



T.C.

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

Merve POLAT

19906001

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Filiz YAVUZ İPEKYÜZ

Diyarbakır 2022

T.C.

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

Merve POLAT

19906001

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Filiz YAVUZ İPEKYÜZ

Diyarbakır 2022

TAAHHÜTNAME
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum “Türk Hukukunda Birlikte Velayet” adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve tez yazım kılavuzuna uygun olarak hazırladığımı taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım. Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

14/06/2022

Merve Polat

İmza

ÖN SÖZ

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de boşanma oranları ve evlilik dışı ilişkilerin sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Bu durumdan en çok etkilenenlerin başında çocuklar gelmektedir. Zira Türk Medeni Kanunu'nda yer alan mevcut hukuki düzenlemeler nedeniyle boşanma durumunda çocuk, velayetin kendisine bırakıldığı ebeveyniyle birlikte yaşayacak ve çoğunlukla onunla vakit geçirecektir. Çocuk, velayetin kendisine bırakılmayan ebeveyni ile yalnızca belirli gün ve saatlerde zaman geçirebilecektir. Yine evlilik dışı ilişkide, mevcut hukuki düzenlemeler gereğince, çocuğun velayeti anaya ait olduğundan çocuğun babası ile arasındaki ilişki, ananın inisiyatifine bağlı olacaktır. “Türk Hukukunda Birlikte Velayet” başlıklı çalışmamızda, mevcut kanuni düzenlemelerin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler kapsamında, boşanma ve evlilik dışı ilişkide, ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olabilmesine imkân tanıyıp tanımadığı hususu, öğretilerde yer alan görüşler kapsamında incelenmiştir.

Tez çalışmamın tüm aşamalarında bilgisini, önerilerini ve değerli zamanını esirgemeyerek her an yanımda olan, sabrını ve ilgisini her zaman hissettiğim çok kıymetli danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Filiz YAVUZ İPEKYÜZ'e, tezime kıymetli vakitlerini ayırarak tavsiyeleriyle katkı sunan ve yüksek lisans eğitimim boyunca ilgisini, yardımlarını ve desteklerini esirgemeyen Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK'e ve Doç. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN'a sonsuz teşekkür ederim.

Bu süreçte benden desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen çok değerli aileme ve arkadaşlarıma çok teşekkür ederim.

Merve POLAT

Diyarbakır 2022

ÖZET

Tarihsel süreç içerisinde toplum nezdinde yaşanan sosyal ve kültürel gelişmeler, toplumun en küçük yapı taşı olan aileyi de etkilemiş ve bu alanda birçok değişimi beraberinde getirmiştir. Bu değişim neticesinde velayet, önceleri babanın çocuk üzerindeki egemenliğini ve mutlak otoritesini ifade ederken günümüzde, ana ve babaya çocuğun üstün yararının korunması amacıyla tanınan hak ve yükümlülüklerin bütünü ifade etmektedir. Uluslararası sözleşme metinlerinde ve ulusal kanunlarda çocuğun bir hak sujesi olarak kabulü, velayet kavramında yaşanan bu değişimin önemli nedenlerinden biridir.

Türk Medeni Kanunu'nun 336/1.maddesinde, evlilik birliği içerisinde velayetin ana ve babaya birlikte ait olacağı kabul edilmiştir. Ancak evlilik dışı ilişkide veya evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği hallerde, birlikte velayetin uygulanıp uygulanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Zira birçok hukuk sisteminde ve uluslararası hukuki metinde, evlilik dışı birlikten doğan veya evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde var olan müşterek çocuğun velayetinin, kural olarak ana ve babaya birlikte verilebileceği kabul edilmişken TMK, evlilik birliği içerisinde doğmuş olan çocuklar haricinde birlikte velayete ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Nitekim ülkemizde, yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tanıma ve tenfizi, birlikte velayetin Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle yıllarca kabul görmemiştir. Son yıllarda Yargıtay, görüş değişikliğine giderek birlikte velayetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığına ilişkin kararlar vermiş ve bu doğrultuda birlikte velayet, TMK kapsamında daha tartışılır hale gelmiştir.

Çalışmamızda, uluslararası sözleşmeler, mevcut kanuni düzenlemeler ve öğretideki görüşler kapsamında, birlikte velayetin Türk hukukunda evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkilerde uygulanabilirliği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun Üstün Yararı, Birlikte Velayet, Boşanmış Ebeveynlerin Çocuğu, Evlilik Dışı İlişkiden Doğan Çocuk



ABSTRACT

The social and cultural developments experienced by the society in the historical process have also affected the family, which is the smallest building block of the society, and many changes have taken place in this area. As a result of this change, custody, which used to express the father's sovereignty and absolute authority over the child, today represents the whole of the rights and obligations given to the mother and father for the protection of the child's interests. The acceptance of the child as a subject of rights in international convention texts and national laws is one of the essential reasons for this change in the concept of custody.

In Article 336/1 of the Turkish Civil Code, it is accepted that the custody will belong to the mother and father together in the marriage union. However, it is controversial in the doctrine whether joint custody can be applied in extra-marital affairs or in cases where the marriage union ends with divorce. In many legal systems and international legal texts, it is accepted that the joint custody of the child born out of wedlock or in case the marriage union ends with divorce can be given to the parents together as a rule. However, the Turkish Civil Code (TCC) does not contain any regulation on joint custody, except for children born in wedlock. As a matter of fact, the recognition and enforcement of joint custody decisions taken from foreign state courts have not been accepted for years on the grounds that joint custody is contrary to Turkish public order. In recent years, the Court of Cassation has changed its opinion and made decisions regarding the fact that joint custody is not against the Turkish public order, and in this direction, joint custody has become more debatable within the scope of the TCC.

In our study, the applicability of joint custody in marriage union as well as in divorce or extra-marital relations has been examined within the scope of current legal regulations, international agreements, regulations in comparative law and views in doctrine.

Keywords: Best Interest of Child, Joint Custody, Child of Divorced Parents, Child Born from extramarital affair.



İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ.....	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT.....	IV
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET

1.1. Velayet Kavramı, Tarihçesi ve Değişim Süreci	4
1.1.1 Genel Olarak Tanımı.....	4
1.1.2. Velayetin Hakkının Tarihsel Süreci	7
1.1.2.1. İslam Hukukunda Velayet.....	7
1.1.2.2. Roma Hukukunda Velayet	9
1.1.2.3. Cermen Hukukunda Velayet	10
1.1.3. Velayet Kavramının Süreç İçerisindeki Değişimi.....	11
1.2. Velayet Hakkının Hukuki Niteliği	14
1.3. Velayet Hakkının Kapsamı	17
1.3.1. Velayetin Çocuğun Şahıs Varlığı Üzerindeki Kapsamı.....	17
1.3.1.1. Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi	17
1.3.1.2. Çocuğun İsmi Belirleme Hakkı	18
1.3.1.3. Çocuğun Yerleşim Yerin Belirlenmesi	22
1.3.1.4. Çocuğun Dini ve Mesleki Eğitiminin Sağlanması	23
1.3.1.5. Çocuğun Söz Dinleme Yükümlülüğü	25

1.3.1.6. Çocuğun Görüşünün Alınması.....	25
1.3.1.7. Çocuğun Ana ve Baba Tarafından Temsil Edilmesi:.....	26
1.3.2. Velayetin Çocuğun Malvarlığı Üzerindeki Kapsamı	27
1.4. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Velayetin Tarafları ve Kullanılması	31
1.4.1. Evlilik Birliği İçerisinde Velayetin Kullanılması	33
1.4.2. Birlikte Yaşama Ara Verilmesi veya Ayrılık Halinde Velayet.....	35
1.4.3. Ana veya Babadan Birinin Ölümü veya Gaipliğine Karar Verilmesi Halinde Velayet	37
1.4.4. Evliliğin Butlanı Halinde Velayet.....	39
1.4.5. Çocuğun Bir Kuruma veya Bir Ailenin Yanına Yerleştirilmesi Halinde Velayet	40
1.4.6. Eşlerin Boşanmaları Halinde Velayet	41
1.4.7. Evlilik Dışı İlişkilerde Velayet	45
1.4.8. Evlat Edinme Halinde Velayet.....	46
1.5. Velayetin Kaldırılması	47

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLİKTE VELAYET

2.1. Kavramsal Olarak Birlikte Velayet.....	51
2.2. Tarihsel Süreci.....	53
2.3. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Velayet	55
2.3.1. Alman Hukuku	55
2.3.2. İsviçre Hukuku	58
2.3.3. Avusturya Hukuku	61
2.3.4. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku	63
2.3.5. İngiliz Hukuku	64
2.3.6. İtalyan Hukuku.....	65

2.3.7. Hollanda Hukuku	65
2.3.8. Fransız Hukuku	66
2.3.9. İspanya Hukuku	66

2.4. Birlikte Velayetin Uluslararası Sözleşmelerde Yer Alan Hak ve İlkeler

Çerçevesinde Uygulanabilirliği Meselesi 67

2.4.1. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi.....	67
2.4.2. Çocuğun Görüşünün Dikkate Alınması İlkesi	71
2.4.3. Ayrım Gözetmeme İlkesi	74
2.4.4. Çocuğun Ebeveynleri Tarafından Bakılma, Yönlendirilme ve Rehberlik Alma Hakkı:	75
2.4.5. Ebeveynlerin Eşit Hak ve Yükümlülüklerle Sahip Olma Hakkı.....	76
2.4.6. Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi İlkesi	78

2.5. Birlikte Velayete İlişkin İleri Sürülen Görüşler 78

2.5.1. Birlikte Velayete İlişkin Olumlu Görüşler.....	79
2.5.2. Birlikte Velayete İlişkin Olumsuz Görüşler.....	80

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖĞRETİDE YER ALAN GÖRÜŞLER VE YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA HALİNDE VEYA EVLİLİK DIŞI İLİŞKİLERDE BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANABİLİRLİĞİ MESELESİ

3.1. Genel Olarak 85

3.2. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Birlikte Velayetin TMK ve Yargıtay Kararları Kapsamında Uygulanabilirliği Meselesi.....88

3.2.1. TMK'nın 336/3. Maddesinin Değerlendirilmesi	88
3.2.1.1. TMK'nın 336/3. Maddesinin Emredici Olduğuna İlişkin Görüşler.....	88
3.2.1.2. TMK'nın 336/3. Maddesinin Revize Edilmesine İlişkin Görüşler	90
3.2.1.3. TMK'nın 336/3. Maddesinde Boşluk Bulunduğuna İlişkin Görüşler.....	92

3.2.1.4. TMK’nın 336/3. Maddesinin Birlikte Velayet Taleplerine Uygulanabileceğine İlişkin Görüşler	94
3.2.2. TMK’nın 182/3. Maddesinin Değerlendirilmesi	96
3.2.3. Yargıtay Kararları Kapsamında Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi.....	100
3.3. Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği Meselesi	109
3.4. Türk Hukukunda Birlikte Velayetin Kural veya İstisna Olarak Uygulanması Meselesi	114
3.4.1. Birlikte Velayetin Kural Olarak Uygulanması Gerektiğine Yönelik Görüşler	114
3.4.2. Birlikte Velayetin İstisna Olarak Uygulanması Gerektiğine Yönelik Görüşler	115
3.4.3. Birlikte Velayetin Kural veya İstisna Olarak Ayrım Yapılmadan Uygulanması Gerektiğine Yönelik Görüşler.....	116
3.5. Birlikte Velayete Hükmedilmemesi Gereken Haller	117
3.5.1. Velayetin Kaldırılması Sebeplerinin Varlığı.....	118
3.5.2. Ebeveynlerin Birbirleri ile Sağlıklı İletişim Kuramamaları.....	118
3.5.3. Ebeveynler Arasında Sürekli Bir Çatışma Halinin Varlığı	119
3.5.4. Ebeveynlerin Müşterek Taleplerinin Velayetin Tek Bir Ebeveyne Tevdi Edilmesi Yönünde Olması	119
SONUÇ.....	120
KAYNAKÇA	125

KISALTMALAR

<i>AIHM.</i>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<i>AIHS.</i>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<i>AÜEBFD.</i>	Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi
<i>AÜEHFD.</i>	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<i>AÜHFD.</i>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<i>AÜSBFD.</i>	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<i>AYM.</i>	Anayasa Mahkemesi
<i>bkz.</i>	Bakınız
<i>BMÇHS.</i>	Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
<i>C.</i>	Cilt
<i>CEDAW.</i>	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme)
<i>EMK.</i>	Eski Medeni Kanun (743 Sayılı Medeni Kanun)
<i>Es.</i>	Esas
<i>HD.</i>	Hukuk Dairesi
<i>HGK.</i>	Hukuk Genel Kurulu
<i>İMK.</i>	İsviçre Medeni Kanunu
<i>K.</i>	Karar
<i>T.</i>	Tarih
<i>TAAD.</i>	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
<i>TMK.</i>	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
<i>No.</i>	Numara
<i>s.</i>	Sayfa
<i>S.</i>	Sayı
<i>vd.</i>	Ve devamı
<i>Vol.</i>	Volume (Cilt)
<i>Y.</i>	Yıl
<i>YGD.</i>	Yargıtay Kararları Dergisi
<i>yy.</i>	Yüzyıl

GİRİŞ

Çocuk, velayeti altında bulunduğu ana ve babası için ne kadar önem arz ediyorsa toplum içinde bir o kadar önem arz etmektedir. Bu durumun en önemli nedeni, çocuğun toplumun geleceği olmasıdır. Dolayısıyla çocuğun korunması ve özenli bir şekilde yetiştirilmesi gerekir.

Özellikle tarihsel süreç içerisinde yaşanan savaşlar ve çatışmalar, dünya üzerindeki en savunmasız varlıklardan biri olan çocuğun korunmasına yönelik bilinç düzeyini artırmıştır. Bu kapsamda çocuğun üstün yararının korunması bir ilke haline getirilmiş ve çocuğun korunmasına yönelik uluslararası sözleşmeler imzalanmıştır. Taraf devletler de kanunlarında, çocuğun korunmasına yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer vermiş ve buna ilişkin imzalanan uluslararası sözleşmelerin uygulanmasını sağlamıştır.

Çocuğun gerek şahıs gerekse malvarlığı bakımından korunması ve kendi ayakları üzerinde durabilen bir birey olarak yetiştirilmesi amacıyla hukuk sistemleri, ana ve babanın yerine getirmesi gereken bazı hak ve yükümlülükler öngörmüştür. Türk hukukunda söz konusu hak ve yükümlülükler, ana ve/veya baba tarafından velayet hakkı kapsamında yerine getirilir. Türk Medeni Kanunu, velayet hakkının birlikte veya tek başına kullanımı hususlarında, ana ve babanın medeni durumlarına ve baba ile çocuk arasında kurulan soybağı ilişkisine göre farklı düzenlemeler ihtiva etmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun velayet hakkını düzenleyen hükümlerinde, evlilik birliği içerisinde çocuğun, ana ve babasının birlikte velayeti altında olduğunu açık bir şekilde ifade edilmiştir. Nitekim TMK'nın 336/1. maddesinde yer alan düzenleme gereğince, “...evlilik devam ettiği sürece ana ve baba, velayeti birlikte kullanırlar.” Velayet hakkının ana ve tarafından birlikte kullanılması, kendilerine tanınan hak ve yükümlülüklerin aralarında paylaşılacağı anlamına gelmemektedir. Zira her biri hak ve yükümlülükleri aralarında uzlaşarak eşit bir şekilde yerine getirirler. Daha net bir ifadeyle velayet hem ana hem de baba tarafından birinin diğerine üstünlüğü olmaksızın birlikte kullanılacaktır. 743 Sayılı Mülga Medeni Kanunu'nda yer alan ve

ana babanın velayet hakkının kullanılmasında aralarında anlaşamamaları halinde babanın oyuna üstünlük tanınacağına ilişkin düzenlemeyi içeren 263. madde hükmüne, kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğundan 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiştir.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, TMK'nın 336/3.maddesi uyarınca, "Velayet, ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir." Yine TMK'nın 182/3. maddesinde boşanma durumunda, velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararlarının esas tutulacağı" açıkça belirtilmiştir.

Evlilik dışı ilişkiden doğan müşterek çocuğun velayeti ise, TMK'nın 337/1. maddesi gereğince, anaya aittir.

İsviçre, Almanya gibi birçok devlet hukukunda birlikte velayet, evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkilerde, ana ve babanın medeni hallerinden bağımsız bir şekilde kabul edilmiştir. Ancak TMK kapsamında birlikte velayete, yalnızca evlilik birliği içerisinde açıkça imkân tanınmış; evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde veya evlilik dışı ilişkilerde, müşterek çocuğun velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hatta TMK'nın 336. ve 337. maddeleri göz önünde bulundurulduğunda, Türk hukukunda boşanma halinde veya evlilik dışı ilişkide, velayetin ana ya da babadan yalnızca birine tevdi edileceğini içeren hükümlerin mevcut olduğu söylenebilir.

Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu başta Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol olmak üzere birçok uluslararası sözleşmede, çocuğun üstün yararının korunması gerektiği, ana ve babanın evlilik birliğinin sona erdiği veya hiç olmadığı durumlarda çocuk üzerinde eşit sorumluluğu ve söz hakkının olduğu ve çocuğun her türlü ayrımcılıktan korunması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu, uluslararası sözleşmeler, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir.

Öğretide, iç hukukumuzun parçası haline gelen uluslararası sözleşmeler nezdinde, mevcut kanuni düzenlemelerin, boşanma durumunda ve evlilik dışı

ilişkilerde, birlikte velayete imkân tanıyıp tanımadığı ve yeni kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulması halinde bu düzenlemelerin nasıl olması gerektiğine ilişkin önemli görüşler bulunmaktadır. Çalışmamızda amaçlandığı üzere, hukukumuz bakımından birlikte velayete ilişkin tartışmalı hususların belirlenmesi ve açığa kavuşturulması, kamu menfaati için önem arz etmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde velayet kavramının tanımı, tarihsel süreç içerisindeki değişimi ve bunun terminolojideki etkisi incelenecektir. Aynı zamanda velayet hakkının kapsamı, hukuki niteliği ve Türk Medeni Kanunu çerçevesinde kullanımına ilişkin ayrıntılı bilgilere yer verilecektir.

İkinci bölümde, birlikte velayetin tanımı, uluslararası metinlerdeki yeri ve karşılaştırılmalı hukuktaki uygulama alanı üzerinde durulacaktır. Bu bölümde ayrıca birlikte velayetin ebeveynler ve çocuklar üzerindeki etkilerine ilişkin olumlu ve olumsuz görüşlere değinilecektir.

Üçüncü bölümde ise Türk hukukunda birlikte velayetin, boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkilerde, mevcut kanuni düzenlemeler ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde mümkün olup olmayacağı, öğretide yer alan görüşler kapsamında değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET

1.1. Velayet Kavramı, Tarihçesi ve Değişim Süreci

1.1.1 Genel Olarak Tanımı

Etimolojik olarak Arapça kökenden gelen velayet, kelime anlamı olarak velilik, otorite, yetke¹ anlamlarına gelmektedir. Özü itibariyle velayet, çocuğun yararının korunması amacıyla ebeveynlerin sahip olduğu hak ve yükümlülükler² olarak ifade edildiğinden çift yönlü olduğu kabul edilmektedir³. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun'unun⁴ içeriğinde her ne kadar velayetin tanımına yer verilmemişse de öğreti kapsamında velayet, on sekiz yaşını doldurmamış küçüklerin veya bazı istisnai hallerde ergin ancak kısıtlanmış olan çocukların, üstün yararının sağlanması, şahıs ve malvarlıklarının korunması ve bunların temsil edilmesi amacıyla, ana ve/veya babaya tanınan hak, yetki ve ödevlerin bütünü olarak tanımlanmaktadır⁵.

¹ <https://sozluk.gov.tr/> Erişim tarihi 20.08.2021

² Ediz Bingöl, “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması” İstanbul Barosu Dergisi, C: 88, S: 2, Yıl 2014, s.279; Hayrünnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, “Çocuk Hukuku”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.296; Serap Helvacı/Fulya Erlüle, “Medeni Hukuk”, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007, s.280; Tuba Birinci Uzun, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, Yıl 2016, s.137; Nurten İnce, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet”, TAAD, Y. 9, S. 34, Nisan 2018, s.190; Leyla Müjde Kurt, “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Yıl 2018, s.158; Bilge Öztan, “Aile Hukuku”, Ankara 2015, s.1074

³ Turgut Akıntürk/Derya Ateş, “Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku”, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s.407; Cem Baygın, “Soybağı Hukuku”, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.259; Serozan, “Çocuk Hukuku”, s.271; İlknur Serdar, “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, Yıl 2008, s.165; Ahmet Cemal Ruhi, “Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.29; Selma Baktır Çetiner, “Velâyet Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.29, Hilal Karaca, “Velayetin Kapsamı ve Hükümleri”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.23

⁴ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/12/20011208.htm#1> (Erişim Tarihi: 25.08.2021)

⁵ Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, “Aile Hukuku”, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s.272; Selahattin Sulhi Tekinay, “Türk Aile Hukuku”, Beta Yayıncılık, İstanbul 1984, s.497; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, “Aile Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979, s.503; Akıntürk/ Ateş, Aile Hukuku, s.406;; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, “Türk

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında ise velayetle ilgili şu ifadeler yer verilmektedir: “...Velâyet; ana veya babanın, ergin olmayan çocuklarının veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişi varlığına, malvarlığına ve bu iki husus hakkında onları temsiline ilişkin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin bütününe denir. Velâyet, çocuk ergin oluncaya kadar onunla ilgili alınması zorunlu kararları alma hususunda veliye sorumluluk yükler ve onları yetkili kılar. Bu bakımdan modern hukukta velâyet, bir hak olduğu kadar aslında çocuğun üstün yararının sağlanması bakımından yetki ve sorumluluk da içerdiğinden, hak ve yükümlülüklerin toplamı olarak kabul edilmektedir⁶.”

Velayet, kanundan doğan⁷, çocuğun üstün yararı ve katılım hakkıyla sınırlandırılmış özgecil ve işlevsel bir çerçeve haktır⁸. Öyle ki, hak ve yüküm ögesi adeta birbiri içine geçtiğinden birbirinden ayrı düşünülemez⁹. Ana ve babanın velayet hakkı kapsamında sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin temel amacı, çocuğun kendi ayakları üzerinde durabilen gerek kendisine gerekse de topluma faydalı, bilinçli birey olarak yetişmesini sağlamaktır¹⁰. Daha net bir ifadeyle velayet, ana baba için değil, çocuk için var olan bir yüküm haktır¹¹. Velayet, TMK’nın 336/1. maddesi¹² gereğince, evlilik birliği içerisinde ana ve baba tarafından birlikte

Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, Öztan, **Aile Hukuku**, s. 1074 s.339; Sevgi Usta, **“Velayet Hukuku”**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.23-24; Ahmet Cemal Ruhi/Canan Ruhi, **“Velayet Hukuku”**, Ankara 2017 s.21; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.259; Baktır Çetiner, **Velâyet Hukuku**, s.30; Rona Serozan, **“Çocuk Hukuku”**, Vedat Kitapçılık; İstanbul 2017, s.250; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, **“Aile Hukuku”**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.179; Bahar Öcal Apaydın, **“İsviçre Medeni Kanunu’nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”**, Prof. Dr. Özer SELİÇİ’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-46, İstanbul 2016, s.633; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, 2019, s. 14; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.21; Abdulkerim Yıldırım, **“Türk Aile Hukuku”**, Monopol Yayınları, Ankara 2018, s.55

⁶ İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD, T. 31.05.2021, Es. 2021/2572, K. 2021/4104

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 22.08.2021

⁷ Fulya Erlüle, **“İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet”**, “Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 141; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1083; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.36; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407

⁸ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.250

⁹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.250; Ayrıca bkz: Baktır Çetiner, **Velâyet Hukuku**, s.27

¹⁰ Emine Akyüz, **“Çocuk Hukuku”**, Pegem Akademi, Ankara 2021, s.222-224; Serdar, **Birlikte Velayet**, s. 161, Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.250; Baktır Çetiner, **Velâyet Hukuku**, s.29

¹¹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.250; Aynı görüş için bkz: Öztan, **Aile Hukuku**, s.1076; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.271; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 93; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.406; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.182; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.234; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.158; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.222

¹² Kanun metni için bkz: (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>) Erişim Tarihi: 25.08.2021

kullanılacaktır. Evlilik dışı ilişkiler bakımından ise TMK'nın 337/1. maddesi gereğince velayet, anaya aittir.

Velayete hakkına sahip olabilmek için çocuğun biyolojik olarak ana ve babası olunması yeterli değildir; zira çocuk ile ana ve babası arasında soybağı ilişkisinin tesis edilmesi gerekir¹³. Hukukumuzda, ana ve baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulması, farklı esaslara dayandırılmıştır. Buna göre, TMK'nın 282. maddesi gereğince ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulur¹⁴. Dolayısıyla çocuğun evlilik birliği içerisinde veya evlilik dışında doğmuş olması önemsemeksizin çocuğun doğum anına bağlı olarak kazanılan soybağı¹⁵ kapsamında ana, velayet hakkına doğrudan sahip olur¹⁶. Baba ile çocuk arasındaki soybağı¹⁷ ise, çocuğun anası ile evlenme, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur¹⁸.

Velayetin toplum ve tüm dünya nezdinde ifade ettiği anlam zamanla değişime uğramıştır. Eski hukuk düzenlerinde velayet, aile reisinin çocuk üzerindeki sınırsız egemenlik hakkını ifade ederken günümüzde çocuğun üstün yararının esas alındığı ve çocuğun korunması amacıyla devlet gözetimi altında, ebeveynlerin bakım

¹³ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.141; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.262; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.222; Usta, **Velayet Hukuku**, s.103; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.180; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**

¹⁴ Ana ile çocuk arasındaki soybağının kurulması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Beşir Acabey, **Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002, s.196-197; Cem Baygın, **Kan Bağına Dayanan Soybağı**, AÜEHFD, C. 6, S. 1-4, Yıl 2002, s.256 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1885975>) Erişim Tarihi: 28.08.2021; Neşe Baran Çelik, **“Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması”**, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 31; İlgili Yargıtay Kararı için bkz: 2. HD, 17.07.2002 T. 2002/8723 Es. 2002/9571 K. (Nurten Yetik, **“Nüfus Velayet Vesayet Nafaka”**, Bilge Yayınevi, Ankara 2007, s.173)

¹⁵ Baygın, **Kan Bağına Dayanan Soybağı**, s.256; Acabey, **Soybağı Kurulması**, s.197 vd.; Baran Çelik, **Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması**, s.31

¹⁶ Baygın, **Kan Bağına Dayanan Soybağı**, s.258; Acabey, **Soybağı Kurulması**, s.108-111; Baba ile çocuk arasındaki soybağı, sayılanlar dışında istisnai olarak kanun koyucu tarafından çıkartılan af kanunları yoluyla da kurulabilir. Öğretide bu husus “idari yol” olarak ifade edilmektedir. Baran Çelik, **Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması**, s.32

¹⁷ “...Çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla kurulur. Baba ile aradaki soybağı ise babanın anayla evlenmesi, tanıma veya hâkim kararı ile gerçekleşir. Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içerisinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu soybağının karinesidir. Koca soybağının reddi davasını açarak karinenin aksini ispat edebilir. Çocukta bu dava hakkına haizdir.” İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 24.06.2003 T. 2003/7028 Es. 2003/9443 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.173)

¹⁸ Baygın, **Kan Bağına Dayanan Soybağı**, s.258; Acabey, **Soybağı Kurulması**, s.108-111; Baba ile çocuk arasındaki soybağı, sayılanlar dışında istisnai olarak kanun koyucu tarafından çıkartılan af kanunları yoluyla da kurulabilir. Öğretide bu husus “idari yol” olarak ifade edilmektedir. Baran Çelik, **Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması**, s.32

yükümüne dönüşmüştür¹⁹. Bu dönüşümün nedeni, insan hakları ve bu kapsamda gelişen çocuk hakları alanında yaşanan gelişmeler sonucunda, çocuğun bir hak sujesi olarak kabul edilmesidir²⁰. Çocuğun bir hak sujesi olarak kabul edilmesinin sonucu olarak velayetin hukuki niteliği sorgulanmaya başlanmıştır²¹.

1.1.2. Velayetin Hakkının Tarihsel Süreci

Toplumda yaşanan sosyal ve ekonomik gelişmeler ve buna bağlı olarak toplumun en küçük yapı taşı olan aile kavramındaki değişimler, velayet hakkının önemli tarihsel devinimler geçirmesini sağlamıştır. Velayet hakkının, kadının iş hayatına girmesi, çocuğun hak sujesi olarak kabul edilmesi gibi pek çok önemli nedenle tarihsel süreçteki değişimi, terminolojideki yerini de etkilemiştir. Günümüz hukuk sistemlerindeki velayet kavramının daha iyi anlaşılması bakımından, aşağıda velayet hakkının tarihsel süreci ve bu süreçteki değişimi incelenecektir.

1.1.2.1. İslam Hukukunda Velayet

İslamiyet öncesi Türk topluluklarının yazıyla geç tanışmaları nedeniyle, hukuk sistemleri örf ve adetlerden oluşmaktaydı. Bu dönemdeki Türk topluluklarında, ataerkil bir yapı söz konusudur²². Bahse konu ataerkil yapı gereğince, baba çocuk üzerindeki velayet hakkına sahipti; ancak babanın savaş gibi çocuktan uzak olduğu dönemlerde, ana velayet hakkına sahip olabiliyordu²³. Kısacası ana, velayet hakkının kullanımı noktasında babadan sonra yetkili kişi olarak kabul ediliyordu.

İslam hukukunda velayet ise, çocuğun terbiyesini, gözetimini ve bakımını sağlayan bir üst kavramdır²⁴. Kural olarak babaya ait olan velayet hakkı²⁵, çocuğun

¹⁹ Usta, **Velayet Hukuku**, s.21; Baktır Çetiner, **Velâyet Hukuku**, s.27 vd.; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.81

²⁰ Baygın, **Kan Bağına Dayanan Soybağı**, s.280; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.81; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.151; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159

²¹ Zeynep Ayza Gülgösteren, “**Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet**” Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Yıl 2017, s.158; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.48-49-91; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159

²² Serdar, **Birlikte Velayet**, s.156; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.25; Baktır Çetiner, **Velâyet Hukuku**, s.26

²³ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.156; Usta, **Velayet Hukuku**, s.29; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.22; Baktır Çetiner, **Velâyet Hukuku**, s.27

²⁴ İrem Karakoç, “**Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku’nda Uygulanışının İzmir Şer’iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği**”

ruhen ve bedenen sağlıklı bir şekilde yetiştirilmesi, malvarlığının korunması ve şahıs varlığına ilişkin hakların kullanılması bakımından üç tür olarak değerlendirilmektedir²⁶.

Çocuğun ruhen ve bedenen sağlıklı bir şekilde yetiştirilmesi, İslam hukukunda hidane olarak ifade edilmektedir²⁷. Hidane asıl olarak, velayetin bir türüdür ve aralarında yakın bir bağ bulunmaktadır²⁸. Çocuğun terbiyesi, bakımı ve gözetiminden eşler birlikte sorumlu olduğundan velayet ile hidane arasındaki fark, evlilik birliği içerisinde belirgin değildir²⁹. Ancak evlilik birliğinin sona erdiği durumlarda velayet hakkı ve hidane hakkı arasındaki belirgin fark ortaya çıkacaktır. Kural olarak çocuğun velayet hakkı babaya, hidane hakkı ise anaya verilir³⁰.

Tarafların boşanması durumunda erkek çocuklarında 7 yaşına kadar, kız çocukları ise ergenlik çağına kadar hidane hakkı anaya aittir³¹. Ananın başka biriyle evli olması, hayatta olmaması veya hidane hakkını kullanabilmesi için yeterli şartları taşıması durumunda hidane hakkı, anneanneye aittir³². Anneannenin de hayatta olmaması durumunda hidane hakkına babaanne, varsa çocuğun kız kardeşi, teyzesi veya halası sahip olur³³. Bu kişilerin hiçbirinin olmaması durumunda ise hidane hakkı, babaya verilir³⁴.

Üzerinden İncelenmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, Yıl 2015, s.196; Özge Bölükbaşı, **"Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi"**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2020, s.28; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.89

²⁵ Burak Huysal, **"Devletler Özel Hukukunda Velayet"**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s.11; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.89; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.25; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.27; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.157

²⁶ Karakoç, **Hidane Hakkı**, s.197; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.89; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.25; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.28

²⁷ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.28; Karakoç, **Hidane Hakkı**, s.196; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.89; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.25

²⁸ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.25; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.29; Karakoç, **Hidane Hakkı**, s.196; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.89

²⁹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.89; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.28; Karakoç, **Hidane Hakkı**, s.98

³⁰ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.89; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.25; Karakoç, **Hidane Hakkı**, s.198; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.28

³¹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.90; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.26; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.28; Karakoç, **Hidane Hakkı**, s.208 vd.

³² Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.30; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.90; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.25; Karakoç, **Hidane Hakkı**, s.208 vd.

³³ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.90; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.25-26; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.30; Karakoç, **Hidane Hakkı**, s.208 vd.

³⁴ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.30; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.90; Karakoç, **Hidane Hakkı**, s.208 vd.

Ananın sahip olduğu hidane hakkı, çocuğun şahsı ve malvarlığıyla ilgili hususları kapsamayıp bu konuları kapsayan velayet hakkına, baba sahip olurdu³⁵. Babanın olmaması durumunda ise velayet hakkı, çocuğun dedesi, amcası gibi akrabalarına aittir³⁶.

1.1.2.2. Roma Hukukunda Velayet

Roma hukukunda aile yapısı, kan hısımlığı esasına göre değil; patria potestas³⁷ olarak ifade edilen aile babasının egemenliği esasına dayanmaktaydı³⁸. Patria potestas, aile babasına ailede yaşayan tüm üyeler üzerinde sınırsız bir egemenlik hakkı tanımaktaydı³⁹. Ailede bulunan çocuklar, eşler ve köleler, aile babasının mutlak hakimiyeti altına girmektedir⁴⁰.

Aile babası, mutlak hakimiyeti altında bulunan çocukların şahsı ve malvarlığıyla ilgili oldukça kapsamlı yetkilere sahipti⁴¹. Öyle ki söz konusu yetkiler, çocuğu başkasına satmayı ve hatta öldürmeyi dahi kapsıyordu⁴². Aile babası, bu sınırsız ve mutlak yetkilerini kullanırken kimseye karşı sorumlu olmaz; yalnızca tanrıya ve vicdanına karşı sorumlu olmaktadır⁴³.

Velayet hakkı kapsamında çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi, babanın görevi olarak sayılmakta ve evliliğin sona erdiği durumlarda çocuklar, babanın sınırsız ve

³⁵ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.30; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.90; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.25

³⁶ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.30; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.90

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Seldağ Güneş Ceylan, “**Roma Hukukundan Günümüze Velayet Vesayet Hukuku**”, Ankara 2004, s.32 vd.; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.82 vd.; Baktır Çetiner, **Velâyet Hukuku**, s.26; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.23

³⁸ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.82; Güneş Ceylan, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet**, s.34

³⁹ Mehmet Üçer, “**Roma Hukuku**”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.184; Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, “**Roma Hukuku Dersleri**”, Der Yayınları, İstanbul 2014, s.156; Güneş Ceylan, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet**, s.42; Usta, **Velayet Hukuku**, s.37; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.23; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.25; Serdar, **Birlikte Velayet** s.155; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.23

⁴⁰ Güneş Ceylan, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet**, s.34; Usta, **Velayet Hukuku**, s.37; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.192; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.23

⁴¹ Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.25; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.156; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 84; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.23

⁴² Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, s.157; Üçer, **Roma Hukuku**, s. 184; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.25; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.156; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 84; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s. 192; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.23

⁴³ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 84; Usta, **Velayet Hukuku**, s.39; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.24; Güneş Ceylan, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet**, s.37

mutlak egemenliği altında kalmaya devam ederdi⁴⁴. Ancak İmparator Iustinianus döneminde, ebeveynlerin boşanması babanın kusurundan kaynaklanmış ve babanın çocuklara yönelik olumsuz davranışları mevcutsa, bu halde çocuklar ananın himayesi altına bırakılırdı⁴⁵.

1.1.2.3. Cermen Hukukunda Velayet

Roma hukukuna benzer şekilde Cermen hukukunda velayet hakkı, babaya aittir⁴⁶. Munt olarak ifade edilen bu kavram, babanın aile üzerindeki hakimiyeti anlamına gelmektedir⁴⁷.

Munt kavramını patria potestas kavramından ayıran en belirgin özellik, çocuğun erginlik yaşına gelmemiş olsa dahi kendisini sürdürebilecek duruma gelerek evden ayrılması durumunda babanın çocuk üzerindeki egemenlik hakkının sona ermesidir⁴⁸. Zira Roma hukukunda patria potestas olarak ifade edilen babanın mutlak ve sınırsız egemenliği, çocuğun yaşamı boyunca devam ederdi⁴⁹.

Munt, babaya çocuk üzerinde sınırsız tasarrufta bulunma yetkisi verirken aynı zamanda babaya çocuğu üçüncü kişiler nezdinde temsil etmek ve çocuğun malvarlığını yönetmek gibi önemli sorumluluklar yüklemekteydi⁵⁰. Esas olarak

⁴⁴ İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.192; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 82; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.25; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.23; Güneş Ceylan, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet**, s.38

⁴⁵ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 86; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 25; Toplumun özgür ve köle olarak belirli statülere ayıran Hititlerde ise, velayete ilişkin daha farklı bir yaklaşım söz konusudur. Buna göre hem ananın hem babanın köle olması, babanın özgür ananın köle olması veya babanın köle ananın özgür olması durumlarında baba, çocuklarından birinin velayetini anaya verir; diğerlerinin tümünün velayetini kendisi alırdı. Murat Orhun, **“Hitit Aile Hukuku ve Eski Hukuk Dönemi Roma Aile Hukuku”**, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 5, Yıl 2010, s. 42

⁴⁶ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.87; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.156; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s. 25; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.24-25

⁴⁷ Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.25; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.25; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.87; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.156; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.25

⁴⁸ Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velayet**, s.11; Usta, **Velayet Hukuku**, s.42; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.156

⁴⁹ Usta, **Velayet Hukuku**, s.42; Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velayet**, s.11; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.25; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.156; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.87

⁵⁰ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.87; Usta, **Velayet Hukuku**, s. 42; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.25; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.156

çocuğun yararı için babaya tanınmış olan munt, ayrıca içerisinde çocuğu koruma kayırma anlamlarını barındırmaktadır⁵¹.

Cermen hukukunda, babanın ölümünün ardından ana velayet hakkına sahip olabiliyordu⁵². Zira, Roma hukukunda olduğu gibi ana ve babanın, evlilik birliği içerisinde veya evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda velayet hakkının birlikte kullanması söz konusu değildi⁵³.

1.1.3. Velayet Kavramının Süreç İçerisindeki Değişimi

Tarihsel süreç içerisinde yaşanan olaylar, başta toplum yapısı olmak üzere birçok alanda köklü değişikliklere neden olmuş; bahse konu köklü değişiklikler, aile yapısını doğrudan etkilemiştir. Bu durum özellikle kadının iş hayatına girmesi⁵⁴, buna bağlı olarak aile içerisinde babayla eşit temsiliyetinin sağlanması ve yine çocuğun bir hak sujesi olarak kabul edilmesiyle kendini göstermiştir⁵⁵.

Toplumu gerek siyasi gerek ekonomik anlamda önemli ölçüde etkileyen Sanayi İnkılabı ve Fransız Devrimi sonrasında yaşanan tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş süreciyle birlikte, babanın otoritesi altında bulunan büyük ve güçlü aile yapısı, giderek ananın da söz sahibi olduğu; ana, baba ve çocuktan oluşan çekirdek bir aile yapısına dönüşmüştür⁵⁶. Ancak bu dönemde, her ne kadar ananın ve babanın çocuk üzerinde söz sahibi olduğu kabul görse de ana ve baba arasında bir eşitlik durumu söz konusu değildi⁵⁷. Zira babanın oyu üstün sayılırdı⁵⁸.

⁵¹ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.156; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.193

⁵² Usta, **Velayet Hukuku** s.42, Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku** s.26; Serdar, **Birlikte Velayet**, s. 156; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.87

⁵³ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.155; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.26; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.86

⁵⁴ Usta, **Velayet Hukuku**, s.48; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.157; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159

⁵⁵ Baygın, **Kan Bağına Dayanan Soybağı**, s.280; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s. 94; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.81; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.158; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159

⁵⁶ İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.194; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s. 159; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.157;

⁵⁷ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.157; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.194

⁵⁸ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.157

Zamanla insan hakları ve ona paralel olarak gelişen çocuk haklarının etkisiyle çocuk, bir hak sujesi olarak tanındı⁵⁹. I. Dünya Savaşı sonrası, çocuk ticaretinin önlenmesi amacıyla Cenevre’de ilk kez bir uluslararası konferans düzenlenmiş ve bu konferans sonucunda yayımlanan 1924 yılında yayınlanan Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi ile I. Dünya Savaşı’nın sonucunda çocuk üzerinde oluşan olumsuzlukları bertaraf edilmesi ve çocuğun korunması amaçlanmıştır⁶⁰. Söz konusu bildirgeyi, çocuk hakları alanında önemli bir yere sahip olan 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi⁶¹ takip etmiştir.

Velayet hakkının süreç içerisindeki değişiminin tek nedenini, çocuk hakları alanında yaşanan gelişmeler ile sınırlamak doğru bir yaklaşım olmayacaktır⁶². Zira velayet, insan hakları ve kadın hakları alanında yaşanan gelişmeler ve yine toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin görüşler ile doğrudan ilgili olduğundan, bu alanlarda yaşanan köklü değişim hareketlerinden önemli ölçüde etkilenmiştir⁶³.

1970’li yıllarda feminizmin etkisiyle kadının toplumda birey olarak kabul edilmesi ve iş hayatında aktif rol almasıyla birlikte, ana ve babanın aile içerisindeki kalıplaşmış rolleri değişmeye başladı⁶⁴. Ana, ev işleri ve çocuk bakımını üstlenen kişiden sıyrılıp çalışarak topluma karışan ve aynı zamanda babayla birlikte çocuğuyla ilgilenen bireye dönüştü. Bunun sonucu olarak ananın, en az baba kadar çocuk üzerinde söz sahibi olması gerektiği⁶⁵ ve babanın da anayla birlikte çocuğun bakımından ve yetiştirilmesinden sorumlu olduğu kabul edildi⁶⁶. Devletlerin hukuk sistemlerinde, evlilik birliği içerisinde ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olduğuna ilişkin düzenlemeler getirildi. Öyle ki günümüz yabancı hukuk

⁵⁹ Baygın, **Kan Bağına Dayanan Soybağı**, s.280; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.194; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.81; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.158; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159

⁶⁰ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.43; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.158; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.42-43; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.194

⁶¹ Sözleşme’nin metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>) Erişim Tarihi: 28.08.2021

⁶² Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.81; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.158; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159; Usta, **Velayet Hukuku** s.9

⁶³ Usta, **Velayet Hukuku** s. 9; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.81; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.158; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159

⁶⁴ Usta, **Velayet Hukuku**, s. 48; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.157; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159

⁶⁵ Serdar, **Birlikte Velayet**, s. 57; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.193

⁶⁶ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.194

sistemlerinde, yalnızca evlilik birliği içerisinde değil; evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda veya evlilik dışı birlikteliklerde dahi çocuğun, ana ve babanın birlikte velayetinde kalması gerektiğine ilişkin kanuni düzenlemeler mevcuttur⁶⁷.

Babanın otoritesinde bulunan velayet hakkının, ana ve babanın çocuk üzerindeki ortaklaşa bakım yükümüne dönüşmesine ilişkin süreç, velayetin hukuki niteliğini ve terminolojisini etkilemiştir. Zira birçok yabancı devlet hukukunda, otorite ve bağımlılık anlamını akla getiren “*velayet*” veya “*birlikte velayet*” kavramı yerine, “*ebeveyn bakımı*” ya da “*ebeveyn sorumluluğu*”⁶⁸ gibi kavramlar tercih edilmektedir⁶⁹. İsviçre ve Almanya’da, otorite ve bağımlılık anlamlarına gelen “*elterliche Gewalt*” kavramı terk edilerek yerine bakma, kollama ve gözetme anlamlarına gelen “*elterliche Sorge*” kavramı benimsenmiştir⁷⁰. Yine Fransa’da patria potestas’ı karşılayan ve yalnızca babanın velayet hakkına sahip olduğu anlamına gelen “*puissance paternelle*” kavramı yerine “*autorite parentale*” kavramı tercih edilmiştir⁷¹. Bu kavram kelime anlamı olarak her ne kadar ebeveyn otoritesi anlamına gelse de Fransa’da koruma, kollama ve bakma anlamlarını ifade etmektedir⁷².

Bunların yanı sıra İngiltere ve İtalya’da ebeveyn sorumluluğu anlamlarına gelen “*parental responsibility*” ve “*responsabilita genitoaile*” kavramları kullanılmaktadır⁷³. Avustralya’da ise, Aile hukuku yasasında (Family Law Act)

⁶⁷ İsviçre, Almanya, Avusturya gibi ülkelerde, boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkide, müşterek çocuğun ana ve babasının birlikte velayeti altında kalmasına imkân sağlayan yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.159 vd.

