkin Türk makamlarının, koruma tedbirleri alma yetkisini saklı tutmuştur. İkinci çekince ise çocuğun Türkiye'de bulunan taşınmazları hakkında hem Türk makamları hem diğer âkit devlet makamları tedbir aldığı ve bu tedbirler birbiri çeliştiğinde Türk makamlarının, diğer âkit devlet makamlarından alınan tedbirleri tanımama yetkisinin saklı tutulmasıdır. ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 947.

makamlarının taşınmaza ilişkin koruma tedbiri alması durumunda Türk makamlarının yetkisi korunmaktadır. Konu biraz daha açılırsa Türkiye, mutad meskeni başka bir âkit devlette bulunan çocuğun, Türkiye’de bulunan taşınmazlarına yönelik koruma tedbiri alma yetkisini saklı tutmaktadır (m. 55/1-a). Bu yetki, Sözleşme’nin m. 5 ile m. 10 arasında düzenlenen kurallara göre yetkili olan âkit devlet makamlarının, çocuğun taşınmazı hakkında koruma tedbiri alınmasına engel değildir. Böylelikle her iki âkit devlet tarafından çocuğun taşınmazının korunmasına ilişkin tedbir kararı alınabilmekte ve çocuğun mutad meskeni olan âkit devletin, ilgili koruma tedbirini alması ile Türk makamlarının yetkisi sona ermemektedir. Her iki âkit devlet makamlarınca alınan koruma tedbirlerinin çelişmesi ihtimalinin bulunduğu bu hâlde ise Türkiye, diğer âkit devlet makamının koruma tedbiri kararını tanımama yetkisine sahiptir (m. 55/1-b).

Son olarak, acil durumların gerektirmesi hâlinde çocuk veya malları sınırları dâhilinde olan her âkit devlet, gerekli tedbirleri almakta yetkili kılınmıştır. Âkit devlet makamlarının bu yetkisi, m. 5 ile m. 10 arasındaki kurallara göre yetkili olan âkit devlet makamının gerekli tedbirleri alması ile sona ermektedir (m. 11)⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Sözleşmeye göre yetkili makam, çocuğun mutad meskeni devletin makamları dışında çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamları ve belli şartlar altında çocuğun bulunduğu devletin makamları da olabilmektedir. M. 8 ve m. 9 dışında, çocuğa veya mallarına karşı koruma tedbirleri alma yetkisi âkit devletlerce eş zamanlı olarak kullanılabilir. Bu da derdestlik sorununu gündeme getirmektedir. Sözleşme m. 13 ile “m. 5 ile m. 10 arasındaki maddelere göre yetkili olan âkit devlet, koruma tedbiri talebini aldığı anda, yetkili olan diğer âkit devletten tedbir talep edilmiş ve talep incelenmeye başlanmışsa, yetkisini kullanmaktan vazgeçmelidir.” denerek mükerrer karar verilmesinin önüne geçilmiştir. Ayrıntılı bilgi için, ULUSU KARATAŞ, a.g.m., ss. 941-943.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

VELÂYETE İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİ

I. GENEL OLARAK

Yabancı mahkeme kararlarının Türk hukukunda hüküm ve sonuç doğurabilmesi, bu kararların tanınması ve tenfizine bağlanmıştır. Tanıma, bir yabancı mahkeme kararının kesin hüküm etkisinin başka bir ülkede kabul edilmesi⁴⁵⁷ anlamına gelirken tenfiz, yabancı mahkemenin icra kabiliyeti barındıran bir kararının başka bir ülkede yerine getirilebilmesi için o devletin, ilgili icra faaliyetini yürütebilmesini ifade etmektedir⁴⁵⁸. Tanıma ve tenfiz arasındaki bu farklılık esasen yabancı mahkemeden alınan kararların niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Mahkeme kararların ise Türk hukukuna göre eda hükmü, tespit hükmü veya inşaî bir hüküm ihtiva etmektedir⁴⁵⁹.

Tespit davaları, taraflar arasında belli bir hukukî ilişkinin var olup olmadığını veya bir belgenin sahte olup olmadığını belirlemekte⁴⁶⁰ ve kararda kabul ya da redde ilişkin tespit hükmü içermektedir. Bunun dışında tarafların taleplerinin yerine gelmesi için bu kararın ayrıca icra edilmesi de gerekmediğinden⁴⁶¹ tespit davaları, tanıma ile hüküm ve sonuçlarını diğer devletlerde doğurabilme imkanına sahiptir. Aynı şekilde taraflar arasındaki hukukî ilişki veya olayın kaldırılması, kurulması ya da değiştirilmesi hakkında verildiği anda gerçekleşen bir hüküm içeren inşaî davalar⁴⁶² da tanıma ile hukukî varlığını diğer devletlerde devam ettirebilmektedir. Bunun yanında mahkemeden alınan ilam hükmünün yerine gelmesi ayrıca icra edilebilmesini gerektiriyor yani bir eda

⁴⁵⁷ DOĞAN, a.g.e., s. 103; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 754.

⁴⁵⁸ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., ss. 503-510; DOĞAN, a.g.e., s. 104; NOMER, a.g.e., s. 500.

⁴⁵⁹ KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., s. 459.

⁴⁶⁰ PEKCANITEZ Hakan, *Medenî Usûl Hukuku*, 15.b., On İki Levha Yayıncılık: İstanbul, 2017, s. 972; KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., s. 263.

⁴⁶¹ PEKCANITEZ, a.g.e., s. 983.

⁴⁶² PEKCANITEZ, a.g.e., ss. 984-988; KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., s. 269 ve s. 271.

hükmü niteliğindeyse bu kararların sonuç doğurabilmesi ancak tenfiz edilmesi ile mümkün olmaktadır⁴⁶³.

Velâyete ilişkin uyuşmazlıklar ise bazen müstakil bir davanın konusu olurken, çoğu zaman da boşanma kararı ile gündeme gelmektedir. Bu da şöyle bir farklılığı doğurmaktadır: Boşanma kararları, tarafların hukukî durumlarında değişikliğe ve aralarındaki evlilik akdinin sonlanmasına sebep olduğundan, inşaî hüküm niteliğindedir. Bu nedenle boşanma kararlarının tanınması, kendinden beklenen faydayı sağlamak için yeterli olmaktadır. Ancak velâyete ilişkin hükümler, boşanan eşlerden birine bir yapma edimi yükleyerek eda hükmü (icraî nitelik) içermekte ve bu nedenle milletlerarası özel hukuk boyutunda kararın tanınması, ondan sağlanması beklenen menfaati yerine getirmediğinden tenfize tabi tutulmaktadır⁴⁶⁴. Bu nedenle çalışmamızda tenfiz uygulaması üzerinde durulacaktır.

II. MÖHUK'A GÖRE VELÂYETE İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİ

Yabancı bir mahkeme kararının tenfizi MÖHUK m. 50 ile m. 57 arasında düzenlenen bazı koşul ve usûllere tabi tutulmuştur. MÖHUK m. 50'de düzenlenen şartlar, tenfizin ön koşulları olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁵. İlgili hükme göre kararın yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilmesi, kararın hukuk davasına ilişkin olması, verilen devlet hukukuna göre kararın kesinleşmiş olması ve nihayetinde Türk mahkemesinden alınan bir tenfiz kararı bulunması gerekmektedir. Bu ön koşulların oluşup oluşmadığı incelemesi, tarafların ileri sürmesine bağlı olan bir konu değildir. Tenfiz ön koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen inceleyecek olan hâkimdir⁴⁶⁶.

Tenfiz söz konusu olduğunda, uluslararası sözleşmelere paralel olarak Türk hukukunda da kabul edilen esasa girme yasağı (revision au fond) üzerinde de durulmalıdır. Lafzından da anlaşılacağı üzere esasa girme yasağı, temel olarak tenfiz hâkiminin, önüne gelen kesinleşmiş bir yabancı mahkeme kararını yalnızca kendi

⁴⁶³ DOĞAN, a.g.e., s. 104; NOMER, a.g.e., s. 500.

⁴⁶⁴ GELGEL, a.g.e., s. 55; EKŞİ (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 542.

⁴⁶⁵ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 513; DOĞAN, a.g.e., s. 107.

⁴⁶⁶ EKŞİ, (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 109.

hukuku ve taraf olduğu iki taraflı veya çok taraflı sözleşmelerde kabul edilen tenfiz usûl ve şartlarına göre değerlendirmesidir⁴⁶⁷. Tenfiz hâkimi, tenfiz talebi ile incelediği yabancı mahkeme kararını, varılan hükmün doğru tatbik edilip edilmediği, uygulanan usûlün doğru uygulanıp uygulanmadığı veya hükme varılırken delil incelemesinin hükmü kurmaya elverişli olup olmadığı irdelemesine giremez⁴⁶⁸. Ancak uluslararası boyutta kabul edilen usûl kuralları veya hakkın ihlâl edilmesi söz konusu ise, bu durum Türk hukuku açısından kamu düzeni engelini gündeme getireceğinden, bu kuralın istisnalarının da olabileceği unutulmamalıdır⁴⁶⁹.

Yabancı mahkemelerin velâyet kararlarının, MÖHUK m. 50’de sayılan dört şarttan birini kendiliğinden sağladığı söylenebilir. Şöyle ki; velâyete ilişkin davalar özel hukuk kapsamına giren aile hukuku davalarındandır. Bu nedenle tenfiz talebinde bulunan yabancı velâyet kararının, özel hukuk davası olma şartı kendiliğinden gerçekleşmektedir. Ayrıca bir de Türk mahkemelerinden tenfiz kararı alınmalıdır. Bu da MÖHUK m. 54 kapsamında tenfizin aslî şartları olarak kabul edilen ayrı şartlara tâbi tutulmuştur. Bu nedenle tenfizin ön koşulları ile aslî koşulları aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

A. TENFİZİN ÖN KOŞULLARI

Velâyet kararları, genellikle ilk olarak boşanma davaları ile gündeme geldiğinden genellikle bir mahkeme kararına dayanmaktadır. Ancak kimi uluslararası sözleşmelerde de⁴⁷⁰ kabul edildiği üzere velâyete ilişkin kararlar idarî makamlar

⁴⁶⁷ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 501. Esasa girme yasağı 01.02.2017 tarihinden itibaren iç hukuk düzenlememiz olan 1996 La Haye Sözleşmesi m. 27’de de şu ifadeler ile kabul edilmiştir: “Önceki maddelerin uygulanmasında gerekli olduğu şekilde bu incelemeye hâlel getirmeksizin, alınan önlemin esasına ilişkin inceleme yapılmaz.”

⁴⁶⁸ NOMER, a.g.e., s. 508; Yargıtay 11. HD 2012/11193E – 2014/4984K. Ve 14.03.2014T.: “Türk tenfiz hâkimi “kural olarak” yabancı mahkeme kararının doğruluğunu inceleyemez (revision au fond yasağı). Zira aksinin kabulü, aynı davanın Türk mahkemesinde tekrar görülmesi ve yeni bir Türk mahkemesi kararının ortaya çıkması sonucunu doğurur. Ancak örneğin Türk hukukunun vazgeçilmez kabul ettiği temel prensiplerini ihlal eden veya milletlerarası alanda geçerli olan ortak ilkelere aykırı bulunan yabancı mahkeme kararları tenfiz edilemez. Tenfiz hâkimi takdir hakkını kullanırken, her somut olayın kendine mahsus özelliklerini de dikkate almalıdır”, Yargıtay 11. HD 2012/3961E. 2012/8257K. 18.05.2012T kararı da aynı yöndedir. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 08.05.2018).

⁴⁶⁹ NOMER, a.g.e., ss. 508-509.

⁴⁷⁰ 1961 La Haye Sözleşmesi m. 1: “Küçüğün mutaden ikamet ettiği Devletin gerek kazaî gerekse idari makamları, küçüğün şahsını ve mallarını korumaya yönelik tedbirler almaya yetilidir.”

1980 Avrupa Sözleşmesi tanımların bulunduğu m.1’de adli veya idarî makamın kabul edildiği ve velâyete ilişkin kararın, çocuğun kişisel bakımına ilişkin olarak verilen herhangi bir makam tarafından verilebileceğini belirtmiştir.

tarafından da verilebilmektedir. Bu şekilde uluslararası sözleşmeler ile belirlenen tanıma ve tenfiz koşullarının, o sözleşmeyi kabul eden tüm devletler bakımından bağlayıcı olduğunun ve tenfiz talebi ile tenfizin sözleşmede belirlenen usûl ve koşullara göre yapılması gerektiğinin altını çizmekte fayda var.

