

## 19 Ekim 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk

Applicable Law to Guardianship of A Child After The Ratification of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement And Co-Operation in Respect of Parental Responsibility And Measures For The Protection of Children

Faruk Kerem Giray\* 

### Öz

19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, iç hukukun bir parçası haline gelmekle; soy bağının hüküm ve sonuçlarından olan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları üzerinde önemli değişiklikler getirmektedir. Sözleşme hükümleri, gerek çocuğun velayetine ilişkin tedbirler yönünden MÖHUK'un 14/4 hükmüne gerek velayete uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 17. maddesine göre öncelikli uygulanacak olmakla birlikte, aynı zamanda çocuğun vesayetine ilişkin hükümlerde de esaslı değişiklik ve etkiler doğurmuştur. Çalışmamızda, öncelikle vesayetin tanımı yapıp, diğer kavramlardan farkı açıklandıktan sonra çocuğun vesayetini ilgilendiren kanunlar ihtilafı meseleleri detaylı olarak incelenecektir. Çocuğun vesayetine ilişkin hükümler taşıyan ve de yabancılik unsuru taşıyan vesayet ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen çok taraflı milletlerarası sözleşmeler kısaca listelenip, açıklandıktan sonra 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin MÖHUK hükümleri üzerindeki olası etkisi detaylı olarak incelenecektir. Çocuğun vesayetine uygulanacak hukukun dört yönü bulunmaktadır. Bunlardan biri, çocuğun vesayetine ilişkin koruyucu tedbirlere uygulanacak hukuk, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebeplere uygulanacak hukuk, vesayetin tevdi taleplerine ve vesayetin devamı taleplerine uygulanacak hukuk ve son olarak çocuğun vesayetinin sona ermesi taleplerine uygulanacak hukuktur.

### Anahtar Kelimeler

19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, Çocuğun vesayeti, Vesayet tedbirlerine uygulanacak hukuk, Vesayetin tesis edilmesi, Vesayetin tevdi edilmesi, Vesayetin devamı taleplerine uygulanacak hukuk, Vesayetin sona erme sebeplerine uygulanacak hukuk, Kamu düzeni olarak çocuğun üstün menfaati, Koruyucu tedbirler

### Abstract

With the ratification by the Turkish Republic of the Hague Convention dated October 19, 1996, there have been major consequences on the rules of conflict of laws on parental responsibility in relation to the custody of children. Regarding to the article 1/2 of Turkish Private International Law (MOHUK), the provisions of Hague Convention will be applied with priority, not just only to the provisional measures on custody which is regulated in article 14/4 of MOHUK or to the conflict of laws rules on paternity which will be determined according to article 17 but also applied to the conflicts on child's guardianship having foreign element. In this paper, we first define the concept of guardianship and then we examine

\* Sorumlu Yazar: Faruk Kerem Giray (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: fkerem@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-1952-9644

Atf: Giray FK, "19 Ekim 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk" (2020) 40(1) PPIL 353. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0088>

the differences between other institutions. Multilateral conventions dealing with guardianship responsibility as well as related provisions on the conflict of rules on the guardianship of children are also briefly explained. This paper focuses on the direct effect of the Hague Convention dated 1996 to the Article 10 of MÖHUK for guardianship issues. The applicable law related to guardianship responsibility over a child has four pillars. The first pillar is the applicable law relating to provisional measures of guardianship, whereas the second pillar is the applicable law to the establishment of guardianship relations between the child and the guardian. The third pillar is the applicable law to attribution and exercise of guardianship and the last pillar is the applicable law to the termination of guardianship responsibility.

**Keywords**

Hague Convention dated October 19, 1996, Guardianship of child, Applicable law to the provisional measures of a child's guardianship, Applicable law to the attribution and exercise of guardianship, Applicable law to the termination of guardianship, Best interest of the child as public policy, Provisional measures

***Extended Summary***

After the ratification of the 1996 Hague Convention by Turkey, its impact on the applicable law relating to custody responsibility as well as to guardianship responsibility began to be seen. This article mainly focuses on the applicable law relating to guardianship of children. Regarding a child's guardianship, this subject has three dimensions due to conflicts of law. These are as follows: applicable law relating to the grounds of ordering guardianship, to the attribution and exercise of guardianship, and to the termination of guardianship. Before being party to the Convention, article 10 of the Turkish Code on PIL which concerns the applicable law on guardianship (except by considering the provisions of the 1961 Hague Convention) was applied. But the first date of February 2017, is a milestone for the conflict of law rules on guardianship of children for Turkish Private International Law. Although the 1996 Hague Convention regulates the attribution of custody (art.16) which intended to be applied to the guardianship relations also due to article 1/2 which makes wide definition of custody by covering guardianship responsibility; it cannot be applied to establish a guardianship relationship for a foreign child who is in Turkey. Because, according to Turkish law which differs sharply from the Convention, establishing a guardianship responsibility cannot be operated without the intervention of a judicial or administrative authority. In other words, some of the provisions of the Convention on custody can not be applied to the guardianship issues. These provisions will not applied to establish a guardianship responsibility for a child due to the characteristic of this legal relationship. So that, provisions of the Convention on this matter will not be considered and have no effect on the applicable law. If a child who is stateless or having foreign nationality is in danger and needs urgent care of a guardian then article 10 of Turkish PIL which refers to the national law of the child will first be applied due to articles 11 and 15 of the Convention.

However for the exercise of guardianship, applicable law will be determined by considering the article 17 of the Hague Convention. Beginning from the first date of February 2017, article 17 of the Hague Convention had direct effect and overrode

article 10 of Turkish PIL especially regarding the applicable law on the exercise of guardianship responsibility. Thus, for the exercise of guardianship of a foreign child, the law of the state of the child's habitual residence will be applied from now on.

For the termination of a guardianship responsibility, the applicable law will be determined by making two distinctions. One possibility is that the termination of guardianship responsibility could occur by operation of law, without the intervention of a judicial or administrative authority. In such a case, the law of the state of the habitual residence of the child will determine the reasons for the termination of a guardianship. Whereas the second possibility is the termination of guardianship responsibility which occurs by the intervention of a judicial or administrative authority. In such a situation, according to article 15 of the Convention, the law of the contracting state at the time where the child is will be applied.

In this study we also make suggestions and recommendations for the amendment of article 10 of Turkish PIL. This is because the guardianship of a child and the guardianship of an adult differ from each other. Thus, special provision for the guardianship of a child needs to be regulated by the law. Some children need much more care due to their situation. We suggest special provision for Turkish PIL such as: "As a provisional measure, for the children who are stateless or homeless but having foreign nationality or for the children who need urgent care due to being under an intolerable condition, Turkish law shall be applied."

Moreover, we also suggest a minor amendment on article 10/2 of Turkish PIL, namely: "Where it is not possible to order guardianship or curatorship pursuant to the national law of the foreigner, guardianship or curatorship may be ordered or terminated pursuant to Turkish law provided that the habitual residence or the place of existence of this person is in Turkey."

## 19 Ekim 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk

### I. Vesayet Kavramı ve Sorumluluğu

Vesayet, şahsi ve mali menfaatlerini korumak iktidar ve ehliyetinden yoksun olan ve velayet altında bulunmayan küçüklerin bakımını, ihtimamını ve malvarlığına ilişkin yararlarının korunmasını ve temsilini öngören hukuki bir müessesedir<sup>1</sup>. Türk hukukuna göre, çocuk ancak velayet altında değil ise vesayet altına alınır<sup>2</sup>. Bunun istisnasını ergin çocuklar oluşturur. Ergin çocuğun, velayet altında bırakılabilmesi için öncelikle hâkim tarafından hakkında kısıtlılık kararının alınması gerekir. Hâkim, vasi atanmasına şayet gerek görmez ise; kısıtlanan ergin çocuk, ana ve babasının velayeti altında bırakılır<sup>3</sup>. Vesayet, mahkeme kararıyla tesis edilir.

Vesayet sorumluluğunda vasi, sadece çocuğun mallarına itina göstermekle kalmaz aynı zamanda çocuğun bakım ve eğitimi için gereken tedbirleri de alır. Bu tedbirler, çocuğa özeni, onun bakımını ve eğitimini de kapsar. Vesayet sorumluluğunda vasi, çocuğun bedeni, ruhi ve fikri gelişmesini sağlamak zorundadır. Bunu yaparken, çocuğun zihinsel ve ruhsal gelişmesine özen göstermelidir. Türk hukukunda vasinin iki ana sorumluluğu bulunmaktadır. Bunlar, çocuğun bakımı ve eğitimidir<sup>4</sup>. Bu sorumlulukların geniş yorumlanması gerektiği doktrinde belirtilmektedir. Özellikle çocuğun bakım sorumluluğunu, onun bütün yaşam ihtiyaçlarını kapsar şekilde yorumlamak gerekir. Vasi kural olarak, çocukla ilgili kararları serbestçe alır. Kararlarının onaylanması için istisnalar dışında vesayet makamına başvurması gerekmez. Vasi, şayet hayattalar ise, ana ve babasının isteklerini ve görüşlerini göz önünde tutar ancak bu istek ve taleplerle bağlı değildir. Bununla birlikte, vasi kimi işlemler bakımından vesayet dairelerinin iznine tabidir. Mesela, çocuğu bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna koymak vesayet makamının iznine tabidir (TMK.462/13). Keza vesayet altındaki çocuğun, yerleşim yerinin değiştirilmesi de yine vesayet dairelerinin iznine tabidir (TMK.462/14).

### II. Çocuğun Vesayetine İlişkin Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler ile Ulusal Düzenlemeler

Aile, toplumun temelidir ve en küçük yapı taşıdır. Çocuklar da ailenin en korunması gereken sülheleridir. Bu nedenle çocuğun vesayetiyle ilgili olarak devletin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluğun hukuki dayanağını ise başta, hiç şüphesiz Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ile anayasası ve ilgili kanunlar

1 Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6th edn, Turhan Kitabevi, 2015) 1257

2 Yargıtay 2 HD, 5694/8153, 24.05.2005: www.kazanci.com

3 TMK m. 335/2

4 Öztan (n 1) 1383

oluşturmaktadır. Çocuğun vesayetine ilişkin hükümleri, kimi çocuğun özel durumunu dikkate alarak incelemek gerekir.

Çocuğun vesayetine ilişkin en temel metin, 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir<sup>5</sup>. Bildirgenin 25/2. maddesinde, tüm çocukların evlilik içi ya da dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın, aynı sosyal korumadan yararlanacakları güvence altına alınmıştır. Çocuğun sosyal korunmasını öncelikle yerine getirecek olan kişiler, velayet sorumluluğuna sahip olan ebeveynleridir. Çocuk velayet altında değil ise, sosyal korunmasını sağlayacak olan kişi ve kurum, vesayet müessesesidir. Türkiye, bildirgeye imza koyan devletlerden biri olması sebebiyle, bildirgenin gözettiği değerleri, velayet ve vesayet rejimine ilişkin iç hukukunda yaptığı düzenlemelerde göz önünde bulundurması gerekir.

Çocuğun vesayetine ilişkin çok önemli bir uluslararası sözleşme, Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesidir<sup>6</sup>. Sözleşmenin 3/2. maddesi gereğince devletler, çocuğun, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini göz önünde tutarak, çocuğun esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstleneceklerini ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alacaklarını ve bunu ülke sınırları içinde bulunan tüm çocuklara uygulayacaklarını taahhüt etmişlerdir. Buna ilave olarak, Sözleşmenin 18/1. maddesinde, gerekli durumlarda, çocuğu yetiştirme ve geliştirme sorumluluğunun, vasiler üzerinde olacağı belirtilmiştir. Çocuk haklarının bir nevi anayasası kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 20. maddesi, çocuğun vesayetinin diğer bir hukuki normudur. Buna göre, geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararı gereği böyle bir ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuğun, devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacağı güvence altına alınmıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesi, Türkiye'de bulunan tüm çocuklar bakımından koruyucu bir şemsiye teşkil ettiğinden, bu şemsiyesinin altına her statüdeki çocuk; yani vatansız, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma<sup>7</sup> veya geçici koruma statüsündeki<sup>8</sup> küçükler<sup>9</sup> girmektedir.

Vesayet altına alınabilecek çocukların kapsamına, hiç şüphesiz engelli çocuklar da girer. Bu nedenle, Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme<sup>10</sup>, çocukların vesayetine ilişkin

5 Bildirgenin Türkçe tercümesi için bkz. RG: 27.05.1949/16198. İlginçtir ki; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin yayımlandığı gün, aynı zamanda 5387 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Buna göre, ana, babasız veya ana ve babası belli olmayan çocuklar ile Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre haklarında koruma tedbiri alınmasında zaruret görülen çocuklar, himaye ve koruma altına alınacaklardır. (m. 1)

6 RG: 27.01.1995/22184. Sözleşme hakkında bilgi için bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku* (T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 7, 1991) 50-58

7 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG: 11.4.2013/28615

8 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 91 ve Geçici Koruma Yönetmeliği RG: 22.10.2014/29153 (m. 3/m)

9 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 122/1/c. maddesi gereğince yasal temsilci ile çocuğun farklı ülkelerde olduğu durumda, yasal temsilcinin yetkili makam huzurunda verilmiş onayı ve refakatçinin çocuğun bakımını üstlendiğine ilişkin taahhüdünün olması kaydıyla, çocuğun refakatine bırakıldığı kişiye çocuk hakkında işlemleri yapma hakkı tanınmıştır. (RG: 17.03.2016/29656)

10 Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG: 14.07.2009/27288

bir diğer uluslararası hukuk kaynağıdır. Sözleşmenin 23/2 maddesi, engelli<sup>11</sup> bir çocuğun, nelere dikkat edilerek vesayet altına alınabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, çocuğun vesayet altına<sup>12</sup> alınmasını gerektiren her durumda, çocuğun üstün menfaatinin bu işlemi gerektirmesi ve de sözleşmeden doğan diğer haklarının ihlal edilmeyişi olması gerekir. Çocuğun vesayetiyle ilgili tüm işlem ve ilişkilerde, sözleşmenin 3. maddesinin gözettiği bütün ilkelere (özellikle (h) bendine) aykırı davranılmamalıdır<sup>13</sup>. Ayrıca engelli çocuğun bakım sorumluluğu yerine getirilirken, akit devletler bu durum için gereken desteği vermek ve sunmak zorundadırlar. Engelli çocukların, diğer çocuklardan farklı olarak vesayet altına alınabilmesi için, vesayet kararı verecek olan yetkili merci veya makamın; tabi olduğu iç hukuk kuralları bakımından mutlaka bir yargı denetimine açık olması gerekir<sup>14</sup>. Şayet vesayet makamının verdiği kararlar, bağlı olduğu devletin hukuk kuralları bakımından yargı denetimine tabi tutulmuyorsa, engelli olan yabancı devlet vatandaşı bir çocuk hakkında sözleşme gereğince vesayet kararı, alınamayacaktır.

Çocuğun vesayetine ilişkin olmakla birlikte Türkiye'nin taraf olmadığı bir sözleşme ise, 1902 tarihli Küçükler Hakkında Vesayetin Tesisi Hakkında Lahey Sözleşmesi'dir. 12 Haziran 1902 tarihli Küçükler Hakkında Vesayet Sözleşmesi<sup>15</sup>, münhasıran küçüklerin vesayet altına alınma sebeplerine ilişkindir. Sözleşmeye göre, vesayete uygulanacak hukuk, çocuğun milli hukukudur (m. 1-5). Aciliyet gerektiren durumlarda, koruma tedbiri olarak mahkemenin hukukuna göre vesayet kararı alınabilmektedir<sup>16</sup>. Anılan sözleşmeye göre, çocuğun mensup olduğu devletin büyükelçileri/konsolosları da, çocuğun bulunduğu ülke devletinin kabul etmesi şartıyla kendi milli hukuklarına göre çocuğu himaye edebileceklerdir (m.2). Şayet çocuğun bulunduğu devlet makamları vesayet altına alınması gereken çocuk ile ilgilenmez ise; çocuğun mutad meskeni makamları, çocuğu vesayet altına alıp menfaatlerini gözetebilme imkanına

11 Sözleşmeye göre engelli kişi; diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılmalarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan gerçek kişiyi ifade etmektedir. (m. 1/2)

12 Sözleşmenin m. 23/2 hükmü sadece vesayet bakımından değil; bunun dışında kalan velayet, kayıymlık, evlat edinme veya ulusal mevzuatında bu kavramların benzerlerinin yer aldığı diğer müesseseler için de taraf devletlere aynı sorumluluğu yüklemiştir.

13 Akit devletler, engelli çocuğun gelişim kapasitesine ve kendi kimliğini koruyabilme hakkına saygı göstererek gerekli önlemleri almalıdırlar.

14 Bkz. Engelli Hakları Sözleşmesi m. 23/4: Taraf Devletler, bir çocuğun ailesinin istemi olmadan ailesinden ayrılmasını sağlar. Bunun istisnası yargısal denetime tabi yetkili mercilerin çocuğun üstün yararı gereğince ailesinden ayrılmasının gerekli olduğuna uygulanan yasa ve usuller uyarınca karar vermesidir. Hiçbir koşulda çocuğun veya ebeveynlerinden biri ya da hepsinin engelli olması nedeniyle çocuk anne ve babasından ayrı tutulamaz.

15 Hague Convention on Guardianship, bu konuda kısa bilgi için bkz. Gerhard Kegel and Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, (9th edn, C.H.BECK, 2004) 90 vd. Sözleşme, 30 Temmuz 1904 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye taraf devletler, Almanya, Belçika, Fransa, Macaristan, Hollanda, İtalya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz, Romanya, İsveç ve İspanya'dır. Bkz: <https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention>;

Sözleşme yürürlükten kalkmış olmasına rağmen, Almanya ve Belçika arasında uygulanmaya devam etmektedir. Bkz. Paul Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, (HCCH Publications, 1998) 539, dn 6. Rapor için bkz: <https://assets.hcch.net/docs/5a56242c-f06-42c4-8cf0-00e48da47ef0.pdf>

16 Bilgin Tiryakioğlu, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, (T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, 1991) 77

sahiptirler (m.3). 1902 tarihli Sözleşmeye, Türkiye taraf olmamakla birlikte; Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme’ye de taraf olan akit devletler bakımından (m.18), 1902 tarihli sözleşme uygulama alanı bulmayacaktır. Keza, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi de (51. maddesi gereğince), 1902 tarihli sözleşmenin önceden tanınmış veya tenfiz edilmiş önlemlerini saklı tutarak onun yerine geçmektedir.

Çocuğun vesayetiyle ilgili başka bir sözleşme ise, 1961 tarihli Küçüklerin Korunmasına İlişkin Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi’dir<sup>17</sup>. Sözleşmenin 3. maddesi, küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre mevcut olan bir otorite ilişkisinin diğer bütün akit devletlerde tanınacağını hüküm altına almıştır. Otorite ilişkisinden kasıt, çocuğun vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre velayet, vesayet veya kayımlık gibi bir hukuki ilişki içinde olmasıdır. Sözleşmenin 2/2. maddesinde çocuğun mutad meskeni devleti adli ve idari makamlarının, çocuğun şahsını korumaya yönelik gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğu ve çocuğun kendisine bakan kişi ve kurumlarla olan ilişkisine de, adli ve idari makamların iç hukuk hükümlerinin öngördüğü tedbirlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Çocuğun, üstün menfaati gerektirdiği durumlarda, çocuğun vatandaşı olduğu devlet (m.4) kendi iç hukuk hükümlerini uygulayarak, çocuğun şahsının ve mallarının korunması için gerekli tedbirleri alabilme hakkına sahiptir. Çocuğun, kendisine bakan kişi ve kurumlarla olan ilişkisine hiç şüphesiz vesayet ilişkisi de girmektedir. Çocuğun mutad meskenin bulunduğu devlet makamlarının veya vatandaşı olduğu devlet makamlarının, vesayet altındaki bir çocuk hakkında koruyucu tedbirler alabilmesi için öncelikle çocuğun sözleşme kapsamına giren küçüklerden olması gerekir. Sözleşme, küçük teriminden neyin anlaşılması gerektiğini 12. maddesinde açıklamıştır. Sözleşmeye göre küçük, hem vatandaşı olduğu devletin maddi hukukuna göre hem de mutad meskeninin bulunduğu devletin iç hukukuna göre bu vasfa haiz olan çocuklardır.