⁶⁸ Ebeveyn sorumluluğu, ana ve babanın müşterek çocukları üzerinde eşit hak ve yükümlülükler sahip olmasını müşterek çocuklar bakımından ise hem ana hem de babasıyla eşit sürede vakit geçirmesini ve onlardan yeterince ilgi görmesi anlamına gelmektedir. Edward Kruk, “**Shared Parental Responsibility: A Harm Reduction-Based Approach to Divorce Law Reform**”, Journal of Divorce & Remarriage, Vol.43: 3-4, s.121 (<https://equalitycanada.com/wp-content/uploads/2015/11/Shared-Parental-Responsibility-A-Harm-Reduction-Based-Approach-to-Divorce-Law-Reform-Edward-Kruk.pdf>) Erişim Tarihi: 01.09.2021

⁶⁹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.95; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 10-11; Usta, **Velayet Hukuku**, s. 25; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku** s.26 vd.

⁷⁰ Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velayet**, s.12; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.95, Usta, **Velayet Hukuku**, s.25; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.10-11; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.222

⁷¹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 95; Usta, **Velayet Hukuku**, s.25

⁷² Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.11; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 95; Usta, **Velayet Hukuku**, s.25

⁷³ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.12; Usta, **Velayet Hukuku**, s.25; Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velayet**, s.12; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.222

yapılan bir değişiklikle⁷⁴ birlikte velayet, “eşit paylaşılan ebeveyn sorumluluğu” anlamına gelen “equal shared parental responsibility” başlığı ile kanunda ifade edilmiştir⁷⁵.

Türk medeni hukuku kapsamında kullanılan “velayet” kavramı, bir kişi üzerinde otorite ve hakimiyet kurma şeklinde anlaşılmaktadır⁷⁶. Dolayısıyla velayet, yüküm-hak⁷⁷ şeklinde anlaşılması gereken yaklaşımdan uzak, ataerkil bir kavram olarak anlaşılıyor olması nedeniyle öğretilde eleştirilmektedir⁷⁸. Kanaatimizce, velayet kavramının, gerek mehzaz kanunumuz olan İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan tanımlamalar, gerekse Türkiye’nin taraf olduğu önemli uluslararası sözleşmelerde yer alan çağrışımlar göz önünde bulundurularak, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda ebeveynler için yüküm-hak anlamına gelen yeni bir kavram olarak yerini alması gerekir.

1.2. Velayet Hakkının Hukuki Niteliği

Tarihsel süreç içerisinde velayet, babanın çocuk üzerindeki egemenlik hakkını ve kurmuş olduğu otoritesini barındıran bir hak iken, zamanla ana ve babanın çocuğa karşı yükümlülüklerini, sorumluluklarını da kapsayan bütünsel bir yüküm-hakka⁷⁹ dönüşmüştür. Daha önce eşya üzerinde kurulan hak ile arasında paralellik kurulan ve tıpkı malikin eşya üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisi gibi çocuk üzerinde sınırsız bir egemenlik⁸⁰ tanıyan velayet hakkı, daha sonra çocuğun üstün yararını önceleyen kamu düzenine⁸¹ ilişkin bir hakka dönüşmüştür. Zira, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkiler toplum açısından önem arz eder. Dolayısıyla

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Müge Kiremitçi, “Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı” Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 2014, s.15

⁷⁵ Kiremitçi, *Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı*, s.15; Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s.13

⁷⁶ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s.250; Erlüle, *Boşanmada Birlikte Velayet*, s.97

⁷⁷ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s.250; Öztan, *Aile Hukuku*, s.1076; Baygın, *Soybağı Hukuku*, s.271; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s.222

⁷⁸ Erlüle, *Boşanmada Birlikte Velayet*, s. 97; Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 250; Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s.13

⁷⁹ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s.250; Öztan, *Aile Hukuku*, s.1076; Baygın, *Soybağı Hukuku*, s.271; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s.222

⁸⁰ Serdar, *Birlikte Velayet*, s.157; Serozan, *Çocuk Hukuku*, s.251; İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s.192

⁸¹ “...Velayetin düzenlenmesi ve değiştirilmesi kamu düzenine ilişkin olup, tarafların kabulleri hâkimi bağlamaz. Taraflardan delilleri sorulup, gösterdikleri takdirde toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 27.10.1994 T. 1994/9206 Es. 1994/10227 K. (Yetik, *Nüfus Velayet Vesayet Nafaka*, s.231)

çocuğun, zihinsel, bedensel, duygusal ve sosyal bakımdan sağlıklı bir şekilde yetiştirilmesinde, ana ve babanın çocuğa karşı olan görevlerini yerine getirip getirmediği hukuk sistemlerinde denetlenmekte ve bu kapsamda emredici hükümler koyulmaktadır⁸².

Türk hukuku kapsamında yapılan değerlendirmelerde velayetin, çocuk veya istisnai hallerde kısıtlanmış ergin çocuğun yararına kullanmaları amacıyla ana ve babaya tanınan hak ve yükümlülükler olduğu ifade edilmektedir⁸³. Bu iç içe geçmiş hak ve yükümlülükler, birbirinden ayrı düşünülemez⁸⁴. Ana ve baba, bu hak ve yükümlülükleri kendi aralarında böleştüremezler. Zira velayet gerek zamansal olarak gerekse görevsel olarak taksim edilemez bütün bir haktır⁸⁵. Nitekim 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 336/1. maddesi gereğince, velayet hakkı evlilik birliği içerisinde ana ve baba tarafından hak ve yetki bölüşümü olmaksızın birlikte kullanılmaktadır.

Velayet, kanundan doğan ve yalnızca ana babaya tanınan şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır⁸⁶. Dolayısıyla velayet kapsamında ana ve babanın sahip olduğu hak ve yetkiler, üçüncü kişilere devredilemez⁸⁷, mirasçılara intikal edemez ve bahse konu hak ve yetkilerden feragat edilemez⁸⁸. Velayet altında bulunan çocuğun, ebeveynleri tarafından belli bir süreyle bakıcıya veya bir eğitim kuruma

⁸² Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.225; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.326; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1088; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.25

⁸³ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.250; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1074; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.94; Usta, **Velayet Hukuku** s.25

⁸⁴ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.250

⁸⁵ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.225; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.47; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.34

⁸⁶ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1078; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.180; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.43; Usta, **Velayet Hukuku** s.103; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.500; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 254; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.23

⁸⁷ "...Taraflar, anlaşmalı olarak boşanmışlar, boşanma kararı ile müşterek çocuğun velayeti, tarafların anlaşmalarına uygun olarak davalıya bırakılmış, karar 09.07.2012 tarihinde kesinleşmiştir. Bu dava ise 06.02.2014 tarihinde açılmıştır. Çocuk 30.08.2009 doğumludur. Velayet kendisine bırakılan davalı (baba)'nın bu görev ve sorumluluğunu yerine getirmediği, çocuğun yaklaşık iki yıldır davacı (anne) ve annesinin tarafından bakıldığı, bu süre içinde dahi çocuğun bakım masraflarının ve diğer giderlerinin davacı (anne) tarafından karşılandığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Velayet görev ve sorumluluğu, bir başkasına bırakılamaz ve devredilemez. Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde bir sebep ve delil de bulunmamaktadır. Bu durumda, davanın kabulü ile velayetin davalıdan alınarak davacıya verilmesi gerekirken, bu husus nazara alınmadan yetersiz gerekçe ile isteğin reddi doğru bulunmamıştır." İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 21.04.2015 T. 2015/1320 Es. 2015/8109 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 09.06.2022

⁸⁸ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1078; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.252; Usta, **Velayet Hukuku**, s.27; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.160; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.28

bırakılmasını, velayetin devredilmesi veya velayetten vazgeçilmesi şeklinde anlaşılmasını gerekir⁸⁹. Zira söz konusu hallerde, çocuğun korunmasına yönelik birtakım görev ve sorumluluklar, ilgili kişi ve kurumlarla yalnızca belirli bir süreyle paylaşılmaktadır⁹⁰. Bu durumu velayet hakkının devredilmesi şeklinde yorumlamamak kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

Türk hukukunda erginlik yaşı sayılan on sekiz yaş, velayet hakkının da sona erdiği yaş olarak kabul edilmektedir. Daha net bir ifadeyle velayet hakkı, süreye⁹¹ bağlı bir hak olup çocuğun on sekiz yaşını doldurmasıyla hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Erginliğin evlenme veya mahkeme kararıyla kazanılması halinde yine ana ve babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı sona ermektedir⁹².

Velayet hakkı kapsamında ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yetkileri mutlak ve sınırsız olmayıp buradaki sınırı çocuğun üstün yararı belirlemektedir⁹³. Ana ve babanın veya hâkimin yapacağı sınırlamaların ölçütünü, her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi neticesinde belirlenen bir sınırlama nedeninin varlığı ve alınacak önlemin son çare olup olmadığına tespiti belirlemektedir⁹⁴. Serozan'a göre ölçülülük, müdahaleyi haklı kılabilecek nedenlerin ağırlığı ile müdahalenin ağırlığı arasındaki uyum ve dengedir⁹⁵. Örneğin çocuğa ait cep telefonundaki mesajların okunabilmesi, çocuğa zarar verecek arkadaşlar ile görüşmenin engellenebilmesi ve hatta gerekirse kapının kilitlenerek çocuğun evde kalmasının sağlanması gibi hususlar, ölçülülük ilkesine göre makul veya fazla olarak değerlendirilebilir⁹⁶.

Çocuğun yararının tehlikeye düşeceği hallerde hâkim, çocuğun korunması amacıyla gerekli önlemleri alır⁹⁷. Ana ve babanın velayetin kullanımı noktasında

⁸⁹ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.160; İlay Çatalbaş, “**Türk Medeni Kanunu’nda Velayet ve Ortak Velayet Kavramı**”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2020, s. 26

⁹⁰ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.160; Çatalbaş, **Ortak Velayet Kavramı**, s.26

⁹¹ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.224; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.43; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1078; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.250; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.32

⁹² Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.43; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.409

⁹³ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.166; Öztan, **Aile Hukuku**, s. 1109; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 253

⁹⁴ Bozkurt, **Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri**, s.95

⁹⁵ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.262

⁹⁶ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.262-263

⁹⁷ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.166; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.225; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.435; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1135

hâkime başvurması, kendilerinin çocuğa yönelik tehlikeyi önleyememiş olması halinde mümkündür⁹⁸. Hâkim, ölçülülük ilkesi kapsamında, çocuğun üstün yararını gözeterek gerekli tedbirleri almalı ve uygulamalıdır.

1.3. Velayet Hakkının Kapsamı

Velayetin içinde bulundurduğu hak ve yükümlülükler, oldukça geniş bir yelpaze içerisinde bulunmaktadır. Zira bu hak ve yükümlülükler ile çocuğun üstün yararı kapsamında hem şahıs varlığının hem de malvarlığının korunması amaçlanmıştır. Velayetten doğan hak ve yükümlülüklerin, belirli sınırlar içerisinde yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin yapılan değerlendirmeler neticesinde, aşağıda velayet hakkının çocuğun şahıs varlığı ve malvarlığı üzerindeki kapsamı üzerinde durulacaktır.

1.3.1. Velayetin Çocuğun Şahıs Varlığı Üzerindeki Kapsamı

1.3.1.1. Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi

Velayet hakkı kapsamında, ana ve babaya düşen en önemli yükümlülüklerin başında, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi gelmektedir. Zira ana ve baba, çocuğun üstün yararını gözeterek imkanları ölçüsünde, onu hayata hazırlamakla yükümlüdürler⁹⁹. Çocuğun aile içinde ebeveynlerinden gördüğü sevgi ve saygı, çocuğun kişiliğini oluşturmada etkili olacak ve özgüvenini artırarak bağımsız bir birey olmasını sağlayacaktır¹⁰⁰.

TMK'nın 339/1. maddesi uyarınca, velayet hakkına sahip ana ve baba, çocuğun bakımına ve eğitime ilişkin kararları çocuğun yararını gözeterek alırlar. Velayetin tek başına ana veya babadan birine ait olması durumunda, çocuğun bakımına ve eğitime ilişkin karar alma yetkisi, velayete sahip ana veya babaya aittir¹⁰¹.

⁹⁸ Çatalbaş, **Ortak Velayet Kavramı**, s.48; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.267

⁹⁹ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.412; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.239; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.354

¹⁰⁰ Gülgösteren, **Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet**, s.159; Ahmet Kılıçoğlu, **"Aile Hukuku"**, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s.503; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.285;

¹⁰¹ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.285; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.13

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Çocuk Sözleşmesi'nin 18. maddesinde, çocuğun yetiştirilmesinde ve geliştirilmesinde, ebeveynlerin birlikte sorumluluk alması gerektiği ifade edilmiştir. Yine benzer şekilde Sözleşme'nin 31. maddesinde, ebeveynlerin çocuğa barınma, beslenme, dinlenme, oyun oynama, sanatsal ve kültürel yaşama katılmasına imkân sağlaması gerektiği belirtilmiştir.

1.3.1.2. Çocuğun İsmi Belirleme Hakkı

TMK'nın "Velayetin Kapsamı" başlığı altında yer alan 339/5. maddesinde, çocuğun adını ana ve babasının koyacağı hüküm altına alınmıştır. Burada çocuğun evlilik birliği içerisinde veya evlilik birliği dışında doğmuş olması bir noktada önem arz eder. Zira, evlilik birliği içerisinde doğan çocuğa ad koyma hakkı, velayete birlikte sahip olan ana ve babaya aittir¹⁰². Evlilik dışı ilişkilerde ise velayet tek başına anaya ait olacağından çocuğa ad koyma hakkının da anaya ait olacağı kabul edilmelidir¹⁰³.

¹⁰² "...Çocuğun adını ana ve babası koyar (TMK m. 339/5). Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır (TMK m. 195). Doğum bildirimi; veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması hâlinde çocuğun büyükanne, büyükbaba veya ergin kardeşleri, ya da çocuğu yanında bulunduranlar tarafından yapılır. (5490 S.k m. 15/5).Mahkemenin gerekçesine esas aldığı Nüfus Hizmetleri Kanununda çocuğun adının konulmasına ilişkin bir düzenleme olmayıp, Kanunun 15/5. maddesinde doğum olayının bildirilmesi düzenlenmektedir. Yasal gerekçesi yukarıda belirtildiği üzere; çocuğu diğer kişilerden ayıran onun kişi olarak ifade edilmesini sağlayan, aynı ailedeki kişileri birbirinden ayırt etmeye yarayan bir kavram olan çocuğun adını ana ve babası birlikte koyarlar. Ancak, ana ve babanın, velayet hakkının kapsamı içerisinde yer alan çocuğun adı konusunda anlaşmazlığa düşmeleri halinde, ana ve baba ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. O halde; mahkemece tarafların gösterdikleri deliller usulüne uygun şekilde toplanıp taleple ilgili olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesinde gösterilen usul çerçevesinde bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir..." İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD. 04.12.2017 T. 2016/26017 Es. 2017/14036 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-8979#>) Erişim Tarihi: 22.10.2021
Bahar Öcal Apaydın, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Yıl 2015, s.428; Akıntürk/Ateş, s. 411; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s. 343; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.280; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.298; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s. 189; Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, s.581; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.247; Öğretide çocuğa ad koyma hakkının, yalnızca velayet kapsamında değerlendirilmemesini ve bu nedenle, velayet hakkı kendisinden alınmış olan ana ve babaya dahi, çocuğa ad koyma hakkının verilmesi gerektiğine ilişkin görüşler için bkz: Öztan, **Aile Hukuku**, s.1111

¹⁰³ Aysu Özcan, "Boşanan Ana ve Babanın Birlikte Velayet Hakkı" Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu (s.215-227), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021; Benzer görüş için bkz: Gülgösteren, **Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet**, s.162; Öcal Apaydın, **Kadının Soyadı Meselesi**, s.428

Ana ve baba çocuğa ad koyma hakkını, kötüye kullanmamaları gerekir. Dolayısıyla çocuğa konulacak ismin, gülünç, küçük düşürücü veya rencide edici olmamasına dikkat edilmelidir¹⁰⁴.

Evlilik birliği içerisinde, çocuğun isminin belirlenmesi noktasında ana ve baba arasında çıkan uyuşmazlığı, TMK'nın 195/1. maddesi uyarınca, hâkim çözüme ulaştıracaktır¹⁰⁵. Hâkim bu durumda, ana ve babayı uygun isimler konusunda uzlaştırmaya çalıştırır veya uzlaşmanın sağlanamadığı hallerde ana ve babadan birini ad koyması için yetkili kılarak sorunu çözebilir¹⁰⁶. Ancak hâkim, ana ve babanın yerine geçerek çocuğa ad koyamaz¹⁰⁷.

Bu konu başlığı altında değinilmesi gereken bir diğer husus, çocuğun soyadı meselesidir. TMK'nın 321. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, evlilik birliği içerisinde doğan bir çocuk, "aile soyadı" sayılan babanın soyadını¹⁰⁸ alırken evlilik birliği dışında doğan çocuk ise, baba ile soybağı kurulmadığı sürece velayet hakkına sahip ananın¹⁰⁹ soyadını alır¹¹⁰. Çocuk adını velayeti altında bulunduğu ana ve babasının ortak kararıyla alırken, aile soyadını doğduğu andan itibaren kendiliğinden kazanır¹¹¹. Evlilik birliği dışında doğmuş olan çocuğun babasının soyadını alması ancak babanın çocuğu tanıması, mahkeme kararıyla baba olduğuna karar verilmesi veya ana babanın evlenmesiyle; daha net bir ifadeyle çocuk ve babası arasında soybağının kurulmasıyla mümkündür¹¹². Ana ve babanın boşanması durumunda ise,

¹⁰⁴ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.281; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.124

¹⁰⁵ Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.500; Gülgösteren, **Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet**, s.160; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.51; Öztan, **Aile Hukuku**, s. 1111; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.349; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.408; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.55; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.139; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.62

¹⁰⁶ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1111; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.411

¹⁰⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.355; Aksi görüş için bkz: Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.411

¹⁰⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.330; Öcal Apaydın, **Kadının Soyadı Meselesi**, s.450; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.98; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.92

¹⁰⁹ İlgili Yargıtay Kararları için bkz: Yargıtay 2. HD, 09.06.2003 T. 2003/7170 Es. 2003/8481 K.- Yargıtay 2. HD, 24.01.2005 T. 2005/14969 Es. 2005/605 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.172 ve 177)

¹¹⁰ Öcal Apaydın, **Kadının Soyadı Meselesi**, s.450; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.330; TMK'nın "Soyadı" başlıklı 321. maddesinde ana babası evli olmayan çocuğun anasının soyadını alacağına ilişkin ibare, Anayasa'nın 10, 11 ve 41. maddelerine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi'nin 02/07/2009 Tarih, 2005/114 Esas, 2009/105 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Ancak Soyadı Nizamnamesi'nin 15. maddesinde evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların analarının soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir. Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 108; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.122

¹¹¹ Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.506; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.410

¹¹² Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.331; Öcal Apaydın, **Kadının Soyadı Meselesi**, s.450; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.108-109

her ne kadar ananın soyadı değişse de çocuğun soyadı değişmez; zira çocuk ile baba arasında evlilik birliği içerisinde kurulmuş olan bir soybağı mevcuttur.

Tüm bunların yanı sıra, boşanma neticesinde çocuğun velayetinin anaya verildiği hallerde, ananın çocuğa kendi soyadını vermek istemesine ilişkin talepler mevcuttur. AYM konuya ilişkin kararlarında, "...velayet hakkı tevdi edilen ananın çocuğun sahip olduğu aile soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesine ilişkin talebinin, velayet kapsamındaki hak ve yetkilerin kullanımı ile ilgili olması nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir hukuki değer olduğunu, bakım, koruma ve gözetim hakkı veya benzer kavramlarla ifade edilen velayet hakkı çerçevesinde, çocuğun soyadını belirleme hakkının da var olduğunu, eşlerin evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanma halinde de sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından aynı hukuksal konumda olduğunu, erkeklere velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadınlara da tanınmaması gerektiğini, belirterek Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine"¹¹³; söz konusu dosyadaki ihlalin ortadan kaldırılması ve yeniden yargılamasının yapılması amacıyla ilgili mahkemeye tevdi edilmesine karar vermiştir.

Yargıtay ise konuya ilişkin kararlarında haklı sebeplerin varlığını aramakta ve bu haklı sebeplerin mevcut olup olmamasına göre anaların taleplerini kabul¹¹⁴ veya reddetmektedir¹¹⁵.

¹¹³ AYM, aksi durumda velayet hakkının kullanılması açısından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini, çocuğun bir aileye aidiyetinin belirlenmesi maksadıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerinde yer alan kayıtların güvenilirliği ve devamlılığının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir yararının mevcut olması, ananın soyadının çocuğa verilmesi durumunda söz konusu yararın tesisine olumsuz etkilerinin kesin ve net bir şekilde saptanması gerektiğini ve başvurulara konu hukuki uygulamaların ölçülü olduğunun kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir. AYM konuya ilişkin kararları için bkz: 2013/3434 Bireysel Başvuru No, 25.06.2015 Tarih; 2013/9880 Bireysel Başvuru No, 11.11.2015 Tarih; 2014/18226 Bireysel Başvuru No, 20.07.2017 Tarih (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3434?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=858>) Erişim Tarihi: 09.06.2022

¹¹⁴ Yargıtay konuya ilişkin kararlarında, 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'de yer alan ve eşlerin evlilik süresince ve evliliğin sona erdiği hallerde kendileri ve çocuklarıyla ilgili tüm konularda eşit hak ve sorumluluğa sahip olduklarına ilişkin 5. maddesine atıf yapmıştır.

"...Tüm bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, velayet hakkına sahip davacı anne, ortak çocuk henüz iki günlük iken tarafların ayrıldığını, o günden bu yana dahili davalı babanın ortak çocuğu görmediğini, arayıp sormadığını, kendisinin ise yeniden evlenip tekrar anne olduğunu, yeni eşini baba olarak bildiğini, ortak çocuğun okula başlaması ve diğer sosyal ortamlarda bulunması ile kendisinin soyadının ailesinin ve kardeşinin soyadından neden farklı olduğunu sorgulamaya başladığını, çocuğun öz babasını hiç tanımadığını, çocuğa kendi soyadının verilmesinin çocuğun menfaatine olacağını ileri sürmüş, davacı tanıkları da ortak çocuğun bebeklikten bu yana anne yanında

Bu konuda açıklanması gereken bir diğer husus, evlat edinilenin soyadının ne olacağıdır. Kanun koyucu burada evlat edinilenin küçük veya ergin olması durumuna göre bir ayrıma gitmiştir. TMK'nın 314/3. maddesine göre, evlat edinilen küçük ise evlat edinenin soyadını almaktadır. Aynı madde kapsamında evlat edinen dilerse, evlat edinilenin adını dahi değiştirebilmektedir. Ancak evlat edinilen ergin ise, bu durumda kendi isteği doğrultusunda evlat edinenin soyadını alabilir.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 160. maddesinde yapılan ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle, taraflar evlendikten sonra bekarlık soyadlarını muhafaza eder¹¹⁶. Ancak nişanlılar, kendi aralarında anlaşarak içlerinden birinin bekarlık soyadının "aile soyadı" olarak kullanmak istediklerini nüfus müdürlüğüne bildirebilirler¹¹⁷. Anlaşılacağı üzere, belirlenecek olan aile soyadı, kadının soyadı

olup dahili davalı babanın çocuğu arayıp sormadığını beyan etmişler, dahili davalı baba da cevap dilekçesinde küçüğün aile ortamının ve psikolojisinin daha fazla bozulmaması için şimdilik rızai ve icrai görüşme yoluna başvurmadığını, küçüğün yaşının dolmasını ve aklının kemâle ermesini beklediğini beyan ederek çocukla bir iletişiminin olmadığını kabul etmiştir. Her ne kadar bölge adliye mahkemesince davacı annenin isteği, çocuğun soyadının yeni eşinin soyadı ile değiştirilmesi şeklinde yorumlanmış ise de, gerek dava dilekçesi içeriğinin, gerekse de dosya kapsamındaki nüfus kayıtlarının incelenmesinde davacı annenin kızlık soyadının "SAV" olduğu, 10.05.2016 tarihinde aynı hanenin 37 birey sıra numarasında kayıtlı amcasının oğlu dava dışı ... ile evlendiği, yani kızlık soyadı ile yeni evlendiği eşinin soyadının aynı olduğu, davacı annenin bu ikinci evliliğinden de 2017 doğumlu bir kız çocuğunun bulunduğu anlaşılmakta olup bölge adliye mahkemesinin bu yöne ilişkin gerekçesi açıklanan sebeplerle doğru bulunmamıştır. Hal böyle olunca, çocuğun soyadının annenin kızlık soyadı ile değiştirilmesi halinde, üstün yararı bakımından ruhsal gelişiminin olumsuz etkileneyeceği ispatlanamadığı gibi, aksine çocuğun soyadının annenin kızlık soyadıyla değiştirilmesinde çocuğun üstün yararının bulunduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin benzer olaylarda verdiği hak ihlaline ilişkin kararları da gözetilerek davanın kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir." İlgili Yargıtay kararları için bkz: 2.HD 20.09.2021 T. 2021/4603 Es. 2021/6276 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3887#> Erişim Tarihi: 20.09.2021) 2.HD 16.09.2020 T. 2020/2674 Es. 2020/3825 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3887#> Erişim Tarihi: 20.09.2021)

¹¹⁵ "...Somut olaya gelince; soyadının değiştirilmesi istenen A.'in doğum günü olan 10.01.2003 tarihinde anne ve babası resmen evlidir. Çocuk evlilik içinde doğmuştur ve Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesine göre ailenin diğer bir deyimle babanın soyadını almıştır. Böylece bu çocuk reşit oluncaya kadar veya baba Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesindeki koşulları kanıtlayarak soyadını değiştirmedikçe soyadı değiştirme konusu yasal olarak kapanmıştır. Bu çocuğun anne ve babasının sonradan 17.05.2007 tarihinde boşanmış olması sadece boşanma ve velayet hakkı nedeniyle anneye böyle bir dava açma hakkı bahsetmez. Boşanma ilamı uyarınca babasının çocukla kişisel ilişki tesis etme hakkı bulunması ve bu nedenle anne ve babanın ister istemez karşılaşması dikkate alındığında davacının dilekçesinde ileri sürdüğü iddiaların hukuki bir dayanağı bulunmadığı gibi soyadı değişikliğinin çocuğun evlilik içinde doğmakla kazandığı meşru statüye ve onun menfaatlerine zarar vereceği gerçeği karşısında mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü doğru görülmemiştir." İlgili Yargıtay kararları için bkz: 18. HD 21.03.2013 T. 2012/13301 Es. 2013/4371 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3887#> Erişim Tarihi: 20.09.2021)

18. HD 13.05.2014 T. 2014/3928 Es. 2014/8880 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3887#> Erişim Tarihi: 20.09.2021)

¹¹⁶ Öcal Apaydın, **Kadının Soyadı Meselesi**, s.433

¹¹⁷ Öcal Apaydın, **Kadının Soyadı Meselesi**, s.433

olabileceği gibi erkeğin soyadı da olabilir¹¹⁸. Dolayısıyla evlilik birliği içinde doğan çocuk, ebeveynlerinin ortak soyadı taşıması halinde ortak soyadını; ebeveynlerinin farklı soyadları taşıması durumunda ise ebeveynlerinden birinin soyadını alır¹¹⁹. İsviçre Medeni Kanunu'nda 01.07.2014 tarihinde birlikte velayete ilişkin yapılan değişikliklerle, ana ve babanın medeni hallerinden bağımsız şekilde çocukları üzerinde birlikte velayet hakkına sahip olabilecekleri kuralı benimsenmiş ve birlikte velayetin kurulmasıyla ana babası evli olmayan çocuğun hangi ebeveyninin soyadını kullanacağını, bir yıl içinde nüfus müdürlüğüne bildirilmesi gerektiğine ilişkin yeni düzenlemeler yapılmıştır¹²⁰. Bu bildirim sonradan doğacak olan tüm müşterek çocuklar için bağlayıcı olup çocuğun soyadı, velayet hakkına ilişkin daha sonradan yapılacak değişikliklerden etkilenmeyecektir¹²¹.

1.3.1.3. Çocuğun Yerleşim Yerinin Belirlenmesi

Çocuk, ana ve babasıyla birlikte yaşama hakkına sahiptir¹²². TMK'nın konuya ilişkin 21. maddesi gereğince, çocuğun yerleşim yeri velayeti altında bulunduğu ana ve babasının ortak yerleşim yeridir. Çocuğun velayeti ana veya babadan yalnızca birine bırakılmışsa bu durumda çocuğun yerleşim yeri, velayete sahip olan ebeveynin yerleşim yeridir¹²³. Bunlar dışındaki hallerde, örneğin ana ve babanın ortak bir yerleşim yerinin bulunmaması durumunda, çocuğun oturma yeri aynı zamanda yerleşim yeri sayılacaktır. Velayet hakkının ana babadan alındığı ve

¹¹⁸ Öcal Apaydın, **Kadının Soyadı Meselesi**, s.433

¹¹⁹ Ana ve babasının soyadlarının farklı olması halinde, ana ve baba bekarlık soyadlarından birini müşterek çocuğa vermek üzere anlaşılır, Öcal Apaydın, **Kadının Soyadı Meselesi**, s.434;

¹²⁰ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 107-108; Ana ve babanın evli olmadığı durumlarda, ana ve babanın çocuğun yerleşim yerindeki çocuk koruma merciine bildirimde bulunmalarıyla birlikte velayet kurulur. Ana ve babanın bildirimde bulunmazsa, çocuğun velayeti yalnızca anaya aittir. (İMK m.298/a) Öcal Apaydın, **Kadının Soyadı Meselesi**, s.435; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.654

¹²¹ Öcal Apaydın, **Kadının Soyadı Meselesi**, s.435; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.654

¹²² Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.506; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.236; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.235

¹²³ "... 4721 sayılı TMK'nun 430. maddesinde "Temsil kayımı, kendi ve kayımı atanacak kimsenin yerleşim yeri vesayet makamı tarafından atanır" hükmü; 21. maddesinde "velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri, anne ve babasının, anne ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı anne veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır..." hükmü; 22. maddesinde "Bir öğretim kurumuna devet etmek için bir yerde bulunan ya da eğitim, sağlık, bakım veya ceza kurumuna konulma, yeni yerleşim yeri edinme sonucunu doğurmaz" hükmü yer almaktadır." İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 24.06.2019 T. 2019/2074 Es. 2019/4378 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 08.06.2022

çocuğun vesayet altında bulunduğu hallerde TMK'nın 21/3. maddesi gereğince vesayet makamının bulunduğu yer, çocuğun yerleşim yeri olarak kabul edilecektir¹²⁴.

Eğitim veya iş gibi nedenlerle henüz erginlik yaşına ulaşmamış çocuğun, ana ve babasından ayrı bir yerde yaşaması söz konusu olabilir. Ancak TMK'nın 339/4. maddesi uyarınca, ana ve babasının izni olmaksızın çocuk evi terk edemez¹²⁵. Ana ve baba tarafından konuya ilişkin rıza gösterildiği takdirde, çocuğun yerleşim yeri kendi seçtiği ve yaşadığı yerdir¹²⁶.

1.3.1.4. Çocuğun Dini ve Mesleki Eğitiminin Sağlanması

Çocuğun yetiştirilme tarzı ve almış olduğu eğitim, bilinçli bir şekilde toplumda var olmasını ve geleceğe hazırlanmasını sağlar¹²⁷. Velayeti altında bulunan çocukların eğitimi, ana ve babanın görevleri arasındadır¹²⁸.

TMK'nın 340/1. maddesinde, velayet hakkı sahibi ana ve babanın, kendi olanakları ölçüsünde çocuğu eğiteceği ve aynı zamanda çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaki, toplumsal ve ruhsal gelişimlerini sağlayarak koruması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Buna göre ana ve baba, velayeti altında bulunan müşterek çocuklara dini ve mesleki eğitim vermekle yükümlüdürler. Bu kapsamda çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı, TMK'nın 341/1. maddesi uyarınca, ana ve babaya aittir¹²⁹. Aynı madde kapsamında ana ve babanın, bu konudaki haklarını sınırlayan her türlü sözleşme, geçersizdir.

Çocuğun alacağı dini eğitimin, dinin seçilmesi ve seçilen dine uygun eğitimin verilmesi olmak üzere iki yönü bulunmaktadır¹³⁰. Ana ve baba, kendi mensubu oldukları dini müşterek çocukları için seçebilecekleri gibi başka bir dini de

¹²⁴ Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.32; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.412; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1019; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.343

¹²⁵ Ruhi/Ruhi, s.53; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.506; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.236

¹²⁶ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.412

¹²⁷ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.412; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.53; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.503

¹²⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.343; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.189; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.412

¹²⁹ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.290; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1114; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.507; Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, s.581; Akyüz, s.243

¹³⁰ Aylin Tokuş, “Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İzmir 2020, s.27; Merve Bükel Koç, “Ortak Velayet”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, s.18

seçebilirler. Ana ve baba dini eğitimi, müşterek çocuk üzerinde baskı yaratmadan çocuğun üstün yararını gözeterek vermelidir¹³¹.

Evlilik birliğinin bulunmadığı veya boşanma ile sona erdiği durumlarda velayet hakkı sahibi ebeveyn, çocuğun dini eğitimini belirlemektedir¹³². Evlilik birliği içerisinde çocuğun dini eğitiminin belirlenmesi hususunda ana ve baba arasında yaşanacak çatışmalarda, TMK'nın 346. maddesi uyarınca, hâkim çocuğun korunması amacıyla gerekli önlemleri alır.

TMK'nın 341/3. maddesi uyarınca, erginlik yaşına ulaşan çocuk, dinini, kimseye bağlı kalmadan serbest bir biçimde belirleyebilir.

Yine kanun koyucu tarafından, özellikle zihinsel ve bedensel engeli bulunan çocuklar başta olmak üzere velayet altında bulunan çocukların, yetenekleri ve eğilimleri göz önünde bulundurularak, ana ve baba tarafından genel ve mesleki bir eğitim aldırılmaları hususu, TMK'nın 340/2. maddesinde düzenlenmiştir. Ana ve baba çocuğa okula gitme yaşına¹³³ gelene kadar evde, bu yaş geldiğinde ise çocuğun fikirleri ve kendi imkanları çerçevesinde göndermiş olduğu okullarda genel ve mesleki eğitim aldırılmalıdır¹³⁴.

Ebeveynlerden, çocuklarına yönelik maddi olanaklarını aşan bir eğitim vermesi beklenmemelidir¹³⁵. Böylesi bir durumda ebeveynlerin, hâkimin izni doğrultusunda çocuğun mallarından yine çocuğun eğitim ve bakıma yetecek ölçüde kullanmasına olanak sağlanmış ve bu husus, TMK'nın 327/2. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TMK'nın 350/1-2. maddesi uyarınca, velayetin kaldırıldığı durumlarda ebeveynlerin çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü devam etmektedir. Ana ve babanın çocuğun bakım ve eğitim giderini karşılayacak durumda olmaması durumunda ise bahse konu giderler, devlet tarafından karşılanmaktadır.

¹³¹ Tokuş, **Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet**, s.27; Bükel Koç, **Ortak Velayet**, s.18; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.115; Grassinger, **Çocuğun Menfaati**, s.831

¹³² Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.289; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.114; İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 27.12.1978 T. 1978/8611 Es. 1978/9031 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.222)

¹³³ Çocuğun okula başlama yaşı, altı yaştır. Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.112

¹³⁴ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.242; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.189; İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 15.02.2005 T. 2004/7451 Es. 2005/1314 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.177)

¹³⁵ Bükel Koç, **Ortak Velayet**, s.14; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.241

1.3.1.5. Çocuğun Söz Dinleme Yükümlülüğü

Velayetin ana ve baba tarafından, çocuğun üstün yararı korunarak kullanılabilmesi için, kanun koyucu tarafından çocuğun bazı yükümlülükleri olduğu kabul edilmiştir. Bunların başında, TMK'nın 339/2. maddesinde yer alan çocuğun ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü olduğuna ilişkin hüküm gelmektedir¹³⁶. Bu yükümlülük kapsamında çocuk, ana ve babasının, kendisinin bedensel ve ruhsal sağlığını bozacak, hayatını olumsuz yönde etkileyecek isteklerine uymak zorunda değildir¹³⁷. Böyle bir durumda, TMK'nın 346. maddesi kapsamında hâkim, gerekli tedbirleri alabilir.

Çocuğa yüklenilen bu yükümlülük ile asıl amaçlanan, çocuğun üstün yararının korunması amacıyla velayet hakkının ana ve baba tarafından gerektiği gibi kullanılmasını sağlamaktır.

1.3.1.6. Çocuğun Görüşünün Alınması

Tezimizin önceki bölümlerinde¹³⁸ ayrıntılı olarak incelendiği üzere, Özetle hem uluslararası sözleşme metinlerinde hem de bu sözleşmeler kapsamında hazırlanan yasal düzenlemelerde, idrak yaşına gelmiş çocuğun olgunluk düzeyine göre görüşlerinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir. TMK'nın 339/3. maddesinde, olgunluk düzeyine göre ana ve babanın, mühim konularda çocuğun düşüncelerini göz önünde tutması ve çocuğa hayatını düzenleme imkânı tanınmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Öğretide yer alan bazı görüşler, ana ve baba ile çocuk arasında yaşanacak bir fikir ayrılığında, çocuğun üstün yararına aykırı bir durumun söz konusu olmadığı hallerde, ana ve babanın görüşlerinin daha üstün tutulması yönündedir¹³⁹. Zira kanunda açıkça belirtildiği üzere, çocuğun görüşlerine olgunluğu düzeyinde ve yalnızca önemli konularda başvurulmalıdır. Bu kapsamda, çocuğun özgüveninin artırılması amaçlanmaktadır¹⁴⁰.

¹³⁶ Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, s.580; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.245; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1109;

¹³⁷ Tokuş, **Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet**, s.30; Bükel Koç, **Ortak Velayet**, s.23; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.292; Dural/Öğüz/ Gümüş, **Aile Hukuku**, s.354; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.188

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için 19. sayfada yer alan 1.3.2 numaralı konu başlığı altındaki açıklamalara bkz.

¹³⁹ Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.504

¹⁴⁰ Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.504

1.3.1.7. Çocuğun Ana ve Baba Tarafından Temsil Edilmesi:

Velayet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, çocuğun ana ve babası tarafından temsil edilmesidir¹⁴¹. Ana ve baba velayet hakkına birlikte sahip olduğundan müşterek çocuklarını birlikte temsil ederler¹⁴². Çocuğun ana ve baba tarafından gerçekleştirilen bu temsiliyeti, üçüncü kişilere veya hukuki işlemlere yönelik olabilir¹⁴³. TMK'nın 342/1. maddesinde yer alan düzenlemede, velayet hakkı kapsamında ana ve babanın çocuğun yasal temsilcisi olduğu açıkça ifade edilmiştir. TMK'nın 342/3. maddesinde, vesayet makamların iznini gerektirecek hususlar dışında, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velayet altında bulunan çocukların temsili içinde uygulanacağı kabul edilmiştir¹⁴⁴. Bu kapsamda TMK'nın 462. ve 463. maddelerinde belirtilen hukuki işlemlerin yerine getirilmesinde, vasilerin vesayet makamlarından izin alması gerekirken ana babanın hâkimden veya herhangi bir makamdan izin almasına gerek yoktur¹⁴⁵.

TMK'nın 449. maddesi kapsamında velayeti elinde bulunduran ana ve baba, çocuk adına vakıf kuramaz, önemli bağışlarda bulunamaz ve kefil olamaz.

TMK'nın "Vasinin Rızası" başlıklı 451. maddesi gereğince, çocuğun temyiz kudretine sahip olması durumunda ana ve babasından izin alarak bir haktan vazgeçebilir ya da bir yükümlülük altına girebilir. Ana ve babanın çocuğa vereceği izin açık veya örtülü olabileceği gibi işlem sonrasında duruma onam da verebilirler.

¹⁴¹ "...Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinde, (eşlerden herhangi birisine öncelik veya üstünlük tanınmadan) evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın, velayeti birlikte kullanacağı öngörülmüş ve 342. maddesinde de ana ve babanın velayetleri çerçevesinde çocuklarını temsil edecekleri ilkesi yine ayırım yapılmadan getirilmiştir. Emredici nitelikteki bu yasa kuralı evlilik birliği içinde velayetin kullanılması kapsamında ana ve baba tarafından çocuk adına açılacak tüm davalar yönünden de geçerlidir. Buna göre, asıl olan eşlerin birlikte dava açmaları ise de bunlardan birisi tarafından açılacak davaya diğer eşin sonradan icazetini bildirip olumlu iradesini ortaya koyması ile velayetin birlikte kullanılması gerçekleşmiş olduğundan yeterlidir. Diğer eşin katılımının veya rızasının sağlanmadığı davanın ise reddi gerekir. Bu bakımdan mahkemece davacıya, nüfus kayıtlarına göre sağ olduğu anlaşılan eşi Hazal'ı davaya katılmak ya da duruşmada hazır bulunmak suretiyle icazetini bildirmesi veya icazetini gösteren imzası noterden onaylı belge ibraz etmesi için mehil verilip, bunun sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eşlerden birisinin istemi yeterli bulunarak davanın esası hakkında karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırıdır." İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 18. HD, 12.07.2005 T. 2005/6203 Es. 2005/7391 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.181)

¹⁴² Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.508; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.415; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.344; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1120; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku** s.192; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.35

¹⁴³ Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.508; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku** s.415; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku** s.192; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1120; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.344

¹⁴⁴ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1120; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.416; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.120

¹⁴⁵ Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.509; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.416; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1121; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.301

Ancak çocuğun yapmış olduğu işlem, karşı tarafın belirlediğı veya hâkime başvuru olması halinde hâkimin vereceğı süre içerisinde onanmazsa, karşı taraf işlemle bağı olmaktan kurtulur. Ana ve babanın onaylamadığı işlemlerde, taraflar karşılıklı olarak verdiklerini geri talep edebilirler¹⁴⁶. Çocuk bu durumda, TMK'nın 452/1. maddesi uyarınca, yalnız kendi menfaatine harcanmış olan veya geri isteme zamanındaki malvarlığında yer alan mevcut zenginleşme miktarıyla veya iyiniyetli olmaksızın elinden çıkarmış olduğu miktarla sorumlu olur. Ayrıca fiil ehliyetine haiz olma konusunda karşı tarafı yanıltan çocuk, onu bu nedenle uğratmış olduğu zarardan TMK'nın 452/2. maddesi kapsamında sorumlu olur.

Velayet hakkına yalnızca ebeveynlerden biri sahipse, çocuğun temsilini velayet hakkını elinde bulunduran ebeveyn sağlar¹⁴⁷.

1.3.2. Velayetin Çocuğun Malvarlığı Üzerindeki Kapsamı

Her birey gibi, çocuklar da malvarlığına sahip olabilir. Nafaka, miras, bağışlamalar, tazminatlar ve çalışarak kazanılanlar gibi hususlar, çocuğun malvarlığının konusunu oluştururlar¹⁴⁸.

Çocuk her ne kadar hak ehliyetine sahip olsa dahi malvarlığını kullanma ve yönetmek için ihtiyaç duyulan fiil ehliyetine sahip değildir. Bu başlık içerisinde velayet hakkı kapsamında ana ve babanın müşterek çocuğun malvarlığını yönetme ve kullanma hakkı, genel hatlarıyla incelenecektir.

Çocuğun malvarlığını yönetme hak ve yükümlülüğü, TMK'nın 352/1. maddesi uyarınca, çocuk ergin olana dek velayeti kullanan ana ve babaya verilmiştir. Öyle ki kanun koyucu tarafından bu hakkın kullanımı bir yükümlülük olarak addedilmiş ve bununla ilgili ana ve babanın, hesap ve güvence vermeyeceğı açıkça belirtilmiştir¹⁴⁹.

Ebeveynlerin çocuğun malvarlığını yönetme hak ve yükümlülüğü, velayet devam ettiği sürece devam etmektedir. Ancak TMK'nın 362. maddesi uyarınca, velayetin çocuğun erginlik yaşına ulaşması nedeniyle sona ermesi durumunda bu hak

¹⁴⁶ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.193; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.416; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.299

¹⁴⁷ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s 122

¹⁴⁸ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.382; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.267

¹⁴⁹ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.391; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1164; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.358; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.54; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.416

ve yükümlülüğü ergin çocuğa; velayetin diğer sona erdirilme ve kaldırılma hallerinde ise, kayyım veya vasiye devredilir.

Ana ve babanın çocuğun malvarlığını yönetme hak ve yükümlülüğü, malvarlığında bulunanları amaca uygun işletilmesi ve güvenli şekilde değerlendirilmesi, korunması, bakımı ve çocuğun menfaatine uygun olacak şekilde tasarruf edilmesi gibi birçok hususu içermektedir¹⁵⁰. Örneğin bu hak ve yükümlülük kapsamında çocuğa ait bir taşınmazı satabilir, kiraya verebilirler¹⁵¹.