Bir belediye veya noter yani idarî bir makam tarafından gerçekleştirilebilen boşanmalarla ilgili kararların, Türkiye’de tenfizinin mümkün olup olmadığı yönünde doktrinde ise fikir birliği yoktur. Bir görüşe⁴⁷¹ göre boşanma kararı her ne kadar adlî makam tarafından verilmese de bu karar, bağımsız yargı organları tarafından denetimden geçmiş ve onaylanmış ise bu kararın, tanıma ve tenfize tabi olabileceğini, böylelikle yargı organları dışından alınan kararlara, bir bakıma mahkeme kararı niteliği kazandırıldığı kabul edilmektedir. Tam aksi yönde olan diğer görüşe göre⁴⁷² ise tarafların adlî makam kararı olmadan boşanmaları kabul edilse bile karar, bir mahkeme kararı olmadığından milletlerarası özel hukuk bakımından tanınması ve tenfizi de mümkün olmamaktadır. Ancak bu görüşü savunanlar, konuyu çözümsüz bırakmayarak yabancı idarî makamdaki alınan boşanma kararının, Türkiye’de tespitini sağlayarak da tanıma ve tenfiz ile hedeflenen amaca ulaşılabileceğini savunmaktadır⁴⁷³. Bu noktada dikkat edilmesi gereken hususun, çocuğun menfaatinin zedelenmemesi adına gösterilen özen olduğu düşüncesindeyiz. Bu nedenle de çocuğun velâyeti hakkında uygulanacak koruma tedbirlerine, çocuk mallarının yönetimi veya çocuğun velâyetinin tesisine ilişkin idarî makam kararlarının, kararı veren devletin yetkili yargı organı tarafından onaylanarak kesinleşmesinin, bu kararların ülkemizde tenfizine engel olmaması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Türk hukukundaki yaklaşım ve MÖHUK uygulaması yukarıda açıklandığı gibi olmasına rağmen velâyet kararları bakımından Türkiye açısından bağlayıcılığı AY m. 90/5’ göre MÖHUK’tan üstün olan 1996 La Haye Sözleşmesi, durumu daha farklı ele almaktadır. Sözleşme, m. 5 ile “Çocuğun mutad meskeni olan âkit devletin adli veya idari makamları, çocuğun kişiliğinin veya mallarının korunmasına yönelik önlemleri almaya yetkilidir.” diyerek, koruma tedbiri kararlarının adlî veya idarî makamlarca alınabileceğini düzenlemiştir. İdarî makam deyiminden ne anlaşılması gerektiği

⁴⁷¹ DOĞAN, a.g.e., ss. 107-108.

⁴⁷² ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 514, dn. 343; Bir belgeye mahkeme ilamı vasfı kazandırabilmek için hem kararı veren devlette hem tanıma ve tenfiz devletinde o belgenin mahkeme ilamı olduğunun kabul edilmesi gerekir. NOMER, a.g.e., s. 417.

⁴⁷³ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 686.

düzenlenmemiştir; ancak bu, Sözleşme'ye taraf olan her devletin, kendi hukukuna göre belirleyeceği bir konu olduğundan Sözleşme'de bu konuda bir kısıtlama yapılmadığı kanısındayız.

Velâyete ilişkin kararların tenfizi açısından önem arz eden ikinci ön koşul ise yabancı mahkemeden alınmış olan kararın, o devlet hukukuna göre kesinleşmiş olmasıdır. İster bir boşanma kararı içinde yer alsın ister müstakil bir davaya konu olsun o mahkeme kararı, verilen devlet hukukuna göre şekli anlamda kesinleştiğinde velâyete ilişkin hüküm de kesinleşmektedir⁴⁷⁴. Şekli anlamda kesinleşmeden bahsedilmesinin sebebi, karar verildikten sonra velâyete ilişkin özellikle çocukla kişisel ilişki tesisi⁴⁷⁵, çocuğun veya mallarının korunmasına yönelik tedbirler (TMK m. 351/1) ya da velâyetin tevdiinde değişikliğe sebebiyet verecek yeni vakıalar meydana geldiğinde bu konularda her zaman yeniden düzenleme yapılabilecek olunmasıdır (TMK m. 183). Bunun da mahkeme kararlarının maddî anlamda kesinleşmesinin istisnası olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁶. Bu bağlamda mahkeme kararlarının maddî ve şekli anlamda kesinleşmesi kavramları üzerinde de kısaca durmak yararlı olacaktır. Şekli anlamda kesin hüküm, verilen mahkeme kararına karşı kanunların öngördüğü tüm başvuru yollarının tüketilmesi anlamına gelmektedir⁴⁷⁷ ve böylece bu kararın iptal edilebilirliği sona ermektedir⁴⁷⁸. Bu yönüyle şekli anlamda kesin hüküm, kararın içeriğinin değil; teknik olarak tüketilmesi gereken tüm kanun yollarının tüketilmiş olması demektir⁴⁷⁹. Maddî anlamda kesin hüküm ise dava konusu taleplerin, tekrar yargılama konusu

⁴⁷⁴ Bir yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinde tenfizine karar verilebilmesi için gereken kesinleşme şartının, tenfiz dava tarihinde, ilgili yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olması ve kesinleşme şerhinin dosyaya sunulmuş olması hâlinde (MÖHUK m.53/2) var olacağı da pek tabidir. Aksi takdirde tenfiz talebi, bu eksiklik nedeni ile reddedilmektedir. Yargıtay 11. HD 2015/12323E, 2017/135K ve 13.01.2017 k.t.li ilamı: “Sunulan yabancı mahkeme kararında yürürlüğe girdiğine dair şerh mevcuttur. Bilirkişi raporunda yorum suretiyle kararın kesinleşmiş olduğuna dair görüş belirtilmiş ise de, dava tarihinde kesinleşme şerhi bulunan mahkeme ilamının sunulması gerektiğinden, yabancı mahkeme ilamında yer alan, kararın yürürlüğe girdiğine dair şerh, kararın o tarihte kesinleşip kesinleşmediği konusunda tereddüt uyandırmakta olup, mahkemece davacıya hangi tarihte kesinleştiğini gösteren kesinleşme şerhini taşıyan yabancı mahkeme kararının sunulması için mehil verilmesi veya gerektiğinde Adalet Bakanlığı aracılığı ile istinabe suretiyle kesinleşme tarihini ve şerhini içeren ilamın tasdikli örneğinin istenmesi ve sonuca göre karar vermesi gerekirken aksine düşünceyle bilirkişi raporundaki yoruma göre karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”, www.kazanci.com (Erişim Tarihi 09.05.2018)

⁴⁷⁵ Yargıtay 2. HD. 2016/6547E – 2016/7567K. Ve 13.04.2016 k.t.li ilamı da bu yöndedir: “Kişisel ilişkiye dair ilamlar maddî anlamda kesin hüküm niteliğinde olmayıp koşulların değişmesi halinde yeniden düzenlenmesi her zaman istenebilir.”, www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29.04.2018)

⁴⁷⁶ ŞANLI Cemal, “Türk hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, *MHB*, Yıl 16, S.1-2, 1996, s. 72.

⁴⁷⁷ KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., s. 667.

⁴⁷⁸ NOMER, a.g.e., s. 505.

⁴⁷⁹ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., ss. 520-521.

yapılamaması sonucunu doğurmakta ve taraflar arasında ilgili hükmün bağlayıcılığını ortaya koymaktadır⁴⁸⁰. Şeklî anlamda kesin hüküm, uyuşmazlığı yalnızca açılan dava özelinde sonlandırırken maddî anlamda kesin hüküm ise bütün bir gelecek için sonlandırmaktadır⁴⁸¹.

Bu konuda doktrinde farklı görüşler⁴⁸² olmasına karşın bir yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfize tabi olabilmesi için verildiği devlet hukukuna göre hem şeklî hem maddî anlamda kesinleşmesi gerektiği görüşü⁴⁸³ bize, ilgili kararın taraflar üzerinde tereddüde yer vermeyecek şekilde sonuçlanması bakımından yakın gelmektedir.

Ancak velâyete ilişkin kararların kendine has özelliği nedeniyle tarafların koşullarında, çocuğun fizikî, psikolojik ihtiyaçlarında meydana gelebilecek önemli⁴⁸⁴ değişikliklerin, bu konularda yeniden karar alınması zaruretini doğurması muhtemeldir. Bu da yukarıda açıklanan maddî anlamda kesin hüküm etkisinin, velâyete ilişkin kararlarda belli olgulara göre sona erebileceği sonucuna bizi götürmektedir. Başka bir ifade ile velâyete ilişkin karar, tenfizi talep edildiğinde hem şeklî hem maddî anlamda kesinleşmiş olsa bile aradan zaman geçmesi ile tarafların niteliklerinde, taleplerinde ve özellikle çocuğun yararında birtakım değişikliklerin olması muhtemeldir. Bu da maddî olarak kesinleşmiş olan velâyet kararının, gelecekte yeniden ele alınabilmesini

⁴⁸⁰ NOMER, a.g.e., s. 498; ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., ss. 520-521.

⁴⁸¹ KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., s. 668.

⁴⁸² Bir görüşe göre, 1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (HUMK, RG 2/3/4.07.1927T. – 622, 623, 624), ecnebi mahkemelerinden verilen ilamların sureti tenfisi başlığını taşıyan m.537’de, tenfizi istenilen kararın, kesin hüküm teşkil etmesi ve nihaî olması şartlarının aranmasına rağmen yeni HMK ile yürürlükten kalkan bu maddenin yerine MÖHUK m.50’de aranan ‘o devlet makamlarına göre kesinleşme’ şartının kabul edilmesinin, kararın yalnızca şeklî anlamda kesinleşmesinin, tenfiz talebi için yeterli olabileceği ifade edilmektedir. ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 687. Aynı görüşe göre, kanundaki bu değişiklik her ne kadar yalnızca şeklî anlamda kesinleşmeyi işaret ediyor gibi gözükse de aslında Türk hukukunda şeklî anlamda kesinleşen bir mahkeme kararının aynı zamanda maddî anlamda kesinleşmesinin gerektiği dolaylı olarak kabul edilmektedir. Diğer görüş ise yabancı mahkemeden alınan kararın tenfizi talebinde bulunulması için, kararın maddî anlamda kesinleşmesini yeterli görmektedir. Bu görüşe göre bir yabancı mahkeme kararı, verildiği devlet hukukuna göre olağan kanun yollarına başvurulamayacak nitelikte ise bu kararın MÖHUK’a göre tanınması ve tenfizi mümkün olmalıdır. DOĞAN, s. 111. Yabancı mahkeme kararının tenfizinin talep edilebilmesi için ilgili kararın şeklî anlamda kesinleşmesinin yeterli olduğunu savunan bir görüşe göre ise kararın, verildiği devlet hukukuna göre tüm olağan kanun yollarına başvurularak kesinleşmesi ile bu şart sağlanmış olmaktadır. ERTAŞ Şeref, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi” (Tanıma ve Tenfiz), *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Kudret AYİTER Armağanı*, C.3, S.1-4, Y. 1987, ss. 391-392. Yabancı mahkeme kararının tenfizi için şeklî anlamda kesinleşmeyi yeterli bulan başka bir görüş için AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., s. 158.

⁴⁸³ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., s. 521; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 687.

⁴⁸⁴ Burada yaşanan değişikliklerin, hayatın olağan seyrinde, önceki velâyet kararında alınan önlemlerin veya uygulamaların yeterli olmayacağı ya da tam tersi yönde değişmesini gerektirecek boyutta olmasından söz edilmektedir. NOMER, a.g.e., s. 506.

doğurmaktadır⁴⁸⁵ ve bundan dolayı da velâyet kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmediği kabul edilmektedir. Ancak bu durumun, yabancı mahkemeden alınan velâyet kararlarının milletlerarası özel hukuk kapsamında tenfizine engel olmadığı yani MÖHUK m. 50/1'e göre kesinleşme şartını sağladığı kabul edilmektedir⁴⁸⁶.

Yabancı mahkeme kararlarının kesinleşip kesinleşmediği olgusunun, kararın verildiği devletin usûl hukuku kurallarına göre tespit edileceği kuralı (MÖHUK m. 50/1), pek tabii yabancı mahkemeden alınan velâyet kararları için de geçerlidir. Bu nedenle tenfiz dilekçesine eklenmesi gereken belgeler arasında yabancı mahkeme ilâmı ve dava şartı olarak da kabul edilen⁴⁸⁷ kesinleşme şerhinin de eklenmesi gerekmekte ve kesinleşme şerhinin eksikliği de ilgili kararın tenfiz edilmemesi sonucunu doğurmaktadır.

B. TENFİZİN ASLÎ KOŞULLARI

Yabancı bir mahkeme kararının, Türkiye'de tenfize edilebilmesi, MÖHUK m. 50/1'e göre Türk mahkemelerinden tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Tenfiz kararı verilebilmesi de MÖHUK m. 54 ile bazı koşullara⁴⁸⁸ bağlı kılınmıştır. İlgili maddede dört bent hâlinde sayılan şartlar aşağıda sırası ile incelenecektir.

⁴⁸⁵ NOMER, a.g.e., s. 499.

⁴⁸⁶ GELGEL, a.g.e., s. 65; ŞANLI, a.g.m., s. 72; EKŞİ, (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 544; HUYSAL, a.g.e., s. 178; AKINCI, DEMİR GÖKYAYLA, a.g.e., s. 161.

⁴⁸⁷ Yargıtay 11. HD 2013/17269E – 2014/1375K. Ve 22.01.2014 k.t.li ilâmı: “Ancak, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 53. maddesinde belirtilen ve aynı zamanda dava şartı niteliğinde bulunan ilâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usûlen onanmış yazı veya belgeyle onanmış tercümesini havi bulunmayan tenfiz dilekçesi ekindeki belgelere göre tenfiz kararı verilmesi doğru görülmemiş.”, www.kazanci.com (Erişim Tarihi 10.05.2018)

⁴⁸⁸ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun m. 54: “Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fîlî uygulamanın bulunması.

İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

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

1. Karşılıklılık (Mütekabiliyet)

Mütekabiliyet, milletlerarası özel hukuk disiplini içerisinde bir tenfiz şartı olarak görülmesine karşın, bu kavramın devletler arasında politik bir araç olarak görüldüğü de ifade edilmektedir⁴⁸⁹. MÖHUK m. 54/a'da belirtildiği üzere mütekabiliyet şartı uluslararası veya iki taraflı anlaşma hükümleri veya kanun hükmü ile düzenlenebileceği gibi fiilî bir uygulama ile de sağlanabilir. Ancak her ne kadar ahdî veya kanunî mütekabiliyet kabul edilse de yabancı mahkeme kararının tenfizi, fiilî olarak gerçekleştirilmediğinde, mütekabiliyet şartının sağlandığından bahsedilemez⁴⁹⁰. O nedenle diğer iki duruma nazaran daha önemli olan fiilî mütekabiliyetin gerçekleşmesinde, devletleri harekete geçirecek ilk adımı atma noktasında politik dengeler devreye girebilmektedir⁴⁹¹. Ayrıca hangi mütekabiliyet esası benimsenmiş olursa olsun yabancı mahkeme kararının tenfizi talebinde bulunduğu anda bu şartın var olması gerekmektedir⁴⁹².

Yabancı mahkeme kararının tenfiz talebinde, mütekabiliyet şartı sağlanmamışsa, münhasır yetki, kamu düzeni engeli veya savunma hakkının kullanılıp kullanılmadığı tenfiz şartı incelemelerine geçilmemektedir⁴⁹³. Tenfiz hâkimi, mütekabiliyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen incelemektedir. Kanunî ve ahdî mütekabiliyetin var olup olmadığına, hâkim kendi araştırmaları sonucu ulaşıp tenfiz davasını karara bağlayabilir⁴⁹⁴. Ancak fiilî mütekabiliyeti tespit etmek o kadar kolay değildir. Zira ne iki taraflı ne de çok taraflı antlaşmaya taraf olan iki devlet arasında yaşanan bir tenfiz yargılamasında mütekabiliyet şartı ancak fiilî mütekabiliyet esasına göre giderilebilir.

⁴⁸⁹ DOĞAN, a.g.e., ss. 113-115.

⁴⁹⁰ ŞANLI, a.g.m., s. 75; DOĞAN, a.g.e., s. 115. Bu noktada tenfiz şartlarından mütekabiliyet şartının kaldırılması gerektiği görüşüne sahip EKŞİ'ye göre artık devletler, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin usûl ve şartları müstakil kanun olarak veya usûl kanunları içerisinde düzenlemektedirler. Bu nedenle ilgili devletin tenfiz şartlarının, MÖHUK m. 54'te düzenlenen tenfiz şartlarından daha ağır olması hâlinin tenfizi engellemesi düşüncesi, yazara göre verilen kararda korunması gereken bir hukuki yararı olan tarafın hakkaniyete ulaşmasında zaman kaybı yaşatan bir engel olarak görülmektedir ve devletler kendi tenfiz şartlarına göre yabancı mahkeme ilâmlarının tenfizine karar verebilmelidir. EKŞİ, (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 177.

⁴⁹¹ GELGEL, a.g.e., s. 56.

⁴⁹² EKŞİ, (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 157.

⁴⁹³ YİBGK 2010/1E, 2012/1K. 10.02.2012T.

⁴⁹⁴ EKŞİ, (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., ss. 164-169.

Bu da taraflardan birinin ilk adımı atarak alınan kararın, devletinde tenfiz şartlarını sağladığından hareketle tenfizine karar verilmesi ile mümkün olmaktadır⁴⁹⁵.

Bu bağlamda çocuğun ve mallarının korunmasına ilişkin tedbir kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik kapsamlı hükümler içeren 1996 La Haye Sözleşmesi'nin, Türkiye ve Sözleşmeyi imzalayan diğer devletler açısından ahdî mütakabiliyet esasını sağladığı kabul edilmelidir⁴⁹⁶.

2. Tenfize Konu Kararın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmemesi

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun m. 54/b uyarınca münhasır yetki, bir davanın yalnızca Türkiye'de açılmasını zorunlu kılmakta ve o konuda da yalnızca Türk mahkemelerinin yetkili olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır⁴⁹⁷. MÖHUK'ta hangi hâllerin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği açıkça sayılmasa da birazdan belirtilecek olan hâllerin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dâhil olduğu kabul edilmektedir. Taşınmazların aynına ilişkin davalar, iş sözleşmesi ve iş ilişkisi, tüketici sözleşmesi ile sigorta sözleşmelerinden doğan davaların, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi dâhilinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁸. Görüldüğü üzere münhasır yetki, yabancı mahkemeden verilen velâyet kararları bakımından bir tenfiz engeli oluşturmamaktadır. Ancak velâyet hakkından kaynaklanan bir yetki ile, çocuğun taşınmazları üzerinde kötüniyetli bir kullanımı önlemek adına alınan ve taşınmazın aynına ilişkin olan davalarda ve ilgili taşınmaz çocuğun mutad meskeni olmayan Türkiye'de ise nasıl bir yol izlenmelidir? Bu soruya cevap verirken 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi m. 12 ve yetki hükümleri (m. 5 – m. 10) ile MÖHUK münhasır yetki tenfiz engeli birbirine karıştırılmamalıdır. Sözleşmeye

⁴⁹⁵ Tenfizde ahdî ve fiilî mütakabiliyet esaslarını benimseyen Çin'in, bir kararının tenfizi için Almanya'ya talepte bulunması ve Almanya'nın mütakabiliyet şartının gerçekleşmesi için ilk adımı atması, fiilî mütakabiliyet için iyi bir örnektir. EKŞİ, (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., ss. 176-177.

⁴⁹⁶ Sözleşme, 11.05.2018 tarihi itibarı ile şu devletler arasında yürürlüktedir: Arnavutluk, Ermenistan, Avustralya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Küba, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Honduras, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Lesotho, Lüksemburg, Malta, Monaco, Montenegro, Fas, Hollanda, Norveç, Ukrayna, Birleşik Krallık, Türkiye, Uruguay, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Kıbrıs (Türkiye'nin Sözleşmeye eklediği beyanına katıldığımız şerhi ile). <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>

⁴⁹⁷ ŞANLI, a.g.m., s. 75; NOMER, a.g.e., s. 515; EKŞİ, (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 178.

⁴⁹⁸ DOĞAN, a.g.e., ss. 115-118; NOMER, a.g.e., s. 515; Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin tenfiz engeli olduğu durumlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için EKŞİ, (Tanıma ve Tenfiz) a.g.e., ss. 177-217.

göre ülkesinde çocuğa ait mallar bulunan her âkit devlet, çocuğun kişiliğinin ve malların korunmasına ilişkin geçici nitelikte koruma tedbirlerini almaya yetkilidir. Ancak ikinci fıkrada bu yetkinin, m. 5 - m. 10 arasında düzenlenen çocuğun mutad meskeni devleti makamlarının, bu konuda koruma tedbiri alması ile son bulduğu belirtilmektedir. Mahkemenin milletlerarası yetkisini ülke içi yetki kurallarına göre belirleyen MÖHUK m. 40 atfı ile HMK m. 12'ye göre ise taşınmazın aynından doğan davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.

Sözleşme ile çocuğun taşınmazı üzerinde geçici nitelikte koruma tedbiri alınması yetkisi tanınmaktadır. Oysa HMK m. 12'de taşınmazın mülkiyetinde bir değişiklik yaratan davalara ilişkin yetki düzenlenmiştir. Bu demektir ki Sözleşme, HMK m. 12'de taşınmazın aynından doğan davalarda çocuğun taşınmazının bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini sınırlandıran veya kaldıran bir yetki kuralı getirmemektedir. Bu nedenle mutad meskeni Türkiye'de olmayan ve Türkiye'de taşınmazı olan bir çocuğun, taşınmaz üzerindeki aynî hakkını kısıtlayan veya kaldıran bir dava açılması gerekiyorsa bu dava, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde kabul edilip taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılmalıdır.

3. Tenfize Konu Kararın Türk Kamu Düzenine Aykırı Olmaması

Kamu düzeni kavramı, tenfiz engeli olarak uygulandığında, yabancı bir kanun hükmünün uygulanmasını engelleyen kamu düzeni uygulamasından daha dar yorumlanmalıdır⁴⁹⁹. Zira burada kamu düzeni müdahalesi ile yabancı bir mahkeme kararının uygulanmasının önüne geçilmektedir. Yabancı mahkemenin hükmü kurarken dayandığı kanun hükümlerinin Türk hukukunda yer almaması veya Türk hukukuna aykırı olması, o kararın tenfizini engellemeye yeterli değildir⁵⁰⁰. Bu aşamada önemli

⁴⁹⁹ RUHİ Ahmet Cemal, *Türk hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi*, 2.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 82; RUHİ, KAPLAN, a.g.m., s. 648; Yargıtay 11. HD 2012/3809E. 2012/8224K. 18.05.2012T.: 'Tanıma ve tenfiz hukukundaki kamu düzenine aykırılık kavramının, iç hukuktaki emredici kurallara aykırılık kavramından daha dar ve sınırlı bir anlama sahip olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla kamu düzeni gerekçesiyle yabancı mahkeme kararının tenfizine istinaen müdahale edilmelidir.', LALE Muktedir, *Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 442.

⁵⁰⁰ Yargıtay 2. HD 2004/10683E. 2004/13120K. 04.11.2004T. ilamın ilgili kısmı: "Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması tek başına mahkeme kararının tanınması veya tenfizini engelleyici bir sebep olarak görülemez. Türk kamu düzeni, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerinin korunması için sadece kamu düzenine aykırılığı aşkar olan olaylara münhasır olduğunun kabulü gerekir.", www.kazanci.com (Erişim Tarihi 10.05.2018); aynı yönde başka kararlar için RUHİ, a.g.e., s. 84, dn. 281, 282,283,284.

olan tenfizi istenen yabancı mahkeme kararında ‘*hüküm*’ kısmının, Türk hukukunda kabul edilen kamu düzeni kriterlerine açıkça aykırı olmasıdır. Zira yabancı mahkemeden alınan velâyet kararının kamu düzeni müdahalesi engeline takılabilmesi, bu kararın tenfiz edilmesi durumunda hüküm kısmında belirtilen uygulamaların Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturması hâlinde mümkündür⁵⁰¹. Yoksa hüküm kurulurken değerlendirilen kanun maddelerinin Türk hukukunda yer almaması veya Türk kamu düzenine aykırı olması, tenfiz engeli olarak kamu düzeni müdahalesini gerektirmemektedir. Böylece tenfiz hâkiminin yapması gereken inceleme, yabancı velâyet ilâmının hüküm kısmının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığına yönelik olmaktadır⁵⁰².

Yabancı mahkemeden alınan bir kararın, hangi hâllerde Türk kamu düzenine aykırı olacağı konusu yukarıda da açıklandığı üzere somut olarak ortaya konabilen bir konu değildir; ancak Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile tenfiz yargılamasında kamu düzeni müdahalesini doğuran unsurları belirlemiştir. İlgili karara⁵⁰³ göre “*Esas alınması gereken kıstas, yabancı ilâmın Türk hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlâk anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa ‘da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlâk ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır.*”

Görüldüğü üzere geniş bir kavram olan kamu düzeninin, tenfiz yargılamasında değerlendirilmesi aşamasında hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır. Ancak hâkimin, bu takdir yetkisini kullanırken, bu çalışmaya da konu olan velâyet kararları bakımından üstünde sık sık durulan çocuğun üstün yararı ilkesinden hareket etmesi⁵⁰⁴ ve elbette yabancı velâyet kararının tenfiz edilmesi hâlinde Anayasa ve milletlerarası düzeyde

⁵⁰¹ RUHİ, a.g.e., s. 83; ÖZTEKİN GELGEL, a.g.m., s. 67.

⁵⁰² Yargıtay 2. HD 2006/19972E. 2007/15298K. 08.11.20017T.: “*Ortada kesinleşmiş bir mahkeme kararı olduğu için, gerek yabancı kararda uygulanmış olan usûl gerekse kararda yer alan maddî ve hukukî tespitler tanıma ve tenfiz hükmünün inceleme konusu dışındadır.*”, RUHİ, a.g.e., s. 83, dn. 279.

⁵⁰³ YİBGK 2010/1E. 2012/1K. 10.2.2012T. içtihadı birleştirme kararı. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 11.05.2018). Şüphesiz Yargıtay’ın belirlediği bu kıstaslar, *lex fori* olarak tenfiz yargılamasında hâkimin dikkat etmesi gereken ve aslında hâkimi bağlayan unsurlardır.

⁵⁰⁴ ‘... *Velâyetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Velâyet, kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.*’ YHGK 2011/2-884E. 2012/97K. 16.03.2012T., RUHİ, s. 89, dn. 306.

kabul edilen çocuk haklarının ihlâl edilmemesine öncelikle dikkat edildikten sonra Türk toplumu ve Hukuku'nun genel ahlâk, vicdan ve millî birikiminde tamir edilemez hasarların meydana gelmesini önlenmeye çalışması gerekmektedir⁵⁰⁵. Bu konuyu örneklerle somutlaştırmak gerekirse; velâyet hükümlerinin, anne ve baba arasında TMK m.335/1'den kaynaklanan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacak şekilde cinsiyete, ırk veya dine mensubiyet kıstasına göre belirlenmesi⁵⁰⁶, velâyet hakkına sahip ebeveyne diğer ebeveyn ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi kısıtlayabilme yetkisinin verilmesi gibi konular gündeme gelebilir.