Çocuğun vesayetine ilişkin diğer bir sözleşme, Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’dir (1980 tarihli Lüksemburg Sözleşmesi)<sup>18</sup>. Sözleşme vesayete uygulanacak hukuku düzenlememekte, vesayete ilişkin verilen kararların diğer akit devletlerde tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Sözleşmenin 1/b ve 1/c hükümleri birlikte ele alındığında, velayete ilişkin kararın kapsamına, çocuğun kişisel bakımına ilişkin olarak verilen herhangi bir adli veya idari makam kararının girdiği görülmektedir. Sözleşmenin 1/c maddesinde velayete ilişkin kararın kapsamına; çocuğun oturacağı yeri tayin etmeye yönelik, çocuğun kişisel bakımına ilişkin olarak verilmiş yetkili makam kararlarının girdiği belirtilmiştir. Şu halde, akit devletlerin yetkili

17 Sözleşmenin yayınlandığı RG: 21.02.1983/17966

18 Sözleşmenin yayınlandığı RG: 02.11.1999/23864.



makamlarından sadır, çocuğun vesayetine ilişkin kararlar da sözleşme kapsamında tanınır, tenfiz edilebilecektir. Çocuğun malvarlığına yönelik hak ve sorumluluklara ilişkin kararlar ise açıkça düzenlenmediğinden sözleşme kapsamı dışında tutulmuştur. Şu halde, çocuğun vesayetine ilişkin kararların sınırlı olarak sözleşme kapsamına girdiğini söyleyebiliriz. Çocuk üzerindeki vesayet sorumluluğu prensip olarak, her ne kadar şahsının hem de malvarlığının korunmasına yönelik olsa da; Lüksemburg Sözleşmesi, vesayet sorumluluğundan doğan her çeşit kararı değil; sadece çocuğun şahsının korunması ve bakımına ilişkin vesayet kararlarını dikkate almakta ve sadece bu minvaldeki kararların akit devletlerde tanınmasına ve tenfizine imkan vermektedir.

Çocuğun vesayetiyle ilgili bir başka sözleşme, Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşmedir<sup>19</sup>. Doğaldır ki, evlat edinmeye konu olan çocuklar, bu işlem öncesi, bir kişi veya kurumun vesayeti altında olabilirler. Bu nedenle, evlat edinme sözleşmesinin kapsamına giren çocuklardan şayet vesayet altında olanlar var ise; bu çocuklara ilişkin işlemlerde sözleşme hükümleri dikkate alınacaktır. Uluslararası evlat edinme şartlarının düzenlendiği Sözleşmenin 4. maddesinin c/1 fıkrası, evlat edinme işleminin gerçekleştirilmesinde, evlat edinme için muvafakati zorunlu olan kişi, kurum ve makamlarla (gerekli görülen hallerde) istişarede bulunulmasını ve bu kişilerin evlat edinme işlemine rızalarının sonuçları hakkında bilgi sahibi olmalarını zorunlu tutmuştur.

Çocuğun vesayetine ilişkin diğer bir milletlerarası hukuk kaynağı, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'dir<sup>20</sup>. Sözleşme sadece velayet altındaki değil aynı zamanda bir kişi veya kurumun vesayeti altında bulunan çocuklar hakkında da uygulanmaktadır. Sözleşmenin 3/a maddesinde, çocuğun yer değişikliğinin hangi hallerde hukuka aykırı kabul edileceği belirtilmiştir. Buna göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukuna göre, çocuğun koruma hakkı bir şahsa, müesseseye veya kuruma bırakılmış olmasına rağmen; söz konusu şahıs veya kurumun izin veya icazeti olmaksızın, çocuğu yeri değiştirilmiş ise söz konusu yer değişikliğinin hukuka aykırı olacağı kabul edilmektedir. Sözleşmenin gözettiği koruma hakkının kapsamına, 3/a maddesinin açık hükmü gereğince vesayet ilişkisi de girmektedir<sup>21</sup>.

19 RG: 19.04.2004/25438. Ayrıca bkz. Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük RG: 15.03.2009/27170 (m.4/e ve m.16/6) Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Sibel Özel, 'Uluslararası Evlat Edinme' (2011) (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan) GÜHFD 609, 618; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme* (Seçkin Yayıncılık, 2003) 123; Faruk Kerem Giray, 'Milletlerarası Sözleşmelerde Evlat Edinme', (1999-2000) 19-20 (1-2) MHB, 343 vd.

20 Sözleşmenin yayımlandığı RG: 15.02.2000/23965.

21 Körfez Aile Mahkemesinde görülen bir iade talepli davada, Alman Gençlik İdaresi Alman mahkemesinin verdiği vesayet kararına aykırı olarak Türkiye'ye ailesiyle birlikte gelen çocukların iadesini talep etmiştir. Vesayet makamı olan Alman Duisburg Gençlik İdaresi, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5/1-a ve (d) maddelerinde belirtilen danışma ve sağlık tedbirlerinin alınacağına ilişkin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının verdiği güvenceyi dikkate alarak davadan feragat etmiştir. Söz konusu iade davası, davacının feragatı nedeniyle reddedilerek hükme bağlanmıştır. (Bkz. Körfez Aile Mahkemesi, 145/236, 22.10.2014. (Karar yayınlanmamıştır) Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta Basım, 2020) 302 dn 162



Vesayet hakkına ilişkin asıl çalışma konumuzun özünü oluşturan diğer bir sözleşme, 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi” (kısaca 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi) dir<sup>22</sup>. Sözleşmenin 3/c maddesinde, vasilik, kayımlık ve benzeri kurumların sözleşmenin kapsamı içine girdiği ifade edilmiştir<sup>23</sup>. Keza sözleşmenin 1/2. maddesinde tanımlanan velayet sorumluluğu teriminin kapsamına, (çocuğun kişiliğine ve mallarına yönelik) vasiinin veya diğer yasal temsilcisinin hakları, yetkileri ve sorumluluklarını belirleyen her türden otorite ilişkisinin girdiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, şimdiden hemen belirtelim ki; çocuk ile vasi arasında vesayet ilişkisinin tesisi<sup>24</sup>, vesayet altındaki çocuğun adı-önadına ilişkin uyumsuzluklar<sup>25</sup>, terekesinin idaresi, nafaka talepleri, sosyal güvenliğine ilişkin hakları, eğitim ve sağlığına ilişkin genel nitelikteki kamu tedbirleri ile iltica ve göç konularına ilişkin statüsü hakkındaki kararlar sözleşmenin kapsamı dışındadır (m.4). Sözleşme, gerek vesayet gerekse velayete uygulanacak hukuk kuralları bakımından “loi uniform” nitelik arz ettiğinden (m.20), bu kuralların gösterdiği yetkili devlet hukukunun, akit bir devlet olup olmamasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Çalışmamızda, vesayete ilişkin yabancı kararların tenfizi kapsam dışı tutulmuştur<sup>26</sup>.

Hiç şüphesiz iç hukukta, vesayet sorumluluğunun en temel dayanağını, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası<sup>27</sup> oluşturmaktadır. Anayasa, vesayet sorumluluğun en güçlü hukuki sütunlarından biridir. Çocuklara ilişkin alınacak tedbirler bakımından eşitlik ilkesine aykırı hareket edilemeyeceği ve hatta çocukların korunması için pozitif ayrımcılık yapılabileceği anayasayla güvence altına alınmıştır (m10/3). Anayasa’nın 41/2f hükmü gereğince, her çocuk korunma hakkına sahip olacak ve her türden istismar ve şiddete karşı

- 22 Sözleşmenin velayet yönünden detaylı incelemesi için bkz. Ayşe Elif Ulusu-Karataş, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Uygulama Alanı’ (2017) 37 (Prof. Dr. Yücel Sayman’a Armağan) MHB 911, 1003
- 23 Lagarde (n 15) paragraf 21, 547; Practical Handbook on The Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention (The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2014) 29
- 24 Sözleşmenin 4/a maddesi gereğince, velayet ilişkisinin tesisi hakkında sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır. Keza çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı doğup doğmadığı veya taşıyıcı annelik yoluyla doğup doğmadığına ilişkin uyumsuzluklar hakkında da sözleşme uygulanmayacaktır. Sözleşmenin 1/2. maddesinde velayet sorumluluğu ifadesinin içeriğine vesayet ilişkisinin girdiği açıkça belirtilmediğinden, çocuk ile vasi arasında tesis edilecek vesayet kararları, sözleşme kapsamı dışında değerlendirilmelidir. Ancak vesayete ilişkin tedbir kararları hakkında sözleşme hükümleri uygulanacaktır. (Bkz. Practical Handbook on The Operation of The 1996 Hague Child Protection Convention (n 23) 32)
- 25 Çocuğun ön ad ve soyadına uygulanacak hukukla ilgili tartışmalar için bkz. Hatice Selin Pürselim-Arning, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerini Özel Hukuklarında Ad*, (1st edn, Adalet Yayınevi, 2014) önadla ilgili olarak 187 vd.; soyadla ilgili olarak 230
- 26 Vesayet kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında detaylı bilgi için bkz. Doğa Elçin, ‘Vesayet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve Vesayetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması’ (2018) 67 (2) AÜHFD 317, 337; Ulusu-Karataş (n 22) 978 vd.; Musa Aygül, ‘Yabancı Mahkemeden Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)’ (2012) Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan 135, 159; Günseli Öztekin-Gelgel, ‘Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler’ (2015) 35 (2) MHB 107, 138; Ebru Şensöz-Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (On İki Levha Yayıncılık, 2017) 236; Bilgin Tiryakioğlu, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme’ (Beta Basım, 1999) Nihal Uluocak’a Armağan 409, 413; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, Beta Basım, 2011) 217-234.
- 27 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982 RG: 9.11.1982/17863 (Mükerrer)

devlet, çocuklara yönelik tedbirleri almakla yükümlü olacaktır (m.41/son). Söz konusu bu sorumluluk, çocuğun üstün menfaatinin gerektiği durumlarda vesayet altına alınmasını ve hatta öncesinde tedbiren korunmasını, barınmasını ve beslenmesini de içerir.

Türk hukukunda çocuğun vesayetinin detaylı düzenlendiği kanun ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunudur<sup>28</sup>. Kanunun, Aile Hukuku kitabının üçüncü kısmı münhasıran vesayet ilişkisine ayrılmıştır. TMK.'nın 404. maddesi küçüklerin, vesayet altına alınabilecek kişilerden olabileceğini ve de velayet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağını güvence altına almıştır.

Vesayete ilişkin diğer bir iç hukuk metni, Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'tür<sup>29</sup>. Tüzüğün 9. maddesine göre, velayetin, ana ve babanın her ikisinden birlikte kaldırıldığı veya ana ve babadan birinden velayetin kaldırılması çocuğun vesayet altına alınmasını gerektirdiği hallerde, hakim velayetin kaldırılmasına ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra vasi atanması için durumu çocuğun yerleşim yerindeki vesayet makamına bildirmek zorundadır. Vesayet makamı da, yapılan bu bildirim üzerine Türk Medeni Kanununun hükümlerini uygulayarak vasi atamasını yapar.

Çocuğun vesayetine ilişkin hükümler içermemekle birlikte, çocuğun korunması, bakımı ve barınmasına ilişkin tedbirler hakkında düzenlemeler içermesi sebebiyle 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununa<sup>30</sup> yer vermek gerekir. Kanunun 3/b maddesine göre, anasız veya babasız, ana ve babasız, ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, ana ve babası veya her ikisi tarafından terkedilen, veya ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içecekleri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuklar, koruma altına alınacaklardır. Bu çocuklar hakkında gerekli tedbir kararı, yetkili ve görevli mahkemece alınacaktır. Haklarında derhal koruma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar ise, mahkeme kararı alınıncaya kadar bakım altına alınacaklardır (m.22/2). Görüldüğü üzere Türk hukuku bakımından, Türkiye'de bulunan çocuk ister vatansız isterse herhangi bir yabancı devlet vatandaşı olsun, koruma altına girmesi gereken çocuklardan ise, görevli ve yetkili mahkemeden kendisi hakkında tedbir kararı alınacak ve bu işlemlerin tamamlanmasına kadar geçecek süre zarfında da bakım altına alınacaktır. Yapılan iş ve işlemler hakkında veli veya vasiye derhâl bilgi verilecektir (Ek madde 9).

İç hukukta çocuğun vesayetiyle ilgili diğer bir düzenleme, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunudur<sup>31</sup>. Kanunun 7/7. maddesi gereğince görevli ve yetkili mahkemeler,

28 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG: 8.12.2001/24607

29 RG: 10.08.2003/25195.

30 Kanun Numarası: 2828, Kabul Tarihi: 24.05.1983, RG: 27.5.1983/18059

31 Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG: 15.07.2005/25876

korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında, koruyucu ve destekleyici tedbir kararları alabilecekleri gibi; Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre vesayet veya kayyımılık gibi hususlarda da karar vermeye yetkilidirler.

### III. Vesayet İlişkisinin Vasıflandırılması

Türk hukukunda çocuğun vesayeti, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Aile Hukukunu düzenleyen ikinci kitabının üçüncü kısmında<sup>32</sup> düzenlenmiştir<sup>33</sup>. Bu nedenle Hâkimin hukukuna (lex fori'ye) göre hayat ilişkisi vasıflandırma yapılacağı olduğunda, çocuğun vesayeti, şahsın hukukuna değil aile hukuku müessesesi kapsamına girmektedir<sup>34</sup>. MÖHUK'un 10. maddesi vesayet ve kısıtlılığını aynı başlık altında düzenlemeyi tercih etmiş ve de vesayet ilişkisi bakımından ergin kişi ile çocuk arasında bir fark gözetmeksizin, vesayet ilişkisini bağımsız bir madde başlığı altında toplamıştır. Oysa kısıtlılık, ergin kişiler bakımından söz konusu olduğundan ve fiil ehliyetinin kısıtlanması sonucunu doğurduğundan bir yönüyle şahsın hukukuna ilişkin bir meseledir (TMK. m.16).

Diğer taraftan, lex causae vasıflandırma yapıldığında şayet yabancı hukuk çocuğun vesayetini aile hukuku kapsamında değil, şahsın hukuku kapsamında ele alır ve fiil ehliyetinin kısıtlanması olarak nitelendirir ise, bu taktirde MÖHUK'un 9. maddesi dikkate alınarak, mesele çözüme kavuşturulacaktır.

Evlat edinilen çocuklar bakımından, evlat edinenin, evlatlığın şahsı üzerindeki koruma ve himaye sorumluluğunun hukuki dayanağının velayet mi<sup>35</sup> yoksa vesayet mi olduğu tartışma konusu olabilir. Türk hukuku bakımından evlat edinen ile evlatlık arasındaki ilişki, velayet ilişkisi olmakla birlikte, yabancılık unsuru taşıyan evlat edinme ilişkisi bakımından farklı sonuçlar ortaya çıkabilir. Şu halde, yabancılık unsuru içeren evlat edinme ilişkileri bakımından lex fori vasıflandırma yapılacak olduğunda; MÖHUK 18/3 gereği evlat edinenin milli hukukuna bakılarak; şayet eşler birlikte evlat edinmişler ise evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuk (MÖHUK 13/3) esas alınarak, evlat edinen ile evlatlık arasındaki hukuki ilişkinin niteliği tespit edilecektir. Buna mukabil, lex causae vasıflandırma yapılacak olur ise, ilk önce MÖHUK 18/3 gereğince yetkili hukukun nitelendirdiği kavram esas alınacak, sonrasında bu kavramın

32 Bilge Öztan, *Türk Medeni Kanunu* (Turhan Kitabevi, 2002) XXIV

33 Mehaz kanun olan İsviçre Medeni Kanununda vesayet başlıklı olan kısım, 19.12.2008 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2013 tarihinden geçerli olmak üzere "Yetişkinlerin Korunması" başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Bkz. İlhan Helvacı, *Gereğçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Türk Medeni Kanunu* (On İki Levha Yayıncılık, 2013) Cilt II, 625

34 Türk Milletlerarası Özel Hukuk kitaplarında çocuğun vesayetini sistematik olarak, olması gerektiği gibi aile hukuku bölümünde inceleyip, değerlendiren eserler için Bkz. Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş Yayınları, 2020) 360 vd.; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (22nd edn, Beta Basım, 2017) 290 vd.; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Beta Basım, 2016) 195 vd.

35 Türk maddi hukuku bakımından, evlat edinmekle, ana ve babaya ait olan bütün hak ve yükümlülükler, evlat edinene geçtiğinden (TMK m. 314/1) evlat edinen, küçüğü evlat edinmekle, evlatlığı üzerinde velayet hak ve sorumluluğuna sahip olur. Evlat edinenin ölümü halinde, velayet hakkı kendiliğinden biyolojik anne ve babaya geçmez. Hakim bu halde, gerekli görür ise velayeti, biyolojik ana ve babaya geri verebileceği gibi uygun görmez ise çocuğa vasi tayin edebilir. (Öztan (n 1) 1001)

MÖHUK'ta karşılığı olan düzenlemeye bakılarak yetkili hukuk uygulanarak, mesele çözüme kavuşturulacaktır.

1996 tarihli Velayet Sözleşmesi'nin kapsamına giren hayat ilişkileri bakımından, çocuk ile vasi arasındaki vesayet ilişkisinin (m.3/a<sup>36</sup> ve 3/c) hukuki niteliği veya vasıflandırılması; sözleşmenin 15/1. maddesine göre davaya bakan mahkemenin iç hukukuna veya 16. maddesi gereğince çocuğun mutad meskeninin devletinin hukuku esas alınarak yapılacaktır.

Kimi devletlerin hukuk düzenlemelerinde, çocukların korunması farklı müesseselerle güvence altına alınmaktadır. Örneğin, Fas hukukunda yer alan Kafala müessesesi, vesayetten farklıdır. Kafala müessesesinde, mahkeme veya idari makam kararıyla, çocuk, Müslüman bir aileye barınması, iâşesi ve eğitimiyle sınırlı olarak tevdi edilmektedir<sup>37</sup>.

Çocuk ile ona bakan kişi veya kurum arasındaki hukuki ilişkinin vesayet mi, kafala mı<sup>38</sup> yoksa kayımlık mı veya diğer bir hukuki koruma türü mü olduğu, lex fori vasıflandırma yapılacak olduğunda davaya bakan mahkemenin hukukuna, lex causea vasıflandırma yapılacak olduğunda ise, hukuki ilişkinin esasına uygulanan hukukun yaptığı nitelendirme referans alınarak hayat ilişkisi vasıflandırılacaktır.