Ana ve baba evlilik birliği içerisinde velayet hakkına birlikte sahip olduğundan malvarlığını yönetme hak ve yükümlülüğü, her ikisi tarafından birlikte kullanılır¹⁵². Ana babanın, bu hak ve yükümlülüğü yerine getirirken herhangi bir makamdan izin veya icazet alması söz konusu değildir¹⁵³. Evlilik birliğinin sona ermesi durumunda ise çocuğun mallarını yönetme hak ve yükümlülüğü, velayetin bırakıldığı ebeveyn tarafından kullanılır¹⁵⁴.

Çocuğun malvarlığını yönetme hak ve yükümlülüğü, çocuğun üstün menfaati gözetilerek özenli bir şekilde kullanılmalıdır. Aksi takdirde TMK'nın 360. maddesi gereğince, hâkim müdahalesi söz konusu olabilir¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.267; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.417

¹⁵¹ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1164; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.116; İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay HGK, 13.11.1987 T. 1987/6706 Es. 1987/8727 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.184)

¹⁵² Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s. 54; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1167; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.416

¹⁵³ Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.54, Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.391; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1164; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.117; "...Velayet gerek küçüklerin gerekse mahcurların bakım ve korunmalarını sağlamak için onların şahısları ve malları üzerinde ana, babanın sahip oldukları hak ve yetkililerdir. Çocuğun mallarını idare etmek ve genel olarak hukuki işlemlerde çocuğu temsil etmek ana baba için hem bir görev hem de bir haktır. Ana baba velayete sahip olduklarında çocukların kanuni temsilcisidir. Veliler vesayetten farklı olarak kanuni mümessil olarak hareket ederlerken kural olarak hâkimden izin almakla yükümlü değildir. Türkiye Büyük Millet Meclisi 27.1.1929 tarih 542 sayılı Yorum Kararı) Velayete sahip olan ana babanın çocukların rüştüne kadar mallarından yararlanma hakları vardır. (MK 280) Küçüğün kazancı yanlarında yaşadıkça ana babaya aittir. (MK 283) Fakat velayete sahip olan ana ve baba çocuğun bakımı, yetişmesi yararları veya mallarının idaresi için gerekli bulunmayan işlemleri çocuk adına çocuğu temsilen yapamazlar. Çocuğun mallarını vakfedemez, başkasına bağışlayamaz. Çocuk adına bir başkasının borcuna kefil olamazlar. Çocuğun şahsi serveti varsa ana baba çocuğun ve servetin gelirini sarf edebilir. Fakat servetin aslını harcamak yetkisine sahip değildir. Çocuğun servetini kendi mülkiyetlerine geçiremezler. Ana baba çocuğun mallarını idarede veya bu mallardan faydalanma hususunda çocuğun yararlarını bozacak şekilde hareket ederler veya görevlerini ihmal ederlerse, çocuğun malları tehlikeye düşerse hâkim gerekli tedbirleri almaya yetkilidir." İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 18.04.1996 T. 1996/2149 Es. 1996/4226 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.192)

¹⁵⁴ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.117

¹⁵⁵ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.391; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1164; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.117

Çocuğun malvarlığının devredilmesi durumunda kanun koyucu, ana ve babayı açıkça vekil gibi sorumlu tutmuştur¹⁵⁶. TMK'nın 363. maddesinde bulunan düzenlemeye gereğince, dürüstlük kuralı çerçevesinde ana ve baba, çocuğa ait olan ve devretmiş oldukları malların yerine aldıkları bedeli geri vermekle yükümlü tutulmuştur¹⁵⁷.

Ana ve baba, velayet kusurları sebebiyle kaldırılmadıkça TMK'nın 354. maddesi kapsamında çocuğun malvarlığını kullanma hakkına da sahiptirler. Öğretide çocuğun malvarlığını kullanma hakkı, çocuğun eğitimi ve mallarının yönetilmesinin karşılığı olarak ana ve babaya tanınmış bir hak olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁸. 743 Sayılı Eski Medeni Kanunu'nun (EMK) 280. maddesinde, intifa (yararlanma) hakkı olarak ifade edilen bu hak, 4721 Sayılı yeni TMK'da kullanma hakkı olarak belirtilmiştir¹⁵⁹.

Ana ve babanın çocuğun malvarlığını kullanma hakkı, velayet hakkı kusurları nedeniyle kaldırılmadıkça devam etmektedir. Daha net bir ifadeyle, ana ve babanın velayet hakkı, kusurları nedeniyle kaldırılma halleri hariç, başka bir nedenden dolayı kaldırılmış olsa dahi çocuğun malvarlığını kullanma hakları devam eder¹⁶⁰. Malvarlığını yönetme yetkisi herhangi bir nedenle velayet hakkının kaldırıldığı hallerde sona ererken çocuğun malvarlığını kullanma hakkı, yalnızca ana ve babanın kusurları nedeniyle velayet hakkının kaldırıldığı durumlarda sona ermektedir¹⁶¹. Çocuğun ergin olmasıyla birlikte ana ve babanın çocuğun malvarlığını kullanma hakkı, sona ermektedir.

Çocuğun malvarlığını yönetme hakkı kanun koyucu tarafından bir yükümlülük olarak kabul edilmiş; malvarlığının kullanımı ise ana ve babaya bir hak olarak tanınmıştır¹⁶². Söz konusu hak, çocuğun üstün yararının gerektirdiği ölçüde ve

¹⁵⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.360; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.512; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.425

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.512; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.360; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.425

¹⁵⁸ Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.284; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.426; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.416; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.58

¹⁵⁹ Bölükbaşı, **Birlikte Kararlarının Tenfizi**, s.118; Tokuş, **Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet**, s.34; Bükel Koç, **Ortak Velayet**, s.27

¹⁶⁰ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1176; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.425; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.417

¹⁶¹ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.427; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.417; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1176

¹⁶² Öztan, **Aile Hukuku**, s.1175; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.251; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.427; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.416

hakkaniyet çerçevesinde kullanılmalıdır¹⁶³. Ana ve babanın bu haktan feragat etmesi mümkündür¹⁶⁴. Ancak bu haktan feragat etmiş olsalar dahi çocuğun malvarlığını yönetme yükümlülükleri devam etmektedir¹⁶⁵.

Evlilik birliği içerisinde, çocuğun malvarlığını kullanma hakkı ana ve babaya aittir. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda ise bu hakkın hangi ebeveyn tarafından ne şekilde kullanacağı öğretide tartışma konusudur. Öğretide yer alan bir görüş, evlilik birliğinin sona ermesi durumunda velayet tek bir ebeveyne bırakılmış olsa dahi çocuğun malvarlığını kullanma hakkının, ana ve babaya birlikte ait olduğunu savunmaktadır¹⁶⁶. Diğer bir görüş ise, evlilik birliğinin sona ermesi durumunda velayetin tek bir ebeveyne bırakılması durumunda, çocuğun malvarlığını kullanma hakkının, velayetin kendisine bırakıldığı tarafa ait olduğunu savunmaktadır¹⁶⁷. Kanaatimizce, velayet hakkının ana ve babaya birlikte verilmesi durumunda çocuğun mallarını kullanma hakkının her ikisi için de devam etmesi; velayetin tek tarafa verilmesi durumunda ise, yalnızca velayetin bırakıldığı tarafın bu hakkı kullanmaya devam etmesi isabetli olacaktır.

Çocuğun malvarlığı kapsamında değerlendirilen ve kanunda özel olarak düzenlenmiş bazı malları bulunmaktadır. Ana ve babanın üzerinde kullanma ve yönetim hakkının bulunmadığı veya yalnızca birinin bulunduğu mallar, çocuğun serbest malları olarak ifade edilmiştir¹⁶⁸. TMK'nın 357. ve devamında yer alan hükümlerinde, çocuğun serbest malları dört kategoride özel olarak düzenlenmiştir. Bunlar, kazandırmalar, meslek veya sanat, saklı pay ve kişisel kazançlar için verilen mallardır.

Kazandırmalar, TMK'nın 357. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılarak elde edilen gelirleri ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması şartıyla çocuğa yapılan kazandırmaları, ana ve baba kendi

¹⁶³ İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 02.04.2001 T. 2001/3771 Es. 2001/5058 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.164)

¹⁶⁴ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.427; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.416; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.251

¹⁶⁵ Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.85; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.427; Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s.505

¹⁶⁶ Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.85; Benzer bir görüş ise, her bir ebeveynin çocuğun mallarını hangi oranda kullanacağını hâkimin belirlemesi gerektiğini savunmaktadır. Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s.505

¹⁶⁷ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.417-418

¹⁶⁸ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.430; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1178; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.257 vd.; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.249

yararlarına kullanmaz. Zira bu gelirler üzerinde ana ve babanın kullanma hakkı yoktur¹⁶⁹. Kazandırmaları yönetim hakkı, kural olarak ana ve babaya aittir; ancak çocuğa kazandırmayı yapan kişinin bu kazandırmayı yönetme hakkının açıkça ana ve babaya ait olmayacağını belirtmiş olması durumunda, yönetim hakkını ana ve baba kullanamayacaktır¹⁷⁰.

TMK'nın 358. maddesi uyarınca, miras yoluyla çocuğa bırakılan saklı payın yönetimi, kural olarak ana ve babaya aittir. Ancak miras bırakan kişi, ölüme bağlı tasarruf ile saklı payın yönetimini ana ve baba dışında bırakabilir. Eğer miras bırakan bu yönetimi üçüncü bir kişiye bırakmışsa, yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf ile üçüncü kişinin belli aralıklarla hâkime hesap vermesini öngörebilir¹⁷¹.

TMK'nın 359. maddesi uyarınca, çocuğun ilgilenmiş olduğu meslek veya sanatla uğraşması amacıyla, malvarlığından kendisine verilen kısım ile ilgili yönetim ve kullanım hakkı, ana ve babaya değil, çocuğa aittir¹⁷².

Yine çocuğun çalışarak elde ettiği kazanç üzerindeki yönetim ve kullanım hakkı, çocuğa aittir. Ancak TMK'nın 359. maddesi uyarınca, çocuğun ana ve babasıyla birlikte yaşaması halinde, ana ve babası çocuktan, bakımının sağlanması amacıyla katkıda bulunmasını isteyebilirler.

1.4. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Velayetin Tarafları ve Kullanılması

TMK'nın 335/1. maddesi uyarınca, on sekiz yaşını doldurmamış çocuk, ana ve babasının velayeti altında bulunur. Çocuğun on sekiz yaşını doldurması, mahkeme kararıyla veya evlenme yoluyla ergin kılınması hallerinde, velayet kendiliğinden sona erecektir¹⁷³. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, erginlik yaşına ulaşmış ancak kısıtlanmış çocukların da ana ve babasının velayeti altında bulunacağına ilişkin

¹⁶⁹ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.430; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.257; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1178; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.347

¹⁷⁰ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.257; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.347; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s. 430; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1178

¹⁷¹ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.257; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1178; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.347; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.431

¹⁷² İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 12 HD. 22.09.1980 T. 1980/4845 Es. 1980/6601 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.201)

¹⁷³ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.409; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.89; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.26; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.500; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.260; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.226; Gülgösteren, **Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet**, s.159; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1096; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.89

düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, hâkimin vasi atanmasına gerek gördüğü haller haricinde, ergin ancak kısıtlı halde bulunan çocuklar, ana ve babanın velayeti altındadır¹⁷⁴.

Velayet hakkı, yalnızca ana babaya tanınan ve çocukla kurulan soybağı ilişkisine¹⁷⁵ bağlı olarak kanundan doğan bir haktır. Kural olarak ana ve baba dışındaki üçüncü bir kişiye bırakılamaz¹⁷⁶. İstisnai olarak çocuğun evlat edinilmesi durumunda, evlat edinen ana ve baba, çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olmaktadır¹⁷⁷. Zira, TMK'nın 282/3. maddesi uyarınca, evlat edinme halinde ana ve baba ile çocuk arasında, soybağının kurulduğu kabul edilmektedir¹⁷⁸. Evlat edinenlerin sahip oldukları velayet hakkı, ana ve baba dışındakilerin velayet hakkına sahip olamayacakları kuralının tek istisnasıdır¹⁷⁹.

Kanunda düzenlenmemiş olsa dahi velayet hakkına sahip olabilmek için, soybağı ilişkisi dışında, ana ve babanın ergin, ayıt etme gücüne sahip ve kısıtlı bireyler olmaması gerekir¹⁸⁰.

Bu konu başlığı altında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, üvey çocuk üzerinde eşlerin velayet hakkına sahip olup olamayacaklarıdır. TMK üvey çocuk üzerinde eşlere velayet hakkını tanımamıştır¹⁸¹. Ancak TMK'nın 338/1. maddesi uyarınca, eşlerden biri diğer eşin evlilik birliği içerisine getirdiği, velayeti kendisinde bulunan müşterek ve ergin olmayan çocuğa, ilgi ve özen göstermekle yükümlüdür.

¹⁷⁴ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1082; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.227; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.260; Usta, **Velayet Hukuku**, s.86; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.500; Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, s.574; İlgili Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 1. HD, 04.10.1988 T. 1988/6695 Es. 1988/10273 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.183)

¹⁷⁵ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.262; Usta, **Velayet Hukuku**, s.103; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku** s.180; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.222; Ruhi, **Birlikte velayet Kurumu**, s.36

¹⁷⁶ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.141; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1074-1076; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.180; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.22; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.254; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Usta, **Velayet Hukuku**, s.103; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.233; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.23; İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2.H.D., 19.12.2011 T. 2011/12018 Es. 2011/22739 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarih: 05.10.2021

¹⁷⁷ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.223-226; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1085; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.141; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.262

¹⁷⁸ Baran Çelik, **Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması**, s.30; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.262; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.328; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.223-226; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1085; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.141

¹⁷⁹ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.104

¹⁸⁰ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1074; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.180; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.262; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.103

¹⁸¹ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.226; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1078; Usta, **Velayet Hukuku**, s.104; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.233; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.261

Daha net bir ifadeyle eş, ergin olmayan üvey çocuğun yetiştirilmesinde diğer eş yardımcı olmak ve gerekli özeni göstermekle yükümlüdür¹⁸². Bahse konu yardım yükümlülüğü, tamamlayıcı nitelikte olup özellikle çocuğun eğitim hayatına yardım maksadıyla düşünülmüştür¹⁸³.

1.4.1. Evlilik Birliği İçerisinde Velayetin Kullanılması

TMK'nın 336/1. maddesi uyarınca ana ve baba, evlilik birliği içerisinde velayet hakkını birlikte kullanırlar¹⁸⁴. Çocuğun doğumuyla birlikte ana ve baba kanundan doğan velayet hakkını doğrudan doğruya kazanırlar¹⁸⁵. Çocuğun doğumu sırasında evli olmayan ana ve baba¹⁸⁶, daha sonradan evlenirlerse evlilik birliği sonlandırılmadığı sürece velayet hakkına birlikte sahip olurlar¹⁸⁷.

Ana ve babanın evlilik birliği içerisinde birlikte sahip olduğu velayet hakkı paylaştırılmaz¹⁸⁸. Örneğin çocuğun kişiliğine özen gösterilmesi veya eğitimi anaya,

¹⁸² Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.123; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.226; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1078; Usta, **Velayet Hukuku**, s.104; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.233; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.261

¹⁸³ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.226;

¹⁸⁴ Ahmet Aslan/Begüm Gürel, “Boşanmanın Anatomisi”, İnkılap Kitabevi, İstanbul 2021, s.119; Dural/Oğuz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s. 340; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1074-1075; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.228; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.143; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.139; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.633; Ruhi, **Birlikte velayet Kurumu**, s.39;

“...Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinde, (eşlerden herhangi birisine öncelik veya üstünlük tanınmadan) evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın, velayeti birlikte kullanacağı öngörülmüş, 342. maddesinde de anne ve babanın çocuğu velayetleri çerçevesinde birlikte temsil edecekleri ilkesi yine ayırım yapılmadan getirilmiştir. Emredici nitelikteki bu kanun hükmü, evlilik birliği içerisinde velayetin kullanılması kapsamında ana ve baba tarafından çocuk adına açılacak bütün davalar yönünden de geçerlidir. Buna göre, aslolan eşlerin birlikte dava açmaları ise de açılacak davaya diğer eşin sonradan onayını bildirip olumlu iradesini ortaya koyması ile velayetin birlikte kullanılması gerçekleşmiş olduğundan yeterlidir. Diğer eşin katılımının veya rızasının sağlanamadığı davanın ise reddi gerekir. Bu bakımdan mahkemece; davacıya, eşinin davaya katılmak veya duruşmada hazır bulunmak suretiyle onayını bildirmesi veya onayını gösteren imzası noterden onaylı belge ibraz etmesi için süre verilip, sonucuna göre bir karar verilmesi yerine, eşlerden birisinin istemi yeterli bulunarak davanın esası hakkında karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

İlgili Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 8.H.D. 12.06.2018 T. 2017/7984 Es. 2018/14038 K (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarih: 09.10.2021

¹⁸⁵ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.633; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.158; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.142 Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1077

¹⁸⁶ Çocuğun doğum anında ana ve baba evli değilse, TMK m.337/1 hükmü gereğince velayet, ipso iure anadadır. Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.633

¹⁸⁷ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.139; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.142-143; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1092

¹⁸⁸ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1079; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.183; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.222; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.500; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.34

mallarının yönetimi babaya bırakılamaz¹⁸⁹. Ana ve babadan her biri, velayet hakkını birbirinden bağımsız¹⁹⁰, eşit haklara sahip ve ortaklaşa bir şekilde birlikte kullanırlar¹⁹¹. Daha net bir ifadeyle velayet, ana ve babadan birinin üstünlüğü veya önceliği olmaksızın kullanılır¹⁹². 743 sayılı mülga Medeni Kanun'un 263. maddesinde yer alan ve evlilik birliği içerisinde velayetin kullanılması kapsamında anlaşamadıkları hususlarda, babanın oyuna öncelik tanınacağına ilişkin düzenleme, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden 4721 Sayılı TMK'da yer almamıştır¹⁹³.

Velayetin birlikte kullanımı, ana ve babanın çocuğun bakımında, yetiştirilmesinde, mallarının korunup yönetilmesinde özenli bir şekilde birlikte hareket etmelerini, önemli konularda birbirlerine danışarak son kararı vermeleri gibi hususları kapsamaktadır¹⁹⁴. Ayrıca çocuğun bakım ve eğitime ana ve baba birlikte özen göstereceklerdir¹⁹⁵.

Ana ve baba tarafından velayetin birlikte kullanımı, her zaman aynı anda birlikte hareket edecekleri anlamına gelmemektedir¹⁹⁶. Zira velayet hakkı kanun tarafından, ana ve babanın her birine birbirinden bağımsız olarak tanınmıştır¹⁹⁷. Dolayısıyla her biri, diğerinin açık ve zımni rızasına bağlı olarak velayete dayalı iş ve işlemleri tek başına gerçekleştirebilir veya söz konusu iş ve işlemlere sonradan icazet verilebilir¹⁹⁸. TMK'nın 342/2. maddesi uyarınca, ana veya babadan birinin, üçüncü kişilerle çocuğun yararına bir işlem yapması durumunda, iyiniyetli üçüncü kişiler işlemi gerçekleştirmeyen ebeveynin rızasının olduğunu varsayabilir¹⁹⁹.

¹⁸⁹ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1079; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.224

¹⁹⁰ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.139; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.143; Usta, **Velayet Hukuku**, s.106; Dural/Oğuz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.243; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.262

¹⁹¹ Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.131; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.254; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.408; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.262

¹⁹² Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.139; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.125-126

¹⁹³ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.254; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.183; Özdemir/ Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.302; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.139; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.408

¹⁹⁴ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.228; Usta, **Velayet Hukuku**, s.106; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s. 183; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.500; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.144

¹⁹⁵ Ömer Uğur Gençan, "Aile Hukuku ve Çocuk, Boşanma ve Velayet Hukukuna İlişkin Sorunlar", **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 20, Ankara 2011, s. 6

¹⁹⁶ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1087; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.228; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 144; Çatalbaş, **Ortak Velayet Kavramı**, s.51

¹⁹⁷ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.262; Usta, **Velayet Hukuku**, s.106

¹⁹⁸ Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.61; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.228; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1087; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.144

¹⁹⁹ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1087; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.144

Velayetin kullanımı, çocuğun yararı ile sınırlandırılmıştır²⁰⁰. Ana ve baba velayeti birlikte kullanırken her zaman çocuğun üstün yararını göz önünde bulunduracak ve görüşlerini dikkate alacaklardır²⁰¹.

Ana ve baba, evlilik birliği içerisinde velayetin birlikte kullanılması kapsamında aralarında doğacak olan uyuşmazlıkları TMK'nın 195/1-2 ile 346. maddeleri çerçevesinde çözüme ulaştırabilirler²⁰². Bu maddeler uyarınca, eşlerden her biri velayetin kullanılmasında yaşanacak uyuşmazlıklarda hâkime başvurabilir²⁰³. Hâkimin buradaki asıl görevi arabuluculuk yaparak ana ve babayı uzlaştırmaya çalışmaktır²⁰⁴. Bu uzlaştırma neticesinde sonuç alınamadığı takdirde, ana ve babanın izni ile ilgili konuda uzman kişilerden yardım istenebilir²⁰⁵; ancak buna rağmen taraflar arasında bahse konu uyuşmazlık devam ediyorsa hâkim, eşlerden birinin talebinin bulunması halinde kanunda öngörülen diğer önlemleri alır²⁰⁶. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, hâkim, kendini ana ve babanın yerine koyarak uyuşmazlık konusu hakkında karar veremez²⁰⁷. Ana ve babanın anlayamadığı hususlar çocuğun zararına neden olur ve bu durum çocuğun menfaatini tehlikeye düşürürse hâkim, TMK'nın 346. maddesi kapsamında çocuğun korunması için gerekli önlemleri alır²⁰⁸.

1.4.2. Birlikte Yaşama Ara Verilmesi veya Ayrılık Halinde Velayet

Eşler evlilik birliği içerisinde yaşanan problem neticesinde, bir süre ayrı kalmak isteyebilir. Söz konusu ayrı yaşam hakkı, yaşanan sorunların çözümü veya boşanma öncesinde doğru kararların alınması amacıyla eşlere, hâkim kararı

²⁰⁰ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.263; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.252

²⁰¹ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.162; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.302; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.329

²⁰² Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.344; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.62; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1080; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.228; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.142; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.145

²⁰³ Usta, **Velayet Hukuku**, s.107; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.228; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.263; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.183

²⁰⁴ Usta, **Velayet Hukuku**, s.108; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1087; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.263; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.228-229; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.180

²⁰⁵ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.126

²⁰⁶ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.126; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.142

²⁰⁷ Usta, **Velayet Hukuku**, s.108; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.180; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.163

²⁰⁸ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.142; Baygın, **Soybağı Hukuku** s.263; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1088

olmaksızın²⁰⁹ tanınan bir haktır. TMK'nın 197/1. maddesi gereğince, eşlerden her biri birlikte yaşam nedeniyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düştüğü hallerde ayrı yaşam hakkına sahiptir²¹⁰.

TMK'nın 197/4. maddesinde, birlikte yaşama ara verilmesinin ergin olmayan çocuklar üzerindeki sonuçları düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, eşlerin birlikte yaşama ara verme kararı aldıkları halde, ergin olmayan müşterek çocuk yönünden hâkim gerekli önlemleri alır²¹¹.

Ana ve babanın, birlikte yaşama ara vermesi halinde velayeti birlikte kullanmaya devam etmeleri gerekir²¹². Zira birlikte yaşama ara verilmesi, evlilik birliğinin sona erdiği anlamına gelmemektedir²¹³. TMK'nın 336/2. maddesinde birlikte yaşama ara verme durumunda hâkimin velayeti, eşlerden birine bırakabileceği düzenlenmiştir²¹⁴. Söz konusu hükmün karşıt anlamından hâkimin velayeti, ana ve babanın her ikisi üzerinde de birlikte bırakabileceği sonucuna ulaşılabilir²¹⁵. Hâkim çocuğun yararını göz önünde bulundurarak kanun koyucu tarafından kendisine tanınan takdir yetkisini kullanmalıdır²¹⁶.

Önemle belirtmek gerekir ki, TMK'nın 197/4. maddesinde hâkime, velayet altında bulunan müşterek çocuklar bakımından gerekli önlemleri alma yetkisi

²⁰⁹ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.127; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.142; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.146; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1089

²¹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.178; Öztan, **Aile Hukuku**, s.219; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.127; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.40

²¹¹ “Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim velayeti eşlerden birine verebilir. (TMK 336/2 md.). Toplanan delillerden; tarafların ayrı yaşamaya başladığı, 13.08.2011 doğumlu Emircan'ın yaşı itibarıyla anne bakım, sevgi ve şefkatine muhtaç olup, anne yanında kaldığı anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 197/son maddesi kapsamında bir önlem olarak, geçici velayet düzenlemesi yapılarak, velayetin davacı kadına verilmesine yönelik istemin kabulüne karar verilmesi gerekirken, bu konudaki istemin reddi isabetsiz olmuş bozmayı gerektirmiştir.” İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 06.03.2014 T. 2013/20462 Es. 2014/4834 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 08.06.2022

²¹² Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.128; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.634

²¹³ Cengiz Koçhisarlıoğlu, “**Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**”, Ankara 2004, s.25; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.131-132; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.186

²¹⁴ Usta, **Velayet Hukuku**, s.110; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.143; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.230; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.633-634

²¹⁵ Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.151-152; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.264; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.143; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.128; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1089

²¹⁶ Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.25; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.264-265; Öztan, **Aile Hukuku**, s. 1089; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.147

verildiğinden hâkim, velayeti ebeveynlerin her ikisinden de kaldırılmasına karar verebilir²¹⁷. Böylesi bir durumda çocuğa vasi atanır²¹⁸.

TMK'nın 197. maddesi kapsamındaki birlikte yaşama ara verilmesi hali ile 170. maddesinde düzenlenen mahkeme kararıyla ayrılık hali birbirinden farklıdır. Mahkeme kararıyla eşlerin ayrılığına karar verilebilmesi için, boşanma nedenlerinden birinin ispatlanmış olması gerekir²¹⁹. Eşlerin mahkemeye başvurarak ayrılık davası açmış olmaları halinde, hâkim ayrılığa karar verebilir; eşlerin boşanmasına karar veremez²²⁰. Boşanma davasının açılmış olması halinde ise, TMK'nın 170/3. maddesi uyarınca eşler arasında ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde, hâkim eşlerin boşanması yerine ayrılığına karar verebilir²²¹.

Ayrılık halinin gerçekleşmesi durumunda hâkim, TMK'nın 336/2. maddesi uyarınca velayeti, ana veya babadan birine ya da maddenin karşıt anlamından hareketle her ikisine birlikte bırakabilir²²². Zira birlikte yaşama ara vermede olduğu gibi ayrılık halinde de evlilik birliği devam etmektedir²²³.

1.4.3. Ana veya Babadan Birinin Ölümü veya Gaipliğine Karar Verilmesi Halinde Velayet

TMK'nın 336/3. maddesi uyarınca, evlilik birliği içerisinde ana ve babadan birinin ölümü halinde, müşterek çocuğun velayeti sağ kalan eşe aittir²²⁴. Böylesi bir

²¹⁷ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.143

²¹⁸ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.143

²¹⁹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.146; Ayrıca bkz: Canan Yılmaz, **"Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi"**, Ankara 2016, s.9;

²²⁰ Yılmaz, **Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi**, s.9; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.275; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.143, Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.146

²²¹ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.275; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.143, Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.146

²²² Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.151-152; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.265; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.144

²²³ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.131-132; Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.25

²²⁴ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.148; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.340; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1088; Ruhi, **Birlikte velayet Kurumu**, s.92; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.37; Usta, **Velayet Hukuku**, s.129; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.408; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.143, Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.143; "...Davacı büyükbaba; velayet sahibi annenin, çocuğa ilgisiz olduğunu ve çocuğun bakımını yapmadığını iddia ederek, "dava konusu küçük velayetinin kendisine verilmesini "talep etmiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Dosya kapsamından; 25/03/2010 doğumlu dava konusu çocuğun evlilik birliği içinde doğduğu, babasının 17/08/2013 tarihinde ölümü ile velayetinin davalı anneye ait olduğu

durumda herhangi bir mahkeme kararının alınması gerekli değildir; velayetin sağ kalan eşe geçmesi kendiliğinden gerçekleşir²²⁵. Ancak velayetin kendiliğinden sağ kalan eşe geçmesi yalnızca evlilik birliği içerisinde eşlerden birinin ölmesi halinde geçerlidir; butlan kararı veya boşanma ile sona eren bir evlilikte velayeti kendisine bırakılan ebeveynin ölmesi halinde, hâkim çocuğun velayetini sağ kalan ebeveyne bırakabilir veya şartlar mevcutsa, çocuğa bir vasi atanmasına karar verebilir²²⁶.

TMK'nın 32. maddesi uyarınca, bir kişinin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolması veya kendisinden uzun süre haber alınamaması durumunda bu kişinin ölümü ihtimali kuvvetle muhtemel ise, mahkeme kararıyla kişi hakkında gaiplik kararı verilir²²⁷. İlgililerin gaiplik kararı aldirmek üzere mahkemeye başvurabilmesi için, kişinin ölüm tehlikesi içeren bir olayda kayboluşunun üzerinden en az bir yıl; uzun süredir haber alınmıyorsa kendisinden son haber alınma tarihi üzerinden en az 5 yıl geçmiş olması gerekir²²⁸. Mahkeme tarafından kişi hakkında verilen gaiplik kararı, geçmişe etkili olarak hüküm doğurur²²⁹. Evlilik birliği içerisinde ana ve babadan birinin gaipliğine karar verilmesi halinde, çocuğun velayeti tek başına diğer eşe ait olur²³⁰.

(TMK m.336/3) anlaşılmaktadır. Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hâkime aittir (HMK m.33). Davacının talebi velayetin kaldırılmasına ilişkindir. Davada, davalı anne ve küçük çocuk arasında menfaat talebi velayetin kaldırılmasına ilişkindir. Davada, davalı anne ve küçük çocuk arasında menfaat çatışması vardır. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 4. ve 9. maddeleri ve Türk Medeni Kanununun 426/2. maddesi gereğince çocuğu bu davada temsil etmek üzere temsil kayyımı atanması için vesayet makamına ihbarda bulunulması, açılan davanın sonucunun beklenilmesi, çocuğu temsilen kayyımın davaya katılımının sağlanarak, gösterdiği takdirde delillerin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek, hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik hasım ve eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 14.03.2017 T. 2016/25647 Es. 2017/2765 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 08.06.2022

²²⁵ Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.63; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.269; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1091; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.144; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.148; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.92;

²²⁶ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.134; Usta, **Velayet Hukuku**, s.114; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.187; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.501

İlgili Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 19.02.2002 T. 2002/1624 Es. 2002/2268 K. (Yetik, “**Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.173 ve 180)

²²⁷ Helvacı/Erlüle, **Medeni Hukuk**, s.82; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.196; Öztan, **Aile Hukuku**, s.570; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.145; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.148

²²⁸ Helvacı/Erlüle, **Medeni Hukuk**, s.82; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.145

²²⁹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.148; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.145; Helvacı/Erlüle, **Medeni Hukuk**, s.84

²³⁰ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.269-270; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1091; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.187; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.408; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.148; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.145

TMK'nın 31. maddesinde belirtildiği üzere gaiplikten farklı olarak ölüm karinesi olarak adlandırılan durumda, bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakılan bir olay içerisinde kaybolması ve cesedinin bulunamaması söz konusudur. Böylesi bir durumda, olayın yaşandığı yerin en büyük mülki amiri tarafından kişinin kütüğüne ölü kaydı düşürülür²³¹. Kütüğe ölüm kaydının düşürülmesi ile kişi, olayın yaşandığı tarihten itibaren ölmüş sayılır²³². Gaiplik durumunda olduğu gibi evlilik birliği içerisinde ana veya babadan birinin ölüm karinesine bağlı olarak kütüğüne ölüm kaydı düşülmesi durumunda, çocuğun velayeti tek başına sağ kalan eşe ait olur²³³.

1.4.4. Evliliğin Butlanı Halinde Velayet

Evliliğin butlanı, TMK'nın 145 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Butlanla sakat bir evlilikte, esasen kurulmuş olan bir evlilik birliği mevcuttur ancak daha sonra kanunda sayılan nedenler kapsamında hâkim kararıyla ortadan kaldırılır²³⁴. Bu sebepler, eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması, eşlerden birinde evliliğe engel olacak derecede akıl hastalığının bulunması, eşler arasında evlenmeye engel hısımlığın bulunması ve eşlerden birinin evlenme sırasında ayırt etme gücünün bulunmamasıdır. Söz konusu evlilik, sayılan nedenlerle hâkim kararıyla butlanına karar verildiği ana kadar, geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurur²³⁵.

Evliliğin butlan kararı ile sona ermesinin çocuklar bakımından sonuçlarına yer veren TMK'nın 157. maddesi gereğince, butlanına karar verilen bir evlilikte ana ve baba iyi niyetli olmasalar dahi, çocuklar evlilik birliği içinde doğmuş sayılır²³⁶.

²³¹ Helvacı/Erlüle, **Medeni Hukuk**, s.80; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.145; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.148

²³² Helvacı/Erlüle, **Medeni Hukuk**, s.81; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.145; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.148

²³³ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.145; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.148; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.148

²³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.79-80; Öztan, **Aile Hukuku**, s.577; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.208; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.147

²³⁵ Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.107; Helvacı/Erlüle, **Medeni Hukuk**, s.217; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.147; Öztan, **Aile Hukuku**, s.577-578; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.134; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.208

²³⁶ Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s.173; Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.107; Helvacı/Erlüle, **Medeni Hukuk**, s.217; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s. 233; Öztan, **Aile Hukuku**, s. 636; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.147; "Cumhuriyet Başsavcılığınca açılan evlenmenin mutlak butlan sebebiyle iptali davası sonucunda, davalılar ... ve ...'ün evliliğinin Türk Medeni Kanunu' nun 129. ve 145/4. maddeleri gereğince mutlak butlan sebebiyle iptaline karar verilmiş; ancak kamu düzenine ilişkin ve Türk Medeni Kanununun 157/2. maddesi uyarınca düzenlenmesi gerekli olan, tarafların ortak çocuğu 2005 doğumlu ...'un velayeti hakkında bir karar verilmemiştir. Mahkemece evliliğin butlanına karar verilse dahi, çocukların evlilik içinde

Aynı maddenin devamında çocuklar ile ana ve baba arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir²³⁷. Daha net bir ifadeyle, velayet tek başına ana veya babadan birine ait olur²³⁸.

Unutulmamalıdır ki, TMK'nın 157. maddesi, sadece evliliğin butlanına ilişkin kararın kesinleşme tarihinden önceki bir süreçte doğmuş olan çocukları değil, butlan kararının kesinleşmesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocukları da kapsamaktadır²³⁹.

1.4.5. Çocuğun Bir Kuruma veya Bir Ailenin Yanına Yerleştirilmesi

Halinde Velayet

TMK'nın 347/1. maddesinde yer alan düzenleme gereğince, çocuğun zihinsel veya fiziksel gelişimi tehlike içerisindeyse²⁴⁰ ya da çocuk manen terk edilmiş²⁴¹ bir durumda bırakılmışsa hâkim, çocuğu ana ve babanın yanından alarak kuruma veya bir ailenin yanına yerleştirilmesine karar verebilir²⁴². Ayrıca çocuğun aile içerisinde kalması, aile içindeki huzuru bozuyorsa ve bu durum onların katlanmasının beklenemeyeceği bir hal almışsa çocuğun ya da ana ve babanın istemi üzerinde hâkim, TMK'nın 347/2. maddesi çerçevesinde aynı önlemleri alabilir.

TMK'nın 347. maddesi, çocuğun menfaatlerinin korunmasına yönelik özel bir hükümdür²⁴³. Her ne kadar çocuk ana ve babadan alınarak kuruma veya bir ailenin yanına yerleştiriliyor olsa da ana ve babanın velayet hakkı devam

doğmuş sayılacağı dikkate alınarak velayet ve kişisel ilişki yönlerinden bir düzenleme yapılmaması doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir.” İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 23.06.2021 T. 2021/4162 Es. 2021/5235 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 08.06.2022

²³⁷ İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 22.01.2018 T. 2018/164 Es. 2018/845 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 08.06.2022

²³⁸ Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.64; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.269; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.147; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1091

²³⁹ Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.107; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.233;

²⁴⁰ İlgili Yargıtay Kararları için bkz: Yargıtay HGK, 24.11.1993 T. 1993/2-593 Es. 1993/745 K.-Yargıtay 2. HD. 17.05.1993 T. 1993/4443 Es. 1993/5193 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.194

²⁴¹ İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 02.04.1992 T. 1992/3650 Es. 1992/3888 K. (: Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.219)

²⁴² Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velayet**, s.29; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.145; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1146-1147; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.437

²⁴³ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.145; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1146; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.437

etmektedir²⁴⁴. Dolayısıyla çocuğun ilişkin tüm masrafları ana ve baba karşılamaya devam edecektir²⁴⁵. Ancak ana ve babanın imkanlarının çocuğun masraflarını karşılamaya yetmediği durumlarda, bahse konu masraflar TMK'nın 347/3. maddesi gereğince, Devlet tarafından karşılanacaktır.

1.4.6. Eşlerin Boşanmaları Halinde Velayet

Evlilik birliği süresince velayet hakkı, ana ve baba tarafından birlikte kullanılır. TMK'nın 336/3. maddesi gereğince, evliliğin boşanma ile sona ermesi durumunda çocuğun velayeti, hâkim tarafından ana ya da babadan birine bırakılır²⁴⁶. Ana veya baba dışında üçüncü bir kişiye bırakılamaz²⁴⁷. Ancak, velayetin kaldırılması nedenlerinden birinin varlığı halinde hâkim, çocuğun menfaatlerinin korunması amacıyla çocuğu ana veya babadan hiçbirine vermeyerek üçüncü bir kişinin vesayeti altına alabilir²⁴⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus, velayetin kaldırılmasını gerektirecek sebeplerden birinin var olup olmadığının tespiti. Velayetin ana ve babadan alınarak çocuğun üçüncü bir kişinin vesayeti altında

²⁴⁴ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.437; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1150; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.145

²⁴⁵ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.438; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1150

²⁴⁶ "...Taraflar, 02.09.2006 tarihinde kesinleşen yabancı mahkeme ilamıyla boşanmışlar, boşanma kararı Ayancık Asliye Hukuk Mahkemesinin 30.04.2008 tarihinde kesinleşen ilamıyla tanınmıştır. Tanınmasına karar verilen yabancı mahkeme ilamında, boşanmadan sonra da müşterek çocuklar üzerinde müşterek velayet hakkının devam edeceği düzenlenmiştir. Davacı anne, çocukların velayetinin kendisine verilmesi için bu davayı açmış bulunmaktadır. Mahkemece, dava ispatlanmadığından reddine karar verilmiştir. Anne ve baba kesinleşen kararla boşandığına göre, ana ve babanın "evlilik mevcut iken" çocukları üzerindeki kanundan doğan "velayeti birlikte icra etme haklarını" (TMK. m. 336/1) artık birlikte kullanmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda velayetin yasal bir engel bulunmadıkça ebeveynlerden birine tevdi edilmesi kanuni zorunluluk (TMK. m. 336/3) bulunmaktadır. Velayetin düzenlenmesi davası kamu düzenine ilişkin olduğundan; re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle davacı delil bildirmese dahi hâkim, gerekli gördüğü delilleri kendiliğinden toplar. O halde; mahkemece bu çerçevede araştırma yapılması, ... Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin ... Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri uyarınca idrak çağındaki müşterek çocuk 1998 doğumlu Murat dinlenip, düşüncelerine ve açıklamalarına da değer verilip, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanmak suretiyle gerçekleşecek sonuca göre müşterek çocuk ... velayetinin yeniden düzenlenmesine karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde talebin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." İlgili Yargıtay Kararı için bkz: 2. HD. 16.02.2015 T. 2015/2140 Es. 2015/1932 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#> Erişim Tarihi: 28.02.2022)

²⁴⁷ Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.500 Öztan, **Aile Hukuku**, s.1089; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.406; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.28; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.148, Serdar, **Birlikte Velayet**, s.160; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.254; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.261

²⁴⁸ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.312; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1104; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.353

bırakılması, ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurmasını engelleyemez²⁴⁹. Boşanma kararıyla, velayet hakkı kendisine verilmeyen ebeveyn, çocukla arasında kişisel ilişki kurulmasını talep edebilir ancak velayet kamu düzeninden sayıldığından hâkim, velayet ile ilgili düzenlemeleri re'sen uygular²⁵⁰. TMK'nın 182/1. maddesi gereğince hakîm, velayet kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasında, mümkün oldukça ebeveynleri dinledikten²⁵¹ sonra kişisel ilişki tesis etmelidir. TMK'nın 182/3. maddesinde çocuk ile ebeveyni arasında kurulacak kişisel ilişkinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle ahlak, sağlık, eğitim bakımından yararlarının göz önünde tutulacağı ifade edilmiştir²⁵². Bununla birlikte velayet kendisine bırakılmamış olsa dahi, ebeveynin çocuğa karşı mali yükümlülükleri, iştirak nafakası kapsamında devam eder²⁵³.

Boşanma sonucunda, velayetin yalnızca tek bir ebeveyne tevdi edilmesi durumunda tüm hak ve yetkiler, velayete sahip ebeveyne aittir²⁵⁴. Bu ebeveynin diğer ebeveyne velayet hakkı kapsamındaki hak ve yetkilere ilişkin danışma yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁵⁵.

Hâkim, velayetin ana veya babaya tevdi hususunda oldukça kapsamlı bir takdir yetkisine sahiptir²⁵⁶. Hâkim söz konusu yetkisini, keyfiyetten kaçınarak

²⁴⁹ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s. 312 – 249. dipnottan naklen: 2. HD 18.09.1992, 7547/8176, YKD. 1993, S. 1 s. 17; 2. HD 18.09.1972, 7547/8176, YKD. 1992, S. 1 s. 17; “Mahkeme, çocuğun ana veya babanın velayeti altında bırakılmasını faydalı görmezse bir vasi celp edebilir. Ancak bu hal, ana veya babanın çocukla şahsi ilişkini engellemez.”

²⁵⁰ Gülgösteren, **Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet**, s.164; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.22-23; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.232; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1090; İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 27.12.1980 T. 1980/10835 Es. 1980/14095 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.226)

²⁵¹ Ayrıca bkz: Erdem, **Aile Hukuku**, s. 171; İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 07.02.2005 T. 2005/472 Es. 2005/1404 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.182)

²⁵² İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 31.05.2005 T. 2005/5868 Es. 2005/8446 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.179)

²⁵³ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 232; Öztan, **Aile Hukuku**, s. 1090; İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 03.04.2017 T. 2016/15863 Es. 2017/4475 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 08.06.2022

²⁵⁴ Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.132; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.195; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.162; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.9

²⁵⁵ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.162; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.195; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.9; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.132

²⁵⁶ Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.38; Öztan, **Aile Hukuku**, s.779; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.310; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.231; Gülgösteren, **Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet**, s.164

yalnızca çocuğun üstün yararını gözeterek kullanmalıdır²⁵⁷. Dolayısıyla velayetin tevdiinde, tarafların kusurlu olup olmadığı, ekonomik durumları, yaşları gibi hususların bir önemi yoktur²⁵⁸. Velayetin tevdiinde, çocuğun ana veya babadan hangisine verilmesi durumunda daha iyi yetiştirileceği önem arz eder²⁵⁹. Uygulamada genellikle velayetin anaya verildiği görülmektedir²⁶⁰. Tekinay'a göre, ana şefkatine muhtaç olan küçük yaştaki çocuğun, menfaatini etkileyecek önemli nedenlerin olmaması halinde, velayetin anaya tevdi edilmesi gerekir²⁶¹.

Boşanma sonucunda velayetin tevdiinde dikkat edilecek bir diğer husus, kardeşlerin birbirinden ayrılmamasıdır²⁶². Zira farklı etkiler altında kalmış ve farklı çevrelerde yetişmiş kardeşlerin birbirlerine yabancılaşması kaçınılmazdır²⁶³. Böylesi bir durum, çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil edecektir.