Yargıtay'ın bu konuya birebir uyan bir kararında⁵⁰⁷ yerel mahkeme, İsviçre ... Bölge Mahkemesi'nin, tarafların (süre sınırı getirilmeksizin) ayrı yaşamasına ve ortak çocuğun velâyetinin anneye verilmesine ilişkin kararını, TMK m. 171'de düzenlenen ayrılık davasında ayrılık hâlinin 1-3 yıl arasında düzenlendiği, ancak yabancı kararda ayrı yaşamaya ilişkin bir süre sınırı getirilmediği; bu nedenle yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile tenfiz etmemiştir. Temyiz incelemesinde ise Yargıtay, yerleşmiş içtihadı doğrultusunda yabancı ilâma konu ayrı yaşama kararı ile TMK m. 171 ayrılık davasının aynı olmadığını, tenfize konu kararın ayrı yaşamakta haklı olan kadın ve çocuk yararına tedbir nafakası hükmedilmesi ile geçici olarak tedbiren velâyetin davacı anneye bırakılarak, baba ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin olduğunu ve esasen bu düzenlemelerin Türk hukukunda da yer

⁵⁰⁵ GELGEL, a.g.e., ss. 74-75.

⁵⁰⁶ HUYSAL, a.g.e., s. 180.

⁵⁰⁷ Yargıtay 2. HD 2014/25959E. 2015/7165K. 09.04.2015T.: "*Davacı - karşı davalı kadın İsviçre Bölge Mahkemesinin kararı ile tarafların ayrı yaşamalarına karar verildiğini, ayrılık süresince 2009 doğumlu müşterek çocuk Angelina'nın velayetinin kendisine verilerek, kendisi ve çocuk için nafakaya hükmedildiğini belirterek, kesinleşen yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece tanınması istenen yabancı mahkeme kararında ayrılık süresinin belirlenmediği, Türk Medeni Kanununun 171. maddesinde ayrılığın 1 ile 3 yıl arasında süreli olarak düzenlendiği ve süresiz olarak verilen ayrılık kararının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Tanınması istenen yabancı mahkeme ilamı incelendiğinde davanın "evliliğin korunması" davası olarak isimlendirildiği, davacı kadının talebinin de "ayrı yaşamaya müstahik ilan edilmesine" karar verilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Yapılan yargılama sonunda da "Tarafların ayrı yaşamaya müstahik ilan edilmesine, ayrılık süresince müşterek çocuğun velayetinin davacı anneye verilmesine, baba ile kişisel ilişki kurulmasına, davacı kadın ve çocuk yararına belirlenen miktarda nafaka ödenmesine" karar verildiği ve verilen bu kararın da kesinleştiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca dava ayrılık davası (TMK.md.171) olmayıp, ayrı yaşamakta haklı olan kadın ve çocuk yararına tedbir nafakası hükmedilmesi ile geçici olarak tedbiren velayetin davacı anneye bırakılarak baba ile kişisel ilişki kurulmasına (TMK.md. 197/1-2, 185/3, 186/3, 327/1, 329/1) ilişkindir. Karar evliliğin devamı süresince mahkemece eş ve çocuk yararına alınan önlemlere ilişkindir. Türk Medeni Kanununda da düzenlemesi bulunan ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyen kesinleşmiş yabancı mahkeme ilamıyla ilgili talebin kabulüne karar verilecek yerde...*", www.emsal.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi 15.05.2018).

aldığını (TMK m. 197/1-2, 185/3, 186/3, 327/1, 329/1) belirterek ilgili yabancı mahkeme ilâmının Türk kamu düzenine aykırı olmadığı bu nedenle de tenfiz edilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.

Yargıtay'ın bu kararında yerel mahkeme tarafından hüküm kurulurken, ayrılık hâli (TMK m. 170 – m. 172) ile birlikte yaşamaya ara verilmesi (TMK m. 197) hâli karıştırılmıştır. Öncelikle kural olarak eşlerin birlikte yaşamaları gerekmektedir (TMK m. 185/3)⁵⁰⁸. Ancak bazı hâllerde kanun, eşlere evlilik birliğini sona erdirmeden farklı bir konutta yaşama hakkını da istisnâ olarak tanımaktadır.

Türk Medeni Kanunu m. 170 vd. düzenlenen ayrılık hâlinin var olabilmesi için boşanmada aranan şartların bulunması gerekmektedir⁵⁰⁹. Zira boşanma sebebi ispatlanmış ise boşanmaya veya ayrılığa karar verme konusunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır (TMK m. 170/1). Burada amaç, boşanma sebeplerinden birinin olması durumunda tarafların evlilik birliğini sürdürebilme, diğer bir ifade ile evliliğin ortak hayatına geri dönme ihtimalleri olduğunda hâkimin boşanma yerine ayrılık kararı verme takdir yetkisini kullanarak eşlere evliliğin devamı yönünde bir fırsat tanınmasıdır. Eğer ayrılık kararının kesinleşmesinden itibaren en az bir en fazla üç yıla kadar tanınan ayrılık hâlinde eşler ortak hayata devam edemezlerse, açılan boşanma davasında hâkim bu sefer tarafların boşanmasına karar vermek durumundadır (TMK m. 172).

Ayrılık hâlinde ise evlilik hâlen devam etmekte ve dolayısıyla çocuğun velâyeti hem annesi hem de babasındadır. Ancak bu ayrılık süresinde çocuk, ebeveynlerinden biri ile yaşamaya devam etmek durumunda olduğundan diğer ebeveyni ile arasında bir kişisel ilişki tesis edilmesi gerekmektedir. Ayrılık hâlinde çocukla kişisel ilişki tesisi hususu, boşanma hâlinde çocuğun velâyete sahip olmayan taraf ile kişisel ilişkinin düzenlenmesi ile aynıdır ve hatta çocukla kişisel ilişki tesis edilen ebeveynin, çocuğun eğitim, bakım vb. masraflarına gücü oranında ortak olma sorumluluğu devam etmektedir (TMK m. 182/1-2).

Ayrı yaşamaya ara verilmesi hâlinde ise ortak hayat sebebi ile kişiliği, ekonomik güvenliği veya aile huzurunun ciddi şekilde tehlikeye düştüğünü düşünen ve haklı bir gerekçesi bulunan eşlerden her biri ayrı yaşama hakkına yani ayrı bir konut edinme hakkına sahip olmaktadır (TMK m. 197/1). Boşanma ve ayrılık davası açmak için gereken şartlar kadar ağır sebepler gerektirmeyen bu durumda, herhangi bir zaman

⁵⁰⁸ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s.113; HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 81.

⁵⁰⁹ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 275.

sınırlaması yoktur. Evlilik, ayrılık hâlinde olduğu gibi ortak yaşamaya ara verilmesi hâlinde de devam etmektedir ve çocuğun velâyeti de hem anne hem babadadır. Ancak fizikî olarak, eşlerden biri çocuk ile yaşayamadığından o eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesi gerekmektedir. Esasen ayrılık hâli de ortak yaşamaya ara verilmesi hâli de eşlerin, ortak hayata devam edip edemeyeceklerini test etmeleri için kendilerine sunulan boşanma öncesi fırsatlardır. Sonuçları birbirine benzer olan bu iki durumun önemli iki farkı⁵¹⁰, sebeplerinin birbirinden farklı olması ve ayrılığın en fazla üç yıl süre ile verilmesi ortak yaşamaya ara verilmesinin ise bir süre ile sınırlandırılmamasıdır.

Bu açıklamalardan sonra Yargıtay'ın kararın tenfiz edilmesi gerektiğine hükmetmesi yerinde olmuştur. Yabancı mahkeme kararının, TMK m. 197 ile düzenlenen birlikte yaşamaya ara verilmesi hâli ile birebir uyduğu ortadadır ancak; çocuğun üstün yararının korunması bakımından önemli olan, kararın TMK m. 197 ile uyumlu olmasından ziyade çocuğun menfaatinin de bu yönde olmasıdır. Kararda tartışılması gereken asıl konu eşler, birlikte yaşamaya ara verdiğinde çocuğun velâyetinin ve diğer ebeveyn ile kişisel ilişki tesisinin bundan en az zarar görecektir şekilde düzenlenmesidir. Her ne kadar ayrı yaşamaya ara verilmesi için taraf iradelerinin yeterli olup olmadığı veya hâkimden izin alınması gerekip gerekmediği konuları doktrinde tartışılmalı olsa da bu durum tenfiz engeli oluşturan bir sebep değildir.

Başka bir kararında ise Yargıtay, yabancı mahkemenin boşanma kararında çocuk ile baba arasında kişisel ilişki ve nafaka düzenlemelerinin bulunmamasını, Türk kamu düzenine aykırı kabul etmemiştir⁵¹¹. Bu eksikliklerin, tekrar talep hâlinde

⁵¹⁰ Ayrılık hâli TMK m. 170'e göre boşanma sebeplerinden birinin bulunması durumunda ancak bir hâkimin karar verebildiği bir durumdur. Oysa aynı netlik birlikte yaşamaya ara verme hâli için geçerli değildir. Zira TMK m. 197/1 hükmünde, birlikte yaşamaya ara vermek, kullanılması, sayılan üç sebebin varlığı ve bir haklı gerekçesi bulunan bir hak olarak eşlerden birine tanınmıştır. Ancak bu hakkın yalnızca eşler tarafından kullanılması gerektiği veya bu kararın hâkim tarafından verilmesi gerektiği yönünde doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Çoğunluk görüşü, ortak hayata ara verme yetkisine eşlerin sahip olduğunu kabul etmektedir. Bu kararı almak için mutlaka hâkim kararına ihtiyaç yoktur. Ancak çocuğun kimde kalacağı, malvarlığının paylaşımlı kullanımının nasıl olacağı veya nafaka gibi ayrı yaşama sonucu doğabilecek sorunlarda önlem alınması gerekmektedir. Bu durumda hâkime başvurmak ayrı yaşama sürecinin sağlıklı işlemesi bakımından önemlidir. Ayrıca ailesinin, kişiliğinin veya ekonomik güvenliğinin ortak hayat nedeniyle ciddi tehlikede olduğunu düşünen ve bu nedenle evi terk eden eşin hâkime başvurması ve haklı sebebin varlığının hâkim tarafından da tespit edilmesi durumunda ayrı konuta yerleşen eş hakkında terk nedeni ile boşanma davası açılmamaktadır. İlgili görüşler için bkz. AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s.136 dn.23; AYAN Serkan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 1.b., Ankara: TBB Yayınları, Mart 2004, s. 227, dn. 112. Diğer bir görüşe göre ise bu kararın mutlaka hâkim tarafından alınması gerekmektedir. GÜVEN Kudret, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Getirdiği Hukukî Tedbirler", *Gazi Üniversitesi HFD*, C.2, S.1-2, Haziran – Aralık 1998, s. 5.

⁵¹¹ Yargıtay 2. HD 2004/3609E. 2004/4423E. 07.04.2004T.: "Yabancı boşanma kararında; velayetleri annelerine verilen müşterek çocuklar için iştirak nafakasına hükmedilmemiş olması ve babanın

giderilebileceği gerekçesine dayandırılan Yargıtay'ın bu kararını, kişisel ilişki ve nafaka kararının, çocuğun yararını en üst seviyede korumak adına en kısa zamanda alınması gerektiği düşüncesiyle yerinde bulmaktayız.

Velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarında en sık karşılaşılan ve kamu düzeni engeline en çok takılan konu ise boşanma ve evlilik dışı ilişki hâlinde çocuğun velâyetinin hem anneye hem babaya verildiği ortak velâyet konusudur. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere Yargıtay, içtihad değişikliğine gitmeden önce, yabancı mahkemelerden verilmiş, çocuğun velâyetini hem anneye hem babaya bırakan boşanma kararlarının tenfizi yargılamalarında ortak velâyetin, Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile ortak velâyete ilişkin kararların tanıma ve tenfiz taleplerini reddetmekte idi⁵¹². Yargıtay, bu konuda ret kararının gerekçesini, velâyetin kamu düzeninden olması ve bu nedenle ortak velâyet düzenlemesinin Türk Medeni Kanunu'na aykırı olması düşüncelerine dayandırmıştır. Ancak 2017 yılında bu konuda içtihad değişikliğine giden Yargıtay çalışma dâhilinde daha önce de üzerinde durulan bir kararı ile ortak velâyetin Türk hukukunda da kabul edilebileceğinden, yabancı mahkeme kararının, Türk kamu düzenine aykırı bulunarak tenfizinin reddedilmesi yerine kararın incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵¹³.

çocuklarla kişisel ilişkisinin düzenlenmemesi, bu düzenlemenin çocuk koruma kurumunun tavsiyesinden sonraya bırakılması, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz. Zira, baba kişisel ilişkisinin düzenlenmesini, sonradan isteyebileceği gibi, sonradan da çocuklar için iştirak nafakası istenebilir. Hükmün, bu konularda eksiklik taşıması kamu düzenini zedelemesiz., www.kazanci.com (Erişim Tarihi 25.05.2018).