Son olarak belirtelim ki; vesayete ilişkin vasıflandırma, hüküm ve sonuçları üzerinde de kendini gösterebilir. Çocuk üzerinde vesayet sahibi olan vasinin gaipliğine karar verilmesi durumunda, vesayet ilişkisinin sona erip ermeyeceği, gaipliğin hüküm ve sonuçlarına mı yoksa vesayetin hüküm ve sonuçlarına mı bağlanacaktır sorusu gündeme gelebilir. Şayet, gaiplik kararının, çocuk üzerindeki etkisi gaipliğin hüküm ve sonuçlarına bağlanacak olursa, MÖHUK madde 9 gereğince ehliyete uygulanacak hukuka göre karar verilmelidir<sup>39</sup>. Buna karşılık vesayetin hüküm ve sonucundan olduğu kabul edilecek olursa, (MÖHUK 10/1 hükmü gereğince çocuğun milli hukuku uygulanmayacak olup onun yerine) 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi uyarınca çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanarak hüküm verilecektir.

Çocuğun mutad meskeni şayet Türkiye'de ise, vasinin gaipliğine, karar verilebilmesi için belirli bir süre geçeceğinden ve bu süreler içerisinde vesayet altında bulunan çocuğun korunması gerekli olduğundan TMK. 483/2 hükmü referans alınarak, vasi görevden alınabilir<sup>40</sup>. Şayet vasi hakkında önceden verilmiş bir gaiplik kararı var ise bu

36 Sözleşme her ne kadar velayet ilişkisinin nitelendirilmesinin sözleşme kapsamında olduğunu açıkça yazmış olmasına karşın vesayet için böyle bir açıklama getirmemiş olsa da, sözleşmenin 1/2 maddesinde velayet sorumluluğu kavramının içeriğine vesayetin de girdiğini belirtildiğinden; vesayetin nitelendirilmesinin de sözleşme kapsamında olduğunun kabulü gerekir.

37 Lagarde Report (n 15) paragraf 23, 547

38 Kafala müessesesi, sözleşmenin kapsamı dahilindedir. Bkz. m. 3/1/e

39 MÖHUK'un 11. maddesi gaiplik ve ölmüş sayılma kararlarının verilmesini düzenlemiş ancak hükümlerine uygulanacak hukuka yer vermemiştir.

40 Hüseyin Tokat, 'Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları' (2017) 25 (2) SÜHFD 565

taktirde, TMK. m.479 gereğince vesayet sorumluluğunun sona erdiği kabul edilmelidir. Vasi olan kişinin gaipliğine karar verilince vasilik görevi sona erse de vesayet altında bulunanın çocuğun vesayet durumu sürmeye devam edecektir<sup>41</sup>.

#### IV. Mukayeseli Hukukta Çocuğun Vesayeti

Kimi devlet hukuklarında, vesayet müessesinin bazı yönleri, ayrı ayrı bölümlerde değil, velayet ile birlikte ele alınıp, düzenlenmiştir. Danimarka ve Çek hukukları bu duruma birer örnektir<sup>42</sup>. Danimarka hukukunda vasi (væрге) sadece vesayet altındaki çocuğun mali işlemleri bakımından yetkili ve sorumlu tutulmuştur<sup>43</sup>.

[B]azı devletlerin hukuklarında ise vesayete ilişkin yetkiler farklı kişiler arasında paylaştırılmaktadır. Örnek vermek gerekirse; Portekiz hukukunda vesayet kurumu kendi içinde ikiye ayrılarak, çocuğu korumaktadır. Portekiz hukukunda, atanmış olan vasi (guardião), vesayet altındaki çocuğu farklı hukuki meselelerde temsil ederken, (tutor) ise vesayet altındaki çocuğa karşı ebeveynin sahip olduğu yetkilerle donatılarak, çocuğu koruyup, gözetmekle yükümlü tutulmaktadır. Slovakya hukuku da benzer anlayışa sahiptir. Vasi olarak atanan (opatrovník), çocuğu mahkemeleri ilgilendiren ve yetkisine giren işlemlerde temsil ederken, (poručník) olarak isimlendiren vasi ise, çocuğun güvenliği ve esenliği için yetkilendirilmiştir<sup>44</sup>.

[K]imi devlet hukuku ise, vesayet altına alınmayı gerektiren öznel durumunu esas alarak, çocuğun vesayetini bir kişi veya kurum üzerinde bırakabilmektedir. İspanyol hukuku bu duruma örneklerden biridir. İspanyol hukukuna göre, yabancı devlet vatandaşı çocuğun mağduriyetinin sebebi, insan ticareti veya istismarından kaynaklanıyor ise; Medeni Kanununun 222-228 maddeleri gereğince, çocuğun bulunduğu çevrede yaşayan aile üyelerinden veya akrabasından birini vasi olarak atamaktadır. Şayet yaşadığı veya bulunduğu çevrede, böyle bir akrabası yok ise, bu taktirde (İspanyol Medeni Kanununun 172-174. maddelerine istinaden) kamu hizmeti sunan bir kamu merciini vasi olarak yetkilendirmektedir. Yunan Medeni Kanunu da benzer düzenlemeye sahiptir (Medeni Kanununun m.1600).<sup>45</sup>

[Ç]ocuğun vesayeti için kamu makamı, vasi olarak atanacağı vakit, kimi Avrupa Birliği üye devlet hukuklarında, kurumda görev yapan bir kişi özel olarak çocuk için yetkilendirilmektedir. Buna örnek devletler, Avusturya, Hollanda ve Polonya hukuklarıdır. Buna karşılık, diğer birlik üyesi devletler ise, kamu kurumunun başkanını,

41 Aydın Zevkliler, Beşir Acabey and Emre Gökyayla, *Zevkliler Medeni Hukuk* (6th edn, Seçkin Yayıncılık, 1999) 585; Turgut Akıntürk and Derya Ateş-Karaman, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku* (17th edn, Beta Basım, 2015) Cilt II 545

42 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (European Union Agency for Fundamental Rights, Publications Office of the European Union, 2015) 22

43 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 23

44 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 23

45 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 24

yöneticisini veya hukuki temsilcisini vasi makamı olarak yetkilendirmektedir. Bu uygulamaya örnek, Bulgaristan, Güney Kıbrıs, İtalya, Litvanya, Portekiz ve Romanya hukuklarını gösterebiliriz. Kimi devlet ise, bazı işlemler için savcılık makamını, çocuğun vesayeti bakımından yetkilendirmektedir. Mesela, vesayet altındaki çocuğun okula kaydına ilişkin işlemler, Yunan hukukunda bizzat savcı tarafından talep edilmektedir.<sup>46</sup>

Kimi devlet hukukunda ise çocuğun vesayeti için, tek bir merkeze bağlı bir kamu makamı bulunmamaktadır. İngiliz, Galler ve Kuzey İrlanda'da, çocuğun bulunduğu mahaldeki yerel makamlar sadece çocuğun bakımıyla sınırlı kalarak yetkilendirilmektedir. Bu yerel makamların, çocuk adına hukuki işlem yapmak veya işlemleri yürütmek için yasal temsil yetkileri bulunmamaktadır.<sup>47</sup>

[K]imi devlet hukuklarında çocuk, belli bir yaş üstünde ise, hakkında vesayet kararı küçüklüğü sebebiyle verilmemektedir. Birleşik Krallıkta 16 yaşını tamamlamış çocuklar bakımından<sup>48</sup>, İskoç hukukunda ise 15 yaşını tamamlamış çocuklar hakkında, küçüklüğe dayalı vesayet kararı verilememektedir.<sup>49</sup>

Avrupa Birliği'ne üye devletlerde, çocuk üzerindeki kamu vesayeti sorumluluğu genel olarak ya bölgesel ya da yerel makamlarca yürütülmektedir. Belçika, Finlandiya ve Polonya'da ulusal seviyede yetkilendirilen merkezi vesayet makamı sadece kimsesiz çocuklar bakımından yetkiliyken; Danimarka ve İngiltere'de ise, kimsesiz çocuklar için yetkilendirilen vesayet makamı, bölgesel kurumlardır<sup>50</sup>.

Vesayet makamının denetimi, Avrupa Birliği ülkeleri bakımından çoğunlukla mahkemelerce yapılmaktadır. Bunun istisnası, Bulgar, Güney Kıbrıs, İspanyol, Hırvat, Macar, İrlanda, İsveç ve Slovenya hukuklarında yer almaktadır. Bu sayılan devletlerin hukuklarında, çocuğun vesayet makamının denetimi idari makamlara aittir<sup>51</sup>.

[Ç]ocuğun vesayeti bakımından, vasinin sorumluluğunun kapsamı önemlidir ve doğaldır ki bu sorumluluk, devletten devlete farklılık göstermektedir. Hollanda hukukunda, vasi, velilerle aynı sorumluluğa sahip olup çocuğun eğitiminden ve gözetilmesinden sorumlu olmakla birlikte vasinin, çocuğu yetiştirmek gibi doğrudan kendisine izafe edilen bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Finlandiya hukukunda ise, vasinin çocuğa yeteri derece ihtimam göstermesi gerekir ancak onu bizzat büyütmek ve yetiştirmek gibi mükellefiyeti yoktur.<sup>52</sup>

46 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 24. Bkz. Yunan Kanunu 2447/96 m. 49-52

47 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 25

48 Bkz. 1989 tarihli Children Act, Section 20

49 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 26

50 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 27

51 Liste için bkz. Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 50, 51

52 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 54

Hırvatistan, İtalya, Polonya ve İspanyol hukuklarında ise, vasinin yetkisi, veliler kadar geniş olmayıp, çocuğu ilgilendiren tüm önemli işlemlerde mahkemelerden (Hırvatistan bakımından ise Sosyal Refah Merkezi olan idari merciden) onay almak zorundadır<sup>53</sup>.

Avrupa Birliği üye devletlerinde, tümünde çocuğun vesayetine ilişkin olarak, vasinin yetkilerinin detaylı şekilde listelendiğini söylemek pek mümkün değildir. Buna karşılık, Litvanya Medeni Kanunu'nda<sup>54</sup> diğer üye devletlerden farklı olarak vasinin görevleri son derece detaylı olarak sayılmış ve sıralanmıştır.

## V. Vesayet Kavramının Kısıtlılık Kavramından Farkı

Kısıtlılık, şahsi ve mali menfaatlerini korumak iktidar ve ehliyetinden yoksun olan ergin kişilerin korunması amacıyla, kişinin bakımını, gözetimini ve malvarlığına ilişkin yararlarının korunmasını ve temsilini öngören hukuki bir müessesedir<sup>55</sup>. Türk hukuku özelinde, kısıtlılığın sadece ergin kişiler bakımından söz konusu olduğu; buna mukabil vesayetin ise çocuklar bakımından geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Kısıtlılık, ergin bir kişinin fiil ehliyetinin mahkeme kararıyla tamamen veya kısmen kaldırılmasını ifade eder<sup>57</sup>. Kısıtlılık kararıyla, başta kişinin kendi menfaati, dolaylı olarak da üçüncü kişilerin menfaati korunmaktadır. Kısıtlılık kararı, kişinin ehliyetsiz olduğu veya fiil ehliyetinin sınırlandırılmasının gerektiği durumlarda alınır.

Türk hukukunda, kısıtlılık sebepleri kanunla düzenlenmiştir. Kanunda düzenlenen sebepler dışında, kişi hakkında kısıtlama kararı alınamaz. TMK.'nın 405-408. maddeleri gereğince, ergin kişinin, akıl hastası veya akıl zayıflığının olması veya kendi işlerini hiç veya gereği gibi görememesi, sürekli yardım ve gözetime ihtiyacının olması, başkalarının güvenliğini tehlikeye sokması, alkol ve uyuşturucu madde bağımlısı olması, savurgan olması, kötü yaşam tarzına sahip olması veya malvarlığını kötü yönetmesi başlıca kısıtlanma sebebidir. Bunun yanında, ergin kişinin bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olması durumu da kısıtlanma sebebidir. Kimi hallerde ise ergin kişi kendi isteği üzerine kısıtlanabilmektedir. Nitekim yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden ergin kişi kısıtlanmayı kendi talep edebilmektedir.

## VI. Vesayet ile Velayet Kavramları Arasındaki Farklar

Velayet ve vesayet, Türk Medeni Kanununun Aile Hukuku kitapçığında düzenlenmiştir. Ne var ki; velayet ve vesayet kurumları birbirlerinden ayrı tutulmuşlardır. Bununla birlikte, velayete ilişkin kimi hükümlerde vesayete göndermeler yapılırken (TMK.

53 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 54

54 Litvanya Medeni Kanunu m. 3.271

55 Öztan (n 1) 1257

56 Turgut Akıntürk, *Aile Hukuku* (7th edn, Beta Basım, 2002) Cilt II 466

57 Öztan (n 1) 1276



335/2 , 342/3) vesayete ilişkin bazı hükümlerde ise velayete atflar olmuştur (TMK. 445/2)<sup>58</sup>. Ana baba dışındaki üçüncü kişiler, çocuk üzerinde velayet hakkı sahibi olamazlar<sup>59</sup>. Bu kişiler ancak vasi olabilirler<sup>60</sup>. Çocuk aynı zamanda hem velayet hem vesayet altında olamaz<sup>61</sup>. Ancak her iki kavram da çocuğun korunmasına yöneliktir. Benzer amaçlara hizmet ederler. Hatta Türk hukuku özelinde, velayetle ilgili konularda hüküm bulunmaz ise; niteliği ile bağdaştığı ölçüde vesayete ilişkin kurallar uygulanacaktır. Mesela, velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki çocuk gibidir (TMK 343/1). Benzerliklerine rağmen velayet ile vesayet arasında birçok farklılık da bulunmaktadır. Bunlar şöyle sıralanabilir:

Velayet, soy bağından kaynaklanırken, vesayet ise kanundan ve mahkeme kararıyla doğar<sup>62</sup>. Velayet, anne ve babaya tanınan bir hak ve sorumluluk iken, vesayet, vasiye tevdi edilen görev ve sorumludur. Velayet sahibi olan veli, kural olarak çocuğu temsil yetkisine sahiptir ve ancak istisnai olarak sadece kendisiyle çocuk arasındaki, kendi lehine yapacağı hukuki işlemler için bu temsil yetkisi kısıtlanmaktayken; vasi, TMK madde 462 ve 463. maddelerde gösterilen işlemleri yapmak için hâkimin iznini almak durumundadır.

Çocuğun yetiştirilmesinde veli, çocuğun bakım ve geçimini bizzat kendi imkanlarıyla karşılarken, vasinin böyle bir yükümlülüğü yoktur. Vasi, çocuğun infak ve iaşesini, çocuğun malvarlığından karşılar. Vasi, çocuğa göstereceği dikkat ve ihtimam için yaptığı masrafları, çocuğun ana babasından ister. Şayet, vesayet altındaki çocuğun ana babası hayatta değil ise veya masrafları karşılayacak mali imkanlara sahip değilse, çocuğun malvarlığına başvurur (TMK. 327/2) ve oradan karşılar. Çocuğun, kendi malvarlığı yok ise, bakım nafakası yükümlülerinden bu masraflar karşılanır (TMK 364).

Vesayet altındaki kişinin yerleşim yeri, kısıtlamaya karar veren vesayet makamının bulunduğu yerdir. (TMK. 21/2) Buna karşılık, velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri ise, velayet sahibinin yerleşim yeridir.

Vasi, vesayet altına alınan kişinin malvarlığına ilişkin defter tutmak ve vesayet makamının belirleyeceği zamanlarda vesayet makamına hesap vermek zorundayken; veli ise, velayet altındaki çocuğun malları için herhangi bir makama hesap vermez. Vasi, yaptığı hizmetler için ücret talep edebilirken, veli yaptığı hizmetler için herhangi bir ücret talep edemez.

58 Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku* (3rd edn, Pegem Akademi, 2013) 287

59 Bunun istisnası, evlat edinen ile evlatlık arasındaki ilişkidir. Evlat edinen, evlatlık üzerinde velayet hak ve sorumluluğuna sahiptir.

60 Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2010) 146

61 Selma Bakır Çetiner, *Velayet Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2000) 49

62 Öztan (n 19 1259

Vasi, azledilebileceği gibi şartları varsa istifa edebilir. Buna karşılık velayet ilişkisinde, velinin azli veya istifası söz konusu olmaz.<sup>63</sup>

## VII. Vesayet İlişkisinde Yabancılık Unsuru

Çocuğun vesayet altına alınması söz konusu olduğunda, bu hayat ilişkisinde yabancı unsur olup olmaması uygulanacak hukuk bakımından önem arz etmektedir. Şayet hiçbir yabancılık unsuru yok ise, vesayete ilişkin her sorun, Türk Medeni Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde karara bağlanacaktır.

Buna karşılık vesayet ilişkisinde yabancılık unsuru olabilir. Vesayet ilişkisinde yabancılık unsuru, bizzat çocuğun kendisinden yani çocuğun vatansız olmasından ya da yabancı devlet vatandaşı olmasından doğabileceği gibi mülteci veya şartlı mülteci olmasından da kaynaklanabilir. Bunların dışında, çocuğun vesayeti bakımından yabancı unsur, çocuğun yerleşim yerinin veya mutad meskenin yabancı bir devlette bulunmasından kaynaklanabilir. Diğer bir yabancılık unsuru ise, vasinin ikametgahının veya mutad meskeninin yabancı bir devlette olması olabilir.

Ana ve babası belli olmayan kimsesiz çocuğun, vesayet ilişkisine süje yönünden yabancılık unsuru verebileceği düşünülebilir. Ancak, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 8/2 maddesine istinaden Türkiye’de bulunan çocuğun aksi sabit olmadıkça Türkiye’de doğduğu kabul edilmiştir. Türkiye’de bulunan kimsesiz çocuk, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>64</sup> hükmüne<sup>65</sup> istinaden aile kütüğüne tescil edilir ve Türk vatandaşlığını kazanır<sup>66</sup>. Bu nedenle terk edilmiş küçük çocuklar yönünden yabancılık unsurunun vatandaşlık işlemlerinin tamamlanmasına kadar geçecek çok kısa bir süre için, söz konusu olacağını söyleyebiliriz. Buna mukabil, çocuk şayet yaşça büyük ve de kendini ifade edebilecek durumda ise terkedilmiş olsa dahi, kendisinden ana babasının kimlik bilgileri ve vatandaşlığı hakkında bilgi alınıp, araştırma yapıldıktan sonra elde edilen sonuca göre hareket edilmelidir.

Diğer taraftan, vesayet makamının veya vesayet sorumluluğunu üstlenecek vasinin yabancı devlet vatandaşı veya yabancı bir devlet tüzel kişisi olması da, hayat ilişkisine yabancılık unsuru verecektir.

63 Öztan (n 1) 1259-1263; Selma Baktır Çetiner (n 61) 49-51

64 RG: 23.11.2016/26355.

65 Yönetmeliğin 32. madde hükmüne göre, Yaşının küçüklüğü nedeniyle kendisini ifade edemeyen bulunmuş çocuklar kolluk görevlilerinin veya ilgili kurumların bu durumu belirten tutanaklarına veya ilgililerin beyanlarına dayanılarak buldukları yerin nüfus kütüklerine tescil edilir. Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nin 75. maddesi uyarınca 29.9.2006 tarih ve 2006/11081 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. RG.9.5.2020-31122. Yeni Yönetmelik, kimsesiz çocuklar bakımından nüfusa bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Buna göre, kimsesiz çocukların doğumuna ilişkin bildirim, Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliğinin 14/1 hükmü gereğince, çocuğu yanında bulunduranlar tarafından, doğumunu gösteren resmî belgeye veya sözlü beyana dayalı olarak yapılacaktır.