Boşanma davası sürecinde ana ve baba birbirinden ayrı yaşayacağından, çocukların kimin yanında kalacağı, diğer ebeveyn ile kişisel ilişkinin nasıl düzenleneceği gibi çocuğun bakım ve korunmasına yönelik önlemler hâkim tarafından re'sen alınır²⁶⁴. Bu süreçte, velayetin kaldırılmasını gerektiren bir hal söz konusu olmadığı sürece henüz boşanma gerçekleşmediğinden, çocuk her ne kadar

²⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Emine Akyüz “**Medeni Kanuna Göre Müsterek Hayatın Tatili Ayrılık, ve Boşanmada Çocuğun Korunması**”, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, Ankara 1983, s.55- 104; Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s.282-283; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.310; Usta, **Velayet Hukuku**, s.112; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.65; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1084

²⁵⁸ Erdem, **Aile Hukuku**, s.176; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.310; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.143; Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, s.430

²⁵⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.141; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.310; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.231; Aslan/Gürel, **Boşanmanın Anatomisi**, s.118

²⁶⁰ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.131; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri** s. 78; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.67; “...Ana yanında kalmasının çocukların bedeni fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı, halen mevcut veya ileride meydana gelecek tehlikelerin varlığı da iddia ve ispat olunmadığı halde özellikle ana bakım ve şefkatine muhtaç 1989 doğumlu küçüğün velayetinin babaya verilmesi usul ve kanuna aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HGK, 07.10.1992 T. 1992/2-441 Es. 1992/563 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.227)

²⁶¹ Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s.283

²⁶² Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.232; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.312; İlgili Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 2. HD. 30.12.2002 T. 2002/13860 Es, 2002/15193 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.167)

²⁶³ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.232

²⁶⁴ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.147; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.132; Aslan/Gürel, **Boşanmanın Anatomisi**, s.119

ana ve babadan birinin yanında kalsa da velayet, ana ve baba tarafından birlikte kullanılmaya devam eder²⁶⁵. Boşanma kararı kesinleştikten sonra doğan çocuklar bakımından ise, velayet direkt olarak diğer çocukların velayetinin verildiği tarafa ait olmaz; bu çocukların velayeti için ayrıca bir dava açılması gerekir²⁶⁶.

Boşanma davası sonucunda velayetin kendisine bırakılan tarafın ölümü halinde velayet, kendiliğinden sağ kalan eşe geçmez; velayetin sağ kalan eşe geçmesi için hâkim kararına ihtiyaç vardır²⁶⁷.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda, çocuğun velayeti kural olarak ana veya babadan birine verilmektedir. Ancak son yıllarda, birden fazla ülkede, boşanmadan sonra velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına imkân sağlayan kanuni düzenlemelerin yapılması, çeşitli uluslararası sözleşmelerde çocuk üzerinde ana ve babanın eşit hak ve yükümlülüğünün olduğunun kabul edilmesi, hukukumuz açısından boşanmadan sonra birlikte velayetin mümkün olup olamayacağı hususunu tartışmaya açmıştır²⁶⁸. Özellikle Türkiye tarafından, 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol²⁶⁹'ün onaylanması ve sonrasında Yargıtay'ın görüş değişikliğine giderek birlikte velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına ilişkin kararlar vermesiyle birlikte çalışmamızın 3. bölümünde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere öğretide, Türk hukuku bakımından boşanmadan sonra birlikte velayetin mümkün olup olmadığına ilişkin yaşanan tartışmalar yeni bir boyut kazanmıştır²⁷⁰. Bu konuya ilişkin öğretide yaşanan tartışmalara, tezimizin üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

²⁶⁵ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.264; Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Açılması**, s.25; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.232; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.286

²⁶⁶ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.132; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.40; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.312

²⁶⁷ Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, s.575; Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.142; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.312; Tekinay, **Türk Aile Hukuku** s.291; İlgili Yargıtay Kararları için bkz: Yargıtay 2. HD, 19.02.2002 T. 2002/1624 Es. 2002/2268 K.- Yargıtay 2 HD. 19.09.2005 T. 2005/10209 Es. 2005/12282 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.171 ve 180)

²⁶⁸ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.157

²⁶⁹ 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160325-1.pdf>) Erişim Tarihi: 09.06.202

²⁷⁰ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.151

1.4.7. Evlilik Dışı İlişkilerde Velayet

Türk Medeni Kanunu'nun 337/1. maddesi uyarınca, evlilik birliği dışında doğmuş bir çocuğun velayeti, anaya aittir²⁷¹. Bu madde kapsamında, hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır²⁷². Baba ile çocuk arasında tanıma veya hâkim kararıyla soybağı kurulmuş olsa dahi, evlilik dışı birliktelikten doğmuş bir çocuğun velayeti, anaya aittir²⁷³. Çocuk ile baba arasında soybağının kurulmuş olması, velayet hakkının babaya verilmesini gerektirmez²⁷⁴. Ancak baba, daha sonradan anayla evlenmesi durumunda kurulan soybağı ilişkisi kapsamında, anayla birlikte velayet hakkına sahip olur²⁷⁵.

TMK'nın 337/2. maddesinde, ananın kısıtlı olması, hayatta olmaması veya velayetin kendisinden alınmış olması durumlarında, çocuğun menfaatleri doğrultusunda hâkimin çocuğa vasi atayabileceği veya velayetini babaya verebileceği hüküm altına alınmıştır²⁷⁶. Daha net bir ifadeyle baba ile çocuk arasındaki soybağı, anayla evlenme dışında başka bir yolla kurulmuşsa (tanıma veya mahkeme kararı), ancak ananın kısıtlanmış olması, ölmesi veya velayetin ondan alınması durumunda babanın velayet hakkına sahip olması gündeme gelebilir²⁷⁷.

²⁷¹ 743 Sayılı Mülga TMK'nın 290. maddesi kapsamında, ana ile çocuk arasındaki soybağı doğum anında kurulmuş olsa da ana velayet hakkına doğrudan sahip olamazdı. Ananın velayet hakkına sahip olabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç vardı. Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.120; Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.368; Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s.533-534

²⁷² Yıldırım, **Türk Aile Hukuku**, s.157; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.136

²⁷³ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.185; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.148; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.38

²⁷⁴ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.148; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.185; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.121

²⁷⁵ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.139; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.142-143; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1092

²⁷⁶ 743 Sayılı Mülga TMK'nın 312. maddesinin son cümlesi kapsamında, evlilik dışı doğan çocuk ile babası arasında tanıma veya babalık davasıyla soybağının kurulması durumunda, başka hiçbir şart aranmadan hâkim kararıyla babanın velayet hakkına sahip olabilmesi mümkün olabiliyordu. Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.121; Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.366; İlgili Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 22.03.2002 T. 2002/3147 Es. 2002/4072 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.170)

²⁷⁷ Bu durumda çocuğun yararına göre hâkim, çocuğun velayetini babaya verir veya çocuğa bir vasi atar. Serdar, **Birlikte Velayet**, s.186; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.148; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1091; "...Çocuk, anasının evlilik dışı ilişkisinden doğmuş, baba ile soybağı 21.11.2014 tarihinde tanıma (TMK.md.295) ile kurulmuştur. Annenin yaşı küçük olup, çocuğun velisi yoktur. Kanun, ana, küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa, hâkimin, çocuğun menfaatine göre vasi atayacağını veya velayeti babaya vereceğini hükme bağlamıştır. (TMK.md.337/2). Baba ile soybağı tanıma ile kurulduğuna göre, babanın velayeti alma hakkı mevcuttur." İlgili Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 20. HD. 22.10.2018 T. 2018/5004 Es. 2018/6674 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarih: 08.06.2022

Baba hukuken belirlenemiyor ve ana da velayeti kullanamayacak durumda ise çocuğa vasi atanmalıdır²⁷⁸.

Çalışmamızda daha önce belirtildiği üzere, evlilik dışı birlikteliklerde ana, velayet hakkına çocuğun doğumuyla birlikte kendiliğinden sahip olur²⁷⁹; herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaz. Ayrıca bu tür bir birliktelikte ana ve baba aynı evde yaşıyor olsa dahi, velayet tek başına anaya aittir²⁸⁰.

Evlilik dışı birlikteliklerden doğan çocuklar için birlikte velayetin mümkün olup olmadığına ilişkin öğretide yaşanan tartışmalara, tezimizin üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

1.4.8. Evlat Edinme Halinde Velayet

Velayet hakkı, TMK kapsamında sadece ana ve babaya tanınan bir hak olduğundan, üçüncü bir kişiye tevdi edilemez²⁸¹. Ancak istisnai olarak çocuğun evlat edilmesi durumunda, evlat edinen ana ve baba, çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olmaktadır²⁸². Evlat edinen ana ve babanın sahip oldukları velayet hakkı, ana ve baba dışındakilerin velayet hakkına sahip olamayacakları kuralının tek istisnasıdır²⁸³. Bu nedenle, evlatlık ilişkisi kapsamında biyolojik ana ve babanın velayet hakkı bütünüyle sona erecektir²⁸⁴. Ancak bu durum, biyolojik ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma talebinde bulunmalarına engel değildir²⁸⁵.

²⁷⁸ İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 10.02.2005 T. 2004/15814 Es. 2004/1699 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.179)

²⁷⁹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.187; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.234; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1091; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Ayrıca bkz: Hasibe Sena Akkışla, “**Velayetin Tevdii**” Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s.63 vd.

²⁸⁰ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1091; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.137

²⁸¹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.141; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1074-1076; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.180; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.226

²⁸² Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.226; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1085; İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 25.06.2006 T. 2006/5261 Es. 2006/12236 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 08.06.2022

²⁸³ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 104; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.407; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.226; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1085

²⁸⁴ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.229; Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.258; Tekinay, **Türk Aile Hukuku** s.480;

²⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.261; Tekinay, **Türk Aile Hukuku** s.481; Cengiz Kaya, “**Türk Hukukunda Evlat Edinme**”, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.64-65; İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 01.03.2016 T. 2015/8094 Es. 2016/3588 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 08.06.2022

1.5. Velayetin Kaldırılması

Çocuğun ana ve baba karşısında korunması amacıyla, hâkim tarafından alınabilecek en ağır önlem, ana ve babanın velayet hakkının kaldırılmasıdır²⁸⁶. Kanuni bir gerekçeye dayanılmadan velayet hakkı ana ve babadan alınamaz²⁸⁷. TMK'nın 348. maddesinde yer alan düzenleme gereğince hâkim, çocuğun korunmasına yönelik alınan diğer önlemlerin yetersiz kalması veya bu önlemlerden sonuç alınamaması halinde, velayetin kaldırılmasına karar verebilir. Ancak bunun için aynı maddenin devamında sayılan sebeplerden birinin gerçekleşmesi gerekir²⁸⁸.

Velayetin kaldırılması için, ana ve babanın kusurlu olması şart değildir; zira burada önemli olan husus, ana ve babanın velayetten kaynaklanan ödevlerini yerine getirememeleri, aynı zamanda haklarını ve yetkilerini amacına uygun kullanamamalarıdır²⁸⁹. Fakat, genellikle yetersizlik dışındaki tüm sebeplerde ana ve babanın kusuru görülmektedir²⁹⁰.

TMK'nın 348. maddesinde velayetin kaldırılmasına ilişkin sebepler iki bent halinde sıralanmıştır:

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

²⁸⁶ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.438; Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.313

²⁸⁷ "...Davalı anne eşi A.'in 14.3.2007 tarihinde ölümü üzerine çocukları 1994 doğumlu N. 1998 doğumlu Hümeysra ve 2001 doğumlu Z.'le birlikte davacı kayınpederi ile yaşamaya başlamıştır. Davalı anne kayınbiraderinin baskıları sonucu evi terk ederek emniyete sığınmış, emniyet tarafından Karşıyaka Belediyesi Sosyal Yardım İşleri Müdürlüğüne teslim edilmiştir. Nitekim kayınbirader M. hakkında davalı anneyi tacizden dolayı Karşıyaka 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2008/519 esas sayılı davası ile dava açılmıştır. Benzer şekilde davalı anne 19.11.2008 tarihinde çocukların kendisine teslimi için İzmir 13. Aile Mahkemesi'nin 2008/62 değişik iş dosyası ile dava açmıştır. Açıklanan bu sebeplerle annenin çocuklara ilgi göstermediği veya yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı söylenemez. Asıl olan velayettir. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz. (T.M.K. madde 335/1) Türk Medeni Kanunu'nun 348. madde koşulları oluşmamıştır. Davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 15.06.2010 T. 2010/8617 Es. 2010/11819 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 01.11.2021

²⁸⁸ Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.313; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.352; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.438; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1099

²⁸⁹ Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.313

²⁹⁰ Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.313

Sayılan sebepler dışında başka bir nedene dayanılarak ana ve babadan velayet hakkı alınamaz²⁹¹.

İlk bentte belirtilen “benzeri sebepler” ifadesinden, ana ve babanın velayet görevini yerine getirememesinin yalnızca bentte sayılan deneyimsizlik, hastalık veya başka bir yerde bulunmaları²⁹² gibi nedenlerden ibaret olmadığı²⁹³, bu nedenler dışında örneğin ana ve babanın kısıtlanması²⁹⁴ veya evlilik birliğinin temelinden sarsılması gibi nedenlerin de velayetin kaldırılma nedenleri arasında olabileceği değerlendirilmesi yapılabilir. Ancak velayetin kullanılmasında yetersiz kalma halinin, devamlı olması gerekir²⁹⁵.

Yetersizlik nedeniyle velayetin kaldırılabilmesi için, söz konusu yetersizliğin velayete ilişkin olması gerekir; velayet dışındaki herhangi bir husustaki, örneğin mali konulara ilişkin yetersizlik²⁹⁶, velayetin kaldırılmasına neden olmaz²⁹⁷.

İkinci bentte belirtilen ana ve babanın velayeti altında bulunan çocuğa yeterli ilgiyi göstermemeleri, ağır derecede ihmalkâr davranmaları ve velayetten kaynaklanan ödevlerini yerine getirmemeleri, velayetin kaldırılmasına neden olur. Örneğin çocuğa şiddet uygulamak²⁹⁸ veya çocukla diğer ebeveyn arasında kurulmuş kişisel ilişkiyi engellemek²⁹⁹, velayetin kaldırılmasını gerektirir.

²⁹¹ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.438 – 70. dipnottan naklen: Yargıtay 2. HD. 06.11.1953, 5801/5077; 2. HD. 13.03.1952, 1721/1597

²⁹² İlgili Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 2. HD., 01.12.1980 T., 1980/7422 Es, 1980/8596 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.221)

²⁹³ Gülçin Elçin Grassinger, “**Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**”, On İki levha Yayınları, İstanbul 2009, s.174-175; Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.314; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.353; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1101

²⁹⁴ Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.314; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.439; Yargıtay’ın karşı yöndeki kararı için bkz: Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s. 439 – 71. dipnottan naklen: Yargıtay 2. HD. 25.12.1979, 9326/9536, YKD. 1980, S.3, s.345

²⁹⁵ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.345; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1100

²⁹⁶ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1100; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.345; İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 13.05.1985 T. 1985/4405 Es. 1985/4618 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.220)

²⁹⁷ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.345; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1100; İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD. 04.11.1983 T. 1983/8892 Es. 1983/8227 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.220)

²⁹⁸ İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2.HD. 05.05.1998 T. 1998/31612 Es. 1998/5391 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.236); Grassinger, **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, s.179.vd; Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.314

²⁹⁹ “...Medeni Kanun’da ana veya babanın başkası ile evlenmesi, başka bir yere gitmesi gibi çocuğun yaşayış ve gelişimine önemli etkiler yapacak gelişmeler halinde velayetin değiştirilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Öte yandan boşanma halinde velayet kendisine bırakılmayan ana veya babanın çocuk ile şahsi münasebet kurması için gerekli görülen tedbirlerin alınması aynı kanun 148. maddesinde emredilmektedir. Bu hüküm çocuğun velayet verilmeyen ana ya da babası ile şahsi

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, velayet hakkını kullanmak istemediğini açık bir şekilde beyan eden ana veya baba karşısında hâkimin, kişisel ilişkiyi düzenleyerek velayet hakkını kaldırması gerektiğini belirtmiştir³⁰⁰. Ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, velayet kaldırılmış olsa dahi engellenemez.³⁰¹ Buna karşılık, çocuğun ana veya babasını görmesi, kişisel gelişimini ve psikolojik durumunu olumsuz etkileyerek çocuğa zarar veriyorsa, kişisel ilişki hakkının tanınmaması gerekir³⁰².

TMK'nın 349. maddesi uyarınca, velayet sahibi ana veya babanın yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılma nedenlerinden biri değildir³⁰³. Fakat bu durum çocuğun bakım, gözetim ve korunmasına ilişkin menfaatlerini tehlikeye düşürürse, velayet hakkı diğer ebeveyne tanınabilir veya çocuğa vasi atanabilir³⁰⁴.

ilişkinin hayati öneminin bir sonucudur. Bu önemin idraki içinde olmayan, haklı bir sebep yokken hâkimin tayin ettiği zaman dilimi içinde çocuğun diğer tarafla ilişkisine engel olan ana ya da babanın çocuğun yararına hareket etmediği açıktır. Davalı hükümde görüşme günü olarak belirlenen 3.5.1997, 4.10.1997, 6.12.1997, 7.2.1998, 1.8.1998 Cumartesi günleri ile 1998 senenin Temmuz ayının 1. günü çocuğu alınabilecek yer olan adresinde hazır bulunmamış, hazır bulundurmamıştır. Boşanma ilamının kesinleşmesinden itibaren diğer görüşme günlerinde çocuğun ana ile görüştürüldüğü yönünde bir belge dosya arasında yoktur. Bu süre içinde bir kez 3.7.1997 tarihinde çocuğun icraen anneye verildiği, onda da çocuğun yanında bulunan kadın tarafından kaçırılmak istediği, zabıta yardımı ile hükmün icra edildiği anlaşılmaktadır. Davalının yarattığı bu sürtüşmeler çocuğun özellikle psikolojik gelişimine menfi etki yapan davranışlar olup tek başına velayetin değiştirilmesi sebebidir.”

İlgili Yargıtay Kararları için bkz: Yargıtay 2. HD, 30.10.2000 T. 2000/12847 Es. 2000/13179 K.-2.HD. 14.02.2017 T. 2016/11109 Es. 2017/1492 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.211)

³⁰⁰İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 08.03.2017 T. 2016/24292 Es. 2017/2468 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 14.11.2021 Çatalbaş, **Ortak Velayet Kavramı**, s.71

³⁰¹Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.319; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.126; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.353; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1099; İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 18.09.1992 T. 1992/7547 Es. 1992/8176 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 14.11.2021

³⁰² Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.126; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1099

³⁰³ İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD. 15.04.1992 T. 1992/2-140 Es. 1992/248 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.230)

³⁰⁴ “...Karı kocadan birinin vefatı halinde, velayet, sağ kalana. ait olur. Velayeti haiz olan ana ve (veya) baba, yeniden evlenmişse, icap ettiği halde çocuğa bir vasi tayin edilir. Öte yandan "velayeti ifadan aciz veya mahcur olan, yahut nüfuzunu ağır surette suistimal eden veya fahiş ihmalde bulunan ana ve babadan, hakim, velayet hakkını nez edebilir." Davalı, babanın 14.9.1991'de ölümünden sonra 14.10.1993 de evlenmiştir. Davalının evlendiği kişinin birçok mahkumiyetinin olduğu dosya arasındaki resmi kayıtlarla bellidir. 20.2.1984 doğumlu ve mümeyyiz olan küçük Esin'in üvey babası hakkındaki tanıklarca da doğrulanan beyanlarını samimi kabul etmek gerekir. Diğer yandan davalı annenin yeni evlendiği kişinin küçüğe karşı davranışlarını hoş gördüğü; babanın ölümünden sonra da çok uzun süreli çocuğu davacı yanında bırakarak velayet hakkının kullanılmasında ağır ihmalde bulunduğu dosya içeriğinde bulunan şahadatte subuta ermektedir. Medeni Kanun'un 275. maddesindeki koşulları aşan bir düzeyde Medeni Kanun'un 274. maddesi şartları olduğu halde, yetersiz gerekçe ile istemin reddi doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş gerekli geçici tedbirleri (MK. md. 272) alarak davalının velayetinin nez'i ile, çocuğa bir vasi tayini (MK. md. 274) için evrakı sulh hakimine göndermekten ibarettir.” İlgili Yargıtay Kararları için bkz: Yargıtay 2. HD, 27.10.2000

Velayetin kaldırılmasına ilişkin şartların oluşması halinde velayet, sebep olan ana veya babadan birinden³⁰⁵ ya da her ikisinden kaldırılabilir³⁰⁶. Velayetin her ikisinden de kaldırıldığı hallerde, çocuğa bir vasi atanır³⁰⁷. Böylesi bir durumda her ne kadar ana ve babanın velayetten kaynaklanan hak ve yükümlülükleri sona erse de çocuğun nafakasına, eğitimine ve bakımına ilişkin giderleri karşılama yükümlülükleri devam etmektedir³⁰⁸. Ancak TMK'nın 350/2. maddesi uyarınca, ana veya babanın bu giderleri karşılama gücü bulunmuyorsa, söz konusu giderler devlet tarafından karşılanır.

Ayrıca, TMK'nın 348/3. maddesi gereğince, velayetin kaldırılması kararı, aksi kararda belirtilmedikçe mevcut ve doğacak tüm çocukları kapsamaktadır³⁰⁹. *Baktır Çetiner*'e göre, velayetin kaldırılması ana ve baba için bir ceza niteliğinde değil, çocuğun korunması için alınacak bir tedbir niteliğinde olmalı ve dolayısıyla bu husus, velayetin kaldırılma nedenlerinin tümü için uygulanmamalıdır³¹⁰.

Velayetin kaldırılmasını gerektirecek sebebin ortadan kalkması durumunda, ana ve babanın talebi veya hâkimin re'sen vereceği karar ile velayet iade edilebilir³¹¹.

T. 2000/12486 Es. 2000/13084 K. – Yargıtay HGK. 08.03.2000 T. 2000/2-167 Es. 2000/168 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.213 ve 215)

³⁰⁵ “...Toplanan delillerden tarafların 7.7.1992 de evlendikleri, On beş gün kadar beraber kaldıktan sonra kocanın eşini bırakarak Almanya'ya gittiği, bu arada 3.4.1993 te küçük Ç.'nın dünyaya geldiği, davalı kocanın eşini ve çocuğu aramadığı, onlarla ilgilenmediği, çocuğunu bir kere olsun gelip göremediği ve bu durumun özel bir nedenden kaynaklandığı da ileri sürülüp ispat edilmediği anlaşılmaktadır. Gerçekten babanın bu davranışı Medeni Kanun'un 274. maddesinde ifadesini bulan ve velayetin nezini gerektirecek ağırlıkta bulunmamakta ise de dilekçede de açıklandığı gibi, davacı anne pasaport çıkartmamakta ve çocuğun bu nitelikteki diğer işlerini de yapamadığı görülmektedir. Anne ve babanın birlikte kullanmaları gereken velayet hakkının açıklanan şekilde askıda kalması küçüğün geleceğine olumsuz etki yapacağı kuşkusuzdur. O halde mahkemece taraflar arasındaki ihtilaflar çözümleninceye kadar tek başına kullanılmak üzere velayetin tedbiren anneye bırakılmasına karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 18.01.1995 T. 1994/13131 Es. 1995/519 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.234)

³⁰⁶ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1104; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.353; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.440

³⁰⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.353; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1104; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.440

³⁰⁸ Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.124; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.441; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1105

³⁰⁹ Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.319; Usta, **Velayet Hukuku**, s.474; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1099; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.353; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.440; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.123

³¹⁰ Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.123

³¹¹ Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, s.321; Usta, **Velayet Hukuku**, s.476; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1099; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.354; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.441; Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, s.127; “...*Olayda 10.05.1989 tarihinde kesinleşen boşanma kararı ile müşterek çocuk (1.10.1987) doğumlu M...'in velayeti anneye verilmiş, bilahare, anneannenin 9.1.1997 tarihinde anneye karşı açtığı dava sonucunda; Türk Kanunu Medenisinin 274. maddesi*

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLİKTE VELAYET

2.1. Kavramsal Olarak Birlikte Velayet

Çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılarıyla belirtildiği üzere Türk hukuku kapsamında velayet, küçük veya bazı hallerde ergin ancak kısıtlanmış olan çocukların bakımı, eğitimi, şahıs ve malvarlığının korunması ve bunların temsil edilmesi amacıyla ana ve/veya babaya tanınan hak, yetki ve ödevlerdir³¹². TMK kapsamında ana ve baba, evlilik birliği içerisinde velayet hakkını birlikte kullanırken evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde hâkim tarafından velayet, ana ya da babadan birine tevdi edilecektir. Bu durumda velayet kapsamında tanınan hak ve yükümlülükler, yalnızca velayetin tevdi edildiği ebeveyn tarafından kullanılacak ve yerine getirilecektir. Birlikte velayetin söz konusu olduğu hallerde ise, ana ve baba velayet kapsamında sahip oldukları hak ve yükümlülükleri, birbirlerinden bağımsız, aralarında uzlaşa sağlayarak, eşit ve ortaklaşa bir şekilde kullanırlar³¹³.

gereğince annenin çocuk üzerindeki velayet hakkı nez edilmiştir. Karar 9.6.1997'de kesinleşmiştir. Bundan sonra, nez'e karar veren mahkemenin ihbarda bulunması üzerine Banaz Sulh Hukuk Mahkemesinin 4.12.1997 tarihli 97/343-519 sayılı kararı ile " ... küçük Mehmet'in velayetinin babası (davalı) Y....'e verilmesine, babanın veli tayinine karar verilmiştir. İşbu dava ise çocuğun anası tarafından 10.04.2003 tarihinde açılmıştır. Davacı, çocuğun velayetinin davalı babadan alınıp kendisine verilmesini ve çocuk için iştirak nafakasına hükmedilmesini istemektedir. İstek " ... velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalktığından bahisle velayetin iadesi niteliğindedir. Delillerin bu çerçevede değerlendirilip hasıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesini gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı görülmüştür." İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 24.03.2004 T. 2004/2686 Es. 2004/3490 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 17.11.2021

³¹² Oğuzman/ Dural, **Aile Hukuku**, s.272; Tekinay, **Türk Aile Hukuku** s.497; Feyzioğlu, **Aile Hukuku** s.503; Akıntürk/ Ateş, **Aile Hukuku**, s.406; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1074; Dural/ Ögüz/ Gümüş, **Aile Hukuku**, s.339; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.179; Serozan, s.23-24; Ruhi/ Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.21; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.259; Yıldırım, **Aile Hukuku**, s.155; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.21; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.631; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.7

³¹³ Süheyla Kahraman, "Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet" Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s.13-14; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.254; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.408; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.262; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.7; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.139; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.143; Usta, **Velayet Hukuku**, s. 106; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.131

Birlikte velayet, TMK kapsamında her ne kadar evlilik birliği içerisinde mümkün görünse de özü itibariyle, ana babanın evli olup olmadığına ve birlikte yaşayıp yaşamadıklarına bakılmaksızın çocuk üzerinde eşit hak ve yetkilere sahip olmalarını ifade eder³¹⁴. Bir başka ifadeyle ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri, Anayasa'nın 10. ve 41/1. maddelerinde yer alan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde, yerine getirmesinin gereğidir³¹⁵.

Genel olarak birlikte velayette amaçlanan, eşler arasında cinsiyet eşitliğinin sağlanması, çocuğun bakımında ve yetiştirilmesinde ebeveynlerin eşit söz hakkına sahip olması ve çocuğun üstün yararının korunmasıdır. Velayetin tek bir ebeveyne bırakılması durumundan farklı olarak birlikte velayette, çocuğa ilişkin önem arz eden tüm konularda ana ve baba, kararı birlikte verecektir. Örneğin çocuğun nerede ikamet edeceği, hangi okula gideceği, çocuğa hangi dini eğitimin verileceği, tıbbi tedavinin çocuğa uygulanıp uygulanmaması³¹⁶ gibi önem arz eden hususlarda, birlikte karar vereceklerdir³¹⁷. Karar alma ve uygulama sürecinde biri diğerinden fazla hak ve yetkiye sahip olmadan hem ananın hem de babanın katılımı sağlanmaktadır³¹⁸. Ancak bazı acil ve hemen karar verilmesi gereken durumlarda, birlikte velayet hakkına sahip ana ve babadan birinin, diğerinin izni veya icazetiyle

³¹⁴ Eylem Apaydın, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, S.1, Yıl 2018, s.447; Gülgösteren, **Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet**, s.167 ; Nagehan Çakır, “**Türk Aile Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Ortak Velayet**” Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s.50; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.8; Çatalbaş, **Ortak Velayet Kavramı**, s.95; Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.13; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.162; Bingöl, **Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması** s.281; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet** s.195; Özcan, **Birlikte Velayet Hakkı**, s.218

³¹⁵ Bingöl, **Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması**, s.281

³¹⁶ Kişinin hayatı, sağlığı ve beden bütünlüğü üzerindeki hakkı, kişilik hakkı kapsamında olup aynı zamanda mutlak haktır. Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.7; Helvacı/Erlüle, **Medeni Hukuk**, s.112-113; Filiz Yavuz İpekyüz, **Hekimin Tazminat Sorumluluğu**, DÜHFD, C. 20, S. 33, Yıl 2015, s.19-21

³¹⁷ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.651 İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.108; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.8

³¹⁸ Ünsal Dönmez/Taylan Barın, “**Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu**”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.9, S.35, Yıl 2018, s.183; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.9; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.302

konuya ilişkin karar verebilmesi mümkündür³¹⁹. Çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminde ana ve babanın eşit öneme sahip olması, velayetten doğan hak ve yükümlülüklerin ana ve baba tarafından birlikte yerine getirilmeye çalışılması ve son olarak çocuğun her iki ebeveyn ile yaşamasına olanak sağlaması, birlikte velayeti tek başına velayetten ayıran diğer özelliklerdir³²⁰.

Birlikte velayet kavramı olarak ilk olarak ABD’de, tek başına velayetin yanında alternatif bir seçenek ortaya çıkmış ve zamanla gerek kanuni düzenlemelerle gerekse de yargı kararlarıyla tüm dünyayı etkilemiştir³²¹. Uluslararası doktrinde, “*shared custody*”, “*joint custody*”, “*shared parenting*”, “*joint parental*” gibi kavramlarla ifade edilen birlikte velayet³²², Türk hukukunda “ortak velayet”, “müşterek velayet” olarak da ifade edilmektedir.

2.2. Tarihsel Süreci

18.yy’da başlayan Sanayi Devrimi ve onu takip eden Fransız İhtilali’yle birlikte, topluma egemen olan tarımdan, sanayiye geçişi hızlandırmıştır³²³. Bu süreçte, toplum dinamikleri hızla gelişmeye ve dönüşmeye başlamıştır. Buna bağlı olarak tarım toplumunda egemen olan babanın çocuk üzerindeki sınırsız ve mutlak hakimiyeti, çocuğun hak sujesi olarak kabulü ve kadının iş hayatına girmesiyle birlikte sorgulanmaya başlanmıştır³²⁴. Özellikle 1900’lü yıllara gelindiğinde, çocuk hakları alanında yaşanan gelişmeler, aile yapısında önemli değişimleri beraberinde getirmiştir. Bu gelişmeler ışığında, evlilik birliği içerisinde ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olması gerektiği kabul görmüş ve hatta evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda veya evlilik dışı ilişkilerde müşterek çocuk için

³¹⁹ Akyüz, **Çocuk Hukuku** s.228; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.303; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.187; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.61

³²⁰ Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.13; Çakır, **Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Ortak Velayet**, s.51

³²¹ Bilgi için bkz: Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.13; Çakır, **Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Ortak Velayet**, s.51

³²² Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.13; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.10-11

³²³ Usta, **Velayet Hukuku**, s.45; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.158; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.194

³²⁴ Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.7; Usta, **Velayet Hukuku**, s.45; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.194

birlikte velayet tartışılmaya başlanmıştır³²⁵. Nitekim İsviçre ve Almanya gibi ülkeler gerekli kanuni düzenlemeleri oluşturarak evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği hallerde veya evlilik dışı ilişkilerde var olan müşterek çocuğun, ana ve babanın birlikte velayeti altında kalmasına imkân tanınmıştır.

19.yy ortalarından 20.yy ortalarına kadar devam eden süreçte, duyarlı yıllar doktrini³²⁶ (tender years) olarak adlandırılan ve özellikle küçük yaştaki çocukların velayetlerinin tevdiinde, ananın öncelikli olduğunu savunan görüş hâkim olmuştur³²⁷. Söz konusu görüşe göre faziletin simgesi olarak kabul edilen ana, çocuğun bakımını ve gelişimini en iyi şekilde sağlayabilecek kişidir³²⁸. Dolayısıyla duyarlı yıllar doktrininin³²⁹, çocuğun üstün yararına hizmet ettiği kabul edilmektedir³³⁰.

1970’li yıllara kadar var olan aile modelinde, ananın ev işlerinden ve çocuğun bakımından; babanın ise çalışarak evin geçiminden sorumlu olduğu görülmektedir³³¹. Ancak 1970’lerde yaşanan feminist hareketin etkisiyle birlikte, kadın-erkek eşitliğinin benimsenmesi ve kadının iş hayatında daha aktif olarak yer almasıyla duyarlı yıllar doktrini, kadınlar tarafından birçok konuda kısıtlandıkları gerekçesiyle eleştirilmeye başlanmıştır³³². Kadınların yanı sıra babaların oluşturduğu gruplar da velayet hakkının anaya verilmesini öncelikli kılan duyarlı yıllar doktrinine, velayet hakkından mahrum bırakıldıkları gerekçesiyle karşı çıkmıştır³³³. Tüm bu yaşanan gelişmeler neticesinde, birçok yabancı devlet hukukunda çocuğun

³²⁵ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.158; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.194

³²⁶ Ramsay Laing Klaff, “**The Tender Years Doctrine: A Defense**”, **California Law Review**, C. 70, S. 2, 1982, s.342 (<https://lawcat.berkeley.edu/record/1111729>) Erişim Tarihi 24.11.2021; Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.8

³²⁷ Robert Harris Mnookin, “**Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Fave of Indeterminacy**”, **Law and Contemporary Problems**, Duke University Scholl of Law, C. 39, S. 3, 1975, s.235 (<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3457&context=lcp>) Erişim Tarihi: 26.11.2021; Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.8

³²⁸ Sean Steel, “**Having Your Cake and Eating It Too: The Law and Politics of Child Custody in Canada**, **University of Calgary, Department of Political**”, A Thesis Submitted to the Faculty Of Graduate Studies in Partial Fulfilment of The Requirements for the Degree of Master of Arts, Calgary 2001, s.20, Mnookin, **Child-Custody Adjudication**, s.235; Kahraman, **Müşterek Velayet** s.9

³²⁹ Klaff, **The Tender Years Doctrine**, s.342-343; Mnookin, **Child-Custody Adjudication**, s.235; Steel, **Having Your Cake and Eating It Too**, s.20

³³⁰ Stell, **Having Your Cake and Eating It Too**, s.20; Çakır, **Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Ortak Velayet**, s.43

³³¹ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.159; Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.7; Usta, **Velayet Hukuku**, s.45; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.194

³³² Stell, **Having Your Cake and Eating It Too**, s.25

³³³ Elizabeth S. Scott, “**Pluralism, Parental Preference, and Child Custody**”, **California Law Review**, C. 80, S. 3, 1992, s.616

üstün menfaatleri esas alınarak, evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanma ve evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanıyan yasal düzenlemeler hazırlanmıştır.

2.3. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Velayet

2.3.1. Alman Hukuku

Alman hukukunda, Anayasa Mahkemesi 03.11.1982 tarihinde vermiş olduğu bir kararla³³⁴ velayet hakkının, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda yalnızca ebeveynlerden birine verilmesine ilişkin Alman Medeni Kanunu'nun³³⁵ (Bürgerliches Gesetzbuch) 1671/4. maddesini, Alman Anayasa'sının 6. maddesine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir³³⁶. Yine Alman Anayasa Mahkemesi, 07.05.1991 tarihinde³³⁷, evlilik dışı ilişkiden doğmuş ancak ana ve babası birlikte yaşayan çocuğun, velayet hakkının ebeveynler tarafından birlikte kullanılmasına imkân vermeyen düzenlemeyi, Alman Anayasası'nın 6. maddesine aykırı bulmuştur³³⁸. Bu gelişmelerin ardından Alman hukukunda, ana ve babanın medeni hallerinden bağımsız şekilde, birlikte velayetin düzenlenmesine ilişkin tartışmalar yaşanmış ve 01.07.1998 tarihinde yürürlüğe giren 16.12.1997 tarihli Çocuk Hukuku Reform Kanunu³³⁹ ve bu kanun kapsamında Alman Medeni Kanunu'nda yapılan yeni düzenlemelerle, birlikte velayete imkân tanınmıştır.

³³⁴ İlgili karar için bkz: BVerfGE 61, 358-382, Urteil vom 3 November 1982, 1 BvL 25/80 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Entscheidungen/Liste/60ff/liste_node.html;jsessionid=E99E57F106548F9EC91688918E31D945.2_cid507) Erişim Tarihi: 31.11.2021

³³⁵ Alman Medeni Kanunu için bkz: (<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>) Erişim Tarihi: 31.11.2021

³³⁶ İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.202; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.164; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.463; Ceyda Acar, **“Ortak Velayet”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2021, s.93

³³⁷ İlgili karar için bkz: BVerfGE 84, 168-187, Beschluss vom 29 Mai 1991, 1 BvL 32/88 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Entscheidungen/Liste/80ff/liste_node.html;jsessionid=E99E57F106548F9EC91688918E31D945.2_cid507) Erişim Tarihi: 31.11.2021

³³⁸ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.164; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.202; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 46; Acar, **Ortak Velayet**, s.9

³³⁹ Çocuk Hukuku Reformu Kanunu için bkz: (https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl197082.pdf%27%5D__1655454962533) Erişim Tarihi: 01.12.2021

Çocuk Hukuku Reformu Kanunu’nun asıl amacı, Alman Anayasası’nın evlilik içi veya evlilik dışında doğan çocuklar arasındaki ayrımcılığı gidererek çocuklar arasında eşitliğin sağlanmasıdır³⁴⁰. Bu kapsamda yapılan değişiklikler neticesinde, “evlilik dışı çocuk” kavramı kanundan çıkartılmış ve söz konusu kavram yerine “ana babaları evli olmayan çocuklar” kavramı tercih edilmiştir³⁴¹. Ayrıca evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar, miras hakkı da dahil olmak üzere aynı hükümlere tabi kılınmıştır³⁴².

Çocuk Hukuku Reformu Kanunu kapsamında Alman Medeni Kanunu’nda yapılan değişiklikler ile boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkilerde, ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olabilmesi mümkün hale gelmiştir³⁴³. Reform kanun öncesinde, boşanma sonucunda müşterek çocuğun velayeti, ana veya babadan birine bırakılıyordu³⁴⁴. Reform kanun sayesinde Alman Medeni Kanunu’nun 1671. maddesinde yapılan değişiklik ile boşanma sonucunda, ana ve baba velayet hakkına birlikte ve hiçbir karar gerekmeksizin sahip olurlar³⁴⁵. Aynı maddede yer alan düzenleme gereğince, ana veya babanın, velayet hakkına tek başına kullanabilmesi için bir mahkeme kararına ihtiyaç vardır³⁴⁶.

Alman hukukunda evlilik dışı ilişkilerden doğan müşterek çocuğun velayeti, 2009 yılına kadar yalnızca anaya aitti. Ancak ana ve babanın anlaşarak resmi bir beyanda bulunmaları veya birbirleriyle evlenmesi durumunda, velayete birlikte sahip

³⁴⁰ Alman Anayasası’nın 6/5. maddesinde, evlilik dışı çocuklara, yasa yoluyla bedeni ve manevi gelişmeleri ve toplum içindeki konumları bakımından, evlilik içi çocuklarla eşit koşullar sağlanacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.

(<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>) Erişim Tarihi: 01.12.2021

³⁴¹ Acabey, **Soybağı Kurulması**, s.101; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.164

³⁴² Acabey, **Soybağı Kurulması**, s.101-102; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.164

³⁴³ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.164; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.46

³⁴⁴ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.165; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.46; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.202

³⁴⁵ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.165; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.46; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.202

³⁴⁶ Bu husus, Alman Medeni Kanunu’nun 1671/1 hükmünde açıkça ifade edilmektedir. Tek başına velayet hakkına sahip olunabilmesi için, tek başına velayet hakkına sahip olmak isteyen tarafın talebi, diğer ebeveynin bu talebi onaylaması, tek başına velayetin çocuğun yararına uygun olması ve çocuk 14 yaşından büyükse tek başına velayete itiraz etmemiş olması gerekir. (<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>) Erişim Tarihi: 03.12.2021

olabiliyorlardı³⁴⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 03.12.2009 tarihli Zaunegger kararında³⁴⁸, evlilik dışı ilişkiden doğmuş bir çocuğun velayetinin, baba tarafından anayla ortak kullanılmak istenmesine karşı bu talebi, ananın itirazı³⁴⁹ ile çocuğun üstün menfaatine uygun olup olmadığını değerlendirmeksizin Alman hukuk düzenlemelerini gerekçe göstererek reddeden Alman Mahkemesi kararını, AİHS'in aile hayatına saygı gösterilmesini düzenleyen 8. ve ayrımcılığı yasaklayan 14. maddelerine aykırı bulmuştur³⁵⁰. AİHM'nin vermiş olduğu Zaunegger kararı neticesinde, 19.05.2013 tarihinde Alman Medeni Kanunu'nun 1626. maddesinde revizyona gidilerek evlilik dışı ilişkiler bakımından ana ve babanın resmi beyanda bulunmaları veya ebeveynlerin birbirleriyle evlenmesi şartlarının yanı sıra taraflardan birinin talebi üzerine mahkemenin vereceği karar ile de birlikte velayet mümkün hale gelmiştir³⁵¹.

Alman hukukunda halihazırda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velayet kuralı; tek başına velayet istisnadır³⁵². Ebeveynler hiçbir mahkeme kararına gerek duymaksızın velayeti birlikte kullanmaya devam ederler³⁵³. Ancak ana ve babanın, aksini kararlaştırması mümkündür³⁵⁴. Evlilik dışı ilişkiler bakımından ise velayet hakkının kural olarak anaya ait olduğu söylenebilir ancak ananın rızası olmadan da babanın, mahkemeden birlikte velayet talebinde bulunabilmesi mümkündür³⁵⁵.

³⁴⁷ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.168; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.639; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.161

³⁴⁸ AİHM, App No: 22028/04 Date: 03.12.2009 Zaunegger-Almanya Kararı için bkz: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22languageisocode%22%3A%22ENG%22%2C%22appno%22%3A%2222028%2F04%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%222001-96020%22%7D> (Erişim Tarihi: 03.12.2021);

³⁴⁹ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.639

³⁵⁰ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 47; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.164

³⁵¹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.168; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.48

³⁵² Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.234; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.165-166; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.48

³⁵³ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.155

³⁵⁴ Alman Medeni Kanunu'nun 1671.maddesi uyarınca, mahkeme tek başına velayet kararını yalnızca ebeveynlerin bu hususa yönelik taleplerinin olması halinde verebilir. Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.165

³⁵⁵ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.168; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.49

2.3.2. İsviçre Hukuku

İsviçre Hukuku'nda 2000'li yılların başına kadar, evlilik birliği içerisinde doğan çocuklar bakımından birlikte velayet kabul edilmiş ancak evlilik birliği dışında birlikte velayetin mümkün olduğu başkaca bir hâl düzenlenmemiştir³⁵⁶. Zira, ana ve babanın boşanması durumunda velayet, ebeveynlerden birine; ana ve baba evli değilse, velayet anaya aitti³⁵⁷.

2000'li yıllara gelindiğinde, İsviçre Medeni Kanunu'nda³⁵⁸ (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) yapılan değişiklik ile boşanma durumunda ana ve babanın ortak talebinin bulunması, çocuğun bakımına ve masraflarına katılma noktasında aralarında anlaşmaları ve hâkimin anlaşmayı çocuğun üstün yararına uygun bulması halinde, birlikte velayete karar verebileceğine ilişkin 133. madde yürürlüğe girmiştir³⁵⁹. Daha net bir ifadeyle kural tek başına velayet, istisna birlikte velayetti³⁶⁰. Evlilik dışı ilişkiler bakımından ise İMK'nın 298. maddesi gereğince, kural olarak velayet anaya aitti ancak ana ve babanın ortak velayet talebinde bulunması, aralarında çocuğun bakım ve giderlerinin paylaşılmasını içeren bir anlaşma yapmış olmaları ve hâkimin anlaşmayı çocuğun üstün yararına uygun bulması koşuluyla, birlikte velayet mümkün olabiliyordu³⁶¹.

³⁵⁶ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.634; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.208; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.54

³⁵⁷ Kudret Güven, “**Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet**”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S. 1, Ocak 2018, s.13-14; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.634; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 208; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.54-55; Ingeborg Schwenzer/Tomie Keller, “**New Rules on Parental Responsibility in Switzerland**”, The International Survey of Family Law, Y. 2014. s.458 (https://edoc.unibas.ch/34150/1/20140812141521_53ea055930bb0.pdf Erişim Tarihi: 10.12.2021)

³⁵⁸ İsviçre Medeni Kanunu için bkz: (https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de/art_133) Erişim Tarihi: 12.12.2021

³⁵⁹ Schwenzer/Keller, **New Rules**, s.460; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.204; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.162, Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.642; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.156; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.172; Yapılan değişikliklerle birlikte “ebeveyn bakımı” anlamına gelen “elterliche Sorge” kavramı, artık “ebeveyn sorumluluğu” anlamında kullanılmaya başlandı. Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s 57

³⁶⁰ Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.15; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.641-642; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.204; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.162

³⁶¹ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.160; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.169-170

İMK’da yapılan değişiklikten sonra, boşanmadan sonra birlikte velayet talepleri %15 artmış; 2010 yılında ise bu artış %45’lere ulaşmıştır³⁶². Yine ana ve babası evli olmayan çocukların doğum oranlarının ise son on yılda, ikiye katlanmış olduğu tespit edilmiş ve tüm bu yaşanan gelişmeler, İsviçre hukuku uygulamasında, velayetin birlikte sürdürülmesinin kural haline geldiğini göstermektedir³⁶³.