⁵¹² Yargıtay 2. HD 2014/7356E. – 2014/13375K. Ve 16.06.2014T. : “Almanya Herzberg Harz Yerel Mahkemesince 11.12.2008 tarihinde tarafların boşanmalarına karar verilmiş ve karar 17.12.2008 tarihinde kesinleşmiştir. Tenfizi istenilen ilamda 25.01.2001 doğumlu müşterek çocuk Fatma'nın velayetinin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına karar verilmiştir. Yabancı mahkemenin müşterek çocuğun velayetine ilişkin düzenlemesi 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa aykırıdır.”; aynı yöndeki diğer Yargıtay kararları, 2. HD 2006/2773E. 20016/9267K 12.06.2006T, 2. HD 2004/12285E. 20014/13680K. 22.11.2004T. www.kazanci.com (Kararlara erişim tarihi 29.04.2018). “Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi hâlinde hâkim velâyeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. (MK. m. 336) Velâyet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocukların velâyetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanunu'na aykırıdır. (MÖHUK. m. 38/c) Gerçekleşen bu durum karşısında ilamın velâyete ait kısmı hakkındaki tenfiz isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD 2004/13947E. 2004/15854K. 27.12.2004T. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 21.01.2018); Yargıtay 2. HD 2003/4019E. 2003/5500K. 15.04.2003T.; Yargıtay 2. HD 2003/3784E. 2003/4670K. 02.04.2003T.; 2006/6824E. 2006/13638K. 10.10.2006T. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 20.02.2018); Yargıtay 2. HD 2012/21186E. 2013/7440K. 19.03.2013T. www.karartek.com (Erişim Tarihi 23.02.2018); Yargıtay 2. HD 2016/10540E. 2016/11377K. 09.06.2016T. www.karartek.com (Erişim Tarihi 23.02.2018).

⁵¹³ Yargıtay 2. HD 2016/15771E. 2017/1737K. 20.02.2017T.: “Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.

Ancak bir uygulamanın niteliği gereği kamu düzeninden sayılması, milletlerarası özel hukuk boyutunda kamu düzeni engeli ile karşılaşmasını doğurmaz⁵¹⁴. Bu nedenle Yargıtay'ın yabancı mahkemelerin ortak velâyet kararlarının tenfizi yargılamalarında dayandığı bu gerekçe doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁵¹⁵.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2016/15771E. 2017/1737K. 20.02.2017T kararı ile Türkiye tarafından onaylanan 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol gereği, “iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velâyet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.” demek suretiyle ortak velâyetin bu karardan sonra kamu düzeni müdahalesi engeline takılmayacağı veya en azından ortak velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının esası incelenmeden tanıma tenfiz taleplerinin kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddedilmeyeceği söylenebilir. Kaldı ki Yargıtay'ın içtihad değişikliğine gitmesinden sonra yerel mahkeme ve Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) bünyesinde de çocuğun velâyetinin hem anneye hem babaya verildiği kararlara da rastlanılmaktadır⁵¹⁶. İlgili emsâl mahkeme kararları da göstermektedir ki; eşlerin ortak velâyet yönünde taleplerinin olduğu ve en önemlisi çocuğun üstün yararının bu düzenlemeden zarar görmediği⁵¹⁷ hâkim tarafından tespit edildiğinde, velâyetin hem anneye hem babaya verilmesinin Türk kamu düzenine aykırı olmadığı kabul edilmektedir.

O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek millî hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken.....” www.kazanci.com (Erişim Tarihi 20.01.2018). Yargıtay'ın içtihad değişikliği sonrası verdiği yakın tarihli bir kararı ise şöyledir: “*O halde yabancı mahkeme ilamının tanınmasına ilişkin diğer koşulların da (5718 s. MÖHUK m.58) olduğu ve tarafların ortak velayet konusunda çekişmelerinin bulunmadığı anlaşılacakla, mahkemece yabancı mahkeme kararının velayete ilişkin kısmının da tanınmasına karar verilecek yerde, isteğin Türk Kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”*, Yargıtay 2. HD 2016/18674E. 2017/13800K. 14.12.2017, www.emsal.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi 10.05.2018), bir hatayı düzeltmek adına hemen belirtmek gerekir ki velâyet kararları tanıma değil tenfize tabi kararlardandır. Bu nedenle tanıma tabirinin sehven kullanıldığı düşüncesindeyiz.

⁵¹⁴ GELGEL, a.g.e., s. 72.

⁵¹⁵ ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, a.g.e., ss. 86-87; GELGEL, a.g.e., ss. 72-74.

⁵¹⁶ Çorlu 1. Aile Mahkemesi kararına ilişkin haber için bkz., ‘Boşanan Çifte Ortak Velâyet Hakkı’, www.milliyet.com, 24.04.2017, Erişim Tarihi 20.07.2018); Gaziantep BAM 2. HD kararına ilişkin haber için bkz. ‘Bölge Adliye Mahkemesinde İlk Kez Ortak Velâyet Kararı’, www.hurriyet.com, 02.11.2017, Erişim Tarihi 20.07.2018).

⁵¹⁷ Çorlu 1. Aile Mahkemesi kararının ilgili kısmı şöyledir: ‘Somut olayda her iki tarafın da velayet hakkından vazgeçmek istemediği, hazırladıkları protokolde velayeti ortak kullanmak istediklerini açıkça beyan ettikleri, çocukların ne zaman ve ne kadar süreyle kimin yanında kalacaklarını belirledikleri ve

Bu durum, kamu düzeni kavramının, toplumun sosyo-kültürel yapısında meydana gelen değişikliklere uyum sağlamak adına genişleyip daralabileceğine en güzel örnektir. Zira ortak velâyet konusundaki bu içtihad değişikliği, ETMK zamanında eşlerin bir anlaşmazlığa düşmesi hâlinde kocanın oyunun geçerli olacağı düzenlemesi mevcutken, evlilik birliği devam ettiği sürede ortaya çıkan anlaşmazlıkta kocanın görüşü yönünde karar verilmesi talebinin, kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmadığı, oysa TMK'ya göre eşler arası eşitlik ilkesinin kabul edilmesi ile günümüzde bu taleplerin kamu düzenine aykırı kabul edilebilmesi durumu ile benzerlik göstermektedir.

Ortak velâyet konusu Türk hukukunda fikir birliğine varılan bir konu değildir. Çoğunlukla bir evlenmenin sona ermesi hâlinde değerlendirilen bir konu olduğundan evlenme, ortak velâyet ve çocuğun üstün yararı birlikte ele alınmalıdır. İlk olarak evlenmenin, hüküm ve sonuçlarını yalnızca evlenme iradesi ile hayatlarını birleştiren bireyler üzerinde doğurarak onları normal bir kadın ve erkek iken karı ve koca konumuna getirdiği unutulmamalıdır. Ancak yalnızca evlenen iki kişinin evliliği oluşturan iradesi, evlilik devam ederken meydana gelen gelişmeler nedeniyle tam aksi yönde değişebilmektedir. Bu durum, taraf iradeleri ile kurulan bir akit olan evliliğin yine taraf iradeleri ile (elbette bir mahkeme kararına dayanarak) hukuken sona ermesidir. Ancak evlilik sona ererken bu sefer hüküm ve sonuçlarını yalnızca eşler üzerinde doğurmamaktadır. Çocuğun olması durumunda, eşlerin evliliği sona erdirmeye iradeleri, en ağır sonuçlarını bu sona erme olgusunda payı ve illiyet bağı olmayan çocuğun yaşam alanında doğurmaktadır. Oysa çocuğun velâyet hakkından doğan kazanımları, anne ve baba arasındaki uyuşmazlıktan her zaman üstün tutulmalıdır.

Her tenfiz incelemesinde olduğu gibi ortak velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfiz incelemesinde de kamu düzeni ölçütü değerlendirilirken Yargıtay'ın belirlediği kıstaslar dikkate alınmalıdır. Buna göre ortak velâyetin, *Türk genel adap ve ahlâk anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa 'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlâk ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve*

giderlere de beraber katılmak istedikleri, ortak velayet talebinin küçüklerin yüksek menfaatini ve güvenliğini tehlikeye düşürecek bir şekilde değil, fiziksel ve ruhsal gelişimlerine olumlu katkı sağlayacak şekilde düzenlendiği, anlaşma şartlarının tümünün mahkememizce de uygun bulunduğu anlaşıldı.', www.milliyet.com, 24.04.2017, Erişim Tarihi 20.07.2018).

ekonomik rejimine aykırılık oluşturup oluşturmadığı ve toplumda telafisi zor zararlar doğurup doğurmadığı değerlendirilmesi yapılmalıdır. Bu açıklamadan hareketle özellikle yeni Medeni Kanun ile eşler arasında eşitliğin aile hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerde etkinliğinin arttırıldığı, çocuğun yararı ilkesinin, ÇHS ve ÇHKİAS hükümleri kapsamında Türk hukukunda uygulama alanının arttırıldığı ve dolayısıyla çocuğu ilgilendiren her uyuşmazlıkta ilk olarak ve en yoğun şekilde çocuğun yararının korunması gerektiği kabul edildiğinden ortak velâyet konusunun Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelere, anayasada korunan temel hak ve özgürlüklere ve toplumun genel ahlâk ve adap anlayışına açıkça aykırı olmadığını düşünmekteyiz. Ancak ortak velâyetin çocuk açısından sakıncalı olduğu durumlarda elbette istisnâî olarak çocuğun velâyetinin eşlerden birinde olması gerekmektedir.

Yargıtay içtihadlarında velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde kamu düzeni değerlendirmesinde karşılaşılan diğer bir konu da tenfize konu kararda velâyete ilişkin hüküm kurulmamasıdır. Yabancı mahkemenin boşanma kararında velâyete ilişkin hüküm kurulmamasını, Türk kamu düzenine aykırı bularak karara ilişkin tenfiz talebinin reddedildiği bir ilk derece mahkemesi kararını Yargıtay, yabancı mahkeme kararında velâyetin düzenlenmemesinin; Türk kamu düzenine aykırı olmadığı, velâyetin sonradan dava açılarak da düzenlenebileceği gerekçeleri ile bozarak bunu tenfiz engeli olarak kabul etmemektedir⁵¹⁸. Başka bir karar da ise yerel mahkeme, velâyete ilişkin hüküm bulunmayan yabancı boşanma kararının tenfiz yargılamasında velâyeti de düzenlemiştir. Tenfiz hâkiminin çocuğun velâyetini düzenlediği bu kararı ise Yargıtay revizyon yasağı kapsamında değerlendirerek bozmuştur⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Yargıtay 2. HD 2004/6723E. 20014/7597K. 10.06.2004T.: “Mahkeme velayet düzenlemesi yapılmamasını kamu düzenine aykırılık olarak yorumlamıştır. Müsterek çocuk 1998 doğumlu Ali'nin velayetinin düzenlenmemiş olması kamu düzenine aykırılık oluşturmaz. Her an bu eksikliğin giderilmesi velayet düzenlenmesinin yapılması imkân dahilindedir.”, www.kazanci.com (Erişim Tarihi 17.02.2018); 2. HD'sinin aynı yönde diğer bir kararı 2011/21713E. 2012/22140K. 24.9.2012T., www.kazanci.com (Erişim Tarihi 21.01.2018).

⁵¹⁹ Yargıtay 2. HD 2016/7298E. 2016/9591K. 10.05.2016T.: “Mahkemeye bozmaya uyulmuş ise de; oluşturulan ikinci kararda tanıma ve tenfiz kararı verildikten sonra yabancı mahkeme ilamında yer almayan ve mahkeme ilamına göre farklılık arz edecek şekilde düzenlemelere yer verilerek yeniden hüküm kurulmuştur. Yabancı mahkemeye verilen boşanma kararının tenfiz ve tanınması istemine dair davalarda, koşullarının varlığı halinde tenfiz ve tanıma karar verilmekle yetinilir. Mahkemeye, tenfiz kararı ile yetinilmeyip yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”, www.kazanci.com (Erişim Tarihi 28.05.2018). Konu itibari ile ilgili olan bu iki karar değerlendirildiğinde Yargıtay'ın, çocuğun velâyetinin düzenlenmediği yabancı boşanma kararlarının tenfiz yargılamasında bu eksikliğin Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirecek bir eksiklik olmadığı bu nedenle kararın tenfiz edilebileceği; ancak velâyete ilişkin taleplerin ayrı bir talep ve dava konusu yapılması gerektiği tenfiz hâkiminin o talebi değerlendiremeyeceği görüşünde olduğu tespit edilmiştir.

4. Davalının Savunma Hakkının Engellenmemesi

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun m. 54/ç: “*O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usûlüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.*”

Burada üç durum karşımıza çıkmaktadır. Davalının, mahkemeye usûlüne uygun çağrılmaması; davalının mahkemede temsil edilmemesi veya davalının gıyabında ya da yokluğunda karar verilmiş olması. Her üç halin de tenfiz engeli olabilmesi için davalının, tenfiz incelemesi sırasında kural olarak bu itirazlarda bulunmamış olması gerekmektedir. Zira savunma hakkı ihlâlinin, Türk mahkemesine göre kamu düzeni müdahalesini gerektirecek boyutta olduğu kanaatine varılırsa bu durum, tenfiz engeli olarak değerlendirilebilmektedir⁵²⁰.