66 Bkz. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 12/3. (RG: 6.4.2010/27544)

Şayet çocuk velayet altında olmakla birlikte, velisinin ve velilerinin özel durumundan ötürü velayet sorumluluğu kendilerinden alınıp, vesayet altına alınacak ise; velilerinin yabancı devlet vatandaşı olması veya yabancı bir devlette ikametgâhlarının veya mutad meskenlerinin olması da hayat ilişkisine yabancılık unsuru verebilecektir. Ancak vesayet altına alınacak çocuk bakımından bu örnekte yer alan hayat ilişkisindeki yabancılık unsurunun doğrudan değil dolaylı olduğu söylenebilir.

### VIII. Çocuğun Vesayetinde Ön Mesele Olarak Çözüm Bekleyen Sorunlar

Yabancılık unsuru içeren vesayet uyuşmazlığı bakımından, davaya bakan mahkeme öncelikle çocuk üzerindeki velayet sorumluluğunun sona erip ermediğini tespit etmek veya karara bağlamak zorunda kalabilir. Bu durumda velayetin sona erip ermemesi ön mesele, vesayet talebi ise esas sorun olacaktır. Burada sorun, ön mesele denilen ihtilafın hangi hukuka göre çözümleneceğinde toplanmaktadır. Ön mesele teşkil eden sorun, yabancı unsurlu bir ihtilaf olduğuna göre; bu mesele asıl sorundan bağımsız müstakil olarak kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre mi çözülecektir yoksa ön mesele, asıl sorunun bir unsuru veya parçası olarak değerlendirilip, asıl meselenin esasına tatbik edilecek hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre mi çözümlenecektir? Birinci yöntemde, ön mesele, davaya bakan hakimin kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alarak meseleyi çözümler ki buna *lex fori* yöntemi denir. Buna karşılık, ikinci yöntemde ise ön mesele, esas meselenin esasına tatbik edilecek hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre çözümlenir ki, bu yönteme *lex causae* yöntemi denir<sup>67</sup>.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi tahtında, Sözleşme'nin 16 ila 18. maddelerinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları; çocuk ile vasi arasında vesayet ilişkisinin tesis edilmesi veya kurulmasına dair “ön mesele”ye uygulanacak hukuku düzenlememektedir. Bu nedenle, vesayet ilişkisinin devamı bakımından, çocuk ile vasi arasında önceden kurulmuş geçerli bir vesayet ilişkisinin bulunup bulunmadığı ön meselesi, *lex causae* mi yoksa *lex fori* mi kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözüleceği her akit devletin kendi iç hukukuna bakılarak çözüme kavuşturulacaktır<sup>68</sup>.

#### A. Ön Mesele Olarak Çocuk ile Ana ve/veya Babası Arasında Soybağı İlişkisinin Yokluğu

Çocuğun vesayet altına alınabilmesi için, çocukla biyolojik anne ve babası arasında hukuken geçerli bir soybağı ilişkisinin kurulmamış olması gerekir. Mahkemece, öncelikle vesayet altına alınması talep edilen çocuğun, velayet altında olup olmadığına bakılacaktır. Çocuğun, şayet annesi veya babası belli değilse ise, bu taktirde soybağına bağlı velayet ilişkisi kurulamayacağından, çocuk vesayet altına alınacaktır.

67 Çelikel and Erdem (n 21) 131-139; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (7th edn, Beta Basım, 2019) 95 vd.; Doğan (n 34) 222-227; Nomer (n 34) 138-143; Tekinalp and Uyanık (n 34) 40-41

68 Bu hususta, *lex causae* vasıflandırma önerilmektedir. Bkz. Lagarde (n 15) paragraf 102, 579.

Velayet, soybağının bir sonucu olması sebebiyle, çocukla annesi ve/veya babası arasında hukuken geçerli bir soybağı ilişkisinin<sup>69</sup> var olup olmadığının öncelikle tespiti gerekir. Çocuk hakkında geçerli bir soybağı ilişkisi tesis edilememesinden sonradır ki ancak, çocuk hakkında vesayet kararı verilebilsin. Lex fori yöntemi esas alınarak vasıflandırma yapılacak olduğunda çocukla soy bağı ilişkisinin kurulup kurulmadığı MÖHUK'un 16. maddesi hükümlerine göre belirlenecektir. Şayet lex causae vasıflandırma yapılacak olur ise, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin dikkate aldığı bağlama noktası çocuğun bulunduğu devlet hukuku (m.15/1) olduğundan ve bu hukukta MÖHUK m.10/1'i yetkilendirdiğinden ön mesele, çocuğun milli hukukuna veya mutad meskeni Türkiye'de ise Türk hukukuna göre çözüme kavuşturulacaktır.

### **B. Ön Mesele Olarak Çocuğun Ana ve Babasıyla Olan Velayet İlişkisinin Sona Ermiş Olması**

Çocuğun vesayetini gerektiren sebeplerin biri, velayetin sona ermesi yani velayet sorumluluğunun anne ve babasının yetkisinden alınmış olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, çocukla anne, babası arasında var olan mevcut soybağı ilişkisinin sona ermesi değil; bilakis velayet sorumluluğunun, anne ve babasının kontrolünden ve denetiminden çıkmasıdır. Velayet sona ermiş olsa dahi çocuğun, anne ve babasıyla kurulmuş olan soybağı ilişkisi mevcudiyetini korumaya devam eder. Ancak çocuğun vesayet altına alınabilmesi için, velayet sorumluluğunun sona ermiş olup olmadığı bir ön sorun olarak davaya bakan mahkemece değerlendirilmek zorundadır. Doktrinde, çocuğun soybağının, esas meselenin (yani vatandaşlığın) tabi olduğu hukuka göre çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>70</sup>. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi bakımından ise, 16. ve 18. maddeleri gereği, çocuğun mutad meskeni devleti hukukuna göre vasıflandırma yapılması gerekir.

### **C. Ön Mesele Olarak Velayeti Sona Erdiren Yabancı Mahkeme Kararının Tanınması**

Çocuk üzerindeki velayet sorumluluğunun sona ermesi, şahsi statüsünde değişiklik getiren bir durumdur. Bu sebeple, yabancı statü kararlarının yenilik doğurucu etkileri, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına ihtiyaç görülmezsizin, doğrudan doğruya geçerli usul hükümlerine yani tanıma kararı verilmesiyle söz konusu olacaktır<sup>71</sup>.

69 Doktrinde, soybağının kuruluşuyla ilgili bağımsız bir vasıflandırma olarak, çocuk merkezli yaklaşımın esas alınması, "in favorem infantis" (*çocuk için en iyi olan, en lehe olana*) göre vasıflandırmanın yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Esra Dardağan-Kıbar, 'Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar' (2011) (Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan) GÜHFD 549

70 Tekinalp and Uyanık (n 34) 41

71 Nomer (n 34) 143

Çocuğun şahsi statüsünde yeni bir statü tesis eden yabancı mahkeme kararları, Türkiye’de ancak tanınmaları koşuluyla hüküm ifade ederler. Bu nedenle, çocuk hakkında kanundan ve mahkeme kararından doğan vesayet sorumluluğu, yabancı bir mahkeme kararı ile sona erdirildiği vakit, çocuğun velayeti anne veya babasından birini yeniden verilemiyor ise, çocuk hakkında vesayet kararı verilmesi gündeme gelebilir.

Türk mahkemesi, çocuk üzerinde velayet sorumluluğunu sona erdiren yabancı bir mahkeme kararını, bu kararın yenilik doğuran bir karar olması sebebiyle ancak tanınması suretiyle dikkate alabilecektir. Türk mahkemesi, velayet sorumluluğunu sona erdiren yabancı mahkeme ilamını şartları var ise, tanınmasına karar verdikten sonra; bunun hüküm ve sonuçları, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade edecektir (MÖHUK m.59). Ancak, 1996 tarihli Sözleşme, çocuğun velayetine ilişkin kararların, akit devletlerde kendiliğinden tanınmasını düzenlemektedir(m.23). Bir başka ifadeyle, ana kural, yabancı velayet kararının otomatik olarak tanınması olup, istisnası tanınmanın reddi davasının açılmasıdır<sup>72</sup>. Şu halde, ön mesele olarak velayet sorumluluğunun bir adli veya idari makamın kararıyla sona ermesi durumunda, Sözleşme hükümleri dikkate alınarak, tanınacak veya dava açılıp tanınmanın reddi kararı verilmiş ise tanınmayacaktır.

## IX. Yabancılık Unsuru Taşıyan Vesayet Meselelerine Uygulanacak Hukuk

Bu bölüm altında, a) vesayet kararı öncesi koruma tedbiri taleplerine uygulanacak hukuk b) çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebeplere uygulanacak hukuk c) vesayetlinin sürdürülmesi veya devam etmesi taleplerine uygulanacak hukuk d) çocuğun vesayetini sona erdirecek veya kaldırılmasını gerektiren nedenlere uygulanacak hukuk incelenecektir.

Çocuğun vesayetine ilişkin yukarıda belirttiğimiz hususlara uygulanacak hukuku belirlerken, öncelikle ikili bir ayırım yapılması gerekir. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin Türk iç hukuku bakımından yürürlüğe girmesinden önceki döneme ilişkin çocuğun vesayetine dair meseleler hakkında, MÖHUK’un 10. madde hükmü uygulanacak iken; Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra ise; çocuğun vesayetine ilişkin bir çok konuda sözleşme hükümlerinin uygulanacak olması sebebiyle MÖHUK madde 10 düzenlemesinin sınırlı bir uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin<sup>73</sup>, Türk hukuku bakımından yürürlüğe girdiği

72 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne göre, velayete ilişkin tanıma kararlarının reddi sebepleri m. 23/2’de sayılmıştır. Detaylı bilgi için Ulusu-Karataş (n 22) 978-986

73 Türkiye, vatandaşlarının kısa süreliğine Schengen bölgesine vizesiz girebilmesini sağlamak amacıyla Avrupa Birliği ile görüşmelerde bulunmuş ve bunun neticesinde, Komisyon tarafından 20.10.2014 tarihli “Vize Serbestisi İçin Türkiye Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Yükümlülüklerle İlişkin Yol Haritası Raporu” hazırlanmıştır. Bkz. 20.10.2014 COM (2014) 646 final. Söz konusu Raporun, İngilizce metninin 26. ve 27. sayfalarında Türkiye’nin 1996 tarihli Velayet Sorumluluğuna ilişkin Lahey Sözleşmesi ile 2007 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne ilişkin Lahey Sözleşmesi’ne taraf olması tavsiye edilmiştir. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0646&from=EN>

1.02.2017 tarihine<sup>74</sup> kadar; çocuğun vesayetine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen yegane kaynaklar, MÖHUK'un 10 maddesi ile Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 1961 tarihli Sözleşmeydi. Söz konusu tarihten sonra, yabancı unsur içeren ve çocuğun vesayetinin sürdürülmesine ve kaldırılmasına ilişkin talepler hakkında 50. madde hükmü<sup>75</sup> saklı kalmak kaydıyla 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yetkili kıldığı kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır.

### **A. Vesayet Kararı Öncesi Koruma Tedbiri Talepleri Hakkında Karar Vermeye Yetkili Makam ve Koruma Tedbiri Taleplerine Uygulanacak Hukuk**

MÖHUK 10/3 hükmü gereğince, çocuk hakkında vesayet kararı verilmesi ve sona erdirilmesi dışında kalan tüm hususlara Türk hukuku uygulanacaktır. Yabancı devlet vatandaşı olan küçükler hakkında, vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler var ise; iki taraflı Konsolosluk Anlaşmaları gereğince çocuğun bu durumu öncelikle vatandaşı olduğu devletin konsolosluluğuna bildirilir. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde veya vatandaşı olduğu devletin makamlarının karar almakta geciktiği veya hareketsiz kaldığı veya olumsuz geri bildirimde bulunduğu hallerde, çocuğun bulunduğu devletin mahalli makamları gerekli tedbirleri alır veya bu tedbirlere uygun olarak vesayete ait işleri yürütür<sup>76</sup>.

Bilindiği üzere, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, MÖHUK madde 1/2 gereğince MÖHUK'un düzenlediği kanunlar ihtilafı kurallarına göre öncelikli uygulama alanı bulmaktadır. 1996 tarihli Lahey Sözleşmenin 5. maddesi gereğince, çocuğun mutad meskenin bulunduğu akit devletin adli veya idari makamları, çocuğun kişiliğini veya mallarının korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetkili kılınmıştır<sup>77</sup>. Şu halde, çocuğun kişiliğinin korunması hususunda, çocuğun mutad meskeni makamları yetkili olmakla birlikte; bu makamlar aynı zamanda çocuğun gerek mutad meskenin bulunduğu devletteki malları gerekse de mutad meskenin dışında kalan malları hakkında yetkili olmaktadır. Ancak Türkiye'nin, sözleşmenin 55.madde hükmüne koyduğu çekince

74 Türkiye, Sözleşmeyi, 25.04.2016 tarih ve 6707 sayılı Kanun ile uygun bulmuş (RG: 05.05.2016- 29703) ve 09.05.2016 tarih ve 2016/8848 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylamıştır. Sözleşmenin, onaylanmaya, kabule, uygun bulmaya ve katılmaya ilişkin belgenin depo makamına tevdi edilmesinden sonraki üç aylık sürenin sona ermesini takip eden ayın ilk gününde yürürlüğe gireceği (m.61) kararlaştırılmıştır. Bu hususu dikkate alan Bakanlar Kurulu, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarihi 01.02.2017 olarak tespit etmiştir. Sözleşmenin Türkçe ve İngilizce metni 22.05.2016 tarih ve 29719 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

75 "Akit devletler arasındaki ilişkilerde, 5 Ekim 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme ile 12 Haziran 1902 tarihinde Lahey'de imzalanan Küçüklerin Vesayetini Tanzim Eden Sözleşme, yukarıda anılan 5 Ekim 1961 tarihli Sözleşme uyarınca alınan önlemlerin tanınmasına halel getirmeksizin, bu Sözleşmenin yerine geçer."

76 Tiryakioğlu (n 16) 76

77 Türkiye 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmadan önce de, Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmeye taraf olduğundan, acele durumlarda, çocuğun bulunduğu devlet sıfatıyla kendi hukukunu uygulayarak akit devlet vatandaşı bir çocuk hakkında ülke sınırları içinde gerekli koruma tedbirini alıp, uygulayabilmekteydi (m.9). Sözleşmeye taraf devletler, Almanya, Avusturya, Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz, Yunanistan ve Türkiye'dir.

uyarınca, vesayet altındaki çocuğun Türkiye’de bulunan malları hakkında Türk mahkemeleri yetkili olacaktır<sup>78</sup>. Türkiye, sözleşmeye çekince koymasaydı dahi madde 11/1 hükmü uyarınca aciliyet gerektiren durumlarda, vesayet altındaki çocuğun mallarını korumaya yönelik her türlü koruma tedbirini almaya çocuğun mallarının bulunduğu akit devlet mahkemesi yetkili kılındığından ve uygulanacak hukuk olarak da (m.15/1) mahkemenin hukuku tayin edildiğinden herhangi bir sorun teşkil etmeyeceği düşünülebilirdi ancak madde 11/1 hükmü aynı yetkiyi çocuğun bulunduğu akit devlete de verdiği için, Türkiye’nin bu çekincesi yerinde olmuştur. Madde hükmü çocuğun malları ifadesini kullandığı için, çocuğa ait taşınır ve taşınmazlar bunun kapsamına girer. Türkiye’nin koyduğu çekince gereğince, çocuğun Türkiye’deki mallarının korunmasına ilişkin tedbirler hakkında Türk mahkemeleri yetkili olup, Türk hukuku uygulanacaktır.

Vesayet altındaki çocuğun şahsının korunması bakımından da aynı prensip geçerlidir. Sözleşme madde 11/1 hükmü gereğince tüm acil durumlarda, vesayet altındaki çocuğun şahsını korumaya yönelik her türlü koruma tedbirini almaya çocuğun bulunduğu akit devlet mahkemesi yetkili kılınmış ve uygulanacak hukuk olarak (m.15/1) mahkemenin hukuku tayin edilmiştir. Atıf reddedildiğinden, mahkemenin, maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır (m.21).

Belirttiğimiz üzere, Sözleşmenin 15. maddesi tedbir talepleri bakımından, akit devlet makamının maddi hukukunu yetkili kılmıştır. Bunun istisnasını ise Sözleşmenin 15/2f maddesi oluşturmaktadır. Buna göre, duruma ilişkin somut bağlantısı bulunan diğer bir devletin hukuku koruma tedbiri taleplerine uygulanacak hukuk olarak uygulanabilecektir. Bu durum, özellikle çocuğun ailesiyle birlikte, mutad meskenleri veya vatandaşı olduğu veya ikamet ettikleri devletin dışında bir ülkeye turistik seyahat ederken anne ve babasının trafik kazası geçirip, vefat etmesine<sup>79</sup> bağlı olarak vesayet altına alınmasını gerektiren acil bir durumun ortaya çıktığı hallerde söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, trafik kazasının meydana geldiği akit devlet mahkemesi, çocuğun korunmasına yönelik tedbirler bakımından, kendi iç hukukunu uygulamak yerine, çocuğun gelecekte hayatını devam ettireceği, yaşamının merkezinde olan veya eğitimini devam ettireceği devleti, üçüncü bir devlet hukuku olarak dikkate alıp uygulayabilir. Üçüncü devlet hukukuna örnek durum, çocuğun ikametgahı veya vatandaşı olduğu devlet hukuku olabilir. Bunun mantığı, mahkemenin vereceği vesayet kararının gelecekte ilgili 3. devlet mahkemesinde kolaylıkla tanınması ve tenfizini sağlamaktır. Sözleşme uygulanacak hukuk olarak çocuğun nutad meskenini, acil

78 Bkz. 25.4.2016 tarih ve 6707 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan sözleşmenin, çekince ve beyanlarla onaylanması ve Dışişleri Bakanlığının 5.5.2016 tarih ve 10848877 sayılı yazısına istinaden 31.5.1963 tarih ve 244 sayılı Kanununun 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulunun 9.5.2016 tarih ve 2016/8844 sayılı kararı. RG: 22.05.2016 – 29719. Türkiye koyduğu diğer bir çekinceyle; çocuğun velayet sorumluluğuna veya mallarına ilişkin olarak kendi makamları tarafından daha önce alınmış bir kararla bağdaşmayan bir tedbiri tanımama hakkını saklı tutmuştur.

79 Fransız Medeni Kanunu m.390 gereğince, anne ve babanın vefat etmesi veya ebeveynlerin çocukları üzerinde velayet sorumluluklarını yitirmesi durumunda, çocuğun vesayet altına alınacağını düzenlemiştir. Benzer şekilde Alman Medeni Kanunu § 1773.



durumlarda ise akit devletin kendi hukukunu esas almış olması sebebiyle söz konusu bu iki devletin hukukunun dışında kalan üçüncü devlet hukuku olarak; geriye çocuğun vatandaşı veya ikametgâhı devletin hukukları kalmaktadır.

Sözleşme koruma tedbirine ilişkin uygulanacak hukuku düzenlerken, çocuğun mutad meskeninin zaman içinde değişebileceği ihtimalini dikkate alarak; söz konusu değişikliğin vesayet ilişkisine uygulanacak hukuk üzerindeki etkisini de düzenlemiştir. Statü değişikliğinden (conflit mobile) doğan kanunlar ihtilafı kuralını, davayı gören mahkemenin hukukuna bırakmak yerine Sözleşme hükmü (15/3) olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Böylece Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında akit devletler bakımından yeknesaklık tesis edilmiştir. Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu önceki devletin makamları tarafından alınmış koruma tedbirinin, çocuğun mutad meskeninin sonradan değişmesine bağlı olarak akıbetinin ne olacağı, çocuğun yeni mutad mesken hukukuna bakılarak çözülecektir.