Bu durumların yanı sıra Almanya’ya karşı açılan Zaunegger ve Avusturya’ya karşı açılan Sporer davalarında³⁶⁴, AİHM’in evlilik dışı ilişkiler bakımından velayet hakkının anaya tanınmasını ve birlikte velayet hakkının ancak tarafların ortak bir velayet anlaşması yapmasına bağlı kılınarak ananın inisiyatifine bırakılmış olmasını, AİHS’in 8. ve 14. maddelerine aykırı bulması sonucunda, İsviçre hukukunda birlikte velayete ilişkin yer alan düzenlemeler, çocuğun üstün yararının yeterince korunmadığı ve ayrımcılığa neden olduğu gerekçeleriyle eleştirilmeye başlandı³⁶⁵.

Bunun üzerine, 1 Temmuz 2014 tarihinde, İMK’nın velayeti düzenleyen hükümlerinde önemli değişiklikler yapıldı. Söz konusu değişiklikler neticesinde birlikte velayet, İMK’nın 296. maddesinde ebeveynlerin medeni hallerinden bağımsız bir şekilde kural olarak kabul edildi³⁶⁶. Daha net bir ifadeyle çocuk, ana ve babasının medeni halinden bağımsız bir şekilde ergin olana kadar ebeveynlerinin birlikte velayeti altında kalmaya devam eder³⁶⁷. Bu sayede, ebeveynler arasındaki ayrım ortadan kaldırılarak ana ve baba çocuğun gelişimi ve eğitiminden birlikte sorumlu tutuldu³⁶⁸. Ancak bu durum Alman hukukunda olduğu gibi kendiliğinden

³⁶² Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.642

³⁶³ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.642; Schwenzer/Keller, **New Rules**, s.460

³⁶⁴ AİHM, App No: 35637/03 Date: 03.02.2011, Sporer-Avusturya Kararı için bkz: ([https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20SPORER%20v.%20AUSTRIA%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-103234%22\]}%](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20SPORER%20v.%20AUSTRIA%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-103234%22]})) Erişim Tarihi: 19.12.2021

³⁶⁵ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.636-637; Schwenzer/Keller, **New Rules**, s.460

³⁶⁶ Schwenzer/Keller, **New Rules**, s.459; Güven, **Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet**, s.19; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.205; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.643; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.57

³⁶⁷ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.649; Schwenzer/Keller, **New Rules**, s.459; **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.205; Güven, **Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet**, s.19

³⁶⁸ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.155; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.643; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.57

gerçekleşmemektedir³⁶⁹. Zira boşanma halinde birlikte velayetin devam etmesi için hâkim kararına³⁷⁰ ihtiyaç duyulurken evlilik dışı ilişkilerde, çocuk koruma makamına bildirimde bulunulması gerekir³⁷¹. İMK'nın 298/a maddesi gereğince, hâkim her somut olayda çocuğun üstün yararını dikkate alarak değerlendirme yaptıktan sonra tek başına velayete de karar verebilmektedir³⁷².

İMK'da 2014 yılında yapılan değişiklikler neticesinde, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar bakımından, ana ve babanın birlikte velayet hakkına sahip olabilmesi, farklı ihtimaller göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Bunun için öncelikle, baba ile çocuk arasında soybağının kurulmuş olması³⁷³ ve yetkili makamlara ana ve baba tarafından bildirimde bulunulması gerekir³⁷⁴. İMK'nın 298/a-II maddesi³⁷⁵ gereğince, tanımayla beraber birlikte velayet bildirimi yapılacaksa bahse konu bildirimin nüfus müdürlüğüne yapılması ve bildirimde, ebeveynlerin aralarında çocuğun sorumluluğunu birlikte üstlenmeye hazır olduklarını, bakım, nafaka, kişisel ilişki kurulmasına dair hususlarda anlaşmış olduklarını belirtmeleri gerekir³⁷⁶. Birlikte velayet talebi tanımadan ayrı olarak yapılacaksa veya mahkeme kararıyla soybağı kurulmuş fakat birlikte velayete karar verilememişse³⁷⁷, İMK'nın 298/a-I maddesi uyarınca ana ve babanın ortak

³⁶⁹ Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.48; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.163; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.644

³⁷⁰ Hâkim, velayeti, kişisel ilişkiyi, çocuğun nafakasını ve ana ve babanın yükümlülüklerini düzenler. Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.649; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.155

³⁷¹ Bildirimde bulunulmadıkça velayet hakkı, yalnızca anaya aittir. Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.643

³⁷² Schwenzer/Keller, **New Rules**, s.461; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.156; Dönmez/Barın, **Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu**, s.185; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.205; İMK'da yapılan yeni değişikliklerle, anlaşmalı boşanmalarda taraflar, çocuk için tek başına velayete karar verebilmektedirler. Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.650

³⁷³ Schwenzer/Keller, **New Rules**, s.462; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.160; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.645

³⁷⁴ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.645

³⁷⁵ İMK'nın 298. maddesi için bkz:

(https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20180101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20180101-de-pdf-a.pdf) Erişim Tarihi: 23.12.2021

³⁷⁶ Schwenzer/Keller, **New Rules**, s.462; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.645; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.160

³⁷⁷ İMK'nın 298/c maddesi uyarınca hâkim, kural olarak babalık hükmü ile beraber, birlikte velayete de karar verir. Bunun tek istisnasını, çocuğun yararının yalnızca anasının velayete sahip olmasını ya da velayetin anadan alınıp babaya verilmesini gerektirmesi oluşturur. Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.647

talepleriyle birlikte velayet kurulur ancak yine ebeveynlerin bildirimde bulunmaları ve söz konusu bildirimde, çocuğun sorumluluğunu birlikte üstlenmeye hazır olduklarını ve bakım, nafaka, kişisel ilişki kurulmasına dair hususlarda anlaşmış olduklarını beyan etmeleri gerekir³⁷⁸. Bu durumda bildirim, çocuğun yerleşim yerindeki çocuk koruma makamına yapılır³⁷⁹.

2014 yılında yapılan revizyon neticesinde, ebeveynlerin anlaşamaması halinde ebeveynlerden her biri için, çocuğun yerleşim yerine bulunan çocuk koruma makamından birlikte velayete ilişkin talepte bulunabilmesinin önü açıldı³⁸⁰. Bu durumda, makam tarafından çocuğun yararı yalnızca anasının velayete sahip olmasını ya da velayetin anadan alınıp babaya verilmesini gerektirmedikçe birlikte velayet kararı verilir³⁸¹. Çocuğun üstün yararı doğrultusunda verilen birlikte velayet kararında, çocuğun yerleşim yeri, kişisel ilişki kurulması gibi hususların çocuk koruma makamı tarafından düzenlenmesi gerekir³⁸². Çocuğun nafakasına ilişkin karar, çocuk koruma makamı tarafından değil, mahkeme tarafından verilir³⁸³.

Önemle belirtmek gerekir ki, İMK'da 1 Temmuz 2014 tarihinde birlikte velayete ilişkin yürürlüğe giren hükümler, yalnızca bu tarihten sonra doğmuş veya doğacak çocuklar için değil; bu tarihten önce doğmuş olan çocuklar için de geçerlidir³⁸⁴.

2.3.3. Avusturya Hukuku

Avusturya Medeni Kanunu'nda³⁸⁵ 2001 yılında yapılan yeni düzenlemeyle, ebeveynlerin evlilik birliğinin sona erdiği hallerde, velayet hakkını birlikte kullanabilmesinin önü açılmıştır. Ancak tıpkı İsviçre hukukunda 2000'li yıllarda yapılan ilk düzenlemede olduğu gibi, Avusturya hukukunda da evlilik birliğinin sona

³⁷⁸ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.160; Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.645

³⁷⁹ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.645

³⁸⁰ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.646; Schwenzer/Keller, **New Rules**, s.462; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.59

³⁸¹ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.646

³⁸² Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.647; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.59

³⁸³ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.647

³⁸⁴ Schwenzer/Keller, **New Rules**, s.469-470; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.62

³⁸⁵ Avusturya Medeni Kanunu için bkz:

(<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>) Erişim Tarihi:10.12.2021

erdiği hallerde, bazı şartların yerine getirilmesiyle ebeveynlerin birlikte velayet hakkına sahip olacakları hüküm altına alınmıştır. Bahse konu 177. maddede, ebeveynlerin çocuğun yerleşim yerine ilişkin bir anlaşmaya varması, bu anlaşmanın çocuğun üstün menfaatine aykırı olmaması ve hâkim tarafından çocuğun dinlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır³⁸⁶. Evlilik dışı ilişkiden doğmuş müşterek çocuğun velayetinin ise, yalnızca anaya ait olduğu; fakat ana ve babanın birlikte yaşaması halinde veya birlikte yaşamıyor olsalar dahi aralarında yapacakları anlaşmayla birlikte velayetin mümkün olacağı kabul edilmiştir³⁸⁷.

2013 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Hukukunun Değiştirilmesi Kanunu³⁸⁸ (Kindschaftsänderungsgesetz) kapsamında, evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği hallerde ana ve babanın velayeti birlikte kullanmasına imkân tanınmıştır³⁸⁹. Ebeveynlerin velayeti birlikte kullanmaları, boşanma durumunda Avusturya Medeni Kanunu'nun 179/1. maddesi gereğince, kendiliğinden devam etmektedir³⁹⁰. Ancak aynı madde kapsamında ebeveynlerin talep etmesi halinde, velayet hakkının ana ve babadan birine verilmesi veya bazı konularda sadece taraflardan birinin karar verebilme yetkisi düzenlenebilir³⁹¹. Birlikte velayetin kullanılması halinde, çocuğun kimin yanında ikamet edeceği ve hangi tarafın çocukla daha fazla ilgilenilebileceği gibi hususların ebeveynler tarafından belirlenmesi gerekir³⁹².

AIHM 2011 yılında vermiş olduğu Sporer kararında³⁹³, evlilik dışı ilişkiden doğmuş olan müşterek çocuğun velayetinin, münhasıran baba tarafından³⁹⁴

³⁸⁶ Marianne Roth, “**National Report: Austria (Parental Responsibility – Austria)**”, University of Salzburg, s. 15 (<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf>) Erişim Tarihi:15.12.2021; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.206-207; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.160; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.51

³⁸⁷ Roth, **National Report**, s.15; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.161; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.51

³⁸⁸ Çocuk Hukukunun Değiştirilmesi Kanunu (Kindschaftsänderungsgesetz) için bkz: (https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2013_I_15/BGBLA_2013_I_15.html) Erişim Tarihi: 17.12.2021

³⁸⁹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.160; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.51; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.207

³⁹⁰ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.51; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.160

³⁹¹ İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.207; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.160

³⁹² İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet** s.207

³⁹³ AIHM, App No: 35637/03 Date: 03.02.2011, Sporer-Avusturya Kararı için bkz:

kullanılmak istenmesine karşın Avusturya Medeni Kanunu'nun 166. maddesi uyarınca ananın rızası bulunmadığı gerekçesiyle reddeden yerel mahkeme kararını, AİHS'in 8. ve 14. maddelerine aykırı bulmuştur. Bu kapsamda 2013 yılında yapılan revizyon neticesinde, evlilik dışı ilişkiden doğan müşterek çocuğun velayetinin anaya ait olduğu, ana ve babanın birlikte yaşamaları durumunda veya birlikte yaşam söz konusu değilse aralarında yapacakları anlaşma ile birlikte velayetin mümkün olduğuna ilişkin düzenleme, baba tarafından talep edilmesi halinde mahkemenin de birlikte velayete karar verebileceği şeklinde revize edilmiştir. Daha net bir ifadeyle, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti anaya aittir ancak tarafların anlaşmaları veya anlaşmanın sağlanamaması halinde babanın talebi ile mahkeme tarafından da birlikte velayet kararı verilebilecektir³⁹⁵.

2.3.4. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku

ABD hukuku, çocuğun üstün yararının esas alınması ile, 1973 yılında birlikte velayete ilişkin düzenlemeleri yapan ilk ülkedir³⁹⁶. Burada boşanma durumunda veya evlilik dışı ilişkiler bakımından birlikte velayet, fiziki ve hukuki olmak üzere iki türe ayrılmıştır³⁹⁷. Fiziki velayet, çocuğun ikametine; hukuki velayet ise çocuğun bakımı, sağlığı, eğitimi gibi hususlarda karar alınmasına ilişkindir³⁹⁸. Fiziki velayet ve hukuki velayet, kendi içlerinde tek başına velayet ve birlikte velayet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁹⁹. Bu velayet türlerine tek bir ebeveyn sahip olabileceği gibi, her iki ebeveyn de müşterek olarak sahip olabilmektedir.

([https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20SPORER%20v.%20AUSTRIA%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-103234%22\]}%](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20SPORER%20v.%20AUSTRIA%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-103234%22]})) Erişim Tarihi: 19.12.2021

³⁹⁴ Öcal Apaydın, **Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, s.649

³⁹⁵ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 53; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s. 162-163; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.207

³⁹⁶ Alexandre Rohde, “**The Impact of Joint Child Custody Policies on Children’s Long-Term Outcomes**”, Faculty Thesis Advisors: Professor Prakarsh Singh and Professor Caroline Theoharides, Submitted to the Department of Economics at Amherst College, April 20, 2016, s.6 (https://www.amherst.edu/system/files/media/Al%2520Rohde%2520Thesis_1.pdf) Erişim Tarih: 18.12.2021; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.96; Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.13-14; Gülgösteren, **Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet**, s.175

³⁹⁷ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 71; David J. Miller, “**Joint Custody**”, Family Law Quarterly, Published by: American Bar Association, Vol.13, No.3, Fall 1979, s.360; Güven, **Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet**, s.28; Özcan, **Birlikte Velayet Hakkı**, s.220-221

³⁹⁸ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.71; Miller, **Joint Custody**, s.360;

³⁹⁹ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.71

Tek başına fiziki velayette, çocuk ana veya babadan biriyle yaşar; diğer ebeveyn ile çocuk arasında düzenli kişisel ilişki tesis edilir⁴⁰⁰. Birlikte fiziki velayette ise, çocuk ana ve babanın yanında eşit sürede olmasına dikkat edilerek örneğin yılın altı ayı anada, diğer altı ayı babada olmak üzere ikamet etmektedir⁴⁰¹. Fiziki velayette, incelenmesi gereken bir diğer model, yuva modelidir⁴⁰². Yuva modelinde, sabit olarak belirlenen bir evde ikamet eden çocuğun yanına, her bir ebeveyn belirli sürelerde gelir⁴⁰³.

Tek başına hukuki velayette, çocuğa ilişkin önemli konularda yalnızca tek bir ebeveyn karar verebilmekteyken birlikte hukuki velayette, her iki ebeveyn birlikte karar verecektir⁴⁰⁴.

Günümüzde, ABD'nin başkenti Washington ve Batı Virginia eyaletinde birlikte velayet modeli kabul edilmemektedir⁴⁰⁵.

2.3.5. İngiliz Hukuku

İngiltere'de, Çocuklar Kanunu'nun⁴⁰⁶ (Children Act) 2. maddesi ile evlilik birliğinin sona ermesi durumunda da ebeveynlerin çocuğa ilişkin belirli hususlarda anlaşmaları koşuluyla birlikte velayete imkân tanınmıştır. Kural birlikte velayettir ancak çocuğun üstün yararının gerektirdiği hallerde, velayet tek bir ebeveyne verilebileceği gibi, ebeveynlerin talebi üzerine veya mahkeme re'sen velayeti her iki ebeveyne birlikte verebilmektedir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ Güven, **Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet**, s.28; Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.21; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.71

⁴⁰¹ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 71

⁴⁰² İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s. 212

⁴⁰³ Rohde, **The Impact of Joint Child Custody Policies on Children's Long-Term Outcomes**, s.6; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.212

⁴⁰⁴ Stell, **Having Your Cake and Eating It Too**, s.32; Güven, **Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet**, s.28; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.73; Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.26

⁴⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Rohde, **The Impact of Joint Child Custody Policies on Children's Long-Term Outcomes**, s.7; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.74

⁴⁰⁶ Çocuklar Kanunu (Children Act) için bkz: (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/31/contents>) Erişim Tarihi: 20.12.2021

⁴⁰⁷ N. V. Lowe, "The Allocation of Parental Rights and Responsibilities-The Position in England and Wales", *Family Law Quarterly*, V.39, No. 2, Summer 2005, s.286; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.206; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 75; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.174

Çocuklar Kanunu'nun 2/2-a maddesi uyarınca, ana ve baba evli değilse müşterek çocuğun velayeti anaya aittir⁴⁰⁸. Babanın anayla birlikte velayet hakkına sahip olabilmesi için ilgili kanunun 2/2-b maddesi gereğince, çocukla arasında soybağı ilişkisinin kurulması gerekir. Ayrıca kanunun 4/1-a-b maddeleri kapsamında ana ve babanın, çocuğun nerede ve kiminle yaşayacağı gibi önemli hususlara ilişkin bir anlaşma yapmış gerekir.⁴⁰⁹ Böyle bir anlaşmanın yapılamadığı hallerde, babanın talebiyle mahkeme tarafından birlikte velayet kararı verilebilir⁴¹⁰.

2.3.6. İtalyan Hukuku

İtalya Medeni Kanunu'nun⁴¹¹ (Codice Civile Italiano) 155. maddesi gereğince, ebeveynler medeni hallerinden bağımsız bir şekilde, kendiliğinden birlikte velayet hakkına sahiptirler⁴¹². Ancak ana ve baba tarafından hazırlanmış, çocuğa ilişkin önemli hususların kararlaştırıldığı bir anlaşmanın varlığı ve bahse konu anlaşmanın hâkim tarafından onaylanması gerekir⁴¹³. Anlaşmanın sağlanamadığı hallerde, mahkeme birlikte velayet kararı verebilmektedir⁴¹⁴. Birlikte velayet kural; tek başına velayet istisnadır.

2.3.7. Hollanda Hukuku

Hollanda'da, kural birlikte velayet, istisna tek başına velayettir. Birlikte velayet, ebeveynler tarafından boşanma veya evlilik dışı birlikteliklerde⁴¹⁵

⁴⁰⁸ Lowe, *The Allocation of Parental Rights and Responsibilities*, s.269; Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s.76

⁴⁰⁹ İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s. 206; Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s.76

⁴¹⁰ İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s.203-204; Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s.76

⁴¹¹ İtalya Medeni Kanunu için bkz: (http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/codciv.htm) Erişim Tarihi: 26.12.2021

⁴¹² Erlüle, *Boşanmada Birlikte Velayet*, s.174; İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s.203;

⁴¹³ Çakır, *Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Ortak Velayet*, s.81; Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s.69; Erlüle, *Boşanmada Birlikte Velayet*, s.174

⁴¹⁴ Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s.69; Erlüle, *Boşanmada Birlikte Velayet*, s.174

⁴¹⁵ Avrupa Konseyine üye olan Hollanda aynı zamanda, 1975 tarihli "Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi"ne taraftır. 1975 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin amacı, evlilik birliği dışında doğan çocukların hukuki statülerini, evlilik birliği içerisinde doğan çocukların, hukuki statüleriyle uyumlu hale getirmektir. 11.08.1978 tarihinde yürürlüğe giren bahse konu Sözleşmenin 7. maddesinde, evlilik birliği dışında doğmuş olan çocuğun, ana ve babası ile arasında soybağı kurulmuşsa, ebeveynlik yetkisinin otomatik babaya atfedilemeyeceği açıkça

kendiliğinden kullanılmaya devam eder⁴¹⁶. Ancak Hollanda Medeni Kanunu’nun⁴¹⁷ (Burgerlijk Wetboek) 247/a. maddesi uyarınca, ebeveynlerin çocuğa ilişkin sorumluluklarının belirlenmesi noktasında bir ebeveynlik planı yapmalar zorunludur⁴¹⁸.

2.3.8. Fransız Hukuku

Fransa Medeni Kanunu’nun⁴¹⁹ 373/2. maddesi uyarınca birlikte velayet, ebeveynlerin medeni hali önemsizdir. Ancak çocuğun üstün yararının gerektirdiği hallerde, hâkimin velayeti ebeveynlerden yalnızca birine verebileceği kabul edilmiştir⁴²⁰. Daha net bir ifadeyle, birlikte velayet kural, tek başına velayet istisna olarak kabul edilmiştir. Velayetin ebeveynlerden yalnız birine tevdi edildiği hallerde, velayet hakkı kendisine verilmeyen tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı saklıdır⁴²¹.

2.3.9. İspanya Hukuku

İspanya Medeni Kanunu’nun⁴²² (Código Civil Espanol) 92. maddesinde yer alan düzenlemeye göre birlikte velayet, ana ve babanın medeni hallerinden bağımsız bir şekilde kabul edilmiştir⁴²³. Boşanma halinde ebeveynler velayet hakkını birlikte kullanmaya devam ederler. Ancak hâkim, çocuğun menfaatlerinin gerektirdiği

belirtilmektedir. Daha net bir ifadeyle, evlilik dışında doğmuş çocuğun otoritesinin yalnızca babaya atfedilemeyeceği, dolayısıyla çocuğun velayetinin her iki ebeveyne müşterek şekilde paylaştırılması gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Baran Çelik, **Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması**, s.257; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.2-3

⁴¹⁶ Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.50; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.203; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.66-68

⁴¹⁷ Hollanda Medeni Kanunu (Burgerlijk Wetboek) için bkz: (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2021-01-01>) Erişim Tarihi: 25.12.2021

⁴¹⁸ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.67

⁴¹⁹ Fransa Medeni Kanunu (Code Civil) için bkz: (<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>) Erişim Tarihi: 25.12.2021

⁴²⁰ İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.203; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.64; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.173

⁴²¹ İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.203; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.173

⁴²² İspanya Medeni Kanunu için bkz: (<https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>) Erişim Tarihi: 26.12.2021

⁴²³ Andrina Hayden, **Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England**, InDret, Vol. 1, 2011, s.9 (<https://ssrn.com/abstract=1762804>) Erişim Tarihi: 27.12.2021; Zümrüt Energin, “**Türk Hukukunda Müşterek Velayet Sorunu**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 23

hallerde tek başına velayete⁴²⁴ veya birlikte velayetin uygulanmasına rağmen bazı önemli konularda karar alabilme yetkisini ebeveynlerden birine verebilmektedir⁴²⁵. On iki yaşını doldurmuş veya on iki yaşını doldurmamış olsa dahi kendini ifade edebilecek olan çocuğun görüşü, hâkim tarafından dikkate alınmalıdır⁴²⁶.

2.4. Birlikte Velayetin Uluslararası Sözleşmelerde Yer Alan Hak ve İlkeler Çerçevesinde Uygulanabilirliği Meselesi

Anayasa'nın 90/5. maddesinde, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı ifade edilmiş; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanunların uyuşmaması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir⁴²⁷. Bu konu başlığı altında değerlendirilecek olan uluslararası sözleşmeler usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe konulduğundan, iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir. Söz konusu uluslararası sözleşmeler ile velayet hakkına ilişkin kanun hükümlerinin uyuşmaması halinde, Anayasa'nın 90/5. Maddesi uyarınca, sözleşme hükümlerinin uygulaması gerekir.

2.4.1. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi

Çocuğun bir hak sujesi olarak kabul edilmesine ilişkin ilk düzenlemeler 20.yy'da görülmüştür. İnsan haklarının bir parçası olarak ortaya çıkan çocuk haklarının⁴²⁸ uluslararası alanda korunması gerektiğine ilişkin önemli gelişmeler, dil,

⁴²⁴ Hayden, *Shared Custody*, s.10; İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s.207; Energin, *Türk Hukukunda Müsterek Velayet Sorunu*, s.23; İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s.207

⁴²⁵ Energin, *Türk Hukukunda Müsterek Velayet Sorunu*, s.23; İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s.207

⁴²⁶ İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s.207; Energin, *Türk Hukukunda Müsterek Velayet Sorunu*, s.23

⁴²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayaüstülüğü Sorunu: Türkiye'de İnsan Hakları", Todaie Yayını, Ankara 2000, s.25-46 <https://www.anayasa.gen.tr/insan.htm> (Erişim Tarihi: 12.02.2022)

⁴²⁸ Erlüle, *Boşanmada Birlikte Velayet*, s.41

din, ırk, renk, cinsiyet, sosyal statü ayrımı yapılmaksızın tüm çocuklara karşı insanlığın sorumlu olduğu görüşünün benimsenmesiyle oluşmuştur⁴²⁹.

I. Dünya Savaşı'nın çocuklar üzerinde yaratmış olduğu tahribat, çocuk haklarının uluslararası alanda korunmasına yönelik girişimleri arttırmıştır. Uluslararası camiada başlatılan yardım çağrıları yapılmış; özellikle yardım faaliyetlerinin öncülerinden biri olan Eglantyne Jebb'in "Çocukları kurtarın!" çağrısı geniş yankı uyandırmıştır⁴³⁰. Bunun üzerine Uluslararası Kızılhaç Cemiyeti'nin öncülüğünde birçok devlet temsilcisi 1920 yılında Cenevre'de bir araya gelerek Uluslararası Çocuklara Yardım Birliği'ni kurmuş ve bu birlik tarafından ön tasarısını Eglantyne Jebb'in hazırladığı Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi'ne⁴³¹ son şekli verilerek 1923 yılında yayınlamıştır⁴³². Daha sonra Uluslararası Çocuklara Yardım Birliği'nin ve Uluslararası Kadın Meclisi'nin ısrarlı çabaları ile çocuk haklarına ilişkin ilk uluslararası düzenleme olarak kabul edilen beş maddelik bildiri, Milletler Cemiyeti tarafından 26 Eylül 1924 yılında yayınlanmıştır⁴³³. Genel hatlarıyla söz konusu bildiride çocuğun gerek fiziksel gerekse de psikolojik gelişimi için uygun ortamda bulunmasını, her türlü istismara karşı korunmasını ve hayatını idame ettirecek duruma getirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi'ni 1959 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi takip etmiştir. Ancak bildiriler bağlayıcılığı olmayan genel ilkelerden oluşmaktaydı. Dolayısıyla ilk kez Polonya tarafından yapılan girişimler neticesinde, 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda çocukların Magna Carta'sı olarak nitelendirilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme oy birliğiyle kabul edilmiştir⁴³⁴.

⁴²⁹ Ali Naim İnan, "Çocuk Hakları Beyannamesi İlkelerinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi", AÜEBFD, C.1, S. 1, Yıl 2019, s.203

(<https://dergipark.org.tr/tr/pub/aubfd/issue/48687/619479>) Erişim Tarihi: 01.01.2022

⁴³⁰ İnan, **Çocuk Hakları Beyannamesi**, s. 203; Emine Akyüz, "Çocuk Hakları Bildirisi ve Türk Hukuk Sistemi", AÜEBFD, C.13, S.1-2; Yıl 1980, s.341

(<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/804043>) Erişim Tarihi: 01.01.2022

⁴³¹ Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi için bkz: (<http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>) Erişim Tarihi: 02.01.2022

⁴³² Akyüz, **Çocuk Hakları Bildirisi** s.340; İnan, **Çocuk Hakları Beyannamesi**, s.203

⁴³³ İnan, **Çocuk Hakları Beyannamesi**, s.203; Akyüz, **Çocuk Hakları Bildirisi**, s.341

⁴³⁴ Usta, **Velayet Hukuku**, s.66; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.43; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.49

BMÇHS⁴³⁵, çocuk haklarına ilişkin önemli ilkeler ihtiva etmektedir. Bu ilkelere yer alan çocuğun üstün yararının korunmasına ilişkin 3. maddesi, BMÇHS'nin temel ilkeleri arasındadır⁴³⁶.

İlk olarak 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi⁴³⁷,’nde dile getirilen çocuğun üstün yararı ilkesinin⁴³⁸ uluslararası alanda en önemli dayanağını, 1989 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi⁴³⁹ oluşturmaktadır. Sözleşmenin 3. maddesinde ayrıntılı olarak ifade edilen ilkede aynen şu ifadelere yer verilmiştir: “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*”

“Çocuk yararı” kavramı asıl olarak bir haktan ziyade, çocuk haklarının uygulanabilmesi için bir kılavuzdur⁴⁴⁰. Uluslararası sözleşmelerle ilke haline getirilmiş bu kavram, menfaat çatışmalarında çocuktan taraf olunması ve onun diğerlerinden kayrılmasını sağlar⁴⁴¹.

⁴³⁵ Türkiye’nin aralarında bulunduğu 196 devletin taraf olduğu sözleşme, en fazla ülkenin onayladığı bir insan hakları belgesidir. Bahse konu sözleşme Türkiye’de, 27 Ocak 1995 yılında Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yine çocuğun üstün yararı ilkesi kapsamında, Anayasa’nın 41.maddesi ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 182. ve 339. maddelerinde önemli düzenlemelere yer verilmiştir. (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>) Erişim Tarihi: 09.06.2022

⁴³⁶ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.47; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.45; Usta, **Velayet Hukuku**, s.67; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.51

⁴³⁷ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi bkz: (https://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf) Erişim Tarihi: 09.06.2022

⁴³⁸ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.32

⁴³⁹ Türkiye’nin aralarında bulunduğu 196 devletin taraf olduğu sözleşme, en fazla ülkenin onayladığı bir insan hakları belgesidir. Bahse konu sözleşme Türkiye’de, 27 Ocak 1995 yılında Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yine çocuğun üstün yararı ilkesi kapsamında, Anayasa’nın 41.maddesi ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 182. ve 339. maddelerinde önemli düzenlemelere yer verilmiştir.

⁴⁴⁰ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.66; İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 01.07.2021 T. 2021/3617 Es. 2021/5575 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 09.06.2022

⁴⁴¹ Serozan, **Çocuk Hukuku** s.67; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.23; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.53; “...Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde karar verilmesi gerekir. Yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesiyle Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri, iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda görüşlerini ifade etmeye olanak tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde görüşlerinin aksine karar verilmesi

Çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuk hukuku alanındaki en önemli ilkelerden biri olup⁴⁴² bu ilkeyle çocuğun, fiziksel, psikolojik, zihinsel ve ahlaki gelişiminin tümünün doğru bir şekilde tamamlanması amaçlanmaktadır⁴⁴³. Bu amacın dışına çıkılması halinde, çocuğun üstün yararı gereğince hâkim gerekli önlemleri alarak gerekli müdahalelerde bulunabilir⁴⁴⁴. Hâkimin buradaki asıl amacı ana ve babaya yaptırım uygulayarak cezalandırmak değil; çocuğun üstün yararının tehlikede olup olmadığını saptamak ve bu durumun çocuk üzerindeki olumsuz etkisini yok edecek koruma tedbirlerini uygulamaktır⁴⁴⁵.

Çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde her somut olay, oldukça geniş bir perspektifte hâkim tarafından somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir⁴⁴⁶. Bu kapsamda çocuğun yararı üstün tutularak geleceği güvence altına alınmalıdır⁴⁴⁷. Ayrıca, çocuğun üstün yararının gerektirdiği her durumda hâkim, somut olayın özelliklerine göre bir uzmandan konuya ilişkin görüş ve destek almalıdır⁴⁴⁸.

İlke, kamu hukukunda olduğu kadar özel hukukta da temel ilke olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁹. Dolayısıyla, velayetin kullanılması, ana ve babanın velayet hakkı kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi, evlilik birliğinin boşanma ile sona

mümkündür. Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Dosya kapsamından ortak çocuğun velayetine yönelik rapor alınmadığı yeterli araştırmaların yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle ortak çocuğun velayetine yönelik psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşturulacak heyete inceleme yaptırılarak (4787 Sayılı Kanun m. 5), ortak çocuğun fiilen bulunduğu yerin barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirir içerikte sosyal inceleme raporu alınması, idrak çağında olan çocuğun beyanı da alınmak sureti ile toplanılan tüm deliller birlikte değerlendirilerek ebeveynlerinden hangisi yanında kalmasının çocuğun menfaatine olacağı tespit edilip, sonucuna göre karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” İlgili Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 2.HD. 24.02.2022 T. 2021/10606 Es. 2022/1746 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 05.09.2021

⁴⁴² Öztan, “**Aile Hukuku**, s.1137; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.23; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.53; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.65

⁴⁴³ Mehmet Erdem, “**Aile Hukuku**”, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018, s.172; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.23; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.66; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.59; Usta, **Velayet Hukuku**, s.138; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.84; Çatalbaş, **Ortak Velayet Kavramı**, s.43; İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 14.09.2021 T. 2021/4855 Es. 2021/6032 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 09.06.2022

⁴⁴⁴ Usta, **Velayet Hukuku**, s.166; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.166; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.225; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.435; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1135

⁴⁴⁵ Çatalbaş, **Ortak Velayet Kavramı**, s.43

⁴⁴⁶ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.66; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.53; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.23; Çatalbaş, **Ortak Velayet Kavramı**, s.40

⁴⁴⁷ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.34; Usta, **Velayet Hukuku**, s.137

⁴⁴⁸ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.55; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.30

⁴⁴⁹ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.54; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.65; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.30

ermesi halinde veya evlilik dışı birlikteliklerde, velayetin kime tevdi edileceği hususlarının tümü, çocuğun üstün yararı ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁵⁰.

2.4.2. Çocuğun Görüşünün Dikkate Alınması İlkesi

Çocuğun görüşünün dikkate alınması, çocuğun üstün yararının korunması açısından temel kuraldır⁴⁵¹. Çocuk, kendisiyle ilgili önem arz eden durumlarda fikrini belirtmeli; görüşlerini çekinmeden ifade etmelidir. Zira çocuk, ana ve babaya ait hakların bir objesi değil, kendi başına bir hak süjesidir⁴⁵².

Çocuğun kendisiyle ilgili önem arz eden durumlarda fikrini belirtmesi, özgüvenini yükselterek geleceğe daha emin adımlarla hazırlanmasına yardımcı olacaktır. Dolayısıyla çocuğun görüşünün alınması ilkesi, velayetin amacına uygun temel bir ilkedir⁴⁵³.

Çocuğun görüşünün dikkate alınması ilkesi, tıpkı çocuğun üstün yararının korunması ilkesi gibi uluslararası sözleşmelerde yerini almıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca, *“Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.”* Bu madde ile ilgili Çocuk Hakları Komitesi tarafından yapılan değerlendirmede, çocuğun dinlenilmesi ve çocuğun görüşünün alınması, çocuğun katılım hakkı olarak nitelendirilmiştir⁴⁵⁴. Çocuğun katılım hakkı, çocuğun kendisini etkileyen her konuda

⁴⁵⁰ İlgili Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 2.HD. 24.02.2022 T. 2021/10606 Es. 2022/1746 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 03.09.2021

⁴⁵¹ Gülçin Elçin Grassinger, **“Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar”**, Prof. Dr..Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.838; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.67; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s. 180; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.95; Bahar Öcal Apaydın/Selim Hışım, **Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı**, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.286

⁴⁵² Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.15; Usta, **Velayet Hukuku**, s 3

⁴⁵³ Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s. 86; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.15; Öcal Apaydın/Hışım, **Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı**, s.289

⁴⁵⁴ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.50; Bahar Öcal Apaydın, **“Çocuğun Katılım Hakkı Çerçevesinde Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku Hükümlerinin Değerlendirilmesi”**, Türk

özgürce görüş belirtmesi ve görüşlerinin yaşı ve olgunluğu ölçüsünde dikkate alınması olarak ifade edilmektedir⁴⁵⁵. Günümüzde katılım hakkı kavramı, çocukların kendi görüşlerinin nasıl dikkate alındığını; kendilerini ilgilendiren süreçlerin sonucunun nasıl şekillendiğini öğrenebildikleri ve yetişkinler ile aralarında bilgi paylaşımı da dahil olmak üzere devam eden süreçleri tanımlamak için kullanılmaktadır⁴⁵⁶.

Çocuğun katılım hakkına aynı zamanda, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin⁴⁵⁷ 3. ve 6. maddelerinde yer verilmiştir⁴⁵⁸. Sözleşme'nin 3. maddesinde, *“Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir : a) ilgili tüm bilgileri almak; b) kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek; c) görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.”* şeklindeki düzenlemeye yer verilmiş; 6. maddede ise, *“Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce: a) Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır. b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, - çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır. - çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır. - çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir. c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.”* şeklinde belirtilmiştir.

Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu (s.133-142), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021; Grassinger, **Çocuğun Menfaati**, s. 834; Öcal Apaydın/Hışım, **Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı**, s.285

⁴⁵⁵ Öcal Apaydın, **Çocuğun Katılım Hakkı**, s.139; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s 81

⁴⁵⁶ Öcal Apaydın, **Çocuğun Katılım Hakkı**, s.36; Öcal Apaydın/Hışım, **Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı**, s.285

⁴⁵⁷ Sözleşme metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/02/20010201.htm#1>)

Erişim Tarihi: 03.01.2022

⁴⁵⁸ Öcal Apaydın/Hışım, **Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı**, s.286; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.91

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi kapsamında, çocuğun üstün yararının gerektirdiği hallerde ve yine çocuğun görüşleri doğrultusunda birlikte velayet kararı verilebilir⁴⁵⁹.

Çocuğun görüşünün alınacağı her durumda çocuk, konuya ilişkin bilgilendirilmelidir⁴⁶⁰. Ancak çocuğun dinlenilmesi, çocuk üzerinde travma yaratacaksa veya daha net bir ifadeyle çocuğun üstün yararıyla çelişecekse, bu durumda çocuğun dinlenilmesinden vazgeçilmelidir⁴⁶¹. Zira çocuğun üstün yararının korunması, her durumda önceliklidir. Dolayısıyla çocuk, dilerse konuya ilişkin görüşlerini belirtmekten kaçınabilir⁴⁶².

Türk Medeni Kanunu'nun 339/3. maddesi, çocuğun katılım hakkı perspektifinde düzenlenmiştir. Bahse konu madde gereğince, ana ve baba çocuğun olgunluk düzeyine göre, önemli konularda çocuğun fikirlerini göz önünde tutmalı ve çocuğa hayatını düzenleme imkânı tanımalıdır.

TMK'da boşanma ve ayrılık davaları kapsamında, çocuğun katılım hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁶³. Ancak bu durumlarda, velayetin tevdi, kullanılması ve kişisel ilişkinin kurulması gibi çocuk için önem arz eden kararlar, çocuğun katılım hakkı kapsamında belirteceği görüşleri doğrultusunda verilmelidir⁴⁶⁴. Nitekim Yargıtay'ın da konuya ilişkin benzer yönde kararları bulunmaktadır⁴⁶⁵.

Çocuğun katılım hakkı kapsamında, idrak yaşının ne olması gerektiğine ilişkin net bir kabul bulunmamaktadır. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında, 8 yaşını doldurmuş çocukların velayet hakkının düzenlenmesi, değiştirilmesi ve kaldırılmasında görüşlerinin alınması gerektiğini belirtilmiştir⁴⁶⁶. Benzer bir

⁴⁵⁹ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.91

⁴⁶⁰ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.70; Öcal Apaydın/Hışım, **Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı**, s.291; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.90; Usta, **Velayet Hukuku**, s.157; Öcal Apaydın, **Çocuğun Katılım Hakkı**, s.137

⁴⁶¹ Çatalbaş, **Ortak Velayet Kavramı**, s.47; Usta, **Velayet Hukuku**, s.97; Grassinger, **Çocuğun Menfaati**, s.839; Öcal Apaydın/Hışım, **Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı**, s.291

⁴⁶² Çatalbaş, **Ortak Velayet Kavramı**, s.47; Usta, **Velayet Hukuku**, s.97; Grassinger, **Çocuğun Menfaati**, s.839

⁴⁶³ Öcal Apaydın, **Çocuğun Katılım Hakkı**, s.136

⁴⁶⁴ İlgili Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 2. HD, 14.05.2002 T. 2002/3928 Es. 2002/5423 K. (Yetik, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, s.167)

⁴⁶⁵ İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 17.01.2019 T. 2017/2066 Es. 2019/15 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 14.09.2021

⁴⁶⁶ "... Velayetin anne ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, gerek yukarıda açıklanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin

durumda Yargıtay, idrak yaşına gelmiş bir çocuğun görüşüne başvurmadan hüküm kurulmasını, eksik inceleme nedeniyle bozma sebebi olarak kabul etmiştir⁴⁶⁷. Ayrıca görüşlerinin olası sonuçlarını anlayabilecek olgunlukta olmayan çocuğun görüşünün, dikkate alınmaması gerekir⁴⁶⁸.

2.4.3. Ayrım Gözetmeme İlkesi

BMÇHS'nin çocuklar arasında ayrım gözetilmemesine ilişkin 2. maddede, sözleşmede belirtilen tüm hakların, hiçbir ayrım gözetilmeksizin bütün çocuklar için geçerli olduğu ifade edilir. Anlaşılacağı üzere, velayetin tevdi edildiğinde evlilik içi veya evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocuklar üzerinden yapılan ayrımın, BMÇHS'nin 2. maddesine aykırılık teşkil ettiğinin ve birlikte velayetin Sözleşme kapsamında desteklendiğinin kabul edilmesi gerekir⁴⁶⁹.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin⁴⁷⁰ 14. maddesinde, sözleşme çerçevesinde tanınan hak ve özgürlükler, taraf devletlerce cinsiyet, dil, din, ırk, siyasal düşünceler nedeniyle hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin yerine getirilmelidir.

12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerinde yer alan hükümler, gerekse velayete ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması halinde, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekir. Somut olayda da, velayetinin değiştirilmesi talep edilen müşterek çocuk E., dava tarihinde 8, karar tarihinde 10, bozma kararının verildiği tarihte ise 12 yaşında olup, müşterek çocuk davanın tüm aşamalarında idrak çağındadır. İdrak çağında olan müşterek çocuğun uzmanlar tarafından alınan beyanında hem annesi hem de babası ile olmak istediğini ifade ettiği, herhangi bir tercihte bulunmadığı belirtilmiştir. 17.06.2015 tarihli raporun sonuç kısmında da küçüğün kendi arzu ve isteklerini belirleyebilecek, bunları ifade edebilecek olgunlukta olduğu, bu nedenle çocuğun beyanlarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca dosya içerisinde bulunan ve çocuğun devam ettiği okulda görevli olan rehber öğretmen tarafından tutulan 01.06.2015 tarihli raporda da küçüğün içe dönük ve dalgın olduğu, konuşurken bacaklarını salladığı, sorulan sorulara "hı hı" gibi net olmayan, kolayca değiştirilebilen çelişkili cevaplar verdiği hususları dile getirilmiştir. Kaldı ki, dava tarihinden itibaren küçüğün yaşadığı veya yaşamak istediği ortamı değerlendirmesine imkân verecek, dolayısıyla velayeti konusunda görüşünün alınmasını gerektirecek ölçüde uzun süre geçtiği de görülmektedir. Açıklanan nedenlerle mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda danışılarak, görüşünü gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağının sağlanması; ifade edeceği bu görüşün, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi olmalıdır..." İlgili Yargıtay kararı için bkz: HGK. 27.06.2018 T. 2017/2-3117 Es. 2018/1278 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 14.09.2021

⁴⁶⁷İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 19.04.2021 T. 2021/1731 Es. 2021/3221 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 14.09.2021

⁴⁶⁸ Ruhi, **Birlikte velayet Kurumu**, s.45; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.228; İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 05.12.2013 T. 2013/14946 Es. 2013/28693 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 14.09.2021

⁴⁶⁹ Dönmez/Barın, **Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu**, s.189; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.86

⁴⁷⁰ Sözleşme metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>) Erişim Tarihi: 04.01.2022

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sporer-Avusturya ve Zaunegger-Almanya kararlarında, evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocuğun velayetinin, baba tarafından ana ile birlikte kullanılmak istenmesine karşı bu talebi, çocuğun üstün yararına uygun olup olmadığını değerlendirmeksizin Alman ve Avusturya hukukunda yer alan düzenlemeleri gerekçe göstererek reddeden yerel mahkeme kararlarını AİHS'in 8. ve 14. maddesine aykırı bulmuştur. Dolayısıyla evlilik birliği içinde olsun veya olmasın çocuğun velayetine ilişkin verilen kararlarda, yalnızca çocuğun üstün yararı dikkate alınmalıdır.

2.4.4. Çocuğun Ebeveynleri Tarafından Bakılma, Yönlendirilme ve Rehberlik Alma Hakkı:

BMÇHS'nin birlikte velayet kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer maddeleri, 7. ve 9. maddeleridir⁴⁷¹. Bu maddeler gereğince çocuk, ebeveynlerini bilme, onlar tarafından birlikte bakılma hakkı ve ebeveynleriyle düzenli görüşme hakkına sahiptir. Bu haklar çerçevesinde çocuğun çocuğun ailesinin yanında büyümesi özel olarak güvence altına alınmıştır⁴⁷². Dolayısıyla çocuğun üstün yararına aykırı olmadığı sürece, BMÇHS'nin ebeveynlerin medeni halleri noktasında ayırım yapmaksızın birlikte velayeti teşvik ettiği söylenebilir⁴⁷³.