C. TENFİZ USÛLÜ

Tenfiz yargılamasında MÖHUK m. 51/1’e göre görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemeleridir. Ancak Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun m.4/2⁵²¹, bu kurala bir istisna getirmiş ve aile hukukundan kaynaklanan yabancı unsurlu davaların tenfizinde, Aile Mahkemelerini görevli kılmıştır. Yetki ise

Tenfiz yargılamasında her ne kadar esasa girme yasağı bulunsa da velâyetin özel durumu nedeniyle düzenlenmesindeki gecikmeler çocuğun gelişimini, yaşantısını önemli derece etkilemektedir. Türk vatandaşı anne ve İngiliz vatandaşı baba İngiltere’de boşanmış ve kararda velâyete ilişkin düzenleme yapılmamış ise bu kararın Türkiye’de tenfizi söz konusu olduğunda çocuğun velâyetinin revizyon yasağı gereği tenfiz yargılamasında düzenlenmemesi ve velâyetin düzenlenmesine ilişkin yeni dava açılması hâlinde geçen süre zarfında, anne ve babası farklı ülkelerde yaşayan çocuğun hangi ebeveyni ile yaşayacağı sorunu ortaya çıkararak hem anne hem baba çocuğun kendisi ile kalmasını talep edebilecektir. Bu nedenle çocuğun yararı ilkesini bu aşamada etkin olarak uygulayarak tarafların talebi olmasa bile (velâyetin kamu düzeninden olduğu gerekçesi ile) çocuğun velâyeti tenfiz hâkimi tarafından düzenlenebilmelidir.

⁵²⁰ EKŞİ, (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 308.

⁵²¹ RG. 18.01.2003T. – 24997.

Madde 4: “*Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler:*

22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler,

20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi,

Kanunlarla verilen diğer görevler.”

davalının Türkiye’de yerleşim yeri, yerleşim yeri yoksa mutad meskeni, her ikisinin de bulunmaması hâlinde İstanbul, Ankara, İzmir mahkemelerine aittir (m. 51/2).

Hukukî yararı bulunan herkes tenfiz talebinde bulunabilir (MÖHUK m. 52/1). Önemli olan hukukî yarar konusudur, taraflardan birinin Türk vatandaşı olması gerekmemektedir⁵²². Hukukî yarar konusu, usûle ilişkin bir konu olduğundan vasıflandırması tenfiz hâkimi tarafından yani *lex fori*’ye göre yapılmalıdır. Türk hukukunda hukukî yarar kavramından anlaşılması gereken, kişinin bir hakkını ancak dava açarak koruyabilmesi, daha açık ifade ile dava yolu dışında başka bir yol ile hakkına kavuşamaması durumudur⁵²³. Hâkimin re’sen inceleme yetkisine giren ve taraflarca da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilen⁵²⁴ hukukî yarar konusu, dava şartı niteliğinde olduğundan, eksikliği davanın esasın incelemesine geçilmeyi engellemekte ve reddi sonucunu doğurmaktadır⁵²⁵.

Tenfiz dilekçesine “*Yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usûlen onanmış aslı veya ilâmi veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi; İlâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usûlen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi*’ (MÖHUK m. 53) eklenmelidir. Yukarıda genel ve soyut olarak açıklandığı üzere bu belgelerin eksikliği tenfiz talebinin reddi sonucunu doğurmaktadır.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere MÖHUK’ta düzenlenen tenfiz usûlünde, tarafları gereksiz prosedür uygulamalarına sürüklemeyen basit düzenlemeler kabul edilmiştir. Aslolan yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesidir. Ayrıca bu usûl uygulanırken Sözleşmede belirtildiği gibi hızlı hareket edilmeli, çocuğun, menfaatinin korunması ölçüğünde bir an önce olağan yaşam şartlarına dönmesi sağlanmalıdır.

⁵²² NOMER, a.g.e., s. 529.

⁵²³ KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., ss. 253-254.

⁵²⁴ NOMER, a.g.e., s. 529.

⁵²⁵ KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., s. 248.

III. VELÂYETE İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE GÖRE TANIMA VE TENFİZ

A. GENEL OLARAK

Velâyete ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu ve yürürlükte bulunan uluslararası sözleşmelerden 1961 La Haye Sözleşmesi, 1980 Avrupa Sözleşmesi, 1996 La Haye Sözleşmesi'nin tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri bu başlık altında incelenmektedir. 1961 La Haye Sözleşmesi, özellikle çocukların ve mallarının korunmasına ilişkin önlem alınması gereken durumlarda ilgili makamların yetkisini ve uygulanacak hukuku düzenlemeye dair ayrıntılı hükümler içermekte; fakat tanıma ve tenfiz konusunda beklenen faydayı sağlamamaktadır. Bu nedenle 1961 La Haye Sözleşmesi'ndeki bu eksikliği gidermek amacıyla 1980 Avrupa Sözleşmesi akdedilmiştir. 1980 Avrupa Sözleşmesi de velâyete ilişkin kararların yalnızca tanınması ve tenfizini düzenleyerek âkit devletler arasında bu konunun yeknesaklaştırılmasını hedef almıştır. Böylelikle 1961 La Haye Sözleşmesi ile 1980 Avrupa Sözleşmesi için birbirinin tamamlayıcısı olduğunu söylemek mümkündür. Son olarak 1996 La Haye Sözleşmesi'nin imzalanması ile 1961 La Haye Sözleşmesi'nin her iki sözleşmeyi de imzalayan devletler açısından bir etkinliği kalmadığından hem uygulanacak hukuk ve makamların yetkisini hem de tanıma ve tenfiz hükümlerini içeren 1996 La Haye Sözleşmesi, velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda her âkit devletin ilk olarak dikkat etmesi gereken hükümleri düzenlemektedir. Aşağıda bu üç sözleşmenin tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri sırası ile ele alınacaktır.

B. 1961 TARİHLİ KÜÇÜKLERİN KORUNMASI KONUSUNDA MAKAMLARIN YETKİSİNE VE UYGULANACAK KANUNA DAİR SÖZLEŞME

Sözleşmeye taraf olan devletlerin idarî makamları veya yargı makamı, ülkelerinde bulunan çocuklar veya çocukların malları hakkında tedbir kararı almakta yetkili olduklarında, alınmış olan bu tedbir kararlarının, diğer âkit devletlerde tanınacağı

düzenlenmiştir (m. 7/1). Burada tanınmanın herhangi bir prosedüre tabi tutulmaksızın doğrudan yapılması gerektiği anlaşılmaktadır⁵²⁶.

Sözleşmede tanıma ile ilgili uyulması gereken tek koşul, alınan tedbir kararının, Sözleşmede belirtilen uygulanacak hukuk ve yetki kurallarına uygun olarak alınmış olmasıdır⁵²⁷.

C. 1980 TARİHLİ ÇOCUKLARIN VELÂYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ İLE ÇOCUKLARIN VELÂYETİNİN YENİDEN TESİSİNE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Sözleşme m. 7 uyarınca, âkit bir devlette alınan velâyete ilişkin kararın diğer âkit devletlerde tanınması ve tenfiz edilmesini düzenlemiştir. M. 8, m. 9 ve m. 10'da ise çocuğun haksız götürülmesi durumlarında alınan velâyete ilişkin kararlarına ilişkin tanıma ve tenfiz ret sebepleri sayılarak, hangi durumlarda velâyete ilişkin kararların, âkit devletlerde tanıma ve tenfizin mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Böylece bu ret sebeplerinden birinin var olmadığı her velâyete kararını diğer âkit devlette tanınıp, tenfiz edilebilmektedir.

Âkit devletlerde alınan bir velâyete kararı, diğer âkit devletlerde tanınır. Velâyete kararının tenfiz edilebilmesi için ise kararın verildiği devlet hukukuna göre icrasının mümkün olması gerekmektedir (m. 7). Görüldüğü üzere Sözleşme'de velâyete ilişkin kararların tanınmasında, doğrudan tanıma, kararın verildiği devlet hukukuna göre icra edilebilir nitelikteki kararların tenfizinde ise doğrudan tenfiz yöntemi benimsenmiştir. Böylece ilgili kararlar, Sözleşme'de belirtilen tanıma ve tenfiz ret sebebinin bulunmaması koşulu ile kural olarak herhangi bir tanıma veya tenfiz kararına gerek kalmadan ilgili diğer âkit devlette kabul edilip uygulanabilmektedir⁵²⁸.

Sözleşme bazı şartların gerçekleşmesi hâlinde bir tanıma veya tenfiz kararına gerek olmadan velâyete kararının tanınıp tenfiz edilebildiğini düzenlemiştir. Buna göre anne, baba ve çocuğun aynı devlet vatandaşı oldukları ve çocuğun mutad meskeninin de

⁵²⁶ EKŞİ (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 361.

⁵²⁷ EKŞİ (Tanıma ve Tenfiz), a.g.e., s. 360; HUYSAL, a.g.e., s. 189.

⁵²⁸ SAYMAN Yücel, "Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor", *MHB*, Yıl 16, S.1-2, 1996, s. 130.

o devlette olduğu hâllerde⁵²⁹ haksız götürme söz konusu olduğunda, herhangi bir merkezi makama, çocuğun iadesi için haksız götürmeden itibaren altı ay içerisinde başvurulması şartıyla herhangi bir tanıma veya tenfiz kararına gerek olmaksızın ve Sözleşme'nin ret sebeplerine bağlı kalınmaksızın çocuğun iadesi gerçekleştirilebilmektedir⁵³⁰ (m. 8/1-a, b). Ancak çocuğun iadesi, talepte bulunulan devletin hukukuna göre tanıma veya tenfiz kararının alınmasını gerektiriyor ise bu kararın alınması sonrası çocuğun iadesi gerçekleştirilmektedir. Talep edilen devletin makamları, tanıma veya tenfiz kararını alırken, Sözleşme'nin ret sebepleri ile bağlı değildir. Doğrudan tenfizin kabul edilmediği bu istisnaî durumda, talep edilen devletin bu yetkisini, belirli hâllerde kullanması gerektiği ifade edilse de⁵³¹ belirli hâllerin neler olduğuna açıklık getirilmemiştir.

Anne, baba ve çocuğun vatandaşı olduğu devletlerin veya çocuğun mutad meskeni devleti ile vatandaşı olduğu devletin farklı olması⁵³² gibi m. 8/1'de belirtilen hâlden farklı olan durumlardaki haksız götürmeden kaynaklanan tanıma ve tenfiz ret sebepleri ise m. 9'da düzenlenmiştir. İlgili hükme göre ret sebepleri şunlardır;

- a. Velâyet kararının, davalının veya vekilinin yokluğunda verilmiş olması,
- b. Velâyet kararının, davalının mutad meskeni, anne veya babadan en az birinin hâlen orada oturuyor olması şartıyla ana ve babanın son müşterek mutad meskeni veya çocuğun mutad meskeni devletin yetkili makamlarından alınmamış olması,
- c. Tanıma ve tenfizi istenen kararın, götürülmeden önce alınan karara aykırı hükümlerinin (bu devlette, haksız götürülme öncesi bir yıl mutad olarak oturmuş olma şartı ile) bulunması (m.9/1).

Madde 8'de düzenlenen altı aylık süre burada da uygulanmakta ve ilgilinin herhangi bir merkezi makama haksız götürmeden itibaren altı ay içerisinde başvuru yapması gerekmektedir (m. 9/2). Aksi hâlde bunlar da ret sebebi sayılmaktadır.

Haksız götürme hâli dışında veya ilgilinin altı aylık başvuru süresini kaçırmaması durumunda ise ret sebepleri m. 10'da sayılmıştır. Bunlar;

⁵²⁹ Bu durumun, çocuğun haksız götürüldüğü tarih veya haksız götürmeye sebep olan davanın açıldığı tarihte var olması gerekmektedir. SAYMAN, a.g.m., s. 130; TANRIBİLİR, (1980 Avrupa Sözleşmesi), a.g.m., s. 86.

⁵³⁰ Sözleşme'deki ret sebepleri ile bağlı kalınmaksızın gerçekleştirilen tanıma ve tenfiz yolu ile çocuğun iadesi sağlanmaktadır. SAYMAN, a.g.m., s. 131.

⁵³¹ TANRIBİLİR, (1980 Avrupa Sözleşmesi), a.g.m., s. 86.

⁵³² TANRIBİLİR, (1980 Avrupa Sözleşmesi), a.g.m., s. 87.

- a. Tanıma ve tenfizi istenen kararın, talepte bulunulan devletin aile ve çocuk hukuku prensiplerine açıkça aykırı olması⁵³³ (m. 10/1-a),
- b. Şartlarda meydana gelen değişiklikler nedeni ile tanıma ve tenfizi istenen kararın artık çocuğun yararına olmayacağı kanaatinin hasıl olması⁵³⁴ (m. 10/1-b),
- c. Çocuğun talepte bulunulan devlet vatandaşı olması veya mutad meskeninin bu devlette bulunması; ancak kararın alındığı devlet ile arasında böyle bir bağın bulunmaması ya da çocuğun her iki devletin de vatandaşı olmasına rağmen mutad meskeninin talepte bulunulan devlette olması hâlleri (m. 10/1-c),
- d. Madde 9/1-c’de düzenlenen duruma benzer olarak, talep edilen tanıma ve tenfiz kararı önceden verilmiş olan velâyet kararı ile bağdaşmaması ve bu durumun çocuğun yararına olması (m. 10/1-d) hâlleridir.

Bunun dışında aynı yöndeki tanıma ve tenfiz taleplerinin bazı hâllerde ertelenebileceği de düzenlenmiştir (m.10/2). Bunlar da ilk karar hakkında olağan kanun yoluna başvurulması, tanıma ve tenfiz talep edilen devlette, aynı yönde daha önce açılmış olan davanın derdest olması ve çocuğun velâyetine dair başka bir kararın tanıma ve tenfiz yargılamasının devam ediyor olması hâlleridir.