Çocuğun önceki mutad mesken makamı tarafından alınmış koruma tedbiri kararının, hangi yönlerinin koruma tedbirinin “uygulanmasına” hangi hususlarının ise “varlığına (geçerliliğine)” ilişkin olduğu, çocuğun yeni mutad meskeni hukukuna bakılarak çözüme kavuşturulacaktır. Örneğin; önceki mutad mesken hukukuna göre alınmış ve çocuk 18 yaşına gelene kadar uygulanmasına karar verilmiş bir koruma tedbirinin, yeni mutad mesken hukukunda 16 yaşında sona ereceğinin öngörülmüş olması ihtimalinde; koruma tedbirinin “geçerlilik süresi”nin, tedbirin “uygulanma şartı”na mı yoksa “esasına” mı ilişkin olduğu, çocuğun yeni mutad meskeni devleti hukukuna bakılarak çözüme kavuşturulacaktır<sup>80</sup>. Şu halde, Sözleşmenin 15/3 hükmü gereğince, vasinin yetkisini kullanırken bazı konular bakımından adli veya idari makamın izninin aranıp aranmayacağı; yeni mutad meskeni devleti hukukuna tabi olacaktır<sup>81</sup>.

Çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler, farklı nedenlerden ortaya çıkabilir. Bu durumları şöyle sıralayabiliriz<sup>82</sup>. 1) ana ve babanın aynı anda veya sonradan ölmesine bağlı olarak velisiz kalması sebebiyle çocuğa vasi atanabilir 2) ana babanın gaip olması veya velayet hakkı kendisine verilen ana babanın gaip olması sebebiyle çocuğa vasi atanabilir c) ana babanın boşanmaları ve hakimın çocuğun velayetini onlara vermeyi uygun görmemesi sebebiyle çocuğa vasi atanabilir d) boşanma sonucu velayet sorumluluğu kendisine verilen anne veya babanın başkasıyla evlenmesi sonrası çocuğun hak ve menfaatlerinin tehlikede olması durumunda çocuğa vasi atanabilir e) ana babadan her ikisinden de velayet hakkının kaldırılması sebebiyle çocuğa vasi atanabilir f) evlatlık bağının kaldırılması nedeniyle velisiz kalan çocuğa

80 Lagarde (n 15) paragraf 91, 575; Ullusu-Karataş (n 22) 964 dn 117

81 Nigel Lowe, Mark Everall and Michael Nicholls, *International Movement of Children* (Jordan Publishing, 2004) 547

82 Ali İhsan Özüğür, *Velâyet - Vesayet - Soybağı - Evlat Edinme Hukuku- Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler* (Adalet Yayınevi, 2010) 819-821

vasi atanabilir g) evlilik birliğinin yokluk, mutlak butlan, nisbi butlanla sona ermesi ve velayetin anne ve babaya verilmemesi durumunda çocuğa vasi atanabilir h) boşanma sonrası velayet hakkı kendisine verilen eşin ölümü sebebiyle çocuğa vasi atanabilir ı) koruma altına alınan velisi bulunmayan çocuk için vasi atanabilir.

Velayetin sona ermesi durumu, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren acil durumlardan biridir ve çocuk ivedilikle koruma altına alınmalıdır. Nitekim, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, bu acil durumu dikkate alarak, genel kural olan çocuğun mutad meskeni hukukunu dışlayarak onun yerine 15/1 maddesinin 11/1 maddesine yaptığı atıf gereğince, akit devletin hukukunun uygulanmasını emretmektedir.

Koruma tedbiri olarak çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren diğer bir ihtimal ise, çocuğun anne ve babasının boşanmasına hükmedilmekle birlikte anne ve babanın hiçbirine velayetin bırakılmaması durumudur. Örneğin, anne ve babanın her ikisi de uyuşturucu bağımlısı olabilir. Mahkeme, somut durum bakımından ve de çocuğun üstün menfaati bunu gerektiriyorsa, velayeti anne ve/veya babaya vermek yerine 3. bir kişi veya kuruma vesayetini bırakabilir. Böyle bir olasılıkta yine davaya bakan mahkeme, vasinin vatandaşı veya mutad meskeni veya ikametgahının bulunduğu devlet hukukunu uygulayabilir yeter ki, bu hukuk, somut durumla bağlantılı bir devletin hukuku olsun ve de çocuğun üstün menfaati dikkate alındığında o devletin hukuku, mahkemenin hukukunun kamu düzeni hükümlerini ihlal etmiyor olsun (m.22).

Koruma tedbirleri, vesayet altındaki bir çocuğun, mutad meskeninin bulunduğu devletten başka bir devlete kaçırıldığı veya hukuka aykırı olarak yerinin değiştirildiği durumlarda da gündeme gelebilir. Sözleşme bu olasılığı dikkate alarak her ne kadar, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yerine geçmeyeceğini açıklamış ise de; çocuğun iadesini gerçekleştirmek için gerekli tedbirlerin alınmasında 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nden istifade edilmesinin yolunu açık bırakmıştır (m.50).

Vesayetin, kanun gereğince başkasına tevdi edilmesinin gerektiği durumlarda ise, uygulanacak hukuk olarak, çocuğun mutad meskeni hukuku yetkili kılınmıştır. Kanundan doğan ve çocuğun vesayetine yönelik tedbir kararını gerektiren haller istisnaidir. Buna örnek olarak, Hollanda hukukundaki düzenleme gösterilebilir. Hollanda hukukuna göre, bir çocuk uluslararası sözleşme gereğince evlat edinildikten sonra Hollanda'ya getirilmiş olmasına karşın, henüz resmi işlemler, evrak eksikliği sebebiyle tamamlanamamış ise, bu taktirde, evlat edinme işlemlerine yönelik eksikliklerin tamamlanması için kanun gereğince altı hafta süreyle çocuk vesayet altına alınmaktadır<sup>83</sup>.

83 Bkz. Practical Handbook on The Operation of The 1996 Hague Child Protection Convention (n 23) 153  
RG: 15.07.2005/25876

## B. Çocuğun Vesayet Altına Alınmasını Gerektiren Sebeplere Uygulanacak Hukuk

5718 sayılı MÖHUK, vesayet sebeplerine, hakkında vesayet kararı verilmesi talep edilen kişinin yani çocuğun milli hukukunu yetkili kılmıştır (m.10). Kişinin vesayet altına alınması, ehliyet taalluk etmesi sebebiyle, onun kişisel menfaati ile yakından ilgilidir<sup>84</sup>. Ancak çocuğun vesayeti, Türk hukukunda aile hukukuna ilişkin nitelendirildiğinden yetkili hukukun maddi hukuk hükümleri değil, MÖHUK m.2/3 gereği kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır<sup>85</sup>. Hangi andaki diğer bir ifadeyle hangi zaman dilimindeki milli hukukun yetkili olacağı ise MÖHUK m.10'da özel olarak düzenlenmediği için MÖHUK m..3 gereği dava tarihindeki çocuğun milli hukuku dikkate alınacaktır.

Çocuğun vesayetini gerektiren sebepler hakkında, çocuğun milli hukuku uygulanacaktır. Ancak MÖHUK 10/2 fıkrası istisna hükmüne yer vererek; şayet çocuğun milli hukukuna göre vesayet kararı verilemiyor ise çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması koşuluyla Türk hukukuna göre vesayet kararının verilebilmesine imkan tanımıştır<sup>86</sup>.

Çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren en önemli sebep, yaşının küçüklüğüdür. Şu halde, yabancı bir çocuk hakkında, yaş küçüklüğünün vesayet sebebi olup olmayacağı, öncelikle milli hukukuna bakılarak karar verilecektir. Çocuğun milli hukuku yaş küçüklüğünü vesayet sebebi görmemekle birlikte, çocuğun mutad meskeni Türkiye'de ise Türk maddi hukuku uygulanarak, yaş küçük olan çocuk hakkında vesayet kararı verilebilecektir.

Ne var ki; çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de olmadığı ve de kendi milli hukukuna göre de yaş küçüklüğünün vesayeti gerektirmediği durumlarda; örneğin İngiliz vatandaşı olup İstanbul'a iki günlüğüne tatile gelen 17 yaşındaki bir çocuğun vesayet altına alınmasının gerektiği hallerde, İngiliz çocuk hakkında vesayet kararı verilemeyebilir. Böyle bir ihtimalde, yaşının yanında içinde bulunduğu durum ve de üstün menfaati, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiriyor ise, kamu düzeni istisnasını devreye sokarak, İngiliz vatandaşı çocuk hakkında vesayet kararı verilebilecektir.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi öncesi duruma bakıldığında; Türk mahkemesi, yukarıda verdiğimiz örnek kapsama giren yabancı bir çocuk hakkında mutlaka bir vesayet kararı vermesine gerek görmeyip; MÖHUK'un 10/3 fıkrasına istinaden Türk hukukunu uygulayarak, TMK. 346 gereğince çocuğun korunması için gerekli koruma

84 Tiryakioğlu (n 16) 75

85 Doktrinde özellikle doğrudan vesayet zikredilmemiş olsa da soybağının tesisinde atfın uygulanmaması gerektiği önerilmekte ve eleştirilmektedir. Bkz. Dardağan-Kibar (n 69) 550; Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, 'Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu' (2018) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 319

86 Çelikel and Erdem (n 21) 216 vd.; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 67) 117; Doğan (n 34) 361 vd.; Nomer (n 34) 289 vd.; Tekinalp and Uyanık (n 34) 197 vd.; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008) 190-191; Hacı Can and Ali Gümrak Toker, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (2nd edn, Adalet Yayınevi, 2016) 184-187

tedbirlerini alabilme veya TMK. 347 gereğince çocuğun bir aile yanına veya kuruma geçici olarak yerleştirilmesine karar verebilme imkanına sahiptir.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi sonrası ise; yabancı çocuğun vatandaşı olduğu devlet hukuku veya mutad meskeninin Türkiye’de olmaması sebebiyle, yaşının küçüklüğü vesayeti gerektirmiyor olsa bile; çocuğun içinde bulunduğu acil durum koruma tedbiri alınmasını zorunlu kılıyor ise, Sözleşmenin 11. maddesi uygulama alanı bularak, çocuğun bulunduğu devlet sıfatıyla Türk mahkemesi (Sözleşme madde 15/1 hükmüne istinaden) kendi hukukunu uygulayarak çocuk hakkında gerekli tedbir ve önlemleri alabilecektir.

Türk hukukuna göre, çocuğun vesayet altına alınabilmesi için velayeti altında bulunan anne ve babasının deneyimsiz olması, hasta olması, engelli olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden ötürü velayet sorumluluğunu yerine getiremeyecek kişilerden olması gerekir. Keza anne ve babanın, kendi çocuklarına yeterli ilgi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır şekilde savsaklaması durumu da, çocuk ile ana baba arasındaki velayet ilişkisini sona erdirip, vesayet altına alınmasını gerektirir.

Ayrıca Türk Medeni Kanunu m.404/1 hükmü gereğince, velayet altında bulunmayan her küçüğün, vesayet altına alınacağı ilkesi benimsenmiştir. Şu halde, velayetin sona ermesini gerektiren haller söz konusu olduğunda, çocuğun vesayet altına alınması gerekir. O kadar ki, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren bir halin varlığını öğrenen makam ister nüfus memuru ister idari makam, ister noter, ister mahkeme olsun, çocuğun bu durumunu derhal vesayet makamına bildirmekle (m. 404/2 gereğince) mükelleftir.

Türkiye’de bulunan yabancı devlet vatandaşı çocuk, velayet altında olmakla beraber şayet velisi, deneyimsiz veya ağır hasta veya engelli olmasına<sup>87</sup> rağmen; çocuğun vatandaşı olduğu devletin milli hukuku, çocuğun vesayet altına alınmasına imkan vermiyor ise, çocuk vesayet altına alınamayacaktır. Böyle bir ihtimalde, istisna hükmüne başvurulacak ve mutad meskeninin Türkiye’de olup olmadığına bakılacaktır. Şayet mutad meskeni de Türkiye’de değil ise, çocuğun üstün yararı ilkesinden hareket edilerek, kamu düzeni (MÖHUK m. 5) istisnası devreye sokularak, Türk maddi hukukundaki vesayet sebepleri dikkate alınarak, hakkında vesayet kararı verilebilecektir. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi sonrası, bu kapsamdaki çocuklar hakkında da uygulama alanı bulacak ve Sözleşmenin 11. ve 15/1. hükümleri uyarınca haklarında koruma tedbiri alınabilecektir.

Mülteci çocukların vesayeti hakkında 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 6. maddesindeki yetkili makam, yani çocuğun ülke topraklarında bulunduğu devletin yetkili makamı, re’sen harekete geçerek, çocuğun mutad mesken hukuku yerine, kendi

87 Kimi ülke hukukunda da, çocuğun velisinin ağır engelli duruma gelmesi, velayeti sona erdiren sebeplerden biri kabul edilmektedir. Ancak engelliliğe bağlı olarak çocuk üzerindeki velayet sorumluluğu tümüyle veya kısmen sona erebilmektedir. Mesela, ABD Tennessee eyaletinde engelli bir veli, velayetten kaynaklanan haklarını tümüyle değil, bir kısmını yitirirken; Güney Carolina, Oklahoma eyaletlerinde ise veliler, engelli olmaları sebebiyle velayet haklarını tümüyle yitirebilmektedir.

hukukunu uygulayarak (m.15/1) çocuk hakkında koruyucu tedbir kararı veya vesayet kararı alabilecektir. Türkiye’de bulunan mülteci çocuklar bakımından, yetkili hukuk, buldukları ülke hukuku olan Türk maddi hukuku olacaktır.

Sözleşmenin, mülteci çocukları münhasıran 6. madde hükmüyle güvence altına almasının asıl sebebi, bu çocukların durumunun acil önlem alınmasını gerektirdiği düşüncesine dayanmaktadır<sup>88</sup>. Akit devletlerin makamlarına takdir hakkı bırakmaksızın, mülteci çocuklar hakkında acil koruma tedbirlerin alınması gerektiğini ve yetkili hukukun, çocuğun bulunduğu devletin hukuku veya vesayetini sürdürülmesi veya sona erdirilmesi bakımından ise mutad meskeni devleti hukuku olacağı belirtilmiştir. Sözleşme kapsamına giren mülteci çocukların akit devlet vatandaşı olmaları veya akit devletlerden birinde mutad meskenlerinin olması gerekmez. Her ne kadar, mülteci kavramı hukuki ve teknik bir kavram olsa da, Çocuk Hakları Sözleşmesi aynı şart ve koşullar altında bulunan çocuklar bakımından ayrımcılığı yasakladığı için (m.2/1) şartlı mülteci, ikincil koruma veya geçici koruma statüsünde bulunan çocuklar bakımından da madde hükmü uygulama alanı bulacaktır. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 6.madde hükmü, özellikle refakatsiz çocuklar bakımından önem arz etmektedir. Refakatsiz çocukların uluslararası koruma başvuruları değerlendirilirken, içinde bulunduğu konum gereği ihtimam gösterilmesi gerektiğinden öncelikle görüşü dikkate alınarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından, uygun konaklama yerlerine veya yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilecektir<sup>89</sup>. Ayrıca bu çocukların başvurularının hızlandırılmış olarak değerlendirilmeyeceği de güvence altına alınmıştır<sup>90</sup>. Ayrıca, insan ticaretine konu olan çocuklar bakımından da, çocuğun bulunduğu akit devlet hukuku uygulanacaktır. Türkiye’de bulunan ve insan ticaretine konu olan yabancı çocuğun, yaşça çocuk olup olmadığı incelemesi devam ederken, söz konusu inceleme bitinceye kadar çocuk olduğu kabul edilecektir<sup>91</sup>. Mağdur olarak tanımlandığı vakit ise, üstün yararı gözetilerek, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu kapsamına alınacak ve Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının ilgili birimlerine teslim edilecektir.

Sözleşme uygulamasına baktığımızda, özellikle Avrupa Birliği üyesi devletler, sınırları dışından gelen kimsesiz veya refakatsiz çocukları önce göçmen olarak değerlendirmekte sonrasında onlara vasi atamaktadır. Oysa bu tutum haklı olarak eleştirilmekte; çocuğun göçmen statüsünün belirlenmesi aşamasındayken bile kendilerine vasi atanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>92</sup>.

88 Lagarde (n 15) paragraf 44, 555

89 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 66/1/c

90 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 79/4

91 Bkz. İnsan Ticaretiyle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik m. 24 RG: 17.03.2016/29656.

92 Örneğin Alman hukukunda, Sosyal Hizmetler Kurumu, göçmen çocuğu koruma altına aldığı aşama ve süreçte çocuğa vasi olarak atanmamakta sadece davalar ve hukuki işlemler bakımından temsil yetkisine sahiptir (Bkz. Art. 42a SGB VIII). Diğer tarafta, Hollanda, Fransa, Belçika ve İtalya ise sınırları dışından gelen ve kimsesiz veya refakatsiz çocukları bir yandan koruma altına alırken eş zamanlı olarak kendilerine vasi de atamaktadır. Hollanda hukukunda, ise çocuğun göçmenlik statüsü belirlenirken, üç ay süreyle geçici olarak vesayet altına alınmaktadır. Bkz. Children On the Move: A Private International Law Perspective Legal Affairs; (PE 583.158, Directorate General for Internal Policies of the Union Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2017) 39-40

Türkiye’de bulunan kimsesiz çocuklar bakımından da aynı prensibin geçerli olduğunu, Sözleşmenin 11.maddesi ile 15/1. maddesine istinaden, gerekli acil koruma tedbirleri alabileceğini söyleyebiliriz. Ancak kimsesiz çocuklar bakımından Türk Vatandaşlığı Kanununun<sup>93</sup> 8. maddesi uygulama alanı bulacağından, Sözleşme hükümlerine gidilmeksizin, Türk maddi hukuku uygulanarak koruma sağlanacaktır.

19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 3/1/c. maddesi, vesayet, kayımlık ile çocuğun korunmasına ilişkin benzer hukuki ilişkiler hakkında sözleşme hükümlerinin uygulanacağını açıkça belirtmiştir. Ayrıca, 2. maddesi gereğince, Sözleşme hükümleri çocuğunun doğumundan başlayarak 18 yaşını tamamlayıncaya kadar uygulanacaktır. Şu halde, doğumundan başlayarak 19 yaşından gün almayıncaya kadar<sup>94</sup> çocuğa ilişkin vesayet talepleri hakkında sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>95</sup>. Ne var ki; vasi ile çocuk arasındaki vesayet ilişkisinin kurulmasına ilişkin talepler, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin kapsamı dışında kalmaktadır<sup>96</sup>. Zira Sözleşmenin 4/a bendinde, ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulmasını ilişkin talepler ile böyle bir ilişkiye itirazlar hakkında sözleşmenin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca sözleşmenin 1/2 maddesinde velayet sorumluluğu tanımlanmış ve bunun kapsamına vesayet ilişkisinin girdiği özellikle belirtildikten hemen sonra; 3/1/a maddesinde sözleşmenin, sadece bu sorumluluğun niteliği, kullanımı, sonlandırılması, kısıtlanması veya başkasına devri konularıyla sınırlı olduğunu belirtmiş olması sebebiyle; vesayet ilişkisinin kurulması (tesisi) konusunun sözleşmenin kapsamı dışında tutulduğu açıkça anlaşılmaktadır.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, vesayet ilişkisinin kurulmasını kapsam dışı bırakmıştır. Nitekim açıklayıcı raporda, velayet ve vesayetin kurulması yerine bu sorumluluğun başkalarına tevdi edilmesi (attribution) veya yüklenmesi ifadesi kullanılmıştır<sup>97</sup>. Bunun bilinçli bir tercih olduğu zira çocuk ile herhangi bir otorite ilişkisinin kurulmasının Sözleşmenin konusuna girmediği ancak mevcut olan velayet veya vesayet sorumluluğunun başka bir kişiye veya mercie tevdi edilmesinin, yüklenmesinin, devredilmesinin sözleşmenin kapsamına girdiği belirtilmiştir<sup>98</sup>.