Ayrıca, BMÇHS'nin 5. maddesinde taraf devletlerin, BMÇHS'nin çocuğa tanıdığı haklar kapsamında çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi amacıyla, çocuğa rehberlik etme ve yönlendirme hakkına sahip ebeveynlere veya hukuken çocuktan sorumlu bulunanların haklarına, ödevlerine ve sorumluluklarına saygı göstermesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁷⁴. İlgili maddede yer alan çocuğun yönlendirilme ve rehberlik alma hakkı, Sözleşme'nin 12. maddesinde belirtilen çocuğun katılım hakkıyla birlikte değerlendirilmeli ve bunun gereği olarak düşüncelerinin anlam ve sonuçlarının idrakinde olan çocuğun görüşlerine önem verilmelidir⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Dönmez/Barın, *Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*, s.189; Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s.85

⁴⁷² Serozan, *Çocuk Hukuku*, s.51

⁴⁷³ Dönmez/Barın, *Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*, s. 189; Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s 85-86

⁴⁷⁴ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s.72; Öcal Apaydın/Hışım, *Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı*, s.293

⁴⁷⁵ Öcal Apaydın/Hışım, *Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı*, s.293; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s.72

2.4.5. Ebeveynlerin Eşit Hak ve Yükümlülüklerle Sahip Olma Hakkı

Tezimizde daha önce de belirtildiği üzere birlikte velayet, ana ve babanın velayet kapsamındaki hak ve yükümlülükleri eşit ve aralarında uzlaşa sağlayarak kullanmalarını sağlamaktadır. Nitekim bu husus, birçok uluslararası sözleşme metinlerinde yer almış ve ana ve babanın velayeti eşit bir şekilde kullanmaları bakımından taraf devlerin hukuk sistemlerinde gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiği belirtilmiştir.

11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’ün⁴⁷⁶ 5. maddesi gereğince, “*Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir.*” Öğretide bazı görüşler söz konusu maddenin yalnızca evlilik birliği içerisinde değil, evlilik birliğinin sona ermesi halinde de birlikte velayete imkân tanıdığını savunurken⁴⁷⁷ bazı görüşler ise, bu madde kapsamında doğrudan birlikte velayet karar verilemeyeceğini savunmaktadır⁴⁷⁸.

Uluslararası alanda gerek kadın hakları gerekse de insan hakları bakımından önemli bir sözleşme olan CEDAW⁴⁷⁹, (Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi) ana ve babanın velayetin kullanımına ilişkin eşit hak yükümlülüklerle sahip olması bakımından önemli maddeler içermektedir. Sözleşme’nin 16/1/d maddesi gereğince ebeveynler, medeni durumları önemsenmeksizin müşterek çocuklarına ilişkin tüm hususlarda eşit hak ve sorumluluklara sahiptirler⁴⁸⁰. Ancak her hususta çocuğun üstün yararı ön planda tutulacaktır. Yine 16/1/f maddesinde, çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak taraf devletlerce, ulusal düzenlemelerinde yer alan velayet, evlat

⁴⁷⁶ Protokol için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160325-1.pdf>) Erişim Tarihi: 04.01.2022)

⁴⁷⁷ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.164; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.221; Ömer Uğur Gençcan, “**Ortak Velayet**”, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl 27, İzmir 2017, s.26 (<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozel-bulten20173813332417.pdf>) Erişim Tarihi: 19.01.2022

⁴⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Apaydın, Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.449; Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.179

⁴⁷⁹Sözleşme metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf>) Erişim Tarihi: 04.01.2022)

⁴⁸⁰Sözleşme metni için bkz:

(<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf>) Erişim Tarihi: 27.01.2022

edinme, vesayet, kayyımlik gibi hususlarda, kadın ve erkeğe eşit oranda hak ve yükümlülük verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ebeveynlerin medeni durumu önemsenmeksizin taraf devletlerin, çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurarak birlikte velayete imkân tanınması gerekir.

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir diğer uluslararası sözleşme metni Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, taraf devletlere ebeveyn sorumluluğuna ilişkin vermiş olduğu 84 (4) Sayılı tavsiye kararıdır⁴⁸¹. Tavsiye kararının 5. ilkesinde, evlilik birliği içerisinde ana ve babanın velayet hakkı kapsamında sahip oldukları hak, yetki ve ödevlere ilişkin sorumluluğu aralarında paylaşmaları gerektiği belirtilmiştir. Tavsiye kararının birlikte velayet kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli ilkesi, 6. ilkedir. Bu ilke uyarınca, ayrılık veya evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği durumlarda, yetkili makam ebeveyn sorumluluğuna ilişkin karar vermelidir. Yetkili makam ebeveyn sorumluluğunu ana ve baba arasında paylaşırabileceği gibi ikisinin rızasının bulunması halinde bu sorumluluğu her ikisinin birlikte yerine getirmesine karar verebilmektedir. Ana ve babanın bu konuda yapacakları anlaşma çocuğun üstün yararına uygunsa, yetkili makam bu anlaşmayı dikkate almalıdır. Dolayısıyla ebeveynlerin çocuğun üstün yararına uygun olması koşuluyla velayetin birlikte kullanımına ilişkin mutabakata varmaları halinde, hâkimin bu anlaşmayı dikkate alması gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tavsiye kararının 7. ilkesi uyarınca, evlilik dışı birliktelikten doğan bir çocuk, ebeveynlerden yalnızca birine soybağı ile bağlıysa, velayet tek başına çocuğun soybağı ile bağlı olduğu ebeveyne ait olmalıdır. Ancak, çocuk her iki ebeveyne de soybağı ile bağlı ise ebeveynlerin aralarında anlaşmaları veya birlikte yaşamaları halinde velayet, ebeveynler tarafından birlikte kullanılmalıdır.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin⁴⁸² 23/3.maddesinde, taraf devletlerin gerek evlilik birliği içerisinde gerekse evlilik birliğinin sona erdiği hallerde, eşlerin eşit hak ve sorumluluğa sahip olmaları

⁴⁸¹ Avrupa Konseyi, 5 Mayıs 1949 yılında merkezi Strazburg olmak üzere kurulmuş 46 üyeli uluslararası bir kuruluştur. Türkiye aynı yıl konseye kurucu üye olarak dahil olmuştur. Konseyin karar organı olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafında 28 Şubat 1984 tarihinde 84 (4) Sayılı Tavsiye Kararı kabul edilmiştir. Tavsiye kararının metni için bkz:

(<https://rm.coe.int/cm-rec-84-4e-velayet-sorumlulugu-hakk-nda/1680a3b412>) Erişim Tarihi: 04.01.2022)

⁴⁸² Sözleşme metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>) Erişim Tarihi: 06.01.2022

bakımından, gerekli tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir. Birlikte velayetin ebeveynlere eşit hak ve sorumluluk sağladığı göz önünde bulundurulduğunda Sözleşme, taraf devletlerden evlilik birliği içerisinde olduğu gibi evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ve evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete ilişkin yasal düzenlemeler yapmasını beklemiştir.

2.4.6. Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi İlkesi

AİHS'in 8. maddesi uyarınca herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Çocuk ile ebeveynleri arasındaki aile hayatının, evlilik birliği dışında da sürdürülebilir olması nedeniyle, boşanma durumunda veya evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanımayan düzenlemelerin AİHS'in 8. maddesine aykırı olduğu kabul edilmektedir⁴⁸³. Zira aile hayatı, ana, baba ve çocukların aynı ev içinde veya dışında yaşadığı fiili aile bağlarını kapsamaktadır⁴⁸⁴. Dolayısıyla ana ve baba evli olsun veya olmasın, çocuğun ebeveynleriyle fiili bir bağı mevcuttur⁴⁸⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen Sporer-Avusturya ve Zaunegger-Almanya kararlarında, AİHS'in aile hayatına saygı gösterilmesine ilişkin 8. maddesinin ve ayrımcılık yasasına ilişkin 14. maddesinin ihlal edildiği kabul edilmiştir.

2.5. Birlikte Velayete İlişkin İleri Sürülen Görüşler

Tarafların evlilik birliği kurmayı tercih etmediği veya var olan evliliklerini boşanma ile sonlandırmaları halinde, eş olma vasıfları sona erse dahi müşterek çocuğa karşı ebeveynlik görevleri devam etmektedir. Zira ana ve babanın çocukla arasındaki ilişki, medeni hallerinden bağımsız bir şekilde varlığını sürdürür. Dolayısıyla çocuğun her durumda üstün yararı korunmalı ve çocuk, ebeveynlerinin imkanları dahilinde en iyi şekilde bakım görmelidir.

Velayet hakkının, babaya ait olduğu görüşünün hâkim olduğu ataerkil toplumdan, yaşanan sosyolojik gelişim ve değişimler neticesinde, çocuğun yalnızca anası tarafından en iyi şekilde korunup bakımının sağlanacağı görüşünün hâkim

⁴⁸³ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.164; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.87

⁴⁸⁴ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.87

⁴⁸⁵ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.87

olduğu toplum düzenine geçilmiş ancak kadının iş hayatına girmesi ve babanın en az ana kadar çocuğun bakım ve gözetiminden sorumlu olduğu düşüncesi, birlikte velayet kavramını daha çok gündeme getirmiştir.

Evlilik birliği içerisinde olduğu gibi, evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde veya evlilik dışı ilişkilerde, ana ve babanın müşterek çocuğun velayetini birlikte kullanabilmesine yönelik öğretide pek çok görüş mevcuttur. Bu görüşlerin bir kısmında, birlikte velayetin tek başına velayet ile karşılaştırıldığında hem çocuk hem de ebeveynler için daha yararlı olduğu ileri sürülürken⁴⁸⁶ bir kısmında, birlikte velayetin ebeveynlerin kendi arasındaki çatışmaları daha çok büyüteceğine ve bu çatışmaların çocuğa sirayet etmesi nedeniyle olumsuzluklara neden olacağı ileri sürülmektedir⁴⁸⁷.

2.5.1. Birlikte Velayete İlişkin Olumlu Görüşler

Birlikte velayeti savunan bir görüşe göre, ana ve baba arasında velayete ilişkin yaşanan çatışmalar, birlikte velayet sayesinde yaşanmayacak ve çocuklar bu çatışmaların neden olduğu olumsuzluklardan etkilenmeyecektir⁴⁸⁸. Zira, birlikte velayet, velayetin bırakıldığı veya bırakılmadığı taraf olarak bir ayrıma neden olmayacağından ana ve baba açısından kazanan veya kaybeden algısı oluşmayacaktır⁴⁸⁹. Bu durum aynı zamanda çocuğun ebeveynleri arasında bir intikam aracı olarak kullanılmasının önüne geçecektir⁴⁹⁰.

Benzer bir görüşe göre, birlikte velayette mümkün olan çocuğun ana ve babasına her an erişebileceği düşüncesi, tek başına velayette görülen ebeveyn yokluğuna ilişkin çocuk üzerinde yaşanacak olumsuzlukları azaltır⁴⁹¹. Ayrıca birlikte

⁴⁸⁶ Anna Lubrano Lavadera/Liliana Caravelli/Marisa Malagoli Togliatti, “Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of Practices in the Civil Court of Rome”, s.97

(http://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf) Erişim Tarihi: 21.02.2022; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.109; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s. 17; Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, s.23

⁴⁸⁷ Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasının Aşılması**, s.206; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.188

⁴⁸⁸ Lavadera/Caravelli/Togliatti, **Joint Custody and Shared Parenting**, s.97; Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı** s.23; Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.20;

⁴⁸⁹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.114; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.199; Lavadera/Caravelli/Togliatti, **Joint Custody and Shared Parenting**, s.98

⁴⁹⁰ Çakır, **Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Ortak Velayet**, s.57

⁴⁹¹ Robert Bauserman, “Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A meta-analytic Review, *Journal of Family Psychology*, 16(1), 2002, s.91–102

velayet altındaki çocuklar, tek başına velayet altında olan çocuklara kıyasla, topluma daha iyi uyum sağlarlar⁴⁹².

Birlikte velayetin sağlamış olduğu bir diğer yarar, ebeveynler arasındaki iş bölümüdür⁴⁹³. Zira bu iş bölümü sayesinde, ebeveynler arasındaki sorumluluklar paylaşılacak ve her iki ebeveyn çocukla daha kaliteli zaman geçireceklerdir⁴⁹⁴.

Velayetin ebeveynlerden birine verilmesi, diğer ebeveynin çocukla kişisel ilişki hakkı kapsamında daha sınırlı vakit geçirmesine sebep olacağından velayetin kendisine bırakılmadığı taraf, çocuğun ebeveyni olma rolünden çıkarak ziyaretçisi olma konumuna düşecek ve bir süre sonra çocukla ilişkisi kopma noktasına gelecektir⁴⁹⁵. Bu nedenle, tek başına velayet uygulaması eleştirilmektedir.

Birlikte velayeti savunan bir başka görüşe göre, birlikte velayet sayesinde, ana ve babanın müşterek çocuklarına yönelik sorumluluk duyguları güçlenmektedir⁴⁹⁶. Öyle ki, çocuğa nafaka ödemekle yükümlü olan ebeveyn, velayetin birlikte kullanılması halinde, bu borcunu tek başına velayete kıyasla daha düzenli yerine getirecektir⁴⁹⁷.

2.5.2. Birlikte Velayete İlişkin Olumsuz Görüşler

Yukarıda bahsedilen olumlu görüşlerin yanı sıra birlikte velayete ilişkin olumsuz görüşler de mevcuttur. Bu görüşlerin başında, birlikte velayetin ebeveynlerin kendi arasındaki çatışmaları daha çok büyüteceğine ve bu çatışmaların çocuklara sirayet etmesi nedeniyle olumsuzluklara neden olacağı gelmektedir⁴⁹⁸. Zira

(<https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0893-3200.16.1.91>) Erişim Tarih: 24.02.2022; Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, s.24; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.161; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.198

⁴⁹² Ayşegül Sayan Karahan, “**Boşanma Sürecinde Ortak Ebeveynlik ve Ortak Velayete İlişkin bir Derleme**”, Uluslararası Toplum Araştırmaları Derneği, C.18, S.44, Yıl 11, s.8507; Bauserman, **Child Adjustment in joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements**, s.91-102; Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, s.24;

⁴⁹³ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.111

⁴⁹⁴ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.111

⁴⁹⁵ Çakır, **Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Ortak Velayet**, s.56; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.120

⁴⁹⁶ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.161; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.18

⁴⁹⁷ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.121-122; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.57

⁴⁹⁸ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.188; Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.206; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.197; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.115-116

çiftler genellikle, boşandıklarında veya partnerlerinden ayrıldıklarında, zaruri olmadıkça onlarla görüşmek istemez ve bu yüzden ebeveynler arasında iş birliği ve uzlaşa sağlanamaz⁴⁹⁹. Birlikte velayet ancak, ilişkilerini sonlandırmış olsalar dahi çocuğun üstün yararını gözeterek iş birliği içerisinde bulunan ebeveynler için mümkündür.

Birlikte velayet aleyhine ileri sürülen bir diğer görüş, öğretide bağımlılık teorisi⁵⁰⁰ olarak adlandırılan ve çocuğun doğduğu andan itibaren bir ebeveyne daha çok bağlı kalacağını savunan teori kapsamında birlikte velayetin, çocuğun birden fazla disiplin altında kalmasına neden olacağından çocuğa zarar verebileceğini savunmaktadır⁵⁰¹.

Öğretide birlikte velayete yönelik bir diğer aleyhe görüş de birlikte velayetin ancak eğitim seviyesi yüksek ebeveynlerce kullanılabileceğini dolayısıyla bu durumun eşitsizliğe neden olacağı yönündedir⁵⁰². Ebeveynlerin birlikte velayeti uygulama noktasında kendi menfaatlerinden önce çocuğun menfaatlerini gözetmeleri gerektiğini, bunun ancak eğitim ve refah düzeyi yüksek ebeveynlerle mümkün olacağını belirten görüşte, birlikte velayetin toplumun yalnızca belirli kesimlerinde uygulanabilir olduğu sonucu çıktığından birlikte velayet eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir⁵⁰³.

Bir başka aleyhe görüş, ayrılmış veya boşanmış olan çiftlerin yeni bir ilişki yaşamaları veya yeniden evlenmeleri durumunda, sorunların doğacağı ve bu sorunların çocuğa zarar vereceğine ilişkindir⁵⁰⁴. Çocuk, içinde bulunduğu yeni ortama uyum sağlayamayabilir veya bu ortamı kabullenmekte güçlük çekebilir.

⁴⁹⁹ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.19; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.115

⁵⁰⁰ İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.196

⁵⁰¹ İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.196; Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, s.26; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.116; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.19

⁵⁰² Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.117; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.20

⁵⁰³ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.117; Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.20

⁵⁰⁴ İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.197; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.118;

Yine çocuğun birlikte velayet kapsamında sürekli olarak yer deşiştirmesinin, çocuğun hayatında düzensizliğe neden olacağı ve bu durumunda çocuğun menfaatlerine zarar vereceğine yönelik aleyhe görüşler de mevcuttur⁵⁰⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Alman Medeni Kanunu'nda birlikte velayete ilişkin düzenlemelere yer verilmeden önce, boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olması, evlilik dışı birliktelik yaşayan ebeveynlerde aile olmak için evliliğe ihtiyaç olmadığına yönelik düşüncenin yaygınlaşmasına yol açacağı gerekçesiyle Alman hukukunda da eleřtirilmiřtir⁵⁰⁶.

Kanaatimizce, velayetin tevdiine ilişkin her düzenleme mutlak surette çocuğun üstün yararını korumalıdır. Ana ve baba, medeni hallerinden bağımsız bir şekilde, velayet kapsamında kendilerine tanınan hak ve yükümlölükler ile müşterek çocuğun sorumluluğunu birlikte almalıdır. Zira, tarafların artık eş olmaması, çocuğun ana ve babası olmadıkları anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, yapılan arařtırmalar⁵⁰⁷ neticesinde tek başına velayete kıyasla çocuğun gelişimine yönelik önemli avantajlarının olduğu ortaya konan birlikte velayet modeline, ebeveynlerin özendirilmesi ve bu konuda kanuni düzenlemelerin yapılması gerekir.

Ebeveynlerinin birlikte velayeti altında bulunan çocuk, ana ve babasının çift olarak içinde bulunduğu durumdan etkilenmeyecek ve aralarında tercih yapmak zorunda kalmayacaktır. Bu durum, aynı zamanda ebeveynlerin çocuğu aralarında bir koz olarak kullanmasının önüne geçecektir. Öğretide birlikte velayet altındaki çocuğun ebeveynleri arasındaki çatışmalara maruz kalabileceğine ilişkin görüşlere, bu sebeplerle katılmamaktayız.

Birlikte velayet sayesinde, çocuk her iki ebeveyninin bakım ve gözetimi altında büyüyecek, çocuk ile ilgili tüm kararlar ebeveynler tarafından ortak bir şekilde alınacaktır. Dolayısıyla ebeveynler, çocuğa karşı kendilerini daha ilgili olma noktasında sorumlu hissedeceklerdir. Ayrıca birlikte velayet modelinde, ana ve babanın çocuk üzerinde eşit derecede söz hakkına sahip olması ve çocuğa ilişkin

⁵⁰⁵ Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, s.26

⁵⁰⁶ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.117; Türk hukukunda benzer yönde eleştiriler için bkz: Cemil elik, **“Velayetin Kaldırılması”**, AÜHFD, C.54, S.1, Yıl 2004, s.260-261

⁵⁰⁷ Bauserman, **Child Adjustment in joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements**, s.91-102; Lavadera/Caravelli/Togliatti, **Joint Custody and Shared Parenting**, s.97; Sayan Karahan, **Ortak Velayete İlişkin Bir Derleme**, s.8504; Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, s.23

verilecek önemli kararların birlikte alınabiliyor olması, aynı zamanda ebeveynler arasında da bir denetim mekanizmasının oluşmasını sağlayacağı kanaatindeyiz.

Yapılan araştırmalar⁵⁰⁸ neticesinde, tek başına velayetin bir sonucu olarak yalnızca kişisel ilişki kapsamında çocukla görüşülmesi, bir süre sonra çocuğun bu kapsamda görüştüğü ebeveynine karşı yabancılaşmasına neden olduğunu ortaya koymaktadır. Birlikte velayet modeli sayesinde gün ve saat sınırlaması olmaksızın çocuğun her an ana ve babasıyla görüşebiliyor olması, çocuğun ebeveynine yabancılaşmasını önleyecektir.

Boşanma durumunda birlikte velayete izin verilmesi durumunda ise, evlilik dışı ilişkilerin artacağına yönelik öğretilerde yer alan görüşlere katılmamaktayız. Zira, çiftlerin günümüzde evlilik dışı birliktelik yaşamalarını tercih etmesine neden olan birçok esaslı sebep bulunmaktadır. Toplumdaki kültürel değişimler ve bu kapsamda hukuki düzenlemelerde yapılan değişiklikler, cinsiyet devrimi⁵⁰⁹, farklı dil, din veya kültüre mensup olunması nedeniyle yaşanan sorunlar, ailelerin çiftlerin istedikleri kişilerle evlenmelerine onay vermemesi, çiftlerin ilişkilerinin sona ermesi halinde pahalı bürokratik ve uzun hukuki işlemlere maruz kalmak istememesi⁵¹⁰, evlilik birliğinin ve boşanmanın çiftlere yüklediği yükümlülüklerden kaçmak, evliliğe hazır hissetmeme veya tercih etmeme gibi hususlar, çiftlerin evlilik dışı birliktelik yaşamasının başlıca sebepleri arasında gösterilebilir⁵¹¹. Kanaatimizce, sayılan tüm bu nedenler göz önünde bulundurulduğunda, evlilik dışı ilişkilerin artmasına neden olan faktörler arasında birlikte velayetin düşünülmesi ve buna indirgenmesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Diğer taraftan, evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun ebeveynlerine birlikte velayet hakkı tanınırken evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun ebeveynlerine bu hakkının tanınmaması, ayrımcılığa sebebiyet verecek ve çocuk, en

⁵⁰⁸ Bauserman, **Child Adjustment in joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements**, s.91-102; Lavadera/Caravelli/Togliatti, **Joint Custody and Shared Parenting**, s.97; Sayan Karahan, **Ortak Velayete İlişkin Bir Derleme**, s.8504; Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, s.23

⁵⁰⁹ Nermin Abadan Unat, “**Legal Problems Concerning Unmarried Couples the Non- Married Couple and Society: Socio – Juridical Aspects of Cohabitation**”, Seha L. Meray’a Armağan, AÜSBF, Cilt 2, Ankara 1982, s. 808; Necla Öztürk, “**Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri**”, Adalet Yayınevi, İstanbul 2016, s.47

⁵¹⁰ Brienna Haris Perelli/Sachez Nora Gassen, “**How Similar are Cohabitation and Marriage ? Legal Approaches to Cohabitation across Western Europe**”, Population and Development Review, V. 38(3), 2012, s.449; Öztürk, **Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri**, s.47

⁵¹¹ Öztürk, **Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri**, s.47

tabi hakkı olan ana ve babası tarafından birlikte yetiştirilme hakkından mahrum bırakılacaktır.

Tüm bu anlatılanlar ışığında kanaatimizce, Türk hukukunda birlikte velayet modelinin boşanmada ve evlilik dışı ilişkilerde benimsenmesi ve ebeveynlerin birlikte velayete teşvik edilerek buna yönelik hukuki düzenlemelerin yapılması gerekir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖĞRETİDE YER ALAN GÖRÜŞLER VE YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA HALİNDE VEYA EVLİLİK DIŞI İLİŞKİLERDE BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANABİLİRLİĞİ MESELESİ

3.1. Genel Olarak

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 336/1. maddesi gereğince, ana ve baba evlilik birliği içerisinde velayet hakkına birlikte sahiptirler. Çocuğun doğumu sırasında evli olmayan ana ve baba, sonraki süreçte evlenmeleri durumunda velayet hakkına birlikte sahip olurlar⁵¹².

Evlilik birliği içerisinde ana ve babadan her biri, velayet hakkını birbirinden bağımsız ve eşit bir şekilde kullanırlar⁵¹³. Çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri, çocuğun üstün yararı doğrultusunda, birlikte yerine getirirler.

Velayet hakkı, kanunda sayılan nedenler gerçekleşmedikçe ana ve babadan alınamaz⁵¹⁴. Nitekim, velayet hakkı kanun tarafından ana ve babaya tanınan, feragat edilmesi veya devredilmesi mümkün olmayan bir yüküm hakkıdır⁵¹⁵.

Ayrılık veya birlikte yaşamaya ara verildiği hallerde, TMK’nın 336/2. maddesi uyarınca, hâkim velayeti eşlerden birine bırakabilir. Bahse konu hükmün zıt

⁵¹² Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.139; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.142-143; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1092

⁵¹³ Usta, **Velayet Hukuku**, s.106; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.138; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.254, Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.262; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.408

⁵¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Birinci bölümde yer alan “Velayetin Kaldırılması” konu başlığı, s.38 vd.

⁵¹⁵ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.150; Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, s.574; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1078; Dönmez/Barın, **Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu**, s.182; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.234; Ruhi/Ruhi, **Velayet Hukuku**, s.27; Usta, **Velayet Hukuku**, s.27; Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.446

anlamından, hâkimin bu konuda kullanacağı takdir yetkisiyle, velayeti ana veya babadan birine bırakabileceği gibi her ikisi tarafından birlikte kullanılmasına da karar verebileceği sonucu çıkarılabilir⁵¹⁶.

Türk hukukunda evlilik dışı ilişkiler bakımından ise birlikte velayete imkân tanınmamış ve TMK'nın 337/1. maddesi uyarınca, evlilik dışı ilişkiden doğmuş müşterek çocuğun velayetinin anaya ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

Birlikte velayet, özü itibariyle, ana ve babanın evli olup olmadığına bakılmaksızın çocuk üzerinde eşit hak ve yetkilere sahip olmalarını ifade eder⁵¹⁷. Bir başka ifadeyle ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yükümlülüklerini Anayasa'nın 10. ve 41/1. maddelerinde belirtilen eşitlik ilkesi çerçevesinde, yerine getirmesidir⁵¹⁸. Benzer şekilde uluslararası sözleşmelerde, ana ve babanın çocuğun yetiştirilmesinde birlikte sorumluluklarının olduğu belirtilmiştir⁵¹⁹.

Evlilik birliği içerisinde ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanacağına ilişkin TMK'da net bir hüküm yer almış olsa da evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde veya evlilik dışı ilişkilerde, müşterek çocuğun velayetinin ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağına yönelik bir hüküm yer almamakta; aksine mevcut düzenlemeler, birlikte velayete imkân tanımamaktadır. Öğretide, boşanma durumunda birlikte velayetin mümkün olup olmayacağına ilişkin TMK'nın özellikle 336. ve 182. maddeleri oldukça tartışılmaktadır⁵²⁰. Nitekim Yargıtay da 2017 yılına

⁵¹⁶ Usta, **Velayet Hukuku**, s.110; Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.269; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.143; Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.450; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.169

⁵¹⁷ Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği** s.447; Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.13; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.162; Bingöl, **Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması**, s.281

⁵¹⁸ Bingöl, **Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması**, s.281

⁵¹⁹ BMÇHS'nin 18.maddesi'nde: "*Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.*" şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

⁵²⁰ TMK m.336'da: "Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir." şeklinde hükme yer verilmiştir. Bahse konu hükmün 3.fıkrasında yer alan "velâyet ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir" ifadesi ilgili hükmün, boşanma sonucunda birlikte velayete imkân tanıyıp tanımadığına yönelik öğretide önemli tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur. Diğer taraftan "Hâkimin takdir yetkisi" kenar başlıklı TMK m.182'de: "Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel

kadar, velayete ilişkin hususların kamu düzeninden olduğu ve TMK'nın emredici hükümleri kapsamında birlikte velayetin mümkün olmadığından bahisle bu yöndeki talepleri reddetmiştir⁵²¹. Ancak sonrasında, Yargıtay 2. HD, 20.02.2017 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, birlikte velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığını ve birlikte velayetin uygulanmasına ilişkin AİHS'e Ek 7 No'lu Protokole atıf yaparak Anayasa'nın 90. maddesi gereğince uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağını belirtmiştir⁵²². Görüleceği üzere gerek imzalanan uluslararası sözleşmeler gerek birçok yabancı devlet hukukunda, boşanma ve evlilik dışı birlikteliklerde ana ve babaya velayet hakkının birlikte tanınmasına ilişkin yapılan düzenlemeler, gerekse de verilen yargı kararları son yıllarda öğretide tartışmalara neden olmuş ve dolayısıyla uygulamada yeknesaklık sağlanamamıştır. Önemle belirtilmelidir ki tartışılan husus, birlikte velayetin Türk hukukunda düzenlenmesi gerekliliğine yönelik değildir; zira bu gereklilik yapılan araştırmalar⁵²³ neticesinde apaçık ortadadır⁵²⁴. Tartışılan husus, boşanma halinde veya evlilik dışı ilişkilerde, Türk hukukunda yer alan mevcut hukuki düzenlemeler, yargı kararları ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde birlikte velayet kararı verilip verilemeyeceğine yöneliktir. Aşağıda mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde birlikte velayetin mümkün olup olmadığı incelenecektir.

ilişkilerini düzenler. (Ek ikinci fıkra:24/11/2021-7343/37 md.) Mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder. Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Maddenin 3.fikrasında yer alan “velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş...” ifadesi, öğretide benzer tartışmalara neden olmuştur.

⁵²¹İlgili Yargıtay kararları için bkz: Yargıtay 2. HD. 19.03.2013 T 2012/21186 Es. 2013/74440 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#> Erişim Tarihi: 28.02.2022)

Yargıtay 2. HD. 16.02.2015 T. 2015/2140 Es. 2015/1932 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#> Erişim Tarihi: 28.02.2022)

⁵²²İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2. HD. 20.02.2017 T. 2016/15771 Es. 2017/1737 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#> Erişim Tarihi: 28.02.2022)

⁵²³ Bauserman, **Child Adjustment in joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements**, s.91-102; Lavadera/Caravelli/Togliatti, **Joint Custody and Shared Parenting**, s.97; Sayan Karahan, **Ortak Velayete İlişkin Bir Derleme**, s.8504; Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, s.23

⁵²⁴ Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği** s.447; Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, s.23-26; Sayan Karahan, **Ortak Velayete İlişkin bir Derleme** s.8502 vd.

3.2. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Birlikte Velayetin TMK ve Yargıtay Kararları Kapsamında Uygulanabilirliği Meselesi

3.2.1. TMK'nın 336/3. Maddesinin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, birlikte velayetin mümkün olup olmadığına ilişkin öğretide TMK'nın ilgili iki hükmü tartışılmaktadır. Bunlardan ilki, ana veya babadan birinin ölümü halinde velayetin sağ kalan eşe ait olacağını; boşanmada ise, çocuğun kendisine bırakılan tarafa ait olacağını hüküm altına alan 336/3. maddesidir⁵²⁵. Madde metninde yer alan “*Velayet... , boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” ifadesi, öğretide önemli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu tartışmalar, TMK'nın 336/3. maddesinin emredici olup olmadığı veya hükümde boşluk bulunup bulunmadığına ilişkin noktalarda yoğunlaşmıştır.

3.2.1.1. TMK'nın 336/3. Maddesinin Emredici Olduğuna İlişkin Görüşler

Hatemi/Kalkan Oğuztürk'e göre, anılan hükümde bir boşluk değil; menfi bir çözüm bulunmaktadır⁵²⁶. Ayrıca kanunda birlikte velayete ilişkin bir düzenlemenin yapılmasını uygun bulmadığını belirten yazar, böyle bir düzenlemenin çocuğun üstün menfaatlerine zarar vereceğini; zira boşanmış olan ana ve babanın çatışmalarını çocuk üzerinde devam ettirebileceğini dile getirmiştir⁵²⁷.

⁵²⁵ Türkiye’de boşanma sürecinde birlikte velayete ilişkin bakış açılarının yer aldığı doktora tezinde katılımcılar, TMK’nın 336. maddesini aynen kabul ettiklerini belirterek boşanma durumunda çocuğun velayetinin ana veya babadan birine verilmesini onaylasalar da TMK’nın ebeveynlere verdiği yükümlülükler tek tek madde olarak sorulduğunda katılımcılar, veli olarak boşanma halinde ana ve babanın eşit haklara sahip olmak istediklerini belirtmişlerdir. Kiremitçi bu durumu, katılımcıların TMK’nın kendilerine ebeveyn olarak yüklediği sorumlulukların hukuki anlamlarını, yeterince bilmediklerine bağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kiremitçi, **Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, s.104

⁵²⁶ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.131

⁵²⁷ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.131

Dural/Öğüz/Gümüş, Türk hukukundaki düzenlemenin, boşanma durumunda velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına izin vermeyeceğini ifade etmiştir⁵²⁸.

Tekinay yine benzer bir görüş bildirerek, boşanma sonucunda ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanamayacağını, dolayısıyla velayetin tevdiinde ana veya babadan birinin tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵²⁹.

Gençcan'a göre, TMK'nın 336/3.maddesi uyarınca velayet hakkının kime tevdi edileceği hâkim tarafından belirlenir; diğer bir ifadeyle, boşanma ve ayrılık halinde kural olarak hâkimin velayeti eşlerden birine vermesi zaruridir⁵³⁰. Yazar bu düşünceleriyle ilgili hükmün emredici olduğunu ifade etmektedir. Ancak yazar, Anayasa 90. maddesi gereğince, iç hukukumuzun parçası haline gelen 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi kapsamında, TMK'nın birlikte velayeti engelleyen hükümlerinin örtülü olarak kaldırıldığını belirtmiştir⁵³¹.

Kurt ise, anılan hükmün lafzının açık olduğu ve boşanma durumunda hâkimin velayeti ana veya babadan ancak birine tevdi edebileceğini, belirtmektedir⁵³². Yazar yine TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan boşanmada çocuğun kendisine bırakılan tarafa ait olacağına ilişkin ifadenin zıt anlamından da hâkimin velayeti ana ve babaya birlikte bırakamayacağı sonucunun çıktığını belirtmekte ancak boşanma halinde birlikte velayet ihtimalini tamamen dışlayan bu hüküm yerine Anayasa'nın 90. maddesi gereğince birlikte velayete imkân tanıyan uluslararası sözleşme hükümleri uygulanarak çocuğun üstün yararının gerektirdiği ölçüde birlikte velayete hükmedilebilir⁵³³.

Akıntürk/Ateş'e göre, boşanma ile birlikte evlilik kesin olarak sona ereceğinden, o zamana kadar ana ve baba tarafından birlikte kullanılan velayet hakkının, boşanma sonrasında hâkim tarafından çocuğun üstün yararı doğrultusunda yalnızca birine tevdi edilecektir⁵³⁴. Ancak yazarlar, eserlerinin 2017 basısında görüş değişikliğine giderek Yargıtay'ın 20.02.2017 tarihinde birlikte velayete ilişkin

⁵²⁸ *Dural/Öğüz/Gümüş*, **Aile Hukuku**, s.140

⁵²⁹ *Tekinay*, **Türk Aile Hukuku** s.281

⁵³⁰ *Gençcan*, **Ortak Velayet**, s.25

⁵³¹ *Gençcan*, **Ortak Velayet**, s.26

⁵³² *Kurt*, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.172

⁵³³ *Kurt*, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.174

⁵³⁴ *Akıntürk/Ateş*, **Aile Hukuku**, s.310

vermiş olduğu karar ve AİHS'e Ek 7 No'lu protokol kapsamında, velayetin çocuğun üstün yararına aykırı olmaması kaydıyla ana ve babaya birlikte verilebileceğinin mümkün olduğunu ifade etmişlerdir⁵³⁵.

Baktır Çetiner, Yargıtay'ın ayrılık veya boşanma halinde velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılamayacağına ilişkin kararları olsa da BMÇHS'nin 3. maddesi uyarınca, bu kararlarını terk etmesi gerektiğini belirtmektedir⁵³⁶. Ayrıca yazar, boşanmada velayetin kaldırılmasına ilişkin bir neden yoksa, asıl olması gerekenin velayetin devamı olduğunu ifade etmektedir⁵³⁷.

Kılıçoğlu'na göre mevcut düzenleme, Türk hukukunda boşanma sonrasında birlikte velayete izin vermemekte ve dolayısıyla bu halde, velayetin yalnızca ana veya babadan birine verilebileceğini ifade etmektedir⁵³⁸.

Serozan'a göre, TMK'nın 336/3. maddesi emredici nitelikte olup, mevcut kanuni düzenlemeler ile hâkim tarafından boşanma sonrasında birlikte velayete hükmedilemez⁵³⁹. Ancak bu düzenleme gerek uluslararası sözleşmelere gerekse anayasal kadın erkek eşitliği ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden, TMK'nın 336 ve 337. maddelerinin Anayasaya aykırılığının defî yoluyla AYM'ye taşınması gerekir⁵⁴⁰.

3.2.1.2. TMK'nın 336/3. Maddesinin Revize Edilmesine İlişkin Görüşler

Öğretide yer alan bir diğer görüş⁵⁴¹, TMK'nın 336/3.maddesinde yer alan hükmün emredici olduğunu ancak günümüzde boşanma sonrasında birlikte velayete hükmedilebilmesi için yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğuna ilişkindir.

Baygın, bahse konu düzenleme ile kanun koyucunun, boşanma halinde velayetin ana ya da babadan birine bırakılması yönünde net bir ilke benimsediği görüşündedir⁵⁴². Buna göre yazar, ana ve babanın çocuğun sorumluluğunu birlikte

⁵³⁵ Apaydın, *Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, s.452

⁵³⁶ Baktır Çetiner, *Velayet Hukuku*, s.108

⁵³⁷ Baktır Çetiner, *Velayet Hukuku* s.109

⁵³⁸ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s.624

⁵³⁹ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s.256

⁵⁴⁰ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s.256

⁵⁴¹ Grassinger, *Küçük İçin Alınacak Tedbirler*, s.12; Baygın, *Soybağı Hukuku*, s.268; Bingöl, *Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması*, s.303-305; Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s.337; Birinci Uzun, *Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli*, s.63

⁵⁴² Baygın, *Soybağı Hukuku*, s.268

alma noktasında istekli ve hazır olmaları halinde, birlikte velayetin istisnai olarak kabul edilebileceği açık bir düzenlemenin yapılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁴³.

Yine benzer bir görüş bildiren *Özdemir/Ruhi*, öğretide her ne kadar Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri gereğince, boşanma durumunda birlikte velayetin mümkün olabileceğine yönelik değerlendirmeler yapılıyor olsa da aynı zamanda TMK'nın mevcut düzenlemelerine ilişkin var olan tartışmalar nedeniyle yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır⁵⁴⁴. TMK kapsamında, birlikte velayetin yeknesak ve kesin bir şekilde uygulaması ancak bu halde sağlanır⁵⁴⁵.

Bingöl'e göre, TMK'nın 336/1. maddesinde yer alan evlilik devam ettiği sürece, ebeveynler velayeti birlikte kullanır düzenlemesinin, evlilik birliği devam etmese dahi ana ve baba velayeti birlikte kullanır şeklinde değiştirilmesi, mevcut düzenlemeler açısından sorun oluşturmamaktadır⁵⁴⁶.

Grassinger, benzer bir görüş bildirerek ilgili hükümde revizyona gidilerek birlikte velayetin önünün açılması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁴⁷. Ayrıca yazara göre, ana ve baba arasındaki sosyal ilişkin birlikte velayete uygun olduğu ve birlikte velayetin çocuğun gelişimi yönünden olumlu katkı sunacağı yönünde hâkimde kanaat oluşması durumunda, ana ve babanın velayete birlikte sahip olmamasının makul bir sebebi bulunmamaktadır⁵⁴⁸.

Son olarak *Birinci Uzun'a* göre, velayete ilişkin mahkeme kararına dayanak olan kriterler, değişen ihtiyaçları karşılayacak şekilde yeniden düzenlenmeli ve TMK'nın ilgili hükmü, "*Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise hâkim, çocuğun yüksek (üstün) yararı doğrultusunda, velayetin ana ve baba tarafından birlikte veya ana ya da baba tarafından tek başına kullanılmasına karar verilebilir.*" şeklinde değiştirilmelidir⁵⁴⁹. Bu sayede çocuğun yaşına ve ana-babasının tavrına göre değişen ihtiyaçları dikkate alınacak ve

⁵⁴³ Baygın, *Soybağı Hukuku*, s.268

⁵⁴⁴ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s.337

⁵⁴⁵ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s.337

⁵⁴⁶ Bingöl, *Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması*, s.303-305

⁵⁴⁷ Grassinger, *Küçük İçin Alınacak Tedbirler*, s.12

⁵⁴⁸ Grassinger, *Küçük İçin Alınacak Tedbirler*, s.12

⁵⁴⁹ Birinci Uzun, *Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli*, s.163

boşanmada birlikte velayet veya tek başına velayet modellerden birine üstünlük tanınacaktır⁵⁵⁰.

3.2.1.3. TMK'nın 336/3. Maddesinde Boşluk Bulunduğuna İlişkin Görüşler

Tüm bu görüşlerin yanı sıra öğretide, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hükümde, bir boşluk bulunduğunu, bu boşluğun çocuğun üstün menfaatine uygun bir şekilde amacına uygun sınırlanması⁵⁵¹ ve bu şekilde yorumlandıktan sonra boşanma halinde birlikte velayetin mümkün olabileceğine yönelik görüşler de mevcuttur.

Öztan'a göre, TMK'nın 336/3. maddesinde, velayetin boşanma durumunda çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olmasının öngörülmüş olması, hükmün emredici olduğunu ve bu nedenle hâkim tarafından velayetin ana ve babaya birlikte verilemeyeceği şeklinde dar yorumlanamaz⁵⁵². Zira, çocuk hukukundaki temel amaç çocuğun yararı olduğundan, TMK'nın ilgili hükmündeki istisna boşluğu, çocuğun yararına doldurulmalıdır⁵⁵³. TMK'nın 336/3. maddesi, mevcut haliyle uygulandığında, çocuk hukukundaki temel amaç olan çocuğun yararının korunması amacına ulaşamayacağından hüküm amacına uygun sınırlanmalı⁵⁵⁴ ve bu kapsamda çocuğun yararı gözetilerek velayet ana babaya birlikte verilebilir⁵⁵⁵.

Akyüz'e göre, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hükümden, boşanma durumunda velayetin yalnızca ana ve babadan birine ait olacağı sonucu çıkarılamaz⁵⁵⁶. Bu hükmün kanunun amacına ve temel felsefesine uygun bir şekilde yorumlanması gerekir ancak son yıllarda öğretideki tartışmaların ve yargı kararlarındaki tereddütler nedeniyle TMK'nın velayete ilişkin hükümleri çağdaş kanunlardaki gelişmeler dikkate alınarak yeniden düzenlenmeli ve TMK'ya çocuğun

⁵⁵⁰ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.163

⁵⁵¹ Öztan, **Aile Hukuku**, s.782 - 1090

⁵⁵² Öztan, **Aile Hukuku**, s.782

⁵⁵³ Bilge Öztan, “**Türk Hukukunda Birlikte Velayet Sorunu**”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.258; Öztan, **Aile Hukuku**, s.1090

⁵⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Çiğdem Kırca**, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C.50, S.1, Yıl 2001, s.91-110(<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629324>) Erişim Tarihi: 01.03.2022

⁵⁵⁵ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1090

⁵⁵⁶ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.234

üstün yararı aksini gerektirmedikçe boşanma durumunda velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına imkân tanıyan açık bir hüküm konulmalıdır⁵⁵⁷.

Kahraman, Anayasa'nın eşitliği düzenleyen 10. ve 41. maddeleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun 84 (4) sayılı Tavsiye Kararı, BMÇHS'nin 2., 3., 9., ve 12. maddeleri ve AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi uyarınca, birlikte velayetin Türk hukuku bakımından uygulanmasında kanuni bir engel bulunmadığı ancak ana ve babanın boşanmalarının ardından velayetin birlikte kullanımının nasıl olacağına ilişkin bir boşluk bulunduğu görüşündedir⁵⁵⁸. Bu nedenle TMK'nın 336. maddesini birlikte velayeti ilke haline getirecek şekilde, kanunun özüne bağlı kalınarak değiştirilmeli ve yeniden düzenlenmelidir.

Erlüle'ye göre, TMK 336/3 hükmünde, "Velayet, ... boşanmada ise kendisine bırakılan tarafa aittir" ifadesinde yer alan "taraf" kelimesinin tekil olarak kullanılmasından kaynaklı olarak, Türk hukuku bakımından boşanmadan sonra velayetin yalnızca ana veya babadan birine ait olacağı sonucuna ulaşılamaz; zira ilgili hüküm bu şekilde yorumlandığında, Anayasa'nın 90. maddesi ile iç hukukumuzun bir parçası haline gelen BMÇHS'nin 3. maddesinde yer alan çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesine aykırılık oluşturacaktır⁵⁵⁹. Daha net bir ifadeyle, somut olaya ilişkin mevcut bir hüküm, amacı göz önünde bulundurulduğunda somut olaya uygulanamadığından kanunda örtülü bir boşluk olduğu kabul edilmeli ve bu kapsamda hâkim, örtülü boşluğu amaca uygun sınırlama yöntemini kullanarak çocuğun üstün yararı doğrultusunda doldurmalıdır⁵⁶⁰.