Çocukla kişisel ilişki kurulması veya velâyet kararında çocukla kişisel ilişki kurulacağına dair hüküm de tanıma ve tenfiz yönünden m. 8, m. 9 ve m. 10 hükümlerine tâbidir (m. 11/1). Eğer ki velâyet kararında şahsi ilişki tesis edilmemiş veya velâyet kararının tanıma ve tenfizi reddedilmişse ilgili kişi, talepte bulunulan devletin yetkili makamlarına, şahsî ilişkinin düzenlenmesi amacıyla başvurabilmektedir (m. 11/3).

Tanıma ve tenfiz talebinde uygulanacak usûl Sözleşme’de m. 13 ile m. 16 arasında düzenlenmiştir. Buna göre, ilgili her kişi, âkit bir devletten alınan velâyet kararının başka bir âkit devlette tanınmasını veya tenfiz edilmesini, o devletin merkezî makamına, tenfiz veya tanıma talebine ilişkin dilekçesi ile başvuru yaparak talep etmelidir. Bundan sonra izlenecek usûl, “*Her âkit devlet, çocuğun velâyetine ilişkin kararların tanınması ve tenfizi hususunda basit ve seri bir usûl uygular.*” (m. 14) hükmünden de anlaşılacağı üzere her devletin kendi usûl hukukuna göre

⁵³³ Hangi konuların, çocuk ve aile hukukuna aykırılık oluşturduğu ise her âkit devletin iç hukukuna göre belirlenecektir. TANRIBİLİR, (1980 Avrupa Sözleşmesi), a.g.m., s. 91.

⁵³⁴ Bu durumda tanıma ve tenfiz talep edilen devletin yetkili makamı, ret kararı vermeden önce idrak çağındaki çocuğu da dinleyerek bu konudaki görüşlerini kararında değerlendirebilir (m. 15/1-a). TANRIBİLİR, (1980 Avrupa Sözleşmesi), a.g.m., s. 88.

belirlenmektedir. Ancak hangi usûl belirlenirse belirlensin, sonuç odaklı olması amacıyla hızlı ve basit olması en önemli kriterdir.

Tanıma ve tenfiz usûlünde basit bir yöntemin kullanılması, ilgili kişinin yapacağı başvuru için de geçerlidir. Ancak Sözleşmeye göre tanıma ve tenfiz talebine birtakım belgelerin de eklenmesi gerekmektedir. Bunlar;

- a. Müracaatçı adına hareket eden veya bu amaçla temsilci atama yetkisi veren belge,
- b. Kararın gerçekliğini kanıtlayan şartların oluştuğunu gösteren belge,
- c. Kararın davalı veya temsilcisinin yokluğunda verilmesi hâlinde; dava dilekçesinin yasal olarak davalıya ulaştığını gösteren belge,
- d. Talepte bulunulan devletin kanunları uyarınca kararın uygulanabilirliğini gösteren belge,
- e. Çocuğun, talepte bulunulan devlette nerede olduğunu belirten bir beyan,
- f. Çocuğun velâyetinin yeniden tesisine dair tekliflerdir (m. 13).

İlgili evrakların ekli olduğu tanıma ve tenfiz talebi, talep edilen devlete ulaştığında, talepte bulunulan devletin merkezi makamı, m. 5'te sayılan önlemlerin alınmasını gerektirecek durumlar da bulunmadığı takdirde tanıma ve tenfiz talebini kabul etmelidir.

Ç. 1996 TARİHLİ VELÂYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI HAKKINDA TEDBİRLER YÖNÜNDEN YETKİ, UYGULANACAK HUKUK, TANIMA, TENFİZ VE İŞBİRLİĞİNE DAİR SÖZLEŞME

Tanıma ve tenfize ilişkin hükümler, Sözleşme'nin m. 23 ile m. 28 arasında düzenlenmiştir. Tanıma, m. 23'te belirtildiği üzere '..... *kanunen tanınır.*' ifadesi ile âkit devletler arasında doğrudan tanıma şeklinde gerçekleşmektedir. Bu, bir âkit devlet makamından alınan, çocuğun veya mallarının korunmasına ilişkin tedbir kararının tanıma talep edilen devlette herhangi bir tanıma prosedür ve koşuluna tabi tutulmadan (m. 23/2'deki ret sebeplerine takılmaması koşulu ile) tanınması demektir. Ancak

tenfizin düzenlendiği m. 26 incelendiğinde tanımada kabul edilenin aksine burada doğrudan tenfizin kabul edilmediği görülmektedir⁵³⁵.

1996 La Haye Sözleşmesi m. 26 şu şekilde daha anlaşılır açıklanabilir: bir âkit devlet makamının velâyete ilişkin kararının diğer âkit devlette icra edilmesi gerektiğinde, m. 23 gereği o kararın tanınmasının yeterli olmadığı hâllerde, karar tenfiz edilir⁵³⁶. Tenfiz talebinde usûl, talep edilen devletin hukukuna göre belirlenir; ancak basit ve hızlı bir usûl uygulanmalıdır (m. 26/2). Tenfiz talebi usûlüne uygun yapıldıktan sonra tenfiz incelemesine geçildiğinde ise tenfiz şartları, Sözleşme hükümlerine göre belirlenmektedir. Yani m.23/2’de sayılan tanıma ret sebepleri burada da geçerli olarak (m.26/3), tenfiz incelemesi, kararda bu ret sebeplerinden birinin var olup olmadığı üzerinden yapılmaktadır. Böylelikle ret sebeplerinden birinin bulunmadığı âkit devlet makamının velâyete ilişkin koruma tedbiri kararı, diğer âkit devlet makamı tarafından tenfiz edilebilmektedir.

O hâlde Türk mahkemeleri, tenfiz talebi ile önüne gelen 1996 La Haye Sözleşmesi’nin uygulama alanı içerisinde bulunan bir velâyet uyuşmazlığında, çocuğun mutad meskeni devletinin idarî makamları tarafından alınan koruma tedbiri kararının tenfiz usûlüne ilişkin (m. 26) MÖHUK m. 51- m. 53 hükümlerini uygulamalı; fakat kararın tenfiz edilip edilmeyeceğine, Sözleşme m. 23/2’de belirtilen ret sebeplerine göre karar vermelidir. Bunlar ise şöyledir:

- a. Koruma tedbirinin, m.5-m.14 arasındaki hükümlere göre yetkili olmayan makam tarafından alınması,
- b. Koruma tedbirinin, acil durum haricinde, adli veya idari yargısal işlem bağlamında çocuğun dinlenilmesine fırsat verilmeksizin talep edilen Devletin temel usûl ilkelerini ihlal edecek şekilde alınması,
- c. Acil durum haricinde, böyle bir koruma tedbirinin, şahsın dinlenilmesine fırsat verilmeksizin alınması hâlinde, koruma tedbirinin velâyet sorumluluğunu ihlal ettiğini ileri süren herhangi bir şahsın talebi üzerine,
- d. Çocuğun üstün yararı gözetilerek tanımının talep edilen Devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması

⁵³⁵ Çalışma konumuz gereği üzerinde detaylı olarak durmayı uygun bulmadığımız doğrudan tanıma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ULUSU KARATAŞ, a.g.m., ss. 979-980.

⁵³⁶ ULUSU KARATAŞ, a.g.m., s. 986.

- e. Koruma tedbirinin, sonradan alınan koruma tedbirinin talepte bulunulan Devlette tanıma için gereklilikleri yerine getirmesi hâlinde, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit olmayan Devlette sonradan alınan tedbirle bağdaşmaması,
- f. 33.maddede belirtilen usûle uygun olmaması.

Görüldüğü üzere, 1996 La Haye Sözleşmesi, âkit devletler arasında alınan bir kararın tenfiz edilebilmesi için gereken şartları saymak yerine, hangi hâllerde tenfiz talebinin reddedileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme ile velâyete ilişkin koruma tedbiri kararlarının tenfizi konusunda yaşanan bürokratik ve hiyerarşik engellerin önüne geçmenin hedeflendiği görülmektedir. Bu düzenlemenin, ilgili karardan en çok etkilenen çocuğun, hayatında yaşadığı büyük değişime ek olarak yeni travmalar yaşamaması, bir an önce olağan hayatına devam edebilmesi açısından olumlu bir yaklaşım olduğu kanısındayız.

Sözleşme'ye göre tenfize uygulanacak usûl, âkit devletlerin iç hukuk düzenlemelerine bırakılmış (m. 26/1); ancak uygulanacak usûlde basit ve hızlı bir yöntem kullanılması belirtilmiştir (m. 26/2). O hâlde yabancı mahkemeden verilen velâyete ilişkin bir kararın ister Sözleşme kapsamında olsun ister olmasın, tenfizinde MÖHUK'ta düzenlenen hükümler uygulanmaktadır.

SONUÇ

Velâyetin kurulması, sona ermesi ve bu süre zarfında doğurduğu hükümler ve sonuçlar, velâyetin annelere babalara ve çocuklara yüklediği yükümlülükler ve sağladığı haklar, Türk hukukundaki düzenlemelerin yorumu, doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ile genel olarak ifade edilmiştir. Yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarının doğduğu durumlarda ise uygulanacak hukuk, yabancı velâyet kararlarının tanınması ve tenfizi ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konuları özellikle 1961 La Haye Sözleşmesi, 1980 Avrupa Sözleşmesi ve 1996 La Haye Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri ele alınarak açıklanmıştır.

Çocuğa ilişkin her uyuşmazlık ve konuda dikkat edilmesi gereken ilk ve en önemli olgunun çocuğun yararı olduğu düşüncesi, ÇHS m. 12 ile çocuk hukukunun temel ilkesi hâlini almıştır. Türkiye de bu sözleşmeye taraf olmak ile çocuğun yararının onu ilgilendiren her olayda en önce olarak korunmasını temin etme görevi altına girmektedir. Ancak TMK'da çocuğun yararının korunması ve buna ilişkin hükümlerin açıkça düzenlendiği TMK m. 339/1 hükmü dışında bir hüküm bulunmamaktadır. '*Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.*' (TMK m. 339/1) hükmü ile çocuğun yararının onu ilgilendiren her alanda korunması gerektiği, anne ve babalara velâyete ilişkin hak ve yetkilerini kullanırken genel olarak bir çerçeve oluşturmak üzere düzenlenmiştir. Ancak mevzuatta geniş yer bulamayan çocuğun yararı ve çocuğun görüşünün alınması ilkelerinin, ÇHS ve ÇHKİAS hükümleri çerçevesinde Türk hukuku ve Yargıtay kararlarında olabildiğince etkin uygulanmaya çalışıldığı çalışmamız dâhilinde gözlemlenmiştir.

Devletler, özellikle uluslararası boyutta yaşanan uyuşmazlıklarda yaşanan hukukî ve bürokratik tıkanıklıkları gidermek amacıyla geniş katılımın sağlanması amacıyla uluslararası sözleşmeler akdederek bu konularda yaşanan sorunların önüne geçmeye çalışmaktadırlar. Velâyet konusu da yabancı uyruklu kişilerin evliliklerinin giderek arttığı son zamanlarda, özellikle vasıflandırma, uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktaları ve tanıma tenfiz koşul ve usulleri konularında uluslararası sorunlar nedeniyle çözümsüz kalabilmektedir. Bu nedenle çocuğun velâyeti bakımından

uygulanacak hukuk, yetki ve tanıma, tenfiz konularını doğrudan düzenleyen 1961 La Haye Sözleşmesi, 1980 Avrupa Sözleşmesi ve 1996 La Haye Sözleşmesi, önem taşımaktadır.

Türkiye'nin 1996 La Haye Sözleşmesi'ni imzalayarak Sözleşme'nin Türkiye'de yürürlüğe girdiği 01.02.2017 tarihine kadar velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve yetki konuları, ayrıntılı olarak düzenlendiği 1961 La Haye Sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmekteydi. Tanıma ve tenfiz konusunda bütünlük sağlayıcı ve detaylı hükümler içermeyen bu Sözleşme'nin eksikliği 1980 Avrupa Sözleşmesi ile giderilmiştir. Sadece velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda âkit devletler bakımından bütüncül bir uygulama sağlamaya yönelik olarak tanıma ve tenfiz hükümleri içeren 1980 Avrupa Sözleşmesi, 01.02.2017 tarihine kadar uygulanmıştır. Çocuğun velâyetine ilişkin uygulanacak hukuk, yetki ve tanıma, tenfiz konularına ayrıca velâyet kavramına ve sözleşmenin uygulanacağı durumlara ilişkin detaylı hükümler içeren 1996 La Haye Sözleşmesi'nin 01.02.2017 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmesi ile Sözleşme kapsamına giren çocuğun velâyetine ilişkin tüm konularda ilk olarak dikkat edilmesi gereken hükümler, 1996 La Haye Sözleşmesi hükümleri olmaktadır.

Genel olarak 1996 La Haye Sözleşmesi hükümleri, MÖHUK hükümleri ve birbirine paralellik TMK'nın velâyete ilişkin hükümleri ile paralellik gösterse de uygulanacak hukuk ve yetki konularında bağlama noktasının Sözleşme'de çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilmesi, Sözleşme ile iç hukuk düzenlemelerindeki temel farklılıklardan birini oluşturmaktadır. Kaldı ki özellikle yetki konusunda iç hukukta çocuğun şahsî statüsü değil anne ve babasının şahsî statüsü üzerinden bir belirleme yapılmakta ve hâlen yerleşim yeri bağlama noktasının kullanılmasına devam edilmektedir.