Yukarıda yaptığımız açıklamaya ilave olarak, Türk hukuku bakımından, vesayet ilişkisinin kurulmasına ilişkin talepler hakkında Sözleşme’nin 16. madde fıkralarının uygulanması pek mümkün görülmemektedir. Zira Türk hukukunda, adli veya idari makamın müdahalesi olmaksızın çocuk hakkında vesayet kararı verilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin 16. madde hükmü, velayet sorumluluğunu ve de özellikle hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğu esas alarak kaleme alındığından, vesayet

93 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu için bkz. RG: 12.06.2009/27256

94 Sözleşmeye göre çocuğun evlenmesinin, kendisini ergin kılıp kılmayacağı, sözleşmenin kapsamı dışında kalan konulardır. Bkz. Açıklayıcı Rapor, paragraf 30, 549

95 m. 2

96 Farklı görüş için bkz. Elçin (n 26) 33.

97 Lagarde (n 15) paragraf 98, 577

98 Lagarde (n 15) paragraf 98, 577

sorumluluğu açısından son derece dar bir uygulama imkanına sahiptir. Adli ve idari makamların müdahalesi olmaksızın, kanundan doğan<sup>99</sup> vesayet sorumluluğuna kısmen örnek olabilecek nadir durumlardan biri Hollanda hukukunda görülmektedir. Gerçi vereceğimiz bu örmekte dahi yine de mahkemenin kararı gerekmektedir. Hollanda hukukunda yurtdışında evlat edinilen bir çocuğun Hollanda'ya gelmesi sonrası evlatlık işlemlerinin eksik evrak sebebiyle tamamlanmadığı hallerde, kanun gereği (mahkeme kararıyla) çocuk geçici süreyle vesayet altına alınabilmektedir<sup>100</sup>.

Adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, vesayet sorumluluğunun “kanun gereği” ve “anlaşma yahut tek taraflı bir işlem” ile kurulabileceği bir olasılık olarak sözleşmenin 16. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşme 16. madde hükmünde, “kanun gereği” ve “hukuki bir işlem ile tesis edilen” vesayet sorumluluğunu, 15. madde hükmünden açıkça ayırmak ve farklılaştırmak için özellikle, “adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın” tabiri kullanılmıştır. Şu halde, Sözleşme'nin 16 ila 18. maddeleri ile 15. maddesindeki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanını belirleyen en önemli kriter, vesayet sorumluluğuna ilişkin işlemlerde adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaktadır. Vesayet sorumluluğu için şayet mahkemenin veya idari makamın müdahalesi gerekiyor ise Sözleşmenin 15. madde hükmü uygulama alanı bulacak iken; şayet böyle bir makamın müdahalesi gerekmiyor ise 16 ila 18. madde hükümleri uygulanacaktır.

Sözleşmenin 16. madde hükmünün, vesayet ilişkisinin tesisine uygulanamayacak olmasının diğer bir sebebi, vesayet sorumluluğunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar, 16. madde hükmü, farklı hukuk sistemleri veya farklı hukuk düzenlemelerine sahip devletler, dikkate alınarak tanzim edilmiş ise de, vesayet ilişkisinin kurulması için ana prensip, adli ve idari bir makamın müdahalesinin gerekliliğidir. Kimi ABD eyalet hukukunda, çocuğun velisi, önceden yaptığı bir vasiyetname ile geride bıraktığı çocuğu için vasi olacak kişiyi seçebilmektedir. Keza, çocuğun velisi, hapis cezasına çarptırıldığı hallerde de, vasi olabilecek kişiyi önceden kendisi seçebilmektedir. Ancak vasiyi seçme yetkisinin, kanun gereği, velinin tek taraflı işlemine bırakılmış olması, vesayet ilişkisinin tesisi anlamına gelmemektedir. Vasi olabilecek kişi veli tarafından bizzat seçilebiliyor olsa bile, o kişinin vasi olarak atanabilmesi için yine de adli veya idari bir makamın izni gerekir. Bu makam, çocuğun üstün menfaatini gözeterek, çocuk için en uygun olan kişi veya kurumu vasi olarak atayacaktır. Bu nedenle, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın vesayet ilişkisinin kanundan doğması pek mümkün değildir. Olsa bile son derece istisnaidir.

Keza sözleşmenin 16/2 hükmü, vesayet ilişkisinin kurulmasının, sözleşmenin bünyesine uygun düşmemesinin bir diğer göstergesidir. Zira adli veya idari makamın

99 Burada ifade edilen kanun, çocuğun mutad meskeni devleti kanunudur. Madde hükmünün Sözleşmenin 5. maddesiyle birlikte ele alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Bilgin Tiryakioğlu (n 26) 403-404.

100 Practical Handbook on The Operation of The 1996 Hague Child Protection Convention (n 23) paragraf 13.42



müdahalesi olmaksızın bir anlaşma veya tek taraflı işlem ile çocukla bir vesayet ilişkisinin kurulması veya sona erdirilmesi vesayetin tabiatına uygun düşmemektedir. Nitekim, “Çocukların Alternatif Korunmasına İlişkin BM. Kılavuzu” da, ana ve babası belli olmayan veya ana ve babasının velayet sorumluluğunu yerine getirememesi sebebiyle hakkında alternatif koruma tedbirleri alınması gereken çocuklar bakımından, söz konusu tedbirlerin ancak adli veya idari makamlar tarafından alınabileceğini ifade etmiştir<sup>101</sup>. Türk hukukuna bakılacak olduğunda, yabancı bir çocuğun vesayet altına alınabilmesi için mutlaka mahkemeden karar alınması gerekir. Gerek 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamına giren ve çocuğun korunmasını gerektiren koruma tedbirleri yönünden gerekse vesayet kararı bakımından, yetkili mahkeme, MÖHUK madde 42 gereğince çocuğun sakin olduğu yer, sakin değil ise mallarının bulunduğu yer mahkemesidir. Görevli mahkeme ise, Sulh Hukuk mahkemesidir<sup>102</sup>.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 16. maddesi, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin akit devletlerde yaşattığı sorunları dikkate alarak, vesayet sorumluluğunun 3.kişiye veya başka bir kuruma tevdi edilmesi sebepleri hakkında, çocuğun mutad meskeni devleti hukukunu yetkili kılmıştır. Oysa Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanununa Dair 1961 tarihli Sözleşmenin 3. maddesi, çocuk ile mevcut olan bir otorite ilişkisinin, diğer bütün akit devletlerde tanınmasını sağlamaktaydı<sup>103</sup>. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi de bu durumu dikkate alarak, vesayete ilişkin kararların olabilir ki, akit devletlerde herhangi bir adli veya idari makamın müdahalesi olmaksızın tanınması söz konusu olabilir düşüncesiyle, vesayetin tevdi edilmesini gerektiren sebepler hakkında, çocuğun mutad meskeni devleti hukukunu yetkilendirmiştir. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 16. madde hükmü bir an için böyle yorumlansa bile, yine de vesayet ilişkisi bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Zira Sözleşmenin tanıma ve tenfiz hükümlerini düzenleyen IV. Bölümüne baktığımızda, gerçekten de çocuk hakkında akit devletler arasında alınan tedbirlerin kanun gereğince kendiliğinden tanınacağı esası kabul edilmiştir (m.23/1). Başka bir ifadeyle, çocuğun korunmasına ilişkin diğer akit devletlerde alınan tedbirlerin tanınması ana kural bunların reddedilmesi ise istisnadır ve bunun için tanımanın reddi davası açılması gerekir. Çocuğun, koruma tedbiri olarak bir kuruma yerleştirilmesi veya vesayetinin başka bir kişiye tevdi edilmesi için tesliminin gerektiği haller bakımından 23/1.maddesinin işletilmesi mümkün değildir. Zira Sözleşmenin 26. maddesi gereğince, bir akit devlette alınan ve orada uygulanan bir önlemin başka bir akit devlette uygulanması söz konusu olduğu vakit, bunun için sonraki devletin hukukunun öngördüğü usule uygun şekilde beyanda bulunulması veya kayıt altına alınması gerekir. Görüldüğü üzere, çocuğun vesayetine ilişkin tedbirler bakımından

101 Guidelines for the Alternative Care of Children (64/142, General Assembly of United Nations, 2010) paragraf 101, 15 ([https://www.unicef.org/protection/alternative\\_care\\_Guidelines-English.pdf](https://www.unicef.org/protection/alternative_care_Guidelines-English.pdf))

102 Bkz. TMK m. 411 ve TMK m. 397 ve Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Kanun Numarası: 4787, Kabul Tarihi: 9.1.2003, m.4/1.

103 Aynı anlayış, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 23/1. maddesinde hayat bulmuştur.

otomatik veya kendiliğinden tanıma mekanizması mümkün olmayıp, 26. madde gereğince, söz konusu tedbirin beyan veya kayıt altına alınma zorunluluğu vardır ki; bu işlemi yapacak olan makam da şüphesiz, çocuğun bulunduğu devletin yetkili makam veya mahkemesi olacaktır.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar neticesinde, çocuk ile vasi arasında bir vesayet ilişkisinin kurulmasına ilişkin talepler ile bu ilişkinin kurulmadığına yönelik itirazlar hakkında 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi uygulama alanı bulmayacaktır. Ayrıca, sözleşme kapsamına giren çocuk, daha önce bir şekilde vesayet altına alınmış ise, bu çocuk hakkında vesayet ilişkisi kurulurken bu ilişkinin hukuka uygun olarak tesis edilip, edilmediği söz gelimi önceden görülüp karara bağlanmış olan vesayet davası sırasında çocuğa kayyım atanmış olup olmadığı, görüşünün alınıp, alınmadığı gibi hususlar<sup>104</sup>, sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuştur. Keza çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı olup olmadığına ilişkin itirazlar da yine sözleşmenin konusu dışında bırakılmıştır.

Buna karşılık, Sözleşme, vesayet ilişkisinin sürdürülmesi, bir başka kişi veya kuruma tevdi edilmesi sebepleri ile sona erdirilmesine ilişkin talepler hakkında herhangi bir kısıtlama getirmemiştir. Tekrar belirtelim ki, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler ve bu hususa ilişkin talepler hakkında 19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi uygulama alanı bulmayacak iken; buna karşılık vesayetin sürdürülmesi, bir başka kişi veya kuruma tevdi edilmesi veya vesayet talebinin kaldırılması veya sona erdirilmesi talepleri hakkında Sözleşme hükümleri dikkate alınacaktır.

Sözleşme hükümlerinin detaylı olarak açıklandığı raporda, sözleşmenin 4/a maddesiyle ilgili olarak, çocuk ile ebeveyn arasındaki (soybağı) ilişkisinin tesisinin neden sözleşme kapsamı dışında tutulduğuna özel olarak yer verilmiştir. Bu durumun gerekçesi, çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı olduğuna ilişkin tespitler ile bu duruma bağlı olarak çocuk üzerinde kimlerin yasal hak ve sorumluluk sahibi olacağı, diğer bir ifadeyle soybağı meseleleri her devletin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenmelidir anlayışından kaynaklanmaktadır. Vesayetin gerekliliği, bir yönüyle, çocukla ana ve babası arasında geçerli bir soybağının kurulamamış olmasının bir sonucudur. Çocuklar bakımından kural, ana ve babasıyla soybağının kurulmasıdır ancak bu hukuki bağ bir şekilde kurulamıyor ise; bu taktirde çocuğun üstün menfaati onun esenliği ve korunması için bir an önce kendisinin vesayet altına alınmasıdır (ÇHS. m.3/2). 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi çocuk ile kurulacak olan vesayet ilişkisini düzenlemeyip bunu devletlerin iç hukuklarına yani kanunlar ihtilafı kurallarına bırakmıştır. Sözleşme, vesayet ilişkisi bakımından çocuğun izninin aranıp aranmayacağı veya vesayet için hangi yaş sınırının bulunması gerektiği sorularını cevaplamaktan özellikle imtina etmiş ve bunları her devletin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına

104 Bkz. Lagarde (n 15) paragraf 27, 549

bırakmıştır<sup>105</sup>. Ancak acil tedbir mahiyetinde olup vesayet niteliğinde olmayan koruma tedbirlerini ve buna uygulanacak hukuku ise düzenlemiştir (m.11 ve m.15).

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, evlat edinme kararı ile birlikte bu kararın iptali veya feshi (m.4/b) kararlarını da kapsamı dışında tutmuştur.

Yukarıda yaptığımız açıklamalara binaen, vesayet ilişkisinin kurulmasını gerektiren sebepler hakkında, diğer bir ifadeyle çocuk hakkında vesayet kararı verilmesi talepleri hakkında, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümleri uygulanmayacağından, vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler hakkında MÖHUK madde 10'un gösterdiği kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınacaktır. 10. madde hükmüne göre, çocuklar bakımından vesayet kararının verilmesini gerektiren sebepler hakkında çocuğun milli hukuku uygulanacaktır. Vesayet kararı, aile hukukuna ilişkin bir mesele olduğundan, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınacaktır. MÖHUK'un 2/3. maddesi aile ve şahsın hukukuna ilişkin meselelerde tek dereceli atfı kabul ettiği için çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler hakkında, yabancı hukukun maddi hukuk hükümleri değil, kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukukun hükümleri dikkate alınacaktır. Bir örnek vermek gerekirse, Türk mahkemelerinde görülen davada, Alman vatandaşı çocuk hakkında vesayet altına alınma kararı talep ediliyor ise, bu durumda Alman hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka bakarak hüküm tesis edilecektir. Diğer bir ifadeyle, Alman çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebeplerin neler olduğu Alman medeni kanununa göre değil, Alman kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukukun maddi hükümlerine bakılarak karar verilecektir.

Yabancı çocuğun milli hukukuna göre vesayet kararı verilmesinin mümkün olmadığı hallerde ise<sup>106</sup>, MÖHUK istisna bir düzenleme getirmiştir. MÖHUK m.10/2 gereğince yabancı çocuğun milli hukukuna göre vesayet kararının verilemediği hallerde, şayet çocuğun mutad meskeni Türkiye'de ise, bu taktirde Türk hukukunun aradığı şartlar gerçekleşmiş ise vesayet kararı verilebilecektir. Buna mukabil, yabancı çocuğun milli hukukuna göre vesayet kararı verilememekle birlikte, çocuğun mutad meskeni Türkiye dışında ise, bu durumda yetkili yabancı hukukun hükümlerinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı mahkemece re'sen değerlendirilmelidir. Kural olarak yabancı hukuk hükmünün Türk hukukundan farklı olması, kamu düzeni müdahalesini gerektirmemekle birlikte; çocuğun üstün menfaati kendisinin içinde bulunduğu şartlar itibarıyla vesayet altına alınmasını zorunlu tutmasına karşın yetkili yabancı hukuk buna cevaz vermiyor ise, bu durumda MÖHUK m.5 gereğince kamu düzeni müdahalesi istisnai olarak devreye girecek ve Türk Medeni Kanunu uygulama alanı bulacaktır.

105 Lagarde (n 15) 549

106 Örneğin ABD hukukunda, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler hakkında mutad meskeni eyaleti hukuku uygulanmaktadır. Bkz. Peter Hay, Patrick J. Borchers and Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws* (5th edn, West Publish, 2010) 1322

Çocuğun vesayeti konusunda, Türk kamu düzeni müdahalesini gerektiren önemli kriterlerden biri, çocuğun üstün menfaatidir. Çocuğun üstün menfaati, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin<sup>107</sup> 3/1. maddesinde güvence altına alınmıştır. Buna göre, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları, çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerinde, “çocuğun yararını” temel düşünce olarak dikkate alacaklardır. Bu anlayıştan hareketle, çocuğun yüksek yararı kriteri, 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'nın 41. maddesinin 3.fıkrasında<sup>108</sup> da hayat bulmuştur.

Şu halde, çocuğun vesayet altına alınması talebine yabancı bir hukuk uygulanacak olduğunda, Türk mahkemesi, uygulayacağı yabancı kanun hükmünün mutlaka çocuğun üstün menfaatine hizmet edip etmeyeceğini denetlemek yükümlülüğündedir.

Kanaatimizce, çocuğu vesayet altına alınması taleplerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 10.maddesinin 2.fıkrasında yer alan “mutad meskeni Türkiye’de ise” ifadesinin değiştirilmesi gerekir. Zira “mutad mesken”, hukuki bir kavram olmamakla birlikte, çocuğun yaşam merkezini ve yaşamını düzenli olarak devam ettirdiği yeri ifade etmesi bakımından vesayet ilişkisinin mahiyetine çok uygun düşmemektedir. Bunun yerine, çocuğun sakin olduğu yer ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır.

Bir örnek vermek gerekirse, Hollanda ve kimi ABD eyalet hukukunda uyuşturucu kullanımı belli oranlarda serbest bırakılmıştır. Uyuşturucu kullanan Hollanda vatandaşı anne ve babanın, çocuğuyla birlikte dört günlüğüne Türkiye’ye gelip tatilini geçirdiği bir zaman zarfında, uyuşturucu kullanmaları ve tutuklanmaları sebebine bağlı olarak çocuğun vesayet altına alınması ihtimal dahilindedir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, çocuğun vatandaşı olduğu Hollanda hukuku, anne ve babasının uyuşturucu kullanıyor olmasını, velayetin sona ermesini gerektiren bir sebep olarak görmeyebilir. İşte bu ihtimalde, MÖHUK 10/2’deki istisna kuralı devreye girecek olup çocuğun mutad meskenin Türkiye’de bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Türkiye’ye ailesiyle birlikte dört günlüğüne gelen bir çocuğun mutad meskenin Türkiye olduğunu söylemek mümkün değildir. İşte bu gibi ihtimallerin önüne geçmek adına, “çocuğun mutad meskeni” yerine, “çocuğun sakin olduğu yer” bağlama noktası olarak düzenlenir ise, çocuk derhal Türk hukukuna göre vesayet altına alınabilecektir. Kaldı ki, böyle bir düzenleme MÖHUK’un 42. maddesindeki yetki hükmüyle de tutarlılık ve uyum gösterecektir.

Aksi taktirde, mutad meskeni Türkiye’de bulunmayan Hollanda vatandaşı çocuk hakkında, kamu düzeni kriteri referans alınmadıkça vesayet kararı verilemeyecektir; ki bu durum Çocuk Hakları Sözleşmesi gereği, çocuğun üstün menfaatine aykırılık oluşturacaktır.

107 RG: 27.01.1995/22184.

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

### **C. Vesayet Yetkisinin Kullanılmasına Uygulanacak Hukuk**

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 3/a maddesi, vesayet yetkisinin kullanılmasına ilişkin talepler hakkında sözleşme hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Sözleşmenin 17. maddesi gereğince, vesayet sorumluluğu hakkında, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır. Bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. Zira Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak devlet hukukunun sadece iç maddi hukuk kuralları uygulanacak olup; kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır(m.21). Şayet çocuğun mutad meskeni değişir ise, yeni mutad mesken devleti hukuku uygulanacaktır.