Bölükbaşı da benzer bir görüş bildirerek TMK'nın 336. maddesinin lafzıyla amacı birlikte düşünüldüğünde örtülü bir boşluk ortaya çıktığını, dolayısıyla bahse konu hükmün, çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda amaca uygun bir şekilde sınırlandırılarak birlikte velayet taleplerine uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁵⁶¹. Yazar ayrıca ilgili hükmün değiştirilmesi durumunda, "*Velayet ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise velayet, çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde*

⁵⁵⁷ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.235

⁵⁵⁸ Kahraman, **Müşterek Velayet**, s.63

⁵⁵⁹ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.286

⁵⁶⁰ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.292

⁵⁶¹ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.158; Benzer görüş için bkz: Bingöl, **Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması** s.286

*çocuğun görüşü de dikkate alınarak, ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir*⁵⁶²” şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

Apaydın’a göre, TMK’nın 336/3. maddesinde yer alan hüküm, boşanma sonrasında birlikte velayeti düzenlemediği gibi açıkça yasaklamamaktadır⁵⁶³. Ayrıca kanun koyucunun, kanun düzenlenirken birlikte velayeti bilerek düzenlemekten kaçındığı düşünülmemeli ve kanunda gerçek bir boşluk olduğu kabul edilerek boşluğun hâkim tarafından TMK’nın 1. maddesine göre doldurması gerekir⁵⁶⁴.

3.2.1.4. TMK’nın 336/3. Maddesinin Birlikte Velayet Taleplerine Uygulanabileceğine İlişkin Görüşler

Öğretide yer alan diğer görüşteki yazarlar, TMK’nın 336/3. maddesinin, kanunun amacı dikkate alındığında boşanma halinde birlikte velayet taleplerine uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmişlerdir.

Koçhisarlıoğlu’na göre, TMK’nın velayete ilişkin hükümleri emredici olarak sayılmamalıdır; zira bu şekilde sayıldıklarında, sahip olmaları zorunlu olan derin anlam, gerçek öz (ruh), amaç ile bağdaşmayacak ve bu nedenle ilgili hükümler yalnızca anlaşmazlık kuralı olarak sayılmalı; hâkim ana babanın bu konuda anlaşma serbestilerinin bulunduğunu göz önünde bulundurarak, onların kendi aralarında yapmış oldukları anlaşmayı onaylamalıdır⁵⁶⁵. Yazar aynı zamanda TMK 336/3. maddesinde yer alan “çocuk kendisine bırakılan taraf” ifadesini, “çocuklar kime ya da kimlere, hangi eşe ya da her iki eşe de tevdi olunmuşsa” biçiminde algılayabilmenin de mümkün olabileceğini belirterek anlatımın “velayet, boşanmada çocuk kendisine bırakılan ana ve/veya baba aittir.” şeklinde olabileceği görüşündedir⁵⁶⁶.

Erdem’e göre, ilgili hükümde boşanma halinde velayetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğunun belirtilmesi, bu durumun aksinin yasaklandığı

⁵⁶² Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.285

⁵⁶³ Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.457

⁵⁶⁴ Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.457-458; TMK’nın 1. maddesinde: “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

⁵⁶⁵ Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.37

⁵⁶⁶ Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.104-105

anlamına gelmemektedir⁵⁶⁷. Bir yasak bulunmadığına göre, çocuk üstün yararının gerektirdiği hallerde boşanma sonrasında velayet, ana ve babaya birlikte verilebilir⁵⁶⁸.

Yine benzer bir görüşte olan *Arkan Serim*'e göre, TMK'nın 336. ve 182. maddelerinin gerekçesinde, boşanma sonucunda hâkim tarafından velayetin yalnızca ana ya da babadan birine verilmesinin koşul (şart) olduğu, birlikte velayetin mümkün olmadığına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır⁵⁶⁹. Yazar, TMK m. 336/1-2 birlikte değerlendirilmesi halinde, asıl olanın birlikte velayet olduğunu belirtmiş; ancak boşanma sonucunda hâkimin tek başına velayete de karar verebileceği kanaatindedir⁵⁷⁰.

Serdar'a göre, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan düzenlemeden, boşanma sonrasında velayetin ana ve babaya birlikte verilemeyeceğine ilişkin kesin bir kanıya varılamaz; zira hükümde, "taraf" ifadesinin tekil kullanılması, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin eşlerden yalnızca birine bırakılması anlamını mutlak şekilde doğurmaz⁵⁷¹.

İnce ise, boşanma sonrasında ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanabilmesi için TMK'da açık yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirterek düzenlemeler yapılınca kadar, mevcut hükümlerin birlikte velayeti yasaklamadığı, hakimlerin boşanma sonrasında velayete ilişkin Anayasa'nın 90. maddesi gereğince iç hukukumuzun parçası haline gelen BMÇHS ve AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol kapsamında birlikte velayete karar vermeleri gerektiğini ifade etmektedir⁵⁷².

Kanaatimizce, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hükmün lafzından, boşanma sonucunda birlikte velayete karar verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak mevcut halde, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı düzenlemeler

⁵⁶⁷ Erdem, **Aile Hukuku**, s.171

⁵⁶⁸ Erdem, **Aile Hukuku**, s.172

⁵⁶⁹ Azra Arkan Serim, "**Boşanma Halinde Ortak Velayet**", Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, Yıl 2016, s.6085

⁵⁷⁰ Arkan Serim, **Boşanma Halinde Ortak Velayet**, s.6085

⁵⁷¹ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.175

⁵⁷² İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.220-221

içermesi halinde, uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanacağından bahisle, iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan başta BMÇHS, AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol olmak üzere, tezimizde yer verilen diğer uluslararası sözleşmeler kapsamında, boşanma sonucunda birlikte velayet kararı verilebilir. Öğretide yer alan tartışmaların sona erdirilmesi ve yargı kararlarında yeknesaklığın sağlanması bakımından TMK'da, çocuğun üstün yararı gözetilerek boşanma sonucunda birlikte velayete hükmedilebilmesinin mümkün olduğuna ilişkin açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu kabul edilmelidir.

3.2.2. TMK'nın 182/3. Maddesinin Değerlendirilmesi

Boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olup olmayacağına ilişkin öğretide tartışılan bir diğer hüküm, “*Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.*” şeklinde düzenlemeye yer veren, TMK'nın 182/3. maddesidir⁵⁷³. Hükümde geçen, “Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesi nedeniyle, yazarların bir kısmı boşanma sonucunda velayetin ana veya babadan birine verilebileceğini ileri sürerken⁵⁷⁴ bir kısım yazar, söz konusu hükümden böyle bir sonuç çıkarılmayacağı görüşündedirler⁵⁷⁵.

Akıntürk/Ateş, boşanma durumunda evlilik birliğinin net bir şekilde sona ereceğini ve o ana kadar velayet hakkını birlikte kullanan ana ve babanın boşanmadan sonra yalnızca birinin bu hakkı kullanabileceğini belirtmektedir⁵⁷⁶. Yazara göre velayet hakkı sona ermiş tarafın çocuk ile kişisel ilişkisinin

⁵⁷³ İlgili hüküm, TMK m.182/2'de yer alırken 24.11.2021 tarihinde 182. maddeye eklenen (Ek ikinci fıkra:24/11/2021-7343/37 md.) “Mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder.” hükmü nedeniyle 182/3'e kaydırılmıştır.

⁵⁷⁴ Dural/Öğüz/Gümü, **Aile Hukuku**, s.142; Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s.623; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.129; Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.313

⁵⁷⁵ Öztan, **Birlikte Velayet Sorunu**, s.253; Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.103; Erdem, **Aile Hukuku**, s.171; Dönmez/Barın, **Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu**, s. 185; Serdar, **Birlikte Velayet**, s.174; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.268; Öztan, **Aile Hukuku**, s.781-782

⁵⁷⁶ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.313

düzenlenmesinde, TMK'nın 182/3. maddesi gereğince çocuğun eğitim, sağlık ve ahlak bakımından yararları göz önünde bulundurulur⁵⁷⁷.

Dural/Öğüz/Gümüş, boşanma sonucunda velayetin eşlerden birine verileceğini, diğer eşin çocuk üzerindeki velayet hakkının sona erse de kişisel ilişki kurma hakkının devam ettiğini belirtmiştir⁵⁷⁸. Dolayısıyla 182. maddenin, velayetin kendisine verilmeyen eş için kişisel ilişki hakkını düzenlediğini ve 182/3 uyarınca, kişisel ilişki hakkının düzenlenmesinde hâkimin yalnızca çocuğun menfaatini göz önünde bulunduracağını ifade eder⁵⁷⁹.

Baygın'a göre, TMK'nın 182/3. maddesi, boşanma sonrasında tek başına velayetin olması gerektiği izlenimini yaratmaktadır⁵⁸⁰. Boşanmada tek başına velayetin asıl olduğunu belirten yazar, çocuğun üstün yararı doğrultusunda ana ve babanın birlikte velayete hazır ve istekli olduğu hallerde, İsviçre hukukunun eski düzenlemelerinde yer alan ve birlikte velayete istisnai olarak imkân sağlayan benzer düzenlemenin, TMK kapsamında açıkça yapılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁸¹.

Koçhisarlıoğlu'na göre, TMK'nın 182/3. maddesinde geçen “Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesi, çocuğun/çocukların velayetinin taraflardan yalnız birine bırakılması ihtimali göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir; zira velayetin taraflardan yalnızca birine bırakıldığı hallerde, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesi ve çocuğa ödemesi gereken nafaka miktarının belirlenmesi gerekmektedir⁵⁸². Velayetin her iki eşe de birlikte verilmesi durumunda, velayete sahip olmayan eş, onun çocukla kişisel ilişkileri ve nafaka ödemesi gibi haller söz konusu olmayacağından, kanun koyucunun bu bağlamda tekil bir anlatıma başvurması tabii bir durumdur⁵⁸³.

Öztañ' a göre, TMK'nın 182/3. maddesi, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasında kurulacak olan kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkin olduğundan bu hükümden, çocuğun velayetin yalnızca eşlerden birine

⁵⁷⁷ Akıntürk/Ateş, **Aile Hukuku**, s.314

⁵⁷⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.142

⁵⁷⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s.142

⁵⁸⁰ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.268

⁵⁸¹ Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.268

⁵⁸² Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.104

⁵⁸³ Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.104

bırakılacağı sonucu çıkarılamaz⁵⁸⁴. Zira, madde metninde çocuğun yararı vurgulandığından velayet, çocuğun yararına olacaksa ve ana baba bu hususta anlaşmışlarsa her iki ebeveyne birlikte verilebilir⁵⁸⁵.

Benzer bir görüşte olan *Kurt*, ilgili hükümdeki ifadeden boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olmadığı sonucuna değil, velayetin tek tarafa bırakıldığı hallerde diğer eşin çocukla kişisel ilişkisinin düzenleneceği sonucuna ulaşılacağı kanaatindedir⁵⁸⁶.

Serdar, gerek mahkemenin boşanma ve ayrılık halinde mümkün olduğunca ana ve babayı, çocuğun vesayet altında olması durumunda ise vasinin ve vesayet makamının görüşünü aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve kişisel ilişkilerini düzenleyeceğini belirten TMK'nın 182/1. maddesinden gerekse de TMK'nın 182/3. maddesinde geçen "velayet kullanılması kendisine verilmeyen eş" ifadesinin tekil anlamından yola çıkılarak boşanma sonucunda birlikte velayetin mümkün olmadığı anlamının çıkarılamayacağını belirtmiştir⁵⁸⁷. Yazara göre düzenlemede geçen ifade, velayetin tek bir tarafa bırakılma ihtimalinde diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişkisini ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesi göz önüne alınarak düzenlenmiştir⁵⁸⁸.

Apaydın'a göre, TMK'nın 182/3. maddesi, velayetin kime veya kimlere tevdi edileceğine ilişkin bir düzenleme olmayıp boşanma sonrasında, velayetin tek bir tarafa bırakıldığı hallerde diğer eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin nasıl olacağına yönelik bir düzenlemedir⁵⁸⁹. Ayrıca yazar, maddenin bütününde çocuğun yararının esas tutulması emredildiğinden, boşanma sonrasında çocuğun yararının gerektirdiği durumlarda birlikte velayete karar verilebileceğini ifade etmektedir⁵⁹⁰.

Bölükbaşı'na göre bahse konu hüküm, boşanma sonucunda velayetin kendisine bırakılmayan taraf ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin, hangi kriterler göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin olup, daha net bir ifadeyle kişisel ilişkinin düzenlenmesinde, hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını belirlemektedir⁵⁹¹. Hükümün devamında çocuğun yararının esas tutulacağı

⁵⁸⁴ Öztan, **Birlikte Velayet Sorunu**, s.253-254

⁵⁸⁵ Öztan, **Birlikte Velayet Sorunu**, s.253-254

⁵⁸⁶ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.166

⁵⁸⁷ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.174

⁵⁸⁸ Serdar, **Birlikte Velayet**, s.174-175

⁵⁸⁹ Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.465

⁵⁹⁰ Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.465

⁵⁹¹ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.156

belirtildiğinden bu amaç aşılarak velayetin yalnızca bir tarafa verilmesi gerektiğine ilişkin bir sonucun çıkarılması mümkün değildir⁵⁹². Yazar ayrıca ilgili hükmün değiştirilmesi durumunda, 182. maddenin, “*Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının görüşünü aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve velayet kendisine verilmeyen ya da birlikte velayet halinde çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişkilerini düzenler... Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır*”⁵⁹³.” şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

Erdem, TMK’nın 182. maddesinin boşanma sonucunda velayetin tevdiine yönelik doğrudan bir düzenlememe içermediğini; söz konusu maddenin, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisini ve çocuğa ödeyeceği iştirak nafakasını düzenleyen bir hüküm olduğunu ifade etmiştir⁵⁹⁴.

Dönmez/Barın ise, TMK’nın 182/3. maddesinde yer alan “velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesinin yoruma muhtaç olduğunu, 182/1. madde ile 182/3. madde birlikte değerlendirildiğinde, boşanma sonrasında velayetin eşlerden yalnızca birine verilmesi gerektiği sonucunun çıkarılmaması gerektiğini belirtmektedir⁵⁹⁵.

Son olarak Erlüle, TMK’nın 182/3. maddesinin, velayetin hak sahipliğine ilişkin doğrudan bir hüküm olmadığı dolayısıyla velayetin ana ya da babadan birine bırakılması halinde diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişkisini ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesine yönelik bir hüküm olduğu görüşündedir⁵⁹⁶. Ayrıca yazar, boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olup olmayacağının belirlenmesi için, TMK’nın 336/3. maddesinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁹⁷.

Kanaatimizce, ilgili hüküm velayetin ana veya babadan yalnızca birine tevdi edilmesi halinde diğer ebeveynin çocuk ile kuracağı kişisel ilişkinin nasıl olması gerektiği ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesine ilişkin bir hükümdür.

⁵⁹² Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.156

⁵⁹³ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.284-285

⁵⁹⁴ Erdem, **Aile Hukuku**, s.171

⁵⁹⁵ Dönmez/Barın, **Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu**, s.185

⁵⁹⁶ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.284

⁵⁹⁷ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.284

Dolayısıyla bu hükümle ilgili, boşanma sonrasında TMK'nın birlikte velayete imkân tanıyıp tanımadığına ilişkin bir değerlendirme yapmak doğru olmayacaktır. Öte yandan velayetin tevdiine ilişkin asıl hükümler, TMK'nın 335.maddesi vd. düzenlendiği için, yalnızca TMK'nın 182. maddesi kapsamında birlikte velayete yönelik değerlendirmeler yapılmamalıdır. Ancak yine de uygulamadaki kafa karışıklıklarının giderilmesi ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla, madde metninde yeni bir düzenlemeye gidilebilir.

3.2.3. Yargıtay Kararları Kapsamında Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi

Birlikte velayet, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bağlamında Yargıtay kararlarına konu olmuştur⁵⁹⁸. Yargıtay, uygulamada 2017 yılında kadar boşanma sonucunda velayet hakkını ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına izin veren yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin talepleri, MÖHUK'ün 54. maddesinde yer alan kamu düzenine aykırılık şartı çerçevesinde inceleyerek birlikte velayetin Türk kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varmıştır⁵⁹⁹. Yargıtay'ın o dönemki kararlarında yaptığı değerlendirmeye göre; *“Yabancı boşanma ilamında müşterek çocukların velayetleri ana ve babaya birlikte verilmiştir. Evlilik devam ettiği sürece ana baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim, velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. (MK.m.336)*

⁵⁹⁸ Türk hukukunda birlikte velayet kararı ilk olarak, 27.05.2009 tarihinde İzmir 4. Aile Mahkemesi'nin 2009/448 Es. ve 2009/470 K. Sayılı anlaşmalı boşanma davası sonucunda verilmiştir. Ana ve baba, müşterek çocuğun velayet hakkının birlikte kullanılmasını talep etmiş ve akabinde Mahkeme, ana ve babanın birlikte velayete ilişkin ortak talebinin, çocuğun üstün yararına olup olmadığı hususunda uzman görüşüne başvurmuştur. Uzmanlar tarafından yapılan inceleme neticesinde, ebeveynlerin birlikte velayetin kullanılmasına yönelik bilinç, istek ve motivasyona sahip olduğu, çocuğun da psiko-sosyal gelişimi ve alıştığı hayat düzeninin sağlanması bakımından birlikte velayete karar verilebileceği belirtilmiştir. Mahkeme uzman raporu sonucunda, birlikte velayetin çocuğun üstün yararına uygun olacağı gerekçesiyle birlikte velayete karar vermiştir. Serdar, **Birlikte Velayet**, s.171-59. dipnottan naklen.

⁵⁹⁹ İlgili Yargıtay kararları için bkz: 2.HD. 19.03.2013 T. 2012/21186 Es. 2013/7440 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#> Erişim Tarihi: 07.03.2022)

2.HD. 16.02.2015 T. 2015/2140 Es. 2015/1932 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#> Erişim Tarihi:07.03.2022)

2.HD. 27.12.2004 T. 2004/13947 Es. 2004/15854 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#> Erişim Tarihi:07.03.2022)

*Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin çocukların velayetini anne babaya bırakması Türk Medeni Kanunu'na aykırıdır*⁶⁰⁰.”

Türk hukukunda velayet hakkının kamu düzenine ilişkin bir husus olarak kabul edilmesinin nedeni, çocuğun bedensel, ruhsal, zihinsel ve sosyal bakımdan sağlıklı bir aile ortamında yetiştirilmesinde ve iyi bir eğitim almasında kamusal yararın bulunmasıdır⁶⁰¹. Bu kapsamda hukuk sistemleri, velayet hakkı sahibi ana ve babanın, velayete ilişkin ödevlerini yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi amacıyla, bazı emredici kurallar koyarlar⁶⁰². Dolayısıyla velayete ilişkin düzenlemeler, kamu düzeninden sayılır⁶⁰³. Kamu düzeni, belirli bir ülkede belirli bir zaman içerisinde kamu vicdanını, kamu yararını ve genel ahlaki yakından ilgilendiren, ait olduğu toplumun çıkarlarını ve temel yapısını koruyan kurallar bütünüdür⁶⁰⁴. Aynı zamanda öğretide kamu düzeni kavramı, “geniş, muğlak, izafi ve değişken” olarak tanımlanmaktadır⁶⁰⁵. Nitekim kanunlarda kamu düzeni kavramına ilişkin net bir tanım yapılamamasının nedeni, kamu düzeni kavramının içeriğinin zamana ve mekâna göre değişmesidir⁶⁰⁶. Toplumun uyum içerisinde huzurlu bir şekilde hayatını idame ettirebilmesi için, uyulması gereken zorunlu kurallara açık aykırılık olması halinde, kamu düzenine aykırılık söz konusu olur⁶⁰⁷. Ancak maddi hukuk kuralları ile yabancı hukuk kuralları arasında farklılık bulunması, doğrudan kamu düzenine aykırılık oluşturmaz⁶⁰⁸. Zira, bir yabancı mahkeme ilamının reddedilebilmesi için MÖHUK’un 54. maddesinde sayılan tenfiz şartları içerisinde, “Türk kanunlarına aykırılık” yer almaz⁶⁰⁹. Nitekim Yargıtay da konuya ilişkin 2012

⁶⁰⁰ İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 20.03.2003 T. 2003/2818 Es. 2003/3889 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#> Erişim Tarihi: 07.03.2022)

⁶⁰¹ Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.255; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.326

⁶⁰² Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.255

⁶⁰³ “...Velayet kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve tutumlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur. Buna göre velayete ilişkin düzenleme yapılırken göz önünde tutulması gereken temel ilke çocuğun üstün yararıdır.” İlgili Yargıtay kararı için bkz: HGK. 30.05.2018 T. 2017/1587 Es. 2018/1147 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#> Erişim Tarihi: 10.03.2022)

⁶⁰⁴ Hacı Can/Alı Gümrah Toker, “**Milletlerarası Usul Hukuku Ders Kitabı**”, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.221; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.325

⁶⁰⁵ Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Fıganmeşe, “**Milletlerarası Özel Hukuk**”, Vedat kitapçılık, İstanbul 2018, s.79; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.325

⁶⁰⁶ Şanlı/Esan/Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.542

⁶⁰⁷ Şanlı/Esan/Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.542

⁶⁰⁸ Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.324

⁶⁰⁹ Aslı Bayata Canyaş, “**Yabancı Mahkemeler tarafından Verilen Ortak Velayet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi**”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 21-22 Nisan 2016 Eskişehir, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.597

tarıhli bir İçtiadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında bir kararında aynen şu ifadelere yer vermiştir: “Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi aılamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü olarak tanım yapılabilir. Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. Hükmün gerekçesiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek, yabancı ilamın verilmesinde işlenen usulün, uygulanan hukukun, ilamın icrasının meydana getireceği sonuçların incelenmesi suretiyle, bir kararın kamu düzenine aykırı bulunarak tenfizi mümkün olmayacaktır demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır. Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, i hukuktaki kamu düzeninin erevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, taraşların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak taraşların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir⁶¹⁰.”

Yargıtay’ın birlikte velayeti içeren yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin talepleri, velayetin kamu düzeninden olduğu gerekçesiyle reddetmesi, öğretide eleştirilene neden olmuřtur⁶¹¹. Zira, yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayete ilişkin kararların, tanınması ve tenfiz edilmesinin Türk kamu düzenine

⁶¹⁰ İlgili Yargıtay İBK için bkz: Büyük Genel Kurul 10.02.2012 T. 2010/1 Es. 2012/1 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#> Erişim Tarihi: 07.03.2022)

⁶¹¹  ztekin Gelgel, **Devletler  zel Hukukunda Velayet**, s.128

aykırılık oluşturmayaacağı görüşü hakimdir⁶¹². Çocuğun üstün yararı ilkesi, birlikte velayete ilişkin kararların değerlendirilmesinde kamu düzeni müdahalesinin sınırı olmalıdır⁶¹³. Ayrıca bu ilke, birlikte velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, yol gösterici olmalıdır⁶¹⁴.

Nihayet Yargıtay, 20.02.2017 tarihinde vermiş olduğu bir kararla, 11 Numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün eşlerin eşitliğini konu alan 5. maddesine atıf yaparak birlikte velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığını belirtmiş ve görüş değişikliğine gitmiştir. Yargıtay, evlilik dışı ilişkiden doğan müşterek çocuğun velayetine ilişkin, davacı babanın birlikte velayet talebine, tarafların İngiliz vatandaşı olması nedeniyle İngiliz hukukunun uygulanmasının gerektiğini ve İngiliz hukukunda yer alan birlikte velayet düzenlemesinin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmayacağını belirtmiştir. İlgili kararda Yargıtay kararında aynen şu ifadelerle yer verilmiştir: “Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesine göre eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa m.90/son) Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına

⁶¹² Günseli Öztekin Gelgel, “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4 Sayı:8, İstanbul 2005, s.129, Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.330-331; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.542; Bayata Canyaş, **Ortak Velayet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi**, s.593 vd.

⁶¹³ Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.331

⁶¹⁴ Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velayet**, s.183

aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır. (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı). Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir⁶¹⁵. ”

Yargıtay’ın yukarıda da değerlendirilen 2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Karar’ında da vurgulandığı üzere, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin engellenebilmesi için kararın Türk hukukunun temel değerlerine ve prensiplerine aykırı olması gerekir. Öğretide bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda velayete ilişkin konularda “çocuğun üstün yararı ilkesi” temel ilkeler arasında olduğundan, birlikte velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin kamu düzenine aykırı olduğu ancak söz konusu kararın tenfizinin velayete temel oluşturan çocuğun üstün yararı gibi ilkelere aykırılık teşkil etmesi halinde kabul edilmelidir⁶¹⁶.

Yargıtay’ın 20.02.2017 tarihinde 11 Numaralı Protokol ile Değişik İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesine atıf yaparak verdiği karar daha sonraki tarihlerde verilen konuya ilişkin kararların da⁶¹⁷ etkilemiştir.

⁶¹⁵ İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2. HD. 20.02.2017 T. 2016/15771 Es. 2017/1737 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#>) Erişim Tarihi: 14.03.2022

⁶¹⁶ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.270

⁶¹⁷ İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2. HD. 04.12.2017 T. 2016/18674 Es. 2017/13800 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#>) Erişim Tarihi: 14.03.2022

3.2.4. 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. Maddesi’nin Türk Hukukunda Birlikte Velayet Kararları Üzerindeki Etkisinin Değerlendirilmesi

14.03.1985 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan 11 Numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol, 10.03.2016 tarihinde 6684 sayılı Yasayla Türkiye’de uygun bulunarak 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶¹⁸.

Anayasa’nın 90. maddesinde gereğince, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olup temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlarımız ile farklı hükümler içermesi halinde, sözleşme hükümleri uygulanacaktır. 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol, ülkemizde 6684 sayılı Yasayla uygun bulunmuş ve Resmî Gazete ‘de yayımlanarak usulüne uygun yürürlüğe girmiştir. Daha net bir ifadeyle Protokol, iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin kanun hükümlerimiz ile Protokol hükümlerinin farklı düzenlemeler içermesi halinde, Protokol hükümlerinin esas alınması gerekecektir.

Yargıtay’ın ve diğer mahkemelerin görüş değişikliğine giderek birlikte velayet taleplerini, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulmayarak kabul ettiği kararlarında, Protokolün 5. maddesi gerekçe gösterilmiştir. “Eşler arasında eşitlik” kenar başlığını taşıyan ilgili madde uyarınca, “*Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir*”⁶¹⁹.

Yargı kararlarındaki görüş değişikliği öğretide, bahse konu Protokol’ün 5. maddesinin, TMK’nın velayete ilişkin hükümleri üzerindeki etkisine ilişkin tartışmaları başlatmıştır.

⁶¹⁸ Protokol metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160325-1.pdf>) Erişim Tarihi: 14.03.2022

⁶¹⁹ (https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf) Erişim Tarihi: 18.03.2022)

Güven’ göre, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca, 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’ün iç hukukumuzun parçası haline gelmiş bir kanun niteliğindedir; ancak bu durum, genel bir kanun olan TMK’nın velayete ilişkin 182/3, 336/3 ve 337.maddelerini açık bir şekilde ya da zımnen ortadan kaldırmadığından Protokol, TMK’nın yanında ona ek bir biçimde uygulanmalıdır⁶²⁰. Yazar, çocuğun yararının gerektirdiği durumlarda, birlikte velayet kararı verilmesi gerektiği görüşündedir⁶²¹.

Öztañ, 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’ün, Anayasa’nın 90. maddesi gereğince esas alınması gerektiğini ve hatta Protokol’ün 5. maddesi kapsamında, boşanma sonucunda birlikte velayetin genel kural haline geldiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶²².

Gençcan’a göre, 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol, TMK’nın velayete ilişkin hükümlerini örtülü olarak ortadan kaldırmakta ve Protokol’ün 5. maddesi uyarınca, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velayet kural, tek başına velayet ise istisna olarak kabul edilmelidir⁶²³.

Benzer bir görüşte olan *Erdem*, bahse konu Protokol’ün ülkemizde uygun bulunarak yürürlüğe girmesi sonucunda, birlikte velayetin Protokol’ün 5. maddesi kapsamında kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶²⁴.

Erlüle, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler ile kanunların, normlar hiyerarşisinde aynı statüde olduklarını belirterek bu durumun temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler için de geçerli olduğunu ve dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri içeren uluslararası sözleşme hükümleri ile kanunların çatışması halinde, kanunların ihmal edilerek sözleşme hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir⁶²⁵. Ancak yazara göre, önceki normun uygulama kabiliyetini kaybetmiş

⁶²⁰ Güven, **Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet**, s.40

⁶²¹ Güven, **Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet**, s.43

⁶²² Bilge Öztañ “**Boşanmada Birlikte Velayet**”, **İzmir Medeni Hukuk Günleri – II. Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri**, 27-28 Nisan İzmir, s.13 (https://docs.google.com/viewer?embedded=true&url=https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/A_LE-HUKUKU-sempozyum-17-nisan-2018.pdf) Erişim Tarihi: 21.03.2022

⁶²³ Gençcan, **Ortak Velayet**, s.26

⁶²⁴ Erdem, **Aile Hukuku**, s.172

⁶²⁵ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet** s.318

olması onun yürürlükten kaldırıldığı, bir diğer ifadeyle mülga olduğu anlamına gelmeyeceğinden ilgili Protokol'ün 5. maddesinin, TMK'nın m. 336/3 hükmünü örtülü olarak yürürlükten kaldırdığına yönelik yorumlar yerinde değildir⁶²⁶.

Kurt ise, velayet hakkının temel haklardan olduğunu, boşanma halinde birlikte velayeti tamamen dışlayan TMK'nın 336/3. maddesinin uluslararası sözleşmeler hükümlerinden ayrıldığı ve dolayısıyla Anayasa'nın 90. maddesi gereğince boşanma halinde velayet konusuna 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁶²⁷. Yazara göre, TMK'nın 336/3. maddesinin uygulanması, AYM tarafından iptal edilmeden de normlar hiyerarşisi kapsamında engellenebilir durumdadır⁶²⁸.

Bölükbaşı, TMK'nın 336/3. maddesi ile bahse konu Protokol'ün 5. maddesi arasındaki ilişkinin, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca normlar hiyerarşisinde aynı seviyede olduğunu ve önceki kural-sonraki kural kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶²⁹. Nasıl ki, önceki kural ile sonraki kuralın çatışması durumunda, önceki kural ihmal edilerek sonraki kural uygulanıyorsa, TMK'nın 336/3. maddesi ile Protokol'ün 5. maddesinin çatışması halinde de aynı husus geçerlidir⁶³⁰. Ancak TMK'nın 336/3. maddesi ile Protokol'ün 5. maddesi arasında bir çatışma yoktur; zira Protokol'ün 5. maddesi, cinsiyet ayrımcılığına dayalı eşitsizliği ortadan kaldırmayı amaçlarken TMK'nın 336/3. maddesinin, cinsiyete dayalı bir ayrımı söz konusu değildir⁶³¹. Bu nedenle hâkim somut olayda, Protokol'ün 5. maddesi uyarınca birlikte velayete karar verebileceği gibi TMK'nın 336/3. maddesi kapsamında, tek başına velayete de karar verebilir⁶³².

Dönmez/Barın'a göre, 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye 7 No'lu Protokol'ün, ülkemiz tarafından onaylanmasıyla gerek uygulamacıların gerekse de kanun koyucunun, birlikte

⁶²⁶ Erlüle, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.318-319

⁶²⁷ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.174

⁶²⁸ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet** s.174

⁶²⁹ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.165

⁶³⁰ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.165

⁶³¹ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.165; Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.467

⁶³² Yazar, 11 No'lu Protokol ile İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin velayetin tevdiinde Türk hukukuna alternatif bir model olduğunu belirtmektedir. Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.165

velayete ilişkin tavrında değişiklik olmalıdır; zira mevzuatta yapılan değişiklikler neticesinde TMK'nın 336/3. maddesi, mevcut haliyle velayet sorunlarının çözümünden uzak bir düzenleme halini almıştır⁶³³. Yazarlar, birlikte velayetin taraflara en azından seçimlik bir hak olarak sunulması gerektiğini; boşanma davalarında tarafların anlaşmasıyla veya anlaşamama halinde hâkimin çocuğun üstün yararının gözeterek birlikte velayete karar verebilmesini belirtmişlerdir⁶³⁴.

Apaydın, 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin, eşler arasında eşitliği ifade ettiğini ve maddenin eşlerin çocuklarıyla kuracağı ilişkide cinsiyet temelli ayrımcılık yapılmasını yasakladığını ifade etmiştir⁶³⁵. Yazara göre, TMK'nın 336/3. maddesinin cinsiyet temelli bir ayrım yapmadığını ve dolayısıyla Protokol'ün 5. maddesine aykırı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.⁶³⁶ Ayrıca yazar, bahse konu Protokol'ün 5. maddesinin, birlikte velayeti emretmediğini görüşündedir⁶³⁷.

Son olarak *Ruhi*'ye göre, 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin, doğrudan evlilik birliğinin sona erdiği hallerde birlikte velayete hükmedilmesine ilişkin bir düzenleme değildir⁶³⁸. Ancak söz konusu maddenin amacından, çocuğun üstün yararının gerektirdiği her durumda birlikte velayete hükmedilebileceğini anlayabiliriz⁶³⁹.

Kanaatimizce, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin 11 No'lu Protokol Değişik ile İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin, TMK'nın boşanmadan sonra birlikte velayete imkân tanımayan hükümleriyle aynı konularda farklı düzenlemeler içermesi nedeniyle, Protokol hükümlerinin esas alınması gerekir. Zira mevcut durumda, Protokol'ün 5. maddesi boşanma sonucunda birlikte velayete imkân tanıırken TMK'nın 336/3. maddesi, imkân tanımamaktadır. Dolayısıyla, hâkim

⁶³³ Dönmez/Barın, **Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu**, s.205-206

⁶³⁴ Dönmez/Barın, **Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu**, s.205-206

⁶³⁵ Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.467

⁶³⁶ Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.467

⁶³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Apaydın, **Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, s.449

⁶³⁸ Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.179

⁶³⁹ Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu**, s.179

önüne gelen somut olayda çocuğun üstün yararının gerektirmesi halinde, Protokol'ün 5. maddesi kapsamında boşanmadan sonra birlikte velayete karar verebilir.

3.3. Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği Meselesi

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de evlilik dışı doğum oranları artmaktadır. Yapılan son araştırmalarda 2020 yılı için Türkiye'de evlilik dışı doğum oranı, %2,8 olarak belirlenmiştir⁶⁴⁰.

Evlenmek yerine çiftlerin evlilik dışı birliktelikleri seçmesinin başlıca nedenleri arasında, feminizmin yaygınlaşması, evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımının hukuk düzenlerinde ortadan kaldırılması⁶⁴¹, evliliğe hazır hissetmemek veya evliliği tercih etmemek, cinsiyet devrimi⁶⁴², evlenmenin ve boşanmanın çiftlere yüklediği yükümlülüklerden kaçınmak, farklı dil, din, ırk ve kültüre mensup olunması nedeniyle ortaya çıkan sorunlar, ailelerin evliliğe onay vermemeleri sayılabilir⁶⁴³.

Türkiye'de, aile kurma amaçlı evlilik benzeri yaşam modeli olarak karşımıza imam nikahlı birliktelikler ve uzun süreli birlikte yaşam modelleri çıkmaktadır⁶⁴⁴. Zira imam nikahlı birliktelikler ve uzun süreli birlikte yaşama modeline ilişkin kanunlarımızda herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından, bu modeller Türk hukukunda tanınmamaktadır. Söz konusu modellerin, evlilik birliğine alternatif şekilde ortaya çıktığı söylenebilir.

Dünya genelinde, common law, kayıtlı birliktelik, uzun süreli birlikte yaşama olarak adlandırılan aile kurma amaçlı evlilik benzeri yaşam modelleri mevcuttur⁶⁴⁵.

⁶⁴⁰Ayrıntılı bilgi için bkz: [⁶⁴¹ Adnan Güriz, **Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk**, Phoenix Yayınevi, Ankara 2011, s.145](http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?query=BOOKMARK_DS-052176_QID_-752D2346_UID_-3F171EB0&layout=TIME,C,X,0;GEO,L,Y,0;INDIC_DE,L,Z,0;INDICATORS,C,Z,1;&zSelection=D S-052176INDICATORS,OBS_FLAG;DS-052176INDIC_DE,NMARPCT;&rankName1=INDICATORS_1_2_-1_2&rankName2=INDIC-DE_1_2_-1_2&rankName3=TIME_1_0_0_0&rankName4=GEO_1_2_0_1&sortC=ASC_-1_FIRST&rStp=&cStp=&rDCh=&cDCh=&rDM=true&cDM=true&footnes=false&empty=false&wai=false&time_mode=ROLLING&time_most_recent=true&lang=EN&cfo=%23%23%23%2C%23%23%23.%23%23%23) Erişim Tarihi: 26.03.2022</p></div><div data-bbox=)

⁶⁴² Abadan Unat, **Socio – Juridical Aspects of Cohabitation**, s.808

⁶⁴³ Öztürk, **Evlilik Dışı Yaşam Modelleri**, s.46-47

⁶⁴⁴ Öztürk, **Evlilik Dışı Yaşam Modelleri**, s.141; Abadan Unat, **Socio – Juridical Aspects of Cohabitation**, s.813

⁶⁴⁵ Common Law evlilik modeli, herhangi bir şekli geçerlilik şartının bulunmadığı, tarafların karşılıklı iradelerinin yeterli görüldüğü bir modeldir. En yaygın olarak görüldüğü ülke ABD'dir. Kayıtlı Birlikteliklerin Tanınmasına Dair Sözleşme'nin 1. maddesine göre kayıtlı birliktelik, evlilik hariç

Uzun süreli birlikte yaşama modelinin görüldüğü ülkelerden olan İsveç, Almanya, Fransa, Avusturya gibi ülkelerde, baba ile çocuğun soybağının kurulmuş olması halinde, ebeveynler velayet hakkına birlikte sahip olabilmektedirler⁶⁴⁶. Ancak TMK'nın 337/1. maddesinde, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun velayetinin, yalnızca anaya ait olduğu ifade edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, ananın küçük olması, kısıtlanması, ölmesi veya velayetin kendisinden alınması hallerinde, çocuğun yararı dikkate alınarak velayetin babaya verileceğini veya çocuğa vasi atanacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Görüleceği üzere, velayet babaya ancak çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin mevcut olduğu⁶⁴⁷ ve belirli durumların varlığında verilmektedir. Bu durumlar dışında, evlilik dışı ilişkilerde ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanması kanunda düzenlenmemiştir. Ana ve babanın sonradan evlenmesi durumunda ise, velayet hakkına birlikte sahip olurlar⁶⁴⁸.

Öğretide, evlilik dışı ilişkilerden doğan müşterek çocukların velayetini düzenleyen TMK'nın 337. maddesine ilişkin, farklı görüşler mevcuttur. Aşağıda bu görüşlerin bazılarına yer verilecektir.

Serozan'a göre, TMK'nın 337/1. maddesi kapsamında, evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocuğun velayeti yalnızca anaya tanınmıştır⁶⁴⁹. Yeni yaklaşımlar, çocuğun üstün yararının gerektirmesi ve eşlerin bu hususta anlaşmaları ile evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanımışlardır⁶⁵⁰. Yazar, evlilik dışı ilişkilerde velayetin yalnızca anaya tanınmış olmasını, velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılamamasını, duyarsız ana ve baba modeline uysa bile velayet sorumluluğunu paylaşmak isteyen duyarlı ana ve baba modeline uymayacağını; birlikte velayetin herhangi bir nedenle yaşama geçirilemediği hallerde, bir çeşit "eksik velayetin" yaratıldığı görüşündedir⁶⁵¹. Bu nedenle ilgili maddenin defi yoluyla Anayasa aykırılığı ileri sürülmelidir.⁶⁵²

olmak üzere, resmi bir makam önünde tescile yol açan farklı ya da aynı cinsten iki kişi arasındaki ortak yaşam taahhüdüdür. Uzun süreli birlikte yaşama ise, herhangi bir resmi koşul olmaksızın iki yetişkin şahsın evlenme niyeti olmaksızın, birbirlerine destek olma görevinin de bulunduğu ve karşılıklı yükümlülüklerinin yerine getirildiği, uzun süreli duygusal ve/veya cinsel arkadaşlık ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Öztürk, **Evlilik Dışı Yaşam Modelleri**, s.60 vd.

⁶⁴⁶ Öztürk, **Evlilik Dışı Yaşam Modelleri**, s.92

⁶⁴⁷ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, s.202

⁶⁴⁸ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1092

⁶⁴⁹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.255

⁶⁵⁰ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.255

⁶⁵¹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.255

⁶⁵² Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.255

Benzer bir görüşte olan *Acabey*'e göre, TMK'nın 337. maddesinin evlilik dışı ilişkiler bakımından, ana ve babanın anlaşmaları koşuluyla birlikte velayete imkân tanıyan İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarından farklı bir düzenleme içererek birlikte velayetin öngörülmemiş olmasını bir eksiklik olarak değerlendirmektedir⁶⁵³.

Baygın ise, kanunumuzda evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayet hakkının ana ve babası tarafından birlikte kullanılmasına yer verilmediğini ancak birçok Avrupa ülkesinde çocuğun yararına birtakım sınırlamalar getirilerek birlikte velayete imkân tanındığını ifade ederek İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliğe işaret etmiştir⁶⁵⁴.

Öztan'a göre, Türk hukukunda evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun ana ve babası velayet hakkına birlikte sahip olmasa da velayet hakkına sahip olmayan tarafın, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğa ilişkin önemli kararlarda, örneğin doktordan veya öğretmenden bilgi alma hakkına sahip olduğu kabul edilmeli ve çocuğun hayatındaki önemli durumlardan haberdar edilmelidir⁶⁵⁵.

Özdemir/Ruhi, günümüzde aile kavramı ve evlilik kavramının farklılaşması sebebiyle ülkemizde artan evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk sayısının arttığını belirterek, çocuğunu benimseyen ve çocuğunun hayatında söz sahibi olmak isteyen babaya velayet hakkının tanınmamasını, ailenin ve çocuğun üstün yararına aykırı bir durum olarak görmektedir⁶⁵⁶.

Koçhisarlıoğlu, aile kavramının zaman içinde değiştiğini ve günümüzde aynı cinsten kişilerin dahi aile kurabilmelerinin mümkün olduğunu belirterek klasik aile modelinin yanında diğer aile modelinin de dikkate alınmasını ve “aile” kavramı yerine “aileler” kavramının kullanılması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁵⁷. Yazarın bu görüşünden, evlilik dışı ilişki yaşayan çiftlerin ve bu ilişkilerden doğan çocukların “aileler” kavramı içerisinde yer aldığı ve bunlar arasında ayrımcılık yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Uzun Kazmacı'ya göre TMK'nın 336. maddesi kapsamında evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde, müşterek çocuğun velayetine ilişkin yapılan

⁶⁵³ *Acabey, Soybağı Kurulması*, s.284-285

⁶⁵⁴ *Baygın, Soybağı Hukuku*, s.271

⁶⁵⁵ *Öztan, Aile Hukuku*, s.1092

⁶⁵⁶ *Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku*, s.312

⁶⁵⁷ Cengiz Koçhisarlıoğlu, “*Aile Hukukuna İlişkin Tezlerimiz*”, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, C.1, Ankara 2010, s.1134

tartışmaların evlilik birliği dışında doğmuş olan çocuğun velayeti için de yapılması gerekir⁶⁵⁸. Velayet hakkının hukuki niteliği, ana ve babanın bu haktan yoksun bırakılamayacağı, velayetin kapsamı, evlilik birliği dışında ana ve babanın çocuğun yükümlülüklerine katlanma konusunda eşitliğinin hakları kullanma noktasında sağlanması gerekliliği ve velayetin evliliğin değil soybağının bir sonucu olması hususları dikkate alındığında, birlikte velayetin evlilik birliği dışında da esas alınması gerekir⁶⁵⁹.

Erlüle'ye göre velayet hakkı, ana ve babanın medeni hallerinden bağımsız olarak soybağına uygun şekilde yeniden düzenlemesi gerekir. Zira bu durum, Türkiye'nin onaylamış olduğu uluslararası sözleşmelerin bir gereğidir⁶⁶⁰. Yeni bir düzenlemenin yapılmaması halinde çocuğun, ana ve babasını bilme, onların ortak sorumluluğu altında bakılma ve yetiştirilme temel hakkına, ayrımcılık gözetmeme ilkesine, eşitlik ilkesine ve bu bağlamda AİHM m.8 ve AİHS m.14'e aykırılık süreceği görüşündedir⁶⁶¹.

Akyüz' göre, BMÇHS kapsamında, TMK'da evlilik dışı ilişkilerde çocuğun yararına olması kaydıyla birlikte velayete izin veren açık bir hüküm konulmalıdır⁶⁶².

Serdar, evlilik dışı ilişkilerde velayet hakkının ana ve baba tarafından kullanılmasına ilişkin TMK'nın 337/1. maddesinde, kasıtlı bir susmanın değil, bir boşluk olduğunu belirtmiştir⁶⁶³. Yazara göre hiçbir suçu olmayan çocuğu, yalnızca ana ve babasının evli olmaması nedeniyle belli haklardan mahrum bırakmanın adil olmadığını belirterek söz konusu boşluğun, hâkim tarafından çocuğun yararı dikkate alınarak TMK'nın 1/2. maddesi kapsamında doldurulabileceğini ifade etmektedir⁶⁶⁴.