Velâyete ilişkin uyuşmazlıklar, en çok yabancı mahkemeden alınan velâyete ilişkin kararın Türkiye'de tanıma veya tenfizinin talep edilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizine engel olan sebep ise çoğunlukla tenfize konu kararın Türk kamu düzenine aykırı olması olarak tespit edilmiştir. Yabancı mahkemeden alınan velâyet kararlarının tenfizinde kamu düzeni engelinin doğduğu konu ise özellikle son yıllarda bu yönde karar verme eğiliminin arttığı da düşünüldüğünde ortak velâyet olmaktadır. Çalışmanın esasen önemli bir konusu olduğunu düşündüğümüz ortak velâyet, Türk doktrin görüşleri, ortak velâyetin

görünüm şekilleri açısından farklı devletlerdeki uygulama yöntemleri ve Yargıtay kararları ile şekillendirilerek anlatılmaya çalışılmıştır. Buna göre görülmüştür ki ortak velâyet esasen çocuğun yararının korunması ve eşler arası eşitlik ilkelerine dayanan bir konudur. Her ne kadar henüz Türk hukukunda bu konuda fikir ayrılıkları sürse de ortak velâyet konusunun özellikle çocuğun yararının elverdiği ölçüde uygulanabilirliğinin Türk hukukunda da sağlanacağını düşünmekteyiz. Zira Yargıtay'ın, bu konuda içtihad değişikliğine (ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olduğu yerleşmiş içtihadı) gitmesinden sonraki süreçte çalışmamızda yer alan bir kararına göre ortak velâyete hükmedilebileceği görüşü de bu yöndedir.

Son olarak velâyetin, anne baba ve çocuğa verilen şahsa sıkı sıkıya mutlak bir hak olması, özellikle çocuğun kimi zaman ailesine karşı dahi korunmasını gerektiren şekilde hukuken zayıf konumda olduğu düşünüldüğünde devletlerin velâyete ilişkin hak ve yükümlülüklerin kullanılmasında birtakım önlemler alması gerekebilmektedir. Uluslararası sözleşmeler de velâyet hukukunda öncelikle çocuğun üçüncü kişilere ve gerekirse ailesine karşı korunmasını ve bu konudaki sürecin çocuğun en az zarar alacağı şekilde sonuçlanmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle Türk hukukunu ilgilendiren yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarında MÖHUK m. 1/2 ve AY m. 90 uyarınca öncelikle velâyete ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerine dikkat edilmelidir. Bu noktada da 1996 La Haye Sözleşmesi yabancı unsurlu velâyet uyuşmazlıklarının çözümünde tüm konulara değinene geniş kapsamlı en son Sözleşme olduğundan Türk tenfiz hâkimi öncelikle 1996 La Haye Sözleşmesi'nin uygulanacak hukuk, yetki ve tanıma, tenfiz hükümlerine bakmalıdır.

KAYNAKLAR

- AKINCI Ziya, DEMİR GÖKYAYLA Cemile, *Milletlerarası Aile Hukuku*, 1.b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- AKINTÜRK Turgut, KARAMAN ATEŞ Derya, *Aile Hukuku*, 20.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- AKİPEK Jale G., AKINTÜRK Turgut, ATEŞ KARAMAN Derya, *Kişiler Hukuku*, 7.b., Ankara: Beta Yayıncılık, 2009.
- AKYÜZ Emine, *Çocuk Hukuku*, 6.b., Ankara: Pegem Akademi, 2018.
- ALTUNKAYA Mehmet, “Çocuk Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara 2006, ss. 111-129.
- ARKAN SERİM Azra, “Boşanma Hâlinde Ortak Velâyet”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 167, Yıl 2016, ss. 6075-6088.
- ARSLAN İlyas, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- AYAN Serkan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 1.b., Ankara: TBB Yayınları, Mart 2004.
- AYGÜN Mesut, “Yabancılaşma Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Yeri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C.16, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, 2015, ss. 1025-1066.
- BAYGIN Cem, *Soybağı Hukuku*, 1.b., İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2010.
- BAYGIN Cem, DOĞAN Murat, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Sarfı”, *AÜEHFD*, C. IX, S. 1-2, Yıl 2005, ss. 379-427.
- BİRİNCİ UZUN Tuba, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, *Hacettepe HFD*, 6(1) 2016, ss. 135-166.
- CEYLAN Ebru, “Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, www.kazanci.com., e. t.: 26.09.2017 (anılış: Hukukî Sonuçlar)
- CEYLAN Ebru, “Türk Velâyet Hukukunda Yeni Gelişmeler”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 181, Yıl 2018, ss. 35-68 (anılış: Velâyet).

- CENGİZ Bilal, *Türk hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi*, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- ÇELİK Cemil, “Velâyetin Kaldırılması”, *AÜHFD*, C. 54, S. 1, Yıl 2005, ss. 255-309.
- ÇELİKEL Aysel, ERDEM Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- ÇINAR Ömer, “Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı”, *İÜHFM*, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 1355-1364.
- DOĞAN Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4.b., Ankara: Savaş Yayınları, 2017.
- DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan, GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Aile Hukuku*, 12.b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan, *Kişiler Hukuku*, 18.b., İstanbul: Filiz Yayıncılık, 2017.
- EKŞİ Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000. (anılış: Milletlerarası Yetki)
- EKŞİ Nuray, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010. (anılış: Yargıtay Kararları)
- EKŞİ Nuray, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* 1.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, Kasım 2013. (anılış: Tanıma ve Tenfiz)
- EKŞİ Nuray, “Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşiyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar”, *MHB*, Yıl 36, S. 2, 2016, ss. 1-51. (anılış: Taşiyıcı Annelik)
- ELÇİN Evgen Gülçin, “Türk Medeni Kanununda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler”, *MHB*, Yıl 35, S. 1, 2015, ss. 97-102.
- ERBAY İsmail, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velâyet Hakkının Kaldırılması (m.348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, Yıl 2012, ss. 11-61.
- ERLÜLE Fulya, “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”, *MÜHF-Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, S. 3-4, 2010, ss. 217-248.
- ERTAŞ Şeref, “Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Kudret AYİTER Armağanı*, C. 3, S. 1-4, Y. 1987, ss. 365-438. (anılış: Tanıma ve Tenfiz)

- ERTAŞ Şeref, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C. 9, Özel Sayı, 2007, ss. 391-398. (anılış: Çocuk Malları)
- ERTAŞ Şeref, *Eşya Hukuku*, 8.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008. (anılış: Eşya Hukuku)
- HUYSAL Burak, *Devletler Özel Hukukunda Velâyet*, 1.b., İstanbul: Legal Yayıncılık, Şubat, 2005.
- GENÇCAN Ömer Uğur, *Velâyet Hukuku*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015.
- GELGEL Günseli, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, 1.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, Şubat 2012.
- GİRAY Faruk Kerem, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi*, 1.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010.
- GRASSINGER ELÇİN Gülçin, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, *Prof. Dr. Rona SEROZAN’a Armağan*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, ss. 823-847.
- GÜVEN Kudret, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Getirdiği Hukukî Tedbirler”, *Gazi Üniversitesi HFD*, C. 2, S. 1-2, Haziran – Aralık 1998, ss. 1-25.
- HATEMİ Hüseyin, KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, *Aile Hukuku*, 5.b, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- HATEMİ Hüseyin, *Kişiler Hukuku*, 6.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- İMAMOĞLU Hülya, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velâyete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, Yıl 2005, ss. 165-190.
- Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı, www.kazanci.com
- KILIÇOĞLU Ahmet M., *Aile Hukuku*, 1.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- KİBAR DARDAĞAN Esra, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velâyete İlişkin Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi HFD*, Prof. Dr. Ata SAKMAR’a Armağan, 2011/1, Beta Yayıncılık, Nisan 2012, ss. 541-560.
- KİREMİTÇİ Müge, *Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı*, 1.b., İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.

- KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, *Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması*, 1.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, *Medenî Usûl Hukuku*, 23.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- LALE Muktedir, *Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- MALKOÇ ŞENSÖZ Ebru, “Uluslararası Taşiyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, *MHB*, C. 35, S. 2, Yıl 2015, ss. 13-49.
- NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 22.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa, RUHİ Ahmet Cemal, *Çocuk Hukuku*, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, *Gazi Üniversitesi HFD*, C. XVII, Yıl 2013, S. 3, ss. 81-105.
- ÖZDEMİR Saibe Oktay (ÖZDEMİR S. O.), “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, *Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ye Armağan*, 1.b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, ss. 1219-1242.
- ÖZKAN Işıl, “Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkileri”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Özel Sayı, 2013, ss. 2127-2176.
- ÖZMEN İsmail, *Velâyet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri*, 3.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, 6.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- ÖZTAN Bilge, “Türk hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu” (Birlikte Velâyet), *Prof. Dr. Tuğrul ANSAY’a Armağan, Turhan Kitabevi*, Ankara, 2006, ss. 251-260.
- ÖZTEKİN GELGEL Günseli, “Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırmaları, Evlât Edinmeye İlişkin Problemler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 4, S. 8, Güz 2005/2, ss. 119-148.
- PEKCANITEZ Hakan, *Medenî Usûl Hukuku*, 15.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- PÜRSELİM ARNING Hatice Selin, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad*, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

- REİSOĞLU Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011.
- REYHANİ YÜKSEL Sera, *Velâyet Hakkının Anayasal Sınırları*, 1.b., İstanbul: Legal Yayıncılık, Nisan 2016.
- RUHİ Ahmet Cemal, KAPLAN Yavuz, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, *MHB*, Yıl 22, 2002, ss. 643-663.
- RUHİ Ahmet Cemal, *Türk hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi*, 2.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- SAKMAR Ata, EKŞİ Nuray, YILMAZ İlhan, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları*, 2.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999.
- SAYMAN Yücel, “Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor”, *MHB*, Yıl 16, S. 1-2, 1996, ss. 129-137.
- SERDAR İlknur, “Birlikte Velâyet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C. 10, S. 1, 2008, ss. 155-197.
- SEROZAN Rona, *Çocuk Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- SERT Selin, “Yapay Döllenme ve Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuksal Düzenlemeler”, Rona Aybay’a Armağan, *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, 2. Cilt, 2014, ss. 2013-2030.
- SİRMEN Kâzım Sedat, “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi”, *AÜHFD*, C. 58, S. 4, 2009, ss. 825-879.
- ŞANLI Cemal, “Türk hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararların Tanınması ve Tenfizi”, *MHB*, Yıl 16, S. 1-2, 1996, ss. 71-82.
- ŞANLI Cemal, ESEN Emre, ATAMAN FİĞANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6.b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- TANRIBİLİR F. Bilge, “Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velâyetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, *MHB*, Yıl 16, S. 1-2, 1996, ss. 83-92. (anılış: 1980 Avrupa Sözleşmesi)

- TANRIBİLİR Feriha Bilge, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, *TBB Dergisi*, S. 87, 2010, ss. 195-227.
- TANRIBİLİR Feriha Bilge, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2011. (anılış: Çocuğun Korunması)
- TEKİNALP Gülören, UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11.b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- TIĞLI Hüseyin, “Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması”, *TAAD*, C. 1, Y. 2, S. 5, Nisan 2011, ss. 487-538.
- TİRYAKİOĞLU Bilgin, *Velâyet ve Vesayet Hukuku Alanında Çocuklara İlişkin Kurallar*, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, Ankara, 1991.
- TURANBOY K. Nuri, “Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı”, *Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, Turhan Kitabevi*, II. Cilt, Ankara, 2010, ss. 2123-2139.
- UÇAR Ayhan, “4721 Sayılı Medeni Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, *AÜEHFD*, C. VI, S. 1-4, 2002, ss. 317-332.
- ULUSU KARATAŞ Ayşe Elif, “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, *MHB*, S. 37, C. 2, ss. 911-1003.
- USTA Sevgi, “Çocuğun Yerleşim Yeri Edinme Hakkı ve Bir İstisna”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/1, ss. 87-103. (anılış: Çocuğun Yerleşim Yeri)
- USTA Sevgi, *Velâyet Hukuku*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- YAĞCIOĞLU Ali Haydar, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, ss. 913-966.
- YASAN Candan, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

TEZ ÇOĞALTMA VE ELEKTRONİK YAYIMLAMA İZİN FORMU

Yazar Adı Soyadı	NEBAHAT AYBIKE SEYHAN
Tez Adı	MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA VELÂYET
Enstitü	SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Anabilim Dalı	ÖZEL HUKUK
Tez Türü	YÜKSEK LİSANS
Tez Danışman(lar)ı	Dr. Öğr. Üyesi Zeynep MANAVOĞLU ÖZGENÇ
Çoğaltma (Fotokopi Çekim) izni	<input type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input checked="" type="checkbox"/> Tezimin sadece içindekiler, özet, kaynakça ve içeriğinin % 10 bölümünün fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin vermiyorum
Yayımlama izni	<input type="checkbox"/> Tezimin elektronik ortamda yayımlanmasına izin Veriyorum

Hazırlamış olduğum tezimin belirttiğim hususlar dikkate alınarak, fikri mülkiyet haklarım saklı kalmak üzere Uludağ Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Daire Başkanlığı tarafından hizmete sunulmasına izin verdiğimi beyan ederim.

Tarih :

İmza :