Vesayet sorumluluğu yürütülürken, çocuk hakkında hangi işlemler için vesayet makamından izin alınmasının gerekeceği hangileri için gerekmediği sorusunun cevabı ise, Sözleşmenin 17. maddesi gereği, çocuğun mutad meskeni hukukuna bakılarak cevaplanacaktır. Keza vesayet altına alınan çocuğun hangi işlemleri vasinin izni ile veya katılması ile yapacağı da vesayetın yürütülmesine uygulanacak hukuka göre belirlenecektir.

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, vesayet sorumluluğu, yeni mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tabi olacaktır. Sözleşmenin 20. maddesine istinaden, vesayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları, sözleşmeye taraf olmayan devletler bakımından da uygulanacaktır. Bir diğer ifadeyle, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet dahi olsa, yetkili makam ve merciler, çocuğa ilişkin vesayet sorumluluğu hakkında, çocuğun mutad meskenin bulunduğu devletin maddi hukuk kurallarını (m.21) uygulayacaktır.

Şu halde, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden sonra, çocuk hakkında mevcut ve önceden kurulmuş olan vesayet sorumluluğunun sürdürülmesi talepleri hakkında, MÖHUK'un 10. madde hükmü değil, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 17.maddesi yani çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır.

### **D. Vesayetın Başka Kişiyeye Devredilmesini (Tevdi Edilmesini) Gerektiren Sebeplere Uygulanacak Hukuk**

Sözleşmenin 3/a maddesi gereğince, vesayet sorumluluğunun bir başkasına devri, tevdi edilmesi de sözleşmenin kapsamı içerisindedir. Vesayet altındaki çocuktan sorumlu olan vasinin, Türk hukukunun öngördüğü şartları sonradan yitirmesine bağlı olarak, azli veya istifası sebebiyle vesayetın sona ermesi durumunda, çocuğa yeni bir vasi atanabilir. İşte bu gibi ihtimaller dikkate alınarak, vesayetın hangi hal ve şartlarda bir başka kişiyeye devredilmesinin gerekeceği, diğer bir ifadeyle vesayetın devredilmesini gerektiren sebeplere hangi hukukun uygulanacağını ikili bir ayrıma

tabi tutarak değerlendirmek gerekir. Hemen belirtelim ki, çocuk için atanan vasinin değişecek olması, vesayetın sona ermesi değil bilakis vesayetın devamına ilişkin bir meseledir. Diğer bir ifadeyle vasi değişikliği, vesayet sorumluluğunun uygulanmasına, devamına ilişkindir. Vasi değişikliği sebeplerine uygulanacak hukuk bakımından iki ihtimal söz konusu olabilir. Birinci ihtimal, vasi değişikliğine uygulanacak hukuk hakkında Sözleşmenin 17. maddesinin uygulanmasıdır. Zira Sözleşmenin 17. maddesi, vesayet sorumluluğunun uygulanmasına uygulanacak hukuku düzenlemekte ve yetkili hukuku, çocuğun mutad meskeni hukukuna tabi tutmaktadır. Şayet, çocuğun mutad meskeni değişecek olur ise, yetkili hukuk çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku olacaktır. Söz konusu düzenleme, Sözleşmenin 15/3 maddesini dikkate almakta ve onunla uyumluluk göstermektedir<sup>109</sup>.

Şu halde, Türkiye’de bulunan ve yabancılık unsuru taşıyan vesayet ilişkisi bakımından vasinin değişmesi gerektiren bir durum söz konusu olur ise, artık MÖHUK madde 10/3 hükmüne istinaden Türk maddi hukuku yetkili olmayıp, onun yerine (1996 tarihli) Sözleşme gereği çocuğun mutad mesken hukuku dikkate alınacaktır. Çocuğun mutad meskeni devleti hukukunun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır zira Sözleşmenin 21/1 hükmü gereğince atıf reddedilmiştir<sup>110</sup>.

İkinci ihtimal ise, vesayet yetkisinin başka bir kişiye devredilmesinin, “vesayetın uygulanması koşullarında değişiklik” olarak nitelendirilmesidir. Böyle bir nitelendirme yapılacak olur ise, Sözleşmenin 18. maddesinin 16. maddesine yaptığı açık atıf gereğince, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın vasinin değiştirilmesini gerektiren sebepler, kanundan doğabilir veya vasinin görevi kanun gereğince sona erebilir. Bunların dışında, bir anlaşma veya tek taraflı işlem ile de vasinin görevi sona erebilir. Tüm bu ihtimallerde de yine çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku uygulanacaktır (m.16/1). Keza, vesayet sorumluluğunu yerine getiren vasinin, tek taraflı hukuki işlemi olan istifasına bağlı olarak 3. bir kişinin vasi olarak atanmasının gerektiği hallerde ise, sözleşmenin 16/2 hükmü gereğince, vasinin istifasının yürürlüğe girdiği tarihte çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere vasinin değişmesi veya vesayetın başka bir kişiye devredilmesini gerektiren sebeplere uygulanacak hukuk bakımından Sözleşme tahtında ister 17. madde hükmü ister 18. madde hükmü dikkate alınsın herhangi bir farklılık yaratmayacak ve yetkili hukuk, çocuğun mutad meskeni hukuku olacaktır.

Türk hukukunda, vasi değişikliği halinde, çocuğa atanacak yeni vaside bulunması gereken özellikler ,TMK madde 413’te sayılmıştır. Buna göre vesayet makamı, bu görevi yapabilecek yetenekte olan ergin bir kişiyi vasi olarak atayacaktır. Vasi, birden

109 Lagarde (n 15) 581

110 Lagarde (n 15) 583

fazla kişi olabilir. Vasi ancak tam ve fiil ehliyetli ergin kişi olabilir. Vasi olmaya engel sebepler TMK. madde 418'de sıralanmıştır. Buna göre, kısıtlılar veya kamu hizmetinden yasaklılar veya haysiyetsiz hayat sürenler veya vasinin menfaati ile çocuğun menfaati önemli ölçüde çatışanlar veya çocukla arasında düşmanlık bulunanlar veya çocuğun bağlı bulunduğu vesayet daireleri hâkimleri vasi olarak atanamazlar. Şayet yabancı çocuğun vesayeti bakımından, bu nitelikteki olan kişiler, şayet sözleşme gereğince uygulanacak hukuk olan çocuğun mutad meskeni devleti hukuku gereğince vasi olarak atanabilecek kişilerden sayılır ise, kamu düzeni müdahalesi (Sözleşme madde 22) gereği, yabancı hukukun ilgili o hükmü uygulanmayacaktır. Diğer yandan, Türk hukukunda vasi tayininde mahkemenin dikkat etmek zorunda olduğu iki husus vardır. Bunlar, vasi tayininde çocuğun ana ve babasının, isteğinin göz önünde tutulması (TMK. 415) diğeri de TMK 414 hükmü uyarınca, vasi atamasında, vesayet altına alınacak çocuğun yakın kan hısımlarına öncelik verilmesidir. Vesayet altına alınmış yabancı çocuk için vasi değişikliği hakkında çocuğun mutad meskeni hukuku, şayet TMK. 414 ve 415 hükümlerinin içeriğine benzer düzenlemeler ihtiva etmiyor ise bu durum kanaatimizce Türk kamu düzeninin müdahalesine sebebiyet vermeyecektir. Hakimin, çocuğun vesayet işlerinde, kamu düzeninden olarak dikkate alması gereken hususlar; çocuk idrak çağında ise kendisinin görüşünü alması ve onu bilgilendirmesi ve de atanacak olan yeni vasinin özelliklerinin, çocuğun üstün menfaatinin gözetildiği değerlerle çelişiyor olmasıdır.

Vesayetin diğer bir kişiye geçmesini gerektiren durum, vasilik görevinin süre yönünden sona ermesinden de kaynaklanabilir. Bu hususta da, Sözleşmenin 17. maddesi uygulanacak ve vesayet altındaki yabancı çocuğun mutad meskeni hukuku, vasinin görev süresini belirleyecektir. Şayet bu süre, sona ermiş ise, Sözleşme gereğince yetkili mahkemeler, çocuk vasi atama işlemi yenileyeceklerdir. Türk hukukunda TMK. 456 gereğince vasi iki yıl için atanmaktadır ancak bu süre kamu düzeninden değildir. Şu halde, vesayet altındaki yabancı çocuk hakkında, vasinin görev süresini belirleyecek olan çocuğun mutad meskeni hukukunun öngördüğü sürenin iki yıldan fazla veya az olması (Sözleşme m.22'ye istinaden) Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyecektir. Ancak çocuğun öznel durumu ve yaşı dikkate alındığında, özellikle vasinin görev süresini çok kısa tutan yabancı hukuk hükmü, çok sık aralıklarla vasi değişikliğine sebebiyet verecek ise ve bu durumun çocuğun üstün menfaatine hizmet etmeyecek olması sebebiyle kamu düzeni müdahalesini haklı kılabilir.

Vasiliğin devir ve teslimi de, vesayet sorumluluğunun uygulanmasının bir yönünü oluşturması sebebiyle, bunun usulü de çocuğun mutad meskenin devleti hukukuna bakılarak yürütülecektir.

Vasinin sorumluluğunu ve görevini sona erdiren hallerden biri de hiç şüphesiz, vasinin vefat etmesidir. Ancak vasinin vefat etmesi, çocuk üzerindeki vesayetin sona



ermesi demek değildir. Vasinin vefat etmesi çocuğa yeni vasi atanmasını gerektiren bir durum olması sebebiyle, 1996 tarihli Sözleşmenin 11/1 ve 15. madde hükümleri birlikte ele alınarak, çocuğun bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır. Türkiye’de bulunan vesayet altındaki yabancı bir çocuk için atanan vasinin vefat etmesi durumunda, yeni vasi atanması hakkında yetkili hukuk, Sözleşmenin 15/1. maddesine istinaden Türk hukuku olacaktır. Sözleşmenin mevcut düzenlemesinin MÖHUK’un 10.maddesinin 3.fıkrasına bu yönden bir etki yaratmadığını söyleyebiliriz. Her ne kadar sözleşme hükmü öncelikli uygulanacak olsa da, MÖHUK’un mevcut (m.10/3) düzenlemesi, Sözleşmeyle paralel ve uyumlu bir düzenleme olduğundan, mahkeme uygulamasında herhangi bir tereddüt yaratmayacak ve de yabancı hukuk hükmünü araştırmasına gerek kalmayacağından, yargılama hızı da kesilmemiş olacaktır. Diğer yandan, yukarıda yaptığımız açıklamalara paralel olarak, vasi değişikliği, şayet vesayet sorumluluğunun uygulama koşullarında değişiklik olarak nitelendirilecek olur ise, bu taktirde, Sözleşmenin 16. madde hükümleri dikkate alınarak, çocuğun mutad meskeni devleti hukuku uygulanarak; vasinin vefat etmesinin çocuğun vesayeti üzerindeki etkisi hakkında karar verilecektir.

### **E. Çocuk Hakkında Verilen Vesayet Kararının Kaldırılması veya Sona Erdirilmesi Sebeplerine Uygulanacak Hukuk**

Sözleşmenin 16. madde hükmü, vesayetin sona ermesi veya kaldırılmasıyla sınırlı olarak ele alınması gerektiğinden; vesayet sorumluluğunun, adlî veya idarî makamın müdahalesi olmaksızın, sona ermesi talepleri hakkında, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku uygulanacaktır. (m.16/1). Vesayet sorumluluğunun, adlî veya idarî makamın müdahalesi olmaksızın, bir anlaşma veya tek taraflı işlem ile sona ermesi durumunda ise, anlaşma ya da tek taraflı işlemin yürürlüğe girdiği sırada çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır (m.16/2). Bu duruma örnek olarak çocuğun ergin olmasını gösterebiliriz. Çocuk mutad meskeni devleti hukukuna göre, çocuk ergin olduğu yaşa bastığında, kanunen vesayet ilişkisi sona erebilir. Nitekim Türk hukuku da aynı anlayışı benimsemiş ve küçük üzerindeki vesayetin, onun ergin olmasıyla kendiliğinden sona ereceğini kabul etmiştir<sup>111</sup>.

Sözleşme gereğince, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uyarınca mevcut olan vesayet sorumluluğu, mutad meskenin bulunduğu yerin diğer devlet olarak değişmesinden sonra da varlığını sürdürmeye devam edecektir(m.16/3).

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi prensip olarak yetkili kanunlar ihtilafı kuralı bakımından atfî reddetmekle birlikte, istisnai olarak çocuk üzerindeki vesayet sorumluluğunun adli veya idari makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereği veya

111 Türk Medenî Kanunu m. 470/1

hukuki işlemle sona ermesi durumunda dikkate almaktadır. Sözleşmenin 21. maddenin 2. fıkrası; “atfı”, şartlı olarak, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın vesayet sorumluluğunun kanun gereği veya hukuki bir işlem sona ermesine uygulanacak hukukun, Sözleşme’ye akit olmayan bir devletin hukuku olması halinde kabul etmiştir. Buna göre; 16. maddedeki kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili akit olmayan devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları; bir başka akit olmayan devletin hukukuna atfı yapması ve bu atfı yapılan akit olmayan devletin kendi hukukunun uygulanmasını öngörmesi halinde dikkate alınacak ve atfı yapılan (ikinci) akit olmayan devletin maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Ancak atfı yapılan (ikinci) akit olmayan devletin kanunlar ihtilafı kuralları kendi hukukunun uygulanmasını öngörmüyor ise, atfı reddedilecek ve 16. madde uyarınca yetkili akit olmayan devletin iç maddi hukuku uygulanacaktır<sup>112</sup>.

Vesayet sona ermesini gerektiren sebebe uygulanacak hukuka ilişkin ikinci ihtimal ise, söz konusu değişiklik için adli veya idari makamın müdahalesinin gerekmesidir. Şayet vesayet diğer bir kişiye devredilmesi, adli veya idari makamın müdahalesini gerektiriyor ise, bu taktirde Sözleşmenin 15. maddesi dikkate alınarak, çocuğun bulunduğu devletin hukuku (15/1) veya 15/2 hükmü gereğince, çocuğun şahsının korunması bakımından somut bağlantısı bulunan diğer bir devlet hukuku uygulanabilir. Bu taktirde yetkili hukuk belirlenirken, ilgili devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılacaktır. Bu duruma örnek olarak, çocuğun erginliğine mahkemece karar verilmesi durumu gösterilebilir. Bu durumda, yabancı çocuk hakkında Türk mahkemesi MÖHUK madde 9/1 hükmünü uygulayarak, küçüğün hangi tarihte ergin olacağını tespit edebilir.

## F. Vesayet Altındaki Çocuğun Temsiline Uygulanacak Hukuk

Türkiye, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne taraf olmamış olsaydı, çocuğu temsil eden kişinin yetkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK’taki kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecekti. Diğer bir ifadeyle, vasinin, çocuğu temsil hakkına uygulanacak olan hukuk vesayete uygulanacak olan hukuka göre belirlenecekti<sup>113</sup>.

1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi sonrası ise, çocuğu temsil eden kişi veya kurumların yetkilerinin kapsam ve sınırları (m.3/d) sözleşmenin düzenlediği kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir<sup>114</sup>. Çocuğun temsili, Sözleşmenin 17. maddesi uyarınca vesayet sorumluluğunun yürütülmesinin kapsamına girdiğinden, çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır.

112 Uluş-Karataş (n 22) 971; Nihal Uluocak, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi’ (1996) 16 (1-2) MHB 123

113 Çelikel and Erdem (n 21) 453

114 Bkz. Lagarde (n 15) paragraf 14, 545; Practical Handbook on The Operation of The 1996 Hague Child Protection Convention (n 23) 27

### **G. Vasinin Gerçekleştirdiği İşlemler Bakımından İşlem Güvenliği İlkesi**

Sözleşme’de, çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde, önceki mutad mesken hukukuna göre alınan koruma tedbiri kararları (m. 15/3) ile önceki mutad mesken hukukuna göre kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen vesayet sorumluluğunun (m. 16/3) yürürlüğünü devam ettirmesine ilişkin kuralların benimsenmesi; yeni mutad mesken devletinde faaliyet gösteren iyi niyetli üçüncü kişilerin, çocuğun hukuken gerçek yasal temsilcisinin kim olduğu veya hangi yetkilere sahip olduğu konusunda şüpheye düşebilmeleri riskini de beraberinde getirmektedir<sup>115</sup>.

Sözleşme’nin 19. maddesinde; işlem güvenliğini tesis etmek adına, “hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre” çocuğun yasal temsilcisi olma yetkisine sahip kişiler ile hukuki işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin iyi niyetini korumaya yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; iyi niyetli üçüncü kişiler ile gerçekleştirilen işlemlerin geçerliliğine, hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre çocuğun vasisi olarak hareket etmeye yetkili kişinin, gerçekte, 15 ila 18. maddeler uyarınca uygulanacak hukuka göre yetkili olmadığı gerekçesiyle itiraz edilemeyeceği ve üçüncü kişinin bu gerekçeyle sorumlu tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>116</sup>.

Sözleşme’nin 19. maddesi uyarınca, “hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre” çocuğun yasal temsilcisi olma yetkisine sahip vasi ile hukuki işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin korunabilmesi için aranan şartlar; (i) üçüncü kişinin, vesayet sorumluluğunun Sözleşme’nin 15 ila 18. maddelerinde gösterilen hukuka tabi olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması (iyiniyetli olması) ve (ii) söz konusu işlemin, aynı devlet ülkesinde bulunan kişiler arasında gerçekleştirilmiş olmasıdır (m. 19/2)<sup>117</sup>.

### **X. Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeni Müdahalesi**

Çocuğun şahsının ve malvarlığının korunması için vesayet altına alınmasının hukuki dayanağının bir diğer sütununu şüphesiz, çocuğun üstün menfaati oluşturmaktadır.

Çocuğun vesayetiyle ilgili her işlem ve aşamada; ister vesayet altına alınma sebebi olsun ister vesayetlinin sürdürülmesi olsun ister vesayetlinin sona ermesini gerektiren haller olsun; adli ve idari makamlar, Türk kamu düzeninin vazgeçilmez değerlerinden olan, “çocuğun üstün menfaati”ni her daim gözetmelidirler<sup>118</sup>. Çocuğun üstün menfaatini gözetmekle yükümlü tutulan vesayet makamı, şayet görüşünün alınacağı

115 Tiryakioğlu (n 26) 407; Uluşu-Karataş (n 22) 969 vesayete uyarlanarak naklen.

116 Uluşu-Karataş (n 22) 969 vesayete uyarlanarak naklen.

117 Uluşu-Karataş (n 22) 969 vesayete uyarlanarak naklen.

118 Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 3/1; Engelli Hakları Sözleşmesi madde 7/2

yaş ve olgunlukta ise çocuğun vesayetiyle ilgili konularda çocuğun kendisini ifade etmesine imkan tanınmak zorundadır<sup>119,120</sup>. Çocuğun üstün menfaatinin kapsamına, şüphesiz, vesayet altındaki çocuğun istikrarlı bir ortamda gelişme ve büyümesinin sağlanması da girmektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi gereğince de, çocuğun vesayetine ilişkin kamu düzeninden sayılacak dört temel ilke vardır. Bunlar: a) çocuğun vesayetine ilişkin her işlem ve konuda çocuğun üstün menfaatinin esas olduğu (m.3) b) çocuğun vesayetine ilişkin konularda ayrımcılık yapılamayacağı (m.2) c) çocuğun vesayetine ilişkin kararlarda, idrak edebilecek yaş ve olgunlukta ise, kendi görüşünün alınması ve bu görüşüne mümkün mertebe değer atfedilmesinin gerektiği (m.12) d) vesayet altına alınacak çocuğun, kendini geliştirme hakkına saygı duyulması gerektiğidir (m.6).