Güven'e göre, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar bakımından TMK kapsamında birlikte velayete ilişkin bir hükmün bulunmaması, bu boşluğun doldurulmasına engel teşkil etmediği gibi çocuğun menfaatlerinin gerektirmesi ve ana babanın ortak talepte bulunmaları halinde, birlikte velayete hükmedilebilir⁶⁶⁵.

⁶⁵⁸ Özge Uzun Kazmacı, “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı – III, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, İstanbul 2018, s.183

⁶⁵⁹ Uzun Kazmacı, *Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması*, s.171 vd.

⁶⁶⁰ Erlüle, *Boşanmada Birlikte Velayet*, s.157

⁶⁶¹ Erlüle, *Boşanmada Birlikte Velayet*, s.157

⁶⁶² Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s.237

⁶⁶³ Serdar, *Birlikte Velayet*, s.190

⁶⁶⁴ Serdar, *Birlikte Velayet*, s.191-192

⁶⁶⁵ Güven, *Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet*, s.48

Bölükbaşı, TMK'nın 337/1. maddesinde bir boşluk olduğunu ve dolayısıyla bu boşluğun çocuğun üstün yararı ilkesine uygun şekilde (amaca uygun) sınırlama yöntemi kullanılarak doldurulması halinde, birlikte velayet taleplerine uygulanmasının mümkün olduğu görüşündedir⁶⁶⁶. Yazar ayrıca hükmün amaca uygun sınırlama yöntemi ile şu şekilde doldurulabileceğini ifade ederek: “*Ana ve baba evli değilse, baba ile soy bağı kurulana kadar çocuğun velayeti anaya aittir. Baba ile aralarında soy bağı kurulduğu takdirde; çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşü de dikkate alınarak, velayet ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir*”⁶⁶⁷.” şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

Birinci Uzun, TMK'nın 337/1. maddesinde bir boşluk bulunmadığını, bahse konu düzenlemenin evlilik dışı ilişkiden doğan bir çocuğun velayet hakkının münhasıran anasına ait olduğunu, ancak istisnai hallerde babasına verilebileceğini ve yine ilgili hükmün velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasını engellediğini ve yorum yolunun kullanılması neticesinde de başka bir sonuca ulaşılamayacağını belirtmiştir⁶⁶⁸. Yazar TMK'nın 337/1. maddesinin, “*Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir. Ancak evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun baba ile soybağının kurulmuş olması durumunda, ana veya babadan birinin talep etmesi halinde, çocuğun yüksek (üstün) yararı doğrultusunda, hâkim velayetin ana ve babaya tarafından birlikte kullanılmasına karar verilebilir.*” şeklinde değiştirilebileceğini ifade etmiştir⁶⁶⁹.

Kanaatimizce, TMK'nın 337/1. maddesi lafzından evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocuğun velayetinin yalnızca anaya ait olduğu ve ana babanın birlikte velayet hakkına sahip olamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Ancak kanundaki bu husus gerek Anayasa'nın eşitlik ilkesine gerekse de Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmektedir. Birçok yabancı ülke hukukunda ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler kapsamında, ana babanın medeni hallerinden bağımsız şekilde çocuğun velayetine birlikte sahip olması

⁶⁶⁶ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.172

⁶⁶⁷ Bölükbaşı, **Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, s.172

⁶⁶⁸ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.162

⁶⁶⁹ Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.162

mümkündür. Dolayısıyla TMK'ya söz konusu düzenlemeler örnek alınarak, evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanıyan açık bir hüküm konulması uygun olur.

3.4. Türk Hukukunda Birlikte Velayetin Kural veya İstisna Olarak Uygulanması Meselesi

Türk hukuku kapsamında öğretilde tartışılan bir diğer husus, boşanma sonrasında veya evlilik dışı ilişkilerde, ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olabilmesinin kural veya istisna olarak uygulanmasıdır. Öğretilde bir kısım yazar, İsviçre hukukunda olduğu gibi birlikte velayetin kural⁶⁷⁰ olarak uygulanması gerektiğini belirtirken bir kısım yazar istisna⁶⁷¹ olarak uygulanmasını gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşlerin aksine, bir kısım yazar ise birlikte velayetin kural ya da istisna şeklinde uygulanmasına yönelik bir ayırım yapılmaksızın her somut olayda çocuğun yararı dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁷². Nitekim, TMK'nın velayete ilişkin hükümlerinin, çocuğun üstün yararı kapsamında birlikte velayete imkân sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi sonucunda, birlikte velayetin kural ya da istisna olarak veya böyle bir ayırma gidilmeksizin hâkim tarafından somut olaya göre karar verilmesinin belirlenmesi elzemdir.

3.4.1. Birlikte Velayetin Kural Olarak Uygulanması Gerektiğine Yönelik Görüşler

Erlüle'ye göre, TMK'nın ilgili hükümleri hem boşanma sonucunda hem de evlilik dışı ilişkilerde, birlikte velayetin kural olarak uygulanacağı şekilde düzenlenmelidir⁶⁷³. Aksi halde birlikte velayetin kural olarak uygulanmaması, ağır bir temel hak ihlali olacağı gibi çocuklar arasında da ayrımcılığa neden olacaktır⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, s.45, *Erlüle*, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.341, Gençcan, **Ortak Velayet**, s.26; Güven, **Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet**, s.127;

⁶⁷¹ Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.309; Karaca, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, s.81; Baygın, **Soybağı Hukuku**, s.268

⁶⁷² İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.221-222; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.175; Birinci Uzun, **Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, s.158

⁶⁷³ *Erlüle*, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.341-343

⁶⁷⁴ *Erlüle*, **Boşanmada Birlikte Velayet**, s.341-343

Koçhisarlıoğlu, Türk hukukunda birlikte velayetin kural olarak uygulanması gerektiğini; taraflar arasında anlaşmazlık yaşanması halinde istisnai olarak çocuğun velayetinin ana veya babadan birine verilebileceğini belirtmiştir⁶⁷⁵.

Güven ise, 11 No'lu Protokol ile İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi gereğince, ebeveynlerin çocuk üzerinde eşit hak ve sorumluluklarının olduğunu belirterek evliliğin sona ermesi halinde bu madde kapsamında birlikte velayetin kural olarak uygulanması gerektiğini, tek başına velayetin ise ancak taraflar arasında anlaşmazlık bulunması halinde istisna olarak uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁷⁶.

Gençcan'a göre, boşanma halinde birlikte velayet kural, tek başına velayetin ise istisna şeklinde düzenlenmelidir⁶⁷⁷.

Benzer bir görüş bildiren *Apaydın*, boşanma halinde birlikte velayet istisna olarak değil, kural olarak uygulanmalıdır⁶⁷⁸. Bu sayede birlikte velayet kararı vermeyen hâkimin gerekçesini açıkça ortaya koyması sağlanacaktır⁶⁷⁹.

3.4.2. Birlikte Velayetin İstisna Olarak Uygulanması Gerektiğine Yönelik Görüşler

Öğretide *Özdemir/Ruhi*, İsviçre ve Alman hukuklarından farklı olarak Türk hukukunda birlikte velayet, istisna olarak uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁶⁸⁰. Zira yazarlar, aile hukukuna ilişkin sorunların kendi dinamikleri içinde çözülmesi gerektiğini belirterek Türk toplumunun gelenek, görenek ve aile anlayışı dikkate alınarak düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁸¹

Karaca'da benzer bir görüş bildirerek Türk hukukunda birlikte velayetin, önceden İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi istisna olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır⁶⁸². Yazar, ana ve babanın ortak talebinin olması halinde birlikte velayete karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁸³.

Baygın, boşanmada tek başına velayetin asıl olduğunu, çocuğun üstün yararı doğrultusunda ana ve babanın birlikte velayete hazır ve istekli olduğu hallerde,

⁶⁷⁵ Koçhisarlıoğlu, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, s.45

⁶⁷⁶ Güven, *Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet*, s.127

⁶⁷⁷ Gençcan, *Ortak Velayet*, s.26

⁶⁷⁸ Apaydın, *Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, s.472

⁶⁷⁹ Apaydın, *Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, s.472

⁶⁸⁰ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s.309

⁶⁸¹ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s.309

⁶⁸² Karaca, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*, s.81

⁶⁸³ Karaca, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*, s.81

İsviçre hukukunun eski düzenlemelerinde yer alan ve birlikte velayete istisnai olarak imkân sağlayan benzer düzenlemenin, TMK kapsamında açıkça yapılması gerektiğini belirtmektedir⁶⁸⁴.

3.4.3. Birlikte Velayetin Kural veya İstisna Olarak Ayrım Yapılmadan Uygulanması Gerektiğine Yönelik Görüşler

Öğretide *İnce*, yukarıda bahsedilen görüşlerin aksine Türk hukukunda birlikte velayetin, kural ya da istisnai bir kuraldır şeklinde yorumlamanın doğru olmayacağı kanaatindedir⁶⁸⁵. Yazar, somut olayın değerlendirilmesi neticesinde birlikte velayete karar verilir verilmeyeceğinin dikkate alınması gerektiğini ve hâkimin, çocuğun yararının gerektirdiği hallerde, örneğin ebeveynlerin anlaşması mümkün değilse, ebeveynlerden birinin alkol-uyuşturucu madde kullanımı mevcutsa veya şiddete eğilimi varsa, velayeti ana veya babadan birine bırakılabilmesinin TMK’da düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁸⁶.

Kurt, TMK’da acilen birlikte velayete açıkça imkân veren bir değişiklik yapılmasını belirterek yapılacak bu değişiklikle, birlikte velayet ile tek başına velayet arasında herhangi bir kural-istisna ayrımının yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁸⁷. Boşanma durumunda ebeveynler arasında bir çatışma durumu yoksa ve iletişim sağlanabiliyorsa birlikte velayet, tek başına velayete kıyasla çocuğun daha çok yararınadır ancak çocuğun üstün yararının hangi velayet modelini gerektirdiği, her somut olayın şartları kendi içinde değerlendirilerek karar verilmelidir⁶⁸⁸. Ayrıca yazar, kanuni düzenlemelerin ülkelerin sosyo-kültürel şartları dikkate alınarak yapılması gerektiğini belirtmektedir⁶⁸⁹.

Birinci Uzun’a göre, birlikte velayet veya tek başına velayet modellerinden birine üstünlük tanınmamalıdır⁶⁹⁰. Yazar bütün ailelerin yararına uygun şekilde tek bir düzenlemenin mümkün olmadığını belirterek velayet bakımından, soybağının merkezde olduğu bir anlayış yerine çocuğun merkezde olacağı bir anlayışın

⁶⁸⁴ Baygın, *Soybağı Hukuku*, s.268

⁶⁸⁵ *İnce*, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s.221

⁶⁸⁶ *İnce*, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s.222

⁶⁸⁷ *Kurt*, *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet*, s.175

⁶⁸⁸ *Kurt*, *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet*, s.175

⁶⁸⁹ *Kurt*, *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet*, s.175

⁶⁹⁰ *Birinci Uzun*, *Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli*, s.156

benimsenmesini ve çocuğun üstün yararı doğrultusunda sağlıklı gelişimini destekleyecek velayet modeli hangisiyse onun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁹¹.

Son olarak *Bölükbaşı*'da benzer bir görüş bildirerek Türkiye'de birlikte velayetin uygulanması bakımından kural veya istisna tartışmalarına girilmeden somut olayın şartlarına göre karar verme yetkisinin hâkime bırakılması gerektiğini belirtmektedir⁶⁹². Ayrıca hâkim bu konuda sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmadığı gibi, çocuğun üstün yararını gözeterek ana baba ve çocuğun görüşlerini aldıktan sonra somut olayın özelliğine göre velayet modeline karar vermelidir⁶⁹³.

Kanaatimizce, ülkemizin kültürel yapısı ve birlikte velayete ilişkin bakış açısı dikkate alındığında⁶⁹⁴ birlikte velayetin boşanma veya evlilik dışı ilişkiler bakımında kural veya istisna olarak belirlenmesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır. TMK'da birlikte velayete ilişkin yapılması gereken yeni düzenlemelerde, yalnızca çocuğun üstün yararı dikkate alınarak her somut olay, koşulları içinde değerlendirilmelidir. Çocuğun üstün yararı, tek başına velayet modelini gerekli kılıyorsa, velayetin ebeveynlerden birine tevdi edilmesinde sakınca olmadığını düşünmekteyiz.

3.5. Birlikte Velayete Hükmedilmemesi Gereken Haller

Çocuğun üstün yararı, her zaman velayetin ana ve babaya birlikte verilmesine uygun olmayabilir. Bu nedenle, birlikte velayete karar verilebilmesi için bazı hususların dikkate alınması gerekir⁶⁹⁵. Örneğin velayetin kaldırılmasına ilişkin nedenlerin bulunması, ebeveynlerin birbirleriyle sağlıklı iletişim kuramamaları, ebeveynlerin arasında sürekli bir çatışma halinin varlığı veya velayetin tek bir ebeveyne verilmesi yönünde ortak talepler mevcutsa, birlikte velayete hükmedilmemesi gerekir⁶⁹⁶.

⁶⁹¹ Birinci Uzun, *Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli*, s.156

⁶⁹² Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s.178

⁶⁹³ Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s.178

⁶⁹⁴ Kiremitçi, *Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı*, s.42 vd

⁶⁹⁵ Kiremitçi, *Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı*, s.26; Kurt, *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet*, s.178;

⁶⁹⁶ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s.342; Kurt, *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet*, s.178; İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s.222; Öztan, *Aile Hukuku*, s.1154; Kiremitçi, *Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı*, s.26

3.5.1. Velayetin Kaldırılması Sebeplerinin Varlığı

TMK'nın 348. maddesinde, deneyimsizlik, hastalık, başka bir yerde bulunma veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirilmemesini, çocuğa yeterli ilginin gösterilmemesini veya çocuğa karşı yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklanmasını, velayetin kaldırılma nedenleri olarak kabul edilmiştir. Örneğin çocuğa cinsel tacizde bulunulması, şiddet uygulanması, çocuğa zaman ayrılmaması, ebeveynlerin alkol veya uyuşturucu bağımlılığının bulunması gibi nedenler, velayetin kaldırılmasını gerektirir⁶⁹⁷. Bu nedenlerin, her iki ebeveynde birlikte bulunması halinde, velayet her iki ebeveynden de kaldırılarak çocuğa vasi atanması gerekirken yalnızca bir ebeveynde bulunması durumunda ise, velayet diğer ebeveyne tek başına verilebilmelidir⁶⁹⁸.

Ayrıca, TMK'nın 348. maddesinde sayılan velayetin kaldırılması nedenleri dışında başka bir nedenden de tek başına velayet kararı verilebilir: Örneğin ebeveynlerden birinin tutarsız bir kişilik yapısı mevcutsa ve bu durum çocuğun güven duygusunu olumsuz yönde etkileyecekse, velayet tek başına diğer ebeveyne verilmelidir⁶⁹⁹.

3.5.2. Ebeveynlerin Birbirleri ile Sağlıklı İletişim Kuramamaları

Birlikte velayetin çocuğun üstün yararı kapsamında ebeveynler tarafından sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi için, ebeveynlerin çocuğu ilgilendiren tüm konularda ortak karar alması ve iş birliği içerisinde hareket etmesi gerekir. Bu durumun sağlanabilmesi için de ebeveynlerin sürekli olarak iletişim halinde olması gerekir. Tarafların sürekli olarak sağlıklı bir iletişim kuramaması, aralarında çatışmaya neden olacak ve bu durum çocuğu ilgilendiren önemli konularda ortak karar almayı engelleyerek çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla böylesi bir durumda, velayet ebeveynlerden yalnızca birine bırakılmalıdır⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ Öztan, **Aile Hukuku**, s.1154; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.178; İnce, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet**, s.222; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.342

⁶⁹⁸ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.178

⁶⁹⁹ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.178

⁷⁰⁰ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, velayetin tevdiinin ebeveynlerden birinin kusuru veya iş birliğinde bulunmak istemeyen ebeveyni cezalandırmak ile ilgili bir mesele olmadığını, bu konuda tek ölçütün çocuğun yararı olduğunu belirterek somut olayın şartları içinde çocuğun yararı kapsamında

3.5.3. Ebeveynler Arasında Sürekli Bir Çatışma Halinin Varlığı

Taraflar arasında kronikleşmiş, sürekli ve ciddi anlaşmazlıkların, çatışmaların ve tartışmaların bulunması, velayetin tek başına bir tarafa verilmesini haklı kılabılır⁷⁰¹. Ebeveynler arasında her aile görülebilecek münferit tartışmalar ve görüş ayrılıkları, velayetin tek bir ebeveyne verilmesini gerektirmez⁷⁰². Zira velayetin tek bir ebeveyne verilmesi, taraflar arasında çözümlenemeyecek ve çocuğun yararına aykırılık oluşturacak derecede çatışmanın söz konusu olduğu hallerde gündeme gelmelidir⁷⁰³.

3.5.4. Ebeveynlerin Müşterek Taleplerinin Velayetin Tek Bir Ebeveyne Tevdi Edilmesi Yönünde Olması

Ana ve babanın velayetin tek başına birine verilmesi hususunda anlaşmış olmaları ve hatta kime verileceğini de belirlemiş olmaları, hâkimi bağlamaz⁷⁰⁴. Zira velayet kamu düzeninden olup ebeveynlerin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir konudur⁷⁰⁵. Ebeveynler arasında velayetin tek tarafa verilmesi hususunda yapılan anlaşma ancak hâkimin çocuğun yararına uygun bulunması halinde geçerli olur⁷⁰⁶. Yine de çocuğun velayetine yönelik sorumluluğu almaktan kaçınacağını, açıkça çocuğa bakmayacağını ve yeni bir hayat kuracağını dile getiren bir ebeveynin karşısında birlikte velayet modelinin, çocuğun yararına olmayacağını görmek gerekir⁷⁰⁷.

velayeti, tek başına iş birliğinde bulunmaktan kaçınan ebeveyne bırakmıştır. Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.181'den naklen.

⁷⁰¹ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.179; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.342

⁷⁰² Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s. 179; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.342

⁷⁰³ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.179; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.342

⁷⁰⁴ Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s.284; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.181-182; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.345; İlgili Yargıtay kararı için bkz: HGK. 30.05.2018 T. 2017/1587 Es. 2018/1147 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#>) Erişim Tarihi: 10.03.2022

⁷⁰⁵ Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s.284; Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.181-182; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.345

⁷⁰⁶ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.181

⁷⁰⁷ Kurt, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, s.181; Özdemir/Ruhi, **Çocuk Hukuku**, s.345

SONUÇ

Velayet hakkı, tarihsel süreç içerisinde yaşanan toplumsal değişim ve gelişmelerden, önemli derecede etkilenmiştir. Bu etkilenme sonucunda velayet gerek kavramsal olarak gerekse de kapsam olarak değişime uğramıştır. Çalışmamızda incelendiği üzere, Roma, Cermen ve Türk hukuk sistemlerinde velayet, babanın çocuk üzerindeki mutlak otoritesini ifade ederken, çocuğun bağımsız bir hak sujesi olarak kabul edilmesiyle birlikte, çocuğun üstün yararının korunması amacıyla evlilik birliği içerisinde, ana babaya birlikte tanınan bir yüküm-hak olduğu kabul edilmiş ve birçok hukuk düzeninde, *ebeveyn bakımı*, *ebeveyn sorumluluğu* olarak anılmaya başlanmıştır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, her ne kadar velayetin tanımına yer verilmemiş olsa da öğretide velayet, küçük ya da ergin çocukların bakımı, gözetilmesi, şahıs ve malvarlıklarının korunması amacıyla ana ve/veya babaya tanınan hak ve yükümlülüklerin tümü olarak ifade etmektedir. Velayet, ana baba için değil, çocuk için var olan bir yüküm-haktır. Münhasıran ana ve/veya babaya tanınan bu yüküm-hakkın sınırını, çocuğun üstün yararı belirlemektedir.

Birlikte velayet ise, ana ve babanın velayet hakkı kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, eşit bir şekilde aralarında uzlaşa sağlayarak birlikte kullanabilmelerini ifade eder. Velayetin birlikte kullanılması, her iki ebeveynin çocuk üzerinde eşit söz hakkının olmasını ve aynı zamanda, çocuk için önem arz eden hususlarda karar alınırken ebeveynlerin birbirini denetleyebilmesini sağlar.

TMK'nın 336/1. maddesi uyarınca velayet, evlilik birliği içerisinde ana ve baba tarafından birlikte kullanılmaktadır. Ancak TMK, evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi durumunda veya evlilik dışı ilişkilerde, velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. TMK'nın boşanma durumunda velayetin düzenlenmesine ilişkin 336/3. maddesinde yer alan, "velayet, ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir" ifadesi ve 182/3. maddesinde yer alan, "velayet kullanılması kendisine verilmeyen eş" ifadesi, kanun lafzından hareketle boşanma durumunda velayetin ana veya babadan birine

verilmesi gerektiğine ilişkin öğretide bir kanaat uyandırmaktadır. Yine kanunun 337/1.maddesinde, ana ve babanın evli olmaması durumunda, velayetin tek başına anaya ait olacağı ifade edilmiştir.

Türk hukukunun aksine, İsviçre, Almanya, Avusturya gibi birçok yabancı devlet hukukunda velayet, ana ve babanın medeni hallerinden bağımsız bir şekilde her ikisine kural olarak birlikte tanınmıştır. Bahse konu yabancı devlet hukuk sistemlerinde, birlikte velayetin kural olmasına ilişkin reform denilebilecek düzenlemelerin yapılmasında, AİHM’in Zaunegger-Almanya ve Sporer-Avusturya uyuşmazlıklarında vermiş olduğu ihlal kararları önemli rol oynamıştır. Bu devletler, taraf oldukları çocuğun üstün yararının korunmasını, aralarında ayrımcılık yapılmamasını, herkesin aile hayatına saygı gösterilmesi gerektiği, eşlerin evlilik birliği içerisinde veya evlilik birliğinin sona ermesi halinde kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde eşit olmasını ve çocuğun ana babası tarafından birlikte bakılmasını temel ilke haline getirmiş uluslararası sözleşmeler kapsamında, iç hukuklarında yeni düzenlemeler yaparak boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkilerde, birlikte velayeti mümkün hale getirmişlerdir.

Türk hukukunda mevcut düzenlemelerle, boşanma durumunda birlikte velayetin mümkün olup olmadığına ilişkin öğretide çok sayıda görüş bulunmaktadır. Kanaatimizce, TMK’nın 336/3. maddesinde geçen “*boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesi, kanun koyucunun, boşanma durumunda velayetin ana ya da babadan yalnızca birine bırakılması yönündeki iradesini göstermektedir. Dolayısıyla kanun lafzıyla bağlı kalındığında, boşanma durumunda birlikte velayetin mümkün olduğu söylenemez. TMK 182/3.maddesinde ise, madde metninde yer alan “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ibaresi, direkt olarak boşanma durumunda velayetin ana ya da babadan birine tevdi edilmesine ilişkin değildir. Zira maddenin bütünü incelendiğinde, velayetin tek bir ebeveyne bırakıldığı durumda, velayetin bırakılmadığı ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkinin düzenlenmesine yönelik bir hüküm olduğu açıkça görülecektir. Bu nedenle TMK’nın 182/3. maddesinin, boşanma durumunda velayetin tevdiine yönelik bir hüküm olarak değerlendirilmesi, doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Ayrıca velayetin tevdiine ilişkin asıl hükümler, TMK’nın 335.maddesi vd. düzenlendiği için, yalnızca TMK’nın 182. maddesi kapsamında birlikte velayete yönelik değerlendirmeler yapılmamalıdır.

Evlilik dışı ilişkiler bakımından, TMK'nın 337/1. maddesinde net bir düzenlemeye yer verilmiş ve bu düzenleme kapsamında, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti, anaya verilmiştir. Ancak bu durum başta Anayasa olmak üzere BMÇHS, AİHS ve AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol gibi Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası sözleşmeye de aykırılık teşkil etmektedir.

Ülkemizin taraf olduğu ve Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin temel ilkeleri sayılan 2, 3, 7, 9 ve 12. maddeleri, AİHS'in 8. ve 14. maddeleri, AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi, CEDAW'ın 16/1-d ve 16/1-f maddeleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 84 (4) Sayılı Tavsiye Kararı, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 23/3. maddesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 1. ve 3. maddeleri kapsamında, ebeveynlerin medeni hallerinden bağımsız bir şekilde çocuğun, ana ve babasının birlikte velayeti altında kalmasını sevk eden hükümlerinin, hukukumuzda dikkate alınması gerekir. Zira Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler, kanun hükmünde olup temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanun hükümlerinin aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi durumunda, uluslararası sözleşme hükümleri esas alınır. Özellikle Yargıtay'ın görüş değişikliğine gitmesini sağlayan ve öğretilerde önemli tartışmalara neden olan 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin, Anayasa'nın 90. maddesi kapsamında TMK'nın velayete ilişkin hükümlerine uygulanma alanı bırakmadığı ve bu nedenle birlikte velayete karar verilebileceği kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın son yıllarda görüş değişikliğine giderek birlikte velayetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığına ilişkin kararları oldukça önemli ve yerindedir. Kamu düzeni kısaca, toplumun genel ahlakını ve menfaatlerini koruyan kuralların bütünü olarak ifade edilebilir. Öğretilerde, maddi hukuk kuralları ile yabancı hukuk kuralları arasında farklılık bulunması durumunda, doğrudan kamu düzenine aykırılıktan söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Nitekim, bir yabancı mahkeme ilamının reddedilebilmesi için, MÖHUK'ün 54. maddesinde sayılan tenfiz şartları içerisinde, Türk kanunlarına aykırılık bulunmamaktadır. Bu nedenle birlikte velayeti içeren

yabancı bir mahkeme ilamının, birlikte velayetin Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tanıma ve tenfizine yönelik talebin reddedilmesi kararı, hukuki dayanaktan yoksun kalacaktır.

Tüm bunların yanı sıra, uluslararası alanda birlikte velayetin ebeveynler ile çocuklar üzerindeki etkilerinin araştırılmasına ilişkin yapılan bilimsel çalışmalarda, birlikte velayetin tek başına velayete kıyasla hem ebeveynler hem de çocuklar için daha avantajlı olduğu belirlenmiştir. Örneğin boşanma durumunda, velayetin tek bir ebeveyne verilmesi çocuğun diğer ebeveyni ile yalnızca belirli gün ve saatte kişisel ilişki kurmasına neden olacaktır. Bu durum, çocuk açısından dezavantajlı olduğu kadar çocukla sınırlı zaman geçiren ebeveyn için de bir o kadar dezavantajlıdır. Zira çocuk, ebeveynini bir misafir olarak algılayabilir; ebeveyni de çocuğu sınırlı olarak gördüğünden ve çocuğun hayatı için önem arz eden konularda söz hakkına sahip olamayacağından çocuğa karşı daha az sorumluluk hissedebilir. Nitekim, ana ve babanın boşanmış olması veya evlilik dışı birliktelik yaşaması, onların çocuğun ebeveynleri olduğu gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla çocuğu, ana ve babasının tercihlerinin bir sonucu olarak üstün yararı gözetilmeksizin yalnızca tek bir ebeveynin velayeti altında bırakmak, onu cezalandırmaktan öteye gitmeyecektir.

TMK’da boşanma durumunda veya evlilik dışı ilişkiler bakımından velayetin tevdiine ilişkin mevcut düzenlemeler, yapılan bilimsel araştırmalar, iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan uluslararası sözleşmeler ve yabancı devlet hukuklarında yapılan kanuni değişiklikler kapsamında yeniden düzenlenmelidir. Her ne kadar boşanma durumunda veya evlilik dışı ilişkide, birlikte velayete imkân tanımayan TMK hükümlerinin, taraf olunan uluslararası sözleşmeler nezdinde normlar hiyerarşisi ile bertaraf edilebileceği düşünülse dahi, öğretide yaşanan tartışmalara açıklık getirmek ve uygulamada yeknesaklığın sağlanması bakımından, birlikte velayetin boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkiler bakımından, medeni kanunumuzda açıkça düzenlenmesi gerekir. Ancak kanaatimizce yapılması gereken düzenleme, İsviçre ve Almanya gibi yabancı devlet hukuklarında olduğu gibi, kural olarak veya istisna olarak belirlenmemelidir. Zira her toplumun sosyal ve kültürel yapısı ile aile dinamikleri, birbirinden farklıdır. Dolayısıyla velayet, her somut olay kendi içinde değerlendirilerek ana ve babaya birlikte veya yalnızca ana ya da babadan birine tevdi edilmelidir. Hâkim eğer birlikte velayet kararı verecekse bu

durumun çocuğun üstün yararına uygun olup olmadığını ve ebeveynlerin çocuğun sorumluluğunu birlikte taşıyabilecek güçte ve istekte olup olmadığını araştırmalıdır.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 90. maddesi kapsamında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisindeki yeri ve mevcut kanuni düzenlemeler ile aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi halinde uluslararası sözleşmelerin hükümlerinin uygulanması gerektiği dikkate alındığında, birlikte velayetin, evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanma durumunda veya evlilik dışı ilişkiler bakımından uygulanmasına engel teşkil edecek bir durum söz konusu değildir. Ancak öğretideki tartışmaların açıklığa kavuşturulması ve uygulamada yeknesaklığın sağlanması bakımından TMK'da, ebeveynlerin medeni hallerinden bağımsız şekilde, boşanma durumunda veya evlilik dışı ilişkide, müşterek çocuğun velayetinin ana ve babasına birlikte verilebileceğine imkân tanıyan düzenlemeler yapılmalıdır. Bu düzenlemelerin, birlikte velayetin kural veya istisna olarak uygulanması gerektiği kalıplarından uzak, yalnızca çocuğun üstün yararı dikkate alınarak yapılması gerekir.

KAYNAKÇA

ABADAN UNAT, Nermin, **Legal Problems Concerning Unmarried Couples the Non- Married Couple and Society: Socio – Juridical Aspects of Cohabitation**, Seha L. Meray’a Armağan, AÜSBF, C. 2, Ankara 1982, s. 805-829 (Kısaltma: Socio – Juridical Aspects of Cohabitation)

ACABEY, Mehmet Beşir, **Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002 (Kısaltma: Soybağı, Kurulması)

ACAR, Ceyda, **Ortak Velayet**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2021

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2016 (Kısaltma: Aile Hukuku)

AKKIŞLA, Hasibe Sena, **Velayetin Tevdii**, Turhan Kitabevi, Ankara 2017

AKYÜZ, Emine, **Çocuk Hukuku**”, Pegem Akademi, Ankara 2021

AKYÜZ, Emine **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili Ayrılık, ve Boşanmada Çocuğun Korunması**”, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi, Ankara 1983

AKYÜZ, Emine, **Çocuk Hakları Bildirisi ve Türk Hukuk Sistemi**, AÜEBFD, C.13, S.1-2; Yıl 1980, s. 339-365 (Çocuk Hakları Bildirisi)

APAYDIN, Eylem, **Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, S.1, Yıl 2018, s. 445-476 (Kısaltma: Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği)

ARKAN SERİM, Azra, **Boşanma Halinde Ortak Velayet**, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, Yıl 2016, s. 6075-6088

ASLAN, Ahmet/GÜREL Begüm, **Boşanmanın Anatomisi**, İnkılap Kitabevi, İstanbul 2021

BAKTİR ÇETİNER, Selma, **Velâyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2000

BARAN ÇELİK, Neşe, **Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2021

BAUSERMAN, Robert, **Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review. Journal of Family Psychology**, 16(1), 2002, s. 91–102 (Kısaltma: Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements)

BAYATA CANYAŞ, Aslı, **Yabancı Mahkemeler tarafından Verilen Ortak Velayet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi**, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 21-22 Nisan 2016 Eskişehir, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 593-601

BAYGIN, Cem, **Soybağı Hukuku**, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2010

BAYGIN, Cem, **Kan Bağına Dayanan Soybağı**, AÜEHFD, C. 6, S. 1-4, Yıl 2002, s. 255-289

BİNGÖL, Ediz, **Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 2, Yıl 2014, s. 278-312 (Kısaltma: Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması)

BİRİNCİ UZUN, Tuba, **Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, S 1, Yıl 2016, s. 135-166 (Kısaltma: Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli)

BOZKURT, İkbâl, **Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010

BÖLÜKBAŞI, Özge, **Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2020 (Kısaltma: Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi)

BÜKEL KOÇ, Merve, **Ortak Velayet**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020

CAN, Hacı /TOKER Ali Gümrah, **Milletlerarası Usul Hukuku Ders Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017

ÇAKIR, Nagehan, **Türk Aile Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Ortak Velayet**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019 (Kısaltma: Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Ortak Velayet)

ÇATALBAŞ, İlay, **Türk Medeni Kanunu'nda Velayet ve Ortak Velayet Kavramı**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2020 (Kısaltma: Ortak Velayet Kavramı)

ÇELİK, Cemil, **Velayetin Kaldırılması**, AÜHFD, C.54, S.1, Yıl 2004, s. 255-309

DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013 (Kısaltma: Aile Hukuku)

DÖNMEZ Ünsal /BARIN Taylan, **Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.9, S.35, Yıl 2018, s. 175-210 (Kısaltma: Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu)

ENERGİN, Zümrüt, **Türk Hukukunda Müsterek Velayet Sorunu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019

ERDEM, Mehmet, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018

ERLÜLE, Fulya, **İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet**, “Yetkin Yayınları, Ankara 2019 (Kısaltma: Boşanmada Birlikte Velayet)

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Aile Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979

GENÇCAN Ömer Uğur, **Aile Hukuku ve Çocuk, Boşanma ve Velayet Hukukuna İlişkin Sorunlar**, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 3, S. 20, Ankara 2011, s. 6-15

GENÇCAN, Ömer Uğur, **Ortak Velayet**, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl 27, İzmir 2017, s. 24-30

GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu: Türkiye'de İnsan Hakları**, Todaie Yayını, Ankara 2000

GRASSINGER, Gülçin Elçin, **Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, On İki levha Yayınları, İstanbul 2009 (Kısaltma: Küçüğün Kişi Varlığı İçin Alınacak Tedbirler)

GRASSINGER, Gülçin Elçin, **Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar**, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 823-846 (Kısaltma: Çocuğun Menfaati)

GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza, **Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Yıl 2017, s. 157-180

GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet Vesayet Hukuku**, Ankara 2004 (Kısaltma: Roma Hukukundan Günümüze Velayet)

GÜRİZ, Adnan, **Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk**, Phoenix Yayınevi, Ankara 2011

GÜVEN, Kudret, **Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S. 1, Ocak 2018, s. 11-64 (Kısaltma: Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet)

HATEMİ Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, **Aile Hukuku**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016

HAYDEN, Andrina, **Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England**, InDret, Vol. 1, 2011, s. 1-32 (Kısaltma: Shared Custody)

HELVACI Serap/ERLÜLE Fulya, **Medeni Hukuk**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007

HUYSAL, Burak, **Devletler Özel Hukukunda Velayet**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005

İNAN, Ali Naim, **Çocuk Hakları Beyannamesi İlkelerinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi**, AÜEBFD, C.1, S. 1, Yıl 2019, s. 201-219 (Kısaltma: Çocuk Hakları Beyannamesi)

İNCE, Nurten, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet**, TAAD, Y 9, S 34, Yıl 2018, s. 189-229 (Kısaltma: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet)

KAHRAMAN, Süheyla, **Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018 (Kısaltma: Müşterek Velayet)

KARACA Hilal, **Velayetin Kapsamı ve Hükümleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015

KARAKOÇ, İrem, **Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iiye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, Yıl 2015, s. 193-248 (Kısaltma: Hidane Hakkı)

KAYA, Cengiz, **Türk Hukukunda Evlat Edinme**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009

KİREMİTÇİ, Müge, **Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 2014 (Kısaltma: Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı)

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2017

KIRCA, Çiğdem, **Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologsche Reduction)**, AÜHFD, C.50, S.1, Yıl 2001, s. 91-110

KLAF, Ramsay Laing, **The Tender Years Doctrine: A Defense**, California Law Review, C. 70, S.2, 1982, s. 335-372 (Kısaltma: The Tender Years Doctrine)

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, **Aile Hukukuna İlişkin Tezlerimiz**, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, C.1, Ankara 2010; s. 1329-1341

KRUK, Edward, **Shared Parental Responsibility: A Harm Reduction-Based Approach to Divorce Law Reform**, Journal of Divorce & Remarriage, Vol.43: 3-4, s. 119-140

KURT, Leyla Mjde, **Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet**, İnön Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Yıl 2018, s. 157-185

LUBRANO LAVADERA, Anna/ CARAVELLİ Liliana / MALAGOLİ TOGLİATTİ Marisa, **Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of Practices in the Civil Court of Rome**, s. 93-110 (Kısaltma: Joint Custody and Shared Parenting)

LOWE, N. V. **The Allocation of Parental Rights and Responsibilities - The Position in England and Wales**, Family Law Quarterly, V.39, No. 2, Summer 2005, s. 267-299 (Kısaltma: The Allocation of Parental Rights and Responsibilities)

MILLER, David J., **Joint Custody**, Family Law Quarterly, Published by: American Bar Association, Vol.13, No.3, Fall 1979, s. 345-412

MNOOKIN, **Robert Harris**, Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Fave of Indeterminacy, Law and Contemporary Problems, Duke University Scholl of Law, C.39, S.3, 1975, s. 226-293 (Kısaltma: Child-Custody Adjudication)

OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998

ORHUN, Murat, **Hitit Aile Hukuku ve Eski Hukuk Dönemi Roma Aile Hukuku**, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 5, Yıl 2010, s. 35-55

ÖCAL APAYDIN, Bahar, **Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş Mudur?** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Yıl 2015, s. 425-458 (Kısaltma: Kadının Soyadı Meselesi)

ÖCAL APAYDIN, Bahar, **İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, s. 631-658
(Kısaltma: Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi)

ÖCAL APAYDIN, Bahar, **Çocuğun Katılım Hakkı Çerçevesinde Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 133-142 (Kısaltma: Çocuğun Katılım Hakkı)

ÖCAL APAYDIN, Bahar/HIŞIM, Selim, **Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı**, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması (Ed. Aslı MAKARACI BAŞAK-Seda ÖKTEM ÇEVİK-Gülen Sinem TEK, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 285-323

ÖZCAN, Aysu, **Boşanan Ana ve Babanın Birlikte Velayet Hakkı**, Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu (s. 215-227), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021 (Kısaltma: Birlikte Velayet Hakkı)

ÖZDEMİR Hayrünnisa/RUHİ Ahmet Cemal, **Çocuk Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021

ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2015

ÖZTAN, Bilge, **Türk Hukukunda Birlikte Velayet Sorunu**, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 251-260 (Kısaltma: Öztan, Birlikte Velayet Sorunu)

ÖZTAN, Bilge, **Boşanmada Birlikte Velayet**, İzmir Medeni Hukuk Günleri – II. Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri, 27-28 Nisan İzmir, s. 12-14 (Kısaltma: Öztan, Bildiri)

ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, **Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4 Sayı:8, İstanbul 2005, s. 119-148 (Kısaltma: Devletler Özel Hukukunda Velayet)

ÖZTÜRK, Necla, **Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri**, Adalet Yayınevi, İstanbul 2016 (Kısaltma: Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri)

PERELLİ, Brienna Haris/GASSEN Schez Nora, **How Similar are Cohabitation and Marriage? Legal Apporoaches to Cohabitation across Western Europe**, Population and Development Review, V. 38(3), 2012, s. 435-467

SAYAN KARAHAN, Ayşegül, **Boşanma Sürecinde Ortak Ebeveynlik ve Ortak Velayete İlişkin bir Derleme**, Uluslararası Toplum Araştırmaları Derneği, C.18, S.44, Yıl 11, s. 8500-8523 (Kısaltma: Ortak Velayete İlişkin bir Derleme)

SCHWENZER, Ingeborg/KELLER Tomie, **New Rules on Parental Responsibility in Switzerland**, The International Survey of Family Law, Y. 2014, s. 457-470 (Kısaltma: New Rules)

SCOTT, Elizabeth S., **Pluralism, Parental Preference, and Child Custody**, California Law Review, C. 80, S. 3, 1992, s. 616-620

SERDAR İlknur, **Birlikte Velayet**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, Yıl 2008, S. 155-197

SEROZAN Rona, **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık; İstanbul 2017

STELL, Sean, **Having Your Cake and Eating It Too: The Law and Politics of Child Custody in Canada**, University of Calgary, Department of Political Science, A Thesis Submitted to the Faculty Of Graduate Studies in Partial Fulfilment of The Requirements for the Degree of Master of Arts, Calgary 2001 (Kısaltma: Having Your Cake and Eating It Too)

ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat kitapçılık, İstanbul 2018

RUHİ Ahmet Cemal/RUHİ Canan, **Velayet Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017

RUHİ, Ahmet Cemal, **Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019

ROHDE, Alexandre, “**The Impact of Joint Child Cstody Policies on Children’s Long-Term Outcomes**”, Faculty Thesis Advisors: Professor Prakarsh Singh and Professor Caroline Theoharides, Submitted to the Department of Economics at Amherst College, April 20, 2016

ROTH, Marianne, **National Report: Austria (Parental Responsibilites – Austria)**, University of Salzburg, s. 1-32 (Kısaltma: National Report)

TEKİNAY Selahattin, **Türk Aile Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul 1984

TAHİROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul 2014

TOKUŞ, Aylin, **Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İzmir 2020,

USTA Sevgi, **Velayet Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016

UZUN KAZMACI, Özge, **Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı – III**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, İstanbul 2018, s. 171-186

ÜÇER, Mehmet, **Roma Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, **Hekimin Tazminat Sorumluluğu**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, Yıl 2015, s. 19-61

YETİK, Nurten, **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, Bilge Yayınevi, Ankara 2007

YILDIRIM Abdulkerim, **Türk Aile Hukuku**, Monopol Yayınları, Ankara 2018

YILMAZ, Canan, **Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi**, Ankara 2016 (Kısaltma: Birlikte Yaşamaya Ara verme)

İnternet Kaynakları:

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1885975>

<https://equalitycanada.com/wp-content/uploads/2015/11/Shared-Parental-Responsibility-A-Harm-Reduction-Based-Approach-to-Divorce-Law-Reform-Edward-Kruk.pdf>

<https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>

http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>

<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%222028/04%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-96020%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%222028/04%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-96020%22]})

https://edoc.unibas.ch/34150/1/20140812141521_53ea055930bb0.pdf

<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf>

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20SPORER%20v.%20AUSTRIA%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-103234%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20SPORER%20v.%20AUSTRIA%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-103234%22]})

<https://ssrn.com/abstract=1762804>

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auebfd/issue/48687/619479>

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/804043>

<https://rm.coe.int/cm-rec-84-4e-velayet-sorumlulugu-hakk-nda/1680a3b412>

https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf

https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf
<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozel-bulten20173813332417.pdf>
<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf>
<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaralliskinSozlesme.pdf>
<https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>
https://www5.tbmm.gov.tr//develop/owa/tc_anayasasi.maddeler?p3=90#:~:text=90.,Madde&text=T%C3%BCrkiye%20Cumhuriyeti%20ad%C4%B1na%20Yabanc%C4%B1%20Devletlerle,bir%20kanunla%20uygun%20bulmas%C4%B1na%20ba%C4%9Fl%C4%B1d%C4%B1r.
<https://www.anayasa.gen.tr/insan.htm>
http://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf
<https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0893-3200.16.1.91>
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629324>
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160325-1.pdf>
https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf
https://docs.google.com/viewer?embedded=true&url=https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/A_LE-HUKUKU-sempozyum-17-nisan-2018.pdf
http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?query=BOOKMARK_DS-052176_QID_-752D2346_UID_-3F171EB0&layout=TIME,C,X,0;GEO,L,Y,0;INDIC_DE,L,Z,0;INDICATORS,C,Z,1;&zSelection=DS-052176INDICATORS,OBS_FLAG;DS-052176INDIC_DE,NMARPCT;&rankName1=INDICATORS_1_2_-1_2&rankName2=INDIC-DE_1_2_-1_2&rankName3=TIME_1_0_0_0&rankName4=GEO_1_2_0_1&sortC=ASC_-1_FIRST&rStp=&cStp=&rDCh=&cDCh=&rDM=true&cDM=true&footnes=false&empty=false&wai=false&time_mode=ROLLING&time_most_recent=true&lang=EN&cfo=%23%23%23%2C%23%23%23.%23%23%23
<https://lawcat.berkeley.edu/record/1111729>
<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3457&context=lcp>
https://www.amherst.edu/system/files/media/Alf%2520Rohde%2520Thesis_1.pdf
https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Entscheidungen/Liste/60ff/liste_node.html;jsessionid=E99E57F106548F9EC91688918E31D945.2_cid507
https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl197082.pdf%27%5D_1655454962533

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>
https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de#art_133
https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20180101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20180101-de-pdf-a.pdf
<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>
<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf>
https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2013_I_15/BGBLA_2013_I_15.html
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/31/contents>
http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/codciv.htm
<https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2021-01-01>
<https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>
<https://ssrn.com/abstract=1762804>