Türk mahkemesi, yabancılik unsuru içersin veya içermesin vesayete ilişkin hususlarda bu dört temel ilkeyi her zaman ve her işleminde gözetmelidir. Şayet yabancı çocuğun vesayetine uygulanacak yetkili hukuk, yukarıda saydığımız dört temel değer ile çelişirse, yabancı hukuktaki ilgili düzenleme dikkate alınmayıp, Türk maddi hukuku uygulanacaktır. Bu aynı zamanda 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 22. maddesinin de gereğidir.

### **XI. 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesinden Önce Açılmış ve Derdest Olan Çocuğun Vesayetine İlişkin Davalar Üzerinde Sözleşme Hükümlerinin Olası Etkisi**

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, Türk hukuku bakımından 1.02.2017 tarihi itibariyle yürürlük kazanmıştır<sup>121</sup>. Şu halde, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce yabancı çocuk hakkında vesayet kararı verilmiş olmakla birlikte; vesayet ilişkisi devam ederken, vesayette ilişkin tedbirlerde değişiklik yapılması veya sona erdirilmesi gerekiyor ise; ve de bu süreç zarfında Sözleşme yürürlüğe girmiş ise artık 1996 tarihli Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Nitekim, madde 53/1 gereğince, Sözleşme kapsamında çocuğa ilişkin alınan tedbirlerin, ancak sözleşmenin o devlette yürürlüğe girmesinden sonra uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda yaptığımız açıklama, vesayet ilişkisinin sona ermesi bakımından da geçerlidir.

119 Vesayet işlemleri ve kanuni temsil işlemlerinde çocuğun görüşünün alınması gerektiği hakkında bkz. UN Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 6 (2005) Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin* (CRC/GC/2005/6, 2005) paragraf 25, 9. Ayrıca Guidelines for the Alternative Care of Children (n 101) 100

120 Çocuk vesayet altında olsa da, tıbbi müdahale gerektiren durumlarda, vasinin izni alınmış olsa bile, anlatılanları anlayabileceği ölçüde, çocuğun dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanmalıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24/2. RG: 01.08.1998/23420.

121 Bkz. dn 74'te yapılan açıklamalar.

## **XII. Vesayete İlişkin İki Taraflı Adli Yardım Anlaşmalarının 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesine Etkisi**

Türkiye'nin çeşitli devletlerle imzaladığı iki taraflı adli yardım anlaşmaları bulunmaktadır. Bu anlaşmaların bazılarında çok nadir olarak, bazı hayat ilişkilerine dair kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir. Bu duruma örnek anlaşmalardan biri, Türkiye ile Ukrayna arasında hukuki konularda adli yardımlaşma ve işbirliği anlaşmasıdır<sup>122</sup>. Anlaşmanın 26. maddesi vesayet ve kayımlığı düzenlemektedir. Buna göre, akit devlet vatandaşları hakkında vasi tayini gerekiyor ise; bu hususta yetkili hukuk, anlaşmada aksi öngörülmedikçe vasi tayini gerekli görülen kişinin vatandaşı olduğu devlet hukuku olacaktır.

Ukrayna<sup>123</sup> da Türkiye de 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraftır. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümlerinin, söz konusu adli yardım sözleşmesi üzerindeki etkisi, Sözleşmenin 52/3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, iki taraflı adli yardım anlaşması hükümleri, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını etkilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, Türkiye'de bulunan Ukrayna vatandaşı bir çocuk hakkında şayet vesayet kararı alınması gerekiyor ise, bu hususta çocuğun vatandaşı olduğu devlet hukuku uygulanacaktır. Buna mukabil, hakkında daha önce vesayet ilişkisi tesis edilmiş olan Ukraynalı çocuk hakkında vesayetin sürdürülmesi, bir başkasına tevdi edilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri hakkında yetkili hukuk, Sözleşme hükümleri olacak olup, bu hukuk da çocuğun mutad meskeni devleti hukuku olacaktır.

## **XIII. Çocuğun Korunmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Olan İlişkisi**

Çocukların korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taraf devletlere yüklediği bir sorumluluktur. Bu husus, Sözleşmenin 8. maddesinden kaynaklanan çocuğun özel hayatına ve aile hayatına saygı ilkesinin bir yansımasıdır. Çocukların korunması ve gözetimi, velayet altındaki çocuklar bakımından anne ve babalarının sorumluluğunda olmakla birlikte bu sorumluluğun gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda, akit devlet makamları, çocuğun korunmasına yönelik tedbirleri almakla yükümlü tutulmuşlardır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek-7 Nolu Protokol<sup>124</sup>'ün 5.maddesinde, çocukların menfaati için gerekli tedbirlerin akit devlet makamlarınca alınacağı hüküm altına alınmıştır.

122 RG: 22.12.2003/25324

123 Ukrayna, Sözleşmeyi, 3.04.2007 tarihinde tasdik edip, onaylamıştır. Sözleşme, 1.02.2008 tarihinde Ukrayna'da yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>

124 RG:8.4.2016 – 29678.

AİHM'e konu olan bir uyuşmazlıkta<sup>125</sup>, Mahkeme, Fransız makamlarının, Cezayir hukukuna göre (kafala) müessesesine tabi olan Cezayir vatandaşı çocuğun, Fransa'da evlat edinilmesine ilişkin talebinin reddedilmesini, AİHS'nın 8. maddesinin gözettiği aile hayatına saygı ilkesinin bir ihlali olarak görmemiştir. Zira AİHM'e göre, kafala müessesesi, çocuğun bakıcısı tarafından, tıpkı öz babasının davranacağı şekilde yetiştirilmesine, bakılmasına, eğitimine ve korunmasına imkan sağladığından ve de Cezayir mahkemesince verilen kafala kararı, Fransız hukukunda -nitelik olarak- evlat edinme kabul edilmemesine karşılık, velayet, vesayet veya benzeri bir müesseseye denk tutulmuş olması sebebiyle, başvurucunun menfaati ile toplum arasında adil bir dengesizlik meydana gelmemiştir. Bu sebeple AİHS'in güvence altına aldığı 8. madde hükmünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

### Sonuç ve Öneri

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda önemli etkileri olan ve mahkemeler arasında adli işbirliğini gerektiren aynı zamanda velayet ve vesayete ilişkin kimi kanunlar ihtilafı kurallarında değişiklikler getiren çok yönlü bir sözleşmedir. Sözleşmenin esas konusu velayet olmakla birlikte, velayet sorumluluğunun kapsamına vesayet sorumluluğu da girmektedir. Makalemizde, 1996 tarihli Sözleşme hükümleri, çocuğun vesayetiyle sınırlı olarak incelemiştir. Vesayet kararlarında, mahkemelerin yetkisi ile yabancı vesayet kararlarının diğer akit devletlerde tanınması ve tenfizi konusu, çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Çocuk ile vasi arasındaki vesayet sorumluluğuna uygulanacak hukukun, çeşitli yönleri bulunmaktadır. Yabancı unsur taşıyan hayat ilişkisi bakımından çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler hakkında MÖHUK'un 10. maddesi uygulanmaya devam edecektir. Zira sözleşmenin 16. madde hükmü; çocuğun velayeti esas alınarak düzenlendiğinden; herhangi bir adli veya idari makamın müdahalesi olmaksızın çocuğun vesayet altına alınmasının pek mümkün olmayacağını düşünmekteyiz. Vesayet ilişkisinin tesisi bakımından adli ve idari bir makamın müdahalesinin gerekli ve zorunlu olması çocuğun üstün menfaatinin bir gereğidir. Soybağı, çocuğun annesi ve babasıyla prensip olarak doğum yoluyla kurulduğundan ve pek çok devlet hukukunda da bunun dayanağı kanuni düzenlemede yer alıyor olmasına karşılık; aynı şeyi vesayet ilişkisinin tesisi bakımından söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, vesayet ilişkisinde çocuk ile vasi arasında herhangi bir soybağı ilişkisi de kurulmamaktadır. Bu nedenle, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın çocuğun vesayet altına alınması Türk hukuku bakımından mümkün değildir. Bu hususun, kamu düzeninden olduğunun kabulü gerekir. Nitekim vesayet ilişkisinin düzenlendiği TMK'nın Aile Hukuku Kitabının 3.Kısımında, gerek vesayetin tesisinde gerekse vesayete ilişkin önem arz

125 *Harroudj v. Fransa* App no 43631/09 (ECtHR, 4 November 2012) paragraf 51; İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet Yayınevi, 2019) 820

eden hususlarda vesayet makamının veya hakimnin izninin alınması bir şart olarak aranmıştır. Çocuğun esenliği için vesayet altına alınmasının gerektiği hallerde, TMK. kendiliğinden bir kişi veya kuruma vesayet sorumluluğunu vermemiş; bilakis çocuğun üstün menfaatini gözeterek çocuk hakkında bu sorumluluğun en iyi şekilde yerine getirilmesinin izin ve denetimini, vesayet makamına veya hakime bırakmıştır. Ayrıca belirtelim ki; Çocuğun Korunmasına İlişkin Alternatif Tedbirler başlıklı BM Tavsiye Kılavuzu da çocuk hakkında vesayet ilişkisinin kurulmasında mutlaka adli veya idari makamın müdahalesini şart koşmuştur.

Yabancı çocuk hakkında vesayet ilişkisinin kurulması sebepleri hakkında her ne kadar MÖHUK'un 10. maddesi uygulanacak olsa da, söz konusu hükmün eksik yönleri daha doğru ifadeyle yetersiz kaldığı durumlar da bulunmaktadır. 10.madde hükmü sırasıyla iki tane bağlama noktası belirlemiştir. Öncelikle çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler hakkında çocuğun milli hukuku uygulanacaktır. Şayet bu hukuka göre, çocuk vesayet altına alınamıyor ise, mutad meskeninin Türkiye'de bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Şayet mutad meskeni Türkiye'de bulunuyor ise hakimnin takdirine göre çocuk hakkında vesayet kararı verilebilecek veya verilemeyecektir. Söz konusu takdir hakkının, hayat ilişkisi bakımından yetkili hukuku düzenleyen kanunlar ihtilafı sistemi ve mantığıyla ne kadar uyumlu olduğunu bir yana bırakacak olursak, esas sorun, çocuğun kısa bir süre için Türkiye'de bulunduğu durumlarda ortaya çıkacaktır. Sözgelimi çocuğun, anne ve babasının dört günlüğüne İstanbul'a geldiği turistik bir gezide trafik kazası geçirip vefat etmesi ihtimalinde, çocuğun bir an önce vesayet altına alınmasında hem hukuki hem de üstün menfaati vardır. İşte böyle bir durumda, çocuğun mutad meskeni Türkiye'de bulunmadığından, çocuk ancak, kamu düzeni istisnası devreye sokularak vesayet altına alınabilecektir. Oysa çocuğun vesayeti gibi önemli bir konuda, mahkeme uygulamaları bakımından bile yeknesaklığın sağlanmadığı kamu düzeni kavramına meselenin çözümünü bırakmak hukukun temel prensip ve ilkelerinden olan öngörülebilirlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu nedenle, MÖHUK'un 10. maddesine, (zorunlu olmaksızın) çocuğun Türkiye'de bulunması ihtimalinin de eklenmesini önermekteyiz. Kaldı ki, vesayet işlerinde yetkiyi düzenleyen MÖHUK'un 42. maddesi dikkate alınacak olduğunda önerimizin, madde hükmüyle de uyumluluk sağlayacağını söyleyebiliriz.

MÖHUK'un 10. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, "Türkiye'de bulunan yabancı devlet vatandaşı kimsesiz çocuklar ile içinde bulunduğu durum gereği acil koruma altına alınması gereken çocuklar hakkında Türk hukuku uygulanır." gibi bir hükmün eklenmesini önermekteyiz. Gerçi, 10/3 hükmünün de buna imkan verdiği söylenebilirse de, vesayet dışında koruma tedbiri olarak çocuğun barınması ve sağlığı için acil tedbirlerin alınması gereken durumlarda, Türk hukukunun açıkça uygulanmasını



öngören bir kanunlar ihtilafı kuralının kanunda yer alması, davaya bakan mahkeme ve hakime kolaylık ve hız kazandıracak olup, 1996 tarihli sözleşme hükümlerini araştırmak durumunda bırakmamış olacaktır. Aksi taktirde Türk mahkemesi, yabancı çocuk hakkında, acil koruma tedbirleri bakımından Sözleşme hükümlerine gitmek durumunda kalacak ve de Sözleşmenin 15.maddesini dikkate alarak, yetkili hukuk olan, çocuğun bulunduğu devlet hukukunu uygulayacaktır. Ki; bu hukuk da MÖHUK'un 10/3 gereği Türk hukuku olacaktır. Ancak bu yöntem, hakime hız kaybettirmiş olacaktır.

Çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler bakımından kanunda ikili bir ayırımının açıkça yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle küçüğün, kimsesiz çocuklardan olduğu veya anne ve babasının vefat ettiği hallerde çocuğun hızlıca (geçici olsa dahi) vesayet altına alınması gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki; çocuğun üstün menfaati de kendisinin bir an önce, hukuki bir koruma altına alınmasını gerektirmektedir. Bu hukuki korumanın en hızlı şekilde tesisi için hakimın hukukunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim, TMK.'nın, 404. maddesinde yer alan, velayet altında bulunmayan her çocuğun vesayet altına alınacağını güvence altına alan hükmünün, Milletlerarası Özel Hukuk bakımından, çocuğun üstün menfaatini dikkate alan, kamu düzeninden bir hüküm olduğunu söylemek mümkündür. Bu kapsamda olmayan çocukların, vesayet altına alınma sebepleri hakkında ise, MÖHUK'un 10. maddesi uygulanacaktır.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi sonrası, vesayet ilişkisinin devamına veya uygulanmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuk hakkında Sözleşmenin 17. madde hükmü dikkate alınacaktır. Bu hukuk, çocuğun mutad meskeni devleti hukukudur. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin vesayet ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlediği kanunlar ihtilafı kuralları, akit olmayan devlet hukuklarını da dikkate almakta ve (istisnai hâl hariç) bu hukukun maddi hukuk hükümlerini uygulamaktadır.

Yabancı çocuğun vesayet ilişkisinin sona ermesini gerektiren sebepler hakkında ise, yetkili hukuk belirlenirken ikili bir ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Şayet çocuk, geçici koruma tedbiri olarak vesayet altına alınmış ancak mahkemenin yaptığı değerlendirmeye istinaden vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler sonradan ortadan kalkmış ise, bu durumda Sözleşmenin 15. maddesi gereğince, çocuğun bulunduğu devletin hukukuna yani Türk hukukuna göre çocuk ile vasi arasındaki vesayet ilişkisi sona erdirilecektir. İkinci bir ihtimal ise, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereğince (mesela çocuğun ergin olması) veya bir anlaşma veya tek taraflı bir işleme istinaden vesayet ilişkisinin sona erecek olmasıdır; bu taktirde Sözleşmenin 16. madde hükümleri dikkate alınarak, çocuğun mutad meskeni devleti hukukuna bakılarak, vesayetın sona ermesini gerektiren sebeplerin var olup olmadığı araştırılacaktır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde vesayete uygulanacak hukukun düzenlendiği 5718 sayılı MÖHUK'un 10. maddesine aşağıdaki gibi bir değişikliğin yapılmasını ve de çocuklara ilişkin özel bir hükmün Kanuna ilave edilmesini önermekteyiz.

*Yabancı'nın millî hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde, bu kişinin mutad meskeni veya sakin olduğu yer Türkiye'de ise Türk hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır."*

*Türkiye'de bulunan vatansız veya yabancı devlet vatandaşı kimsesiz çocuklar ile içinde bulunduğu durum gereği acil koruma altına alınması gereken çocuklar hakkında Türk hukuku uygulanır.*

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

### Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z and Gökyayla CD, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2010).
- Akıntürk T, *Aile Hukuku* (7th edn, Beta Basım, 2002).
- and Ateş-Karaman D, *Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku* (17th edn, Beta Basım, 2015).
- Akyüz E, *Çocuk Hukuku* (3rd edn, Pegem Akademi, 2013).
- Arslan İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet Yayınevi, 2019).
- Aybay R and Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008).
- Aygül M, 'Yabancı Mahkemen Verilen Vesâyet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)' (2012) Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan 135-159
- Can H and Toker AG, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (2nd edn, Adalet Yayınevi, 2016).
- Children On the Move: A Private International Law Perspective Legal Affairs; (PE 583.158, Directorate General for Internal Policies of the Union Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2017).
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta Basım, 2020).
- Çetiner SB, *Velâyet Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2000).
- Dardağan-Kibar E, 'Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velâyet İlişkin Sorunlar' (2011) (Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan) GÜHFD.
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş Yayınları, 2020).
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, Beta Basım, 2011).

- Elçin D, 'Vesâyet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve Vesâyetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması' (2018) 67 (2) AÜHFD 317-337
- Giray FK, 'Milletlerarası Sözleşmelerde Evlat Edinme', (1999-2000) 19-20 (1-2) MHB.
- Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (European Union Agency for Fundamental Rights,, Publications Office of the European Union, 2015).
- Hay P, Borchers PJ and Symeonides SC, , *Conflict of Laws* (5th edn, West Publish, 2010).
- Helvacı İ, *Gerekçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Türk Medeni Kanunu* (On İki Levha Yayıncılık, 2013) Cilt II.
- Kegel G and Schurig K, *Internationales Privatrecht*, (9th edn, C.H.BECK, 2004).
- Lagarde P, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, (HCCH Publications, 1998).
- Lowe N, Everall M and Nicholls M, *International Movement of Children* (Jordan Publishing, 2004).
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22nd edn, Beta Basım, 2017).
- Özel S, 'Uluslararası Evlat Edinme' (2011) (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan) GÜHFD.
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6th edn, Turhan Kitabevi, 2015).
- Öztekin-Gelgel G, 'Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler' (2015) 35 (2) MHB 107-138.
- Özğür Aİ, *Velayet - Vesayet - Soybağı -Evlat Edinme Hukuku- Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler* (Adalet Yayınevi, 2010).
- Practical Handbook on The Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention (The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2014).
- Pürselim-Arning HS, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad*, (1st edn, Adalet Yayınevi, 2014).
- Ruhi AC, *Türk Hukukunda Evlat Edinme* (Seçkin Yayıncılık, 2003).
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (7th edn, Beta Basım, 2019).
- Şensöz-Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (On İki Levha Yayıncılık, 2017).
- Tekinalp G, Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Beta Basım, 2016).
- Tiryakioğlu B., *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku*, (T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 7, 1991)
- Tiryakioğlu B., *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, (T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, 1991)
- Tiryakioğlu B, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme' (Beta Basım, 1999) Nihal Uluocak'a Armağan 381-424.
- Tokat H, 'Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları' (2017) 25 (2) SÜHFD.
- Uluocak N, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi' (1996) 16 (1-2) MHB.

Ulus-Karataş AE, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Uygulama Alanı’ (2017) 37 (Prof. Dr. Yücel Sayman’a Armağan) MHB 911, 1003.

Uyanık Çavuşoğlu, A, Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, ‘Yeni MÖHUK’a Göre Soybağı İlişkinine Uygulanacak Hukuk Sorunu’ (2018) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 319.

Zevkliler A, Acabey B and Gökyayla E, *Zevkliler Medenî Hukuk* (6th edn, Seçkin Yayıncılık, 1999).

