

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

ORTAK VELÂYET

Ümran BOZKUŞ ARAÇ
224233002003

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman
Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT

Konya 2025

Bu çalışma, 24.04.2025 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Programında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

**Savunma
Tez Jürisi**

Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT
Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin TOKAT
Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Bedia GÜLEŞ
KTO Karatay Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

ÖNSÖZ VE TEŞEKKÜR

Bu tez, lisansüstü eğitimim süresince edindiğim bilgi ve deneyimlerin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Akademik çalışmalara duyduğum ilgi ve merak, bu sürecin hem zorlayıcı hem de geliştirici yönleriyle karşılaşmamı sağlamıştır. Bilimsel düşünme, sorgulama ve analiz etme becerilerimi geliştirme fırsatı bulduğum bu süreçte, aynı zamanda sabır, azim ve disiplinli çalışmanın önemini bir kez daha anlamama vesile olmuştur.

Çalışmamın her aşamasında hem teorik hem de pratik olarak birçok kazanım elde etmiş olmam, bu süreci benim için kıymetli kılmıştır. Bu süreçte karşılaştığım zorluklar, akademik olgunlaşma yolunda önemli birer basamak olmuştur. Bu çalışmanın, alana katkı sağlamasını ve ilgili literatüre mütevazı da olsa bir katkı sunmasını temenni ederim.

Yoğun çalışma temposuna rağmen danışmanlığımı üstlenerek tezimin hazırlanmasında bilgi, emek ve desteklerini esirgemeyen danışmanım Sayın Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT hocama teşekkür ederim. Tez sürecimde bilgi, birikim ve tecrübelerini esirgemeyen değerli jüri üyelerim Dr. Hüseyin TOKAT ve Dr. Bedia GÜLEŞ hocalarıma ayrıca teşekkür ederim.

Yüksek lisans süreci boyunca gerek iş gerekse aile hayatımızda desteğini, emeğini esirgemeyen ve bu çalışmayı rahatlıkla sürdürmeme yardımcı olan kıymetli eşime her konuda olduğu gibi bu çalışmanın her satırında varlığıyla yanımda olduğu için teşekkür ederim.

Bu yüksek lisans tezini; Türkiye Cumhuriyeti'nin bir köyünde bir kız çocuğu olarak imkânsızlıklara rağmen mücadele ederek peşini bırakmadığım okuma azmime, mesleki ve özel hayatımda vermiş olduğum fedakârlıklara, ayırdığım kıymetli zamana ve başarıma ithaf ediyorum.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
KISALTMALAR CETVELİ.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA VELÂYET KAVRAMI, VELÂYETİN TARAFLARI, KAPSAMI, SONA ERMESİ, KALDIRILMASI VE DEĞİŞTİRİLMESİ

§ 1. VELÂYET KAVRAMI	5
I. VELAYETİN TARİHİ GELİŞİMİ	7
A. ROMA HUKUKUNDA VELAYET	7
B. İSLAM HUKUKUNDA VELAYET	9
C. TÜRK HUKUKUNDA VELAYET	10
II. VELÂYETİN ÖZELLİKLERİ VE VELÂYETE HÂKİM OLAN İLKELER	11
A. VELÂYETİN ÖZELLİKLERİ	11
B. VELÂYETE HÂKİM OLAN İLKELER	12
1. Velâyetin Bölünmezliği İlkesi.....	12
2. Velâyetin Bütünlüğü İlkesi.....	13
3. Velâyette Kamu Düzeni İlkesi	14
4. Velâyetin Süreli Olması İlkesi	15
§ 2. VELÂYETİN TARAFLARI.....	16
I. VELÂYET HAKKINA SAHİP ANA VE BABA İLE EVLAT EDİNENLER ..	16
A. ANA VE BABA.....	16
B. EVLAT EDİNENLER.....	19
II. VELÂYETE TABİ ÇOCUK.....	21

A. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA ÇOCUK KAVRAMI VE ÇOCUKLUK DÖNEMİ.....	21
1. Çocuk Kavramı	21
2. Çocukluk Dönemi	23
B. KISITLI ERGİN ÇOCUKLAR	23
§ 3. VELÂYET HAKKININ KAPSAMI.....	24
I. ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞI BAKIMINDAN VELÂYETİN KAPSAMI	25
A. ÇOCUĞUN ADININ KONULMASI VE SOYADI.....	26
B. ÇOCUĞUN BAKIM VE YETİŞTİRİLMESİ	28
C. ÇOCUĞUN YERLEŞİM YERİNİN BELİRLENMESİ.....	29
D. ÇOCUĞUN EĞİTİMİ.....	29
1. Çocuğun Genel ve Mesleki Eğitimi.....	29
2. Çocuğun Dini Eğitimi	31
E. ÇOCUĞUN TEMSİL EDİLMESİ	32
1. Ayırt Etme Gücüne Sahip Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Temsili	34
2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Temsili ..	35
II. ÇOCUĞUN MALVARLIĞININ KORUNMASI	36
A. ÇOCUĞUN MALLARININ YÖNETİMİ	37
B. VELÂYET HAKKI SAHİBİNİN ÇOCUĞUN MALLARINI KULLANMA HAKKI.....	39
§ 4. ÇOCUĞUN KORUNMASI HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA VELÂYETİN SONA ERMESİ, KALDIRILMASI VE DEĞİŞTİRİLMESİ	40
I. ÇOCUĞUN KORUNMASI HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA VELÂYETİN SONA ERMESİ	41
A. VELÂYETİN SONA ERMESİ.....	41
II. ÇOCUĞUN KORUNMASI TEDBİRLERİ KAPSAMINDA VELÂYETİN KALDIRILMASI.....	42
A. GENEL OLARAK	42
B. VELÂYETİN KALDIRILMASI	43

III. VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ.....	44
------------------------------------	----

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE ULUSLARARASI SÖZLEŞME VE BELGELERDE ORTAK VELÂYET KAVRAMI

§ 5. BÖLÜMÜN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	47
--	----

§ 6. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ORTAK VELÂYET KURUMU	47
---	----

I. GENEL OLARAK	47
-----------------------	----

II. ALMAN HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET	50
---	----

III. İSVİÇRE HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET	52
--	----

IV. AMERİKAN HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET	61
--	----

V. İNGİLİZ HUKUKUNDA BİRLİKTE VELÂYET	62
---	----

VI. FRANSIZ HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET	63
---	----

§ 7. ORTAK VELÂYET HAKKINI DÜZENLEYEN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE BELGELER	65
---	----

I. İNSAN HAKLARI VE ANA HÜRRİYETLERİ KORUMAYA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ VE EK 7 NUMARALI PROTOKOL	65
---	----

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARINA DAİR SÖZLEŞME	70
---	----

III. AVRUPA KONSEYİ 2079/2015 SAYILI TAVSİYE KARARI VE AVRUPA KONSEYİNİN 84/4 SAYILI TAVSİYE KARARI BAKIMINDAN ORTAK VELÂYET	75
--	----

IV. KADINLARA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİNE DAİR SÖZLEŞME (CEDAW) KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET.....	77
---	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET KAVRAMI, KULLANILMASI, EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE ORTAK VELÂYETİN DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 8. ORTAK VELÂYET KAVRAMI	79
I. GENEL OLARAK	79
II. ORTAK VELÂYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ	82
III. ORTAK VELÂYETE HÂKİM OLAN İLKELER	84
A. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİ, TANIMI VE ÖNEMİ.....	85
B. ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI İLKESİ.....	89
§ 9. TÜRK HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET HAKKININ KULLANILMASI.....	89
I. EVLİLİK BİRLİĞİ İÇİNDE ORTAK VELÂYETİN KULLANILMASI.....	90
II. ANA VE BABA EVLİ DEĞİLSE VELÂYETİN KULLANIMI	92
III. EVLİLİK BİRLİĞİNDE ORTAK HAYATA SON VERİLMESİ VEYA AYRILIK DURUMUNDA VELÂYETİN KULLANIMI	92
IV. EŞLERDEN BİRİNİN ÖLÜMÜ HALİNDE VELÂYETİN KULLANIMI....	94
V. EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE VELÂYETİN KULLANILMASI	94
§ 10. TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA ORTAK VELÂYETİN UYGULANABİLİRLİĞİ.....	95
I. GENEL OLARAK	95
II. TMK m. 182 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ	97
A. TMK m. 182 HÜKMÜNÜN ORTAK VELÂYETE İZİN VERMEDİĞİNİ SAVUNAN GÖRÜŞLER	97
B. TMK m. 182 HÜKMÜNÜN ORTAK VELÂYETE İZİN VERDİĞİNİ SAVUNAN GÖRÜŞLER	98

III. TMK m. 336 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ	100
A. TMK m. 336 HÜKMÜNÜN ORTAK VELÂYETE İZİN VERMEDİĞİNİ SAVUNAN GÖRÜŞLER	100
B. TMK m. 336 HÜKMÜNÜN ORTAK VELÂYETE İZİN VERDİĞİNİ SAVUNAN GÖRÜŞLER	102
C. TMK m. 336 HÜKMÜNÜN ORTAK VELÂYETE İLİŞKİN ÖRTÜLÜ BOŞLUK OLDUĞUNU SAVUNAN GÖRÜŞLER.....	103
§ 11. TÜRK HUKUKU UYGULAMASINDA, YARGI KARARLARINDA ORTAK VELÂYET VE AİHS EK 7 NO'LU PROTOKOL'ÜN 5. MADDESİNİN ORTAK VELÂYET KARARLARINA ETKİSİ.....	106
I. TÜRK HUKUKU UYGULAMASINDA ORTAK VELÂYET	106
II. YARGI KARARLARINDA ORTAK VELÂYET	107
A. ORTAK VELÂYETİ KABUL ETMEYEN KARARLAR	107
B. ORTAK VELÂYETE İZİN VEREN YARGI KARARLARI.....	110
III. AİHS EK 7 NO'LU PROTOKOL'ÜN 5. MADDESİNİN ORTAK VELÂYET KARARLARINA ETKİSİ	113
DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	117
KAYNAKÇA.....	126

ÖZET

Velâyet, ana ve babanın çocuğun kişiliği ve malvarlığı üzerindeki kanundan doğan hak ve yetkilerin bütünüdür. Velâyetin kapsamı genel olarak çocuğun kişilik hakları, temsili, mallarının yönetimi, çocuğun korunması hususlarından oluşur. Türk Medeni Kanunu'na göre ana ve baba evlilik birliği devam ettiği sürece velâyeti birlikte kullanırlar. Türk Medeni Kanunu'na göre evlilik birliğinin devam ettiği haller dışında ortak velâyet kabul edilmemektedir. Son yıllarda evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ve evlilik dışı ilişkilerde velâyetin ana ve baba tarafından ortak kullanılıp kullanılamayacağı sorunu gündeme gelmiştir. 2016 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün “*eşler arasında eşitlik*” başlıklı 5. maddesinin Türk Hukuku bakımından yürürlüğe girmesiyle birlikte Protokol'ün iç hukuka etkisi açısından ortak velâyetin mümkün olup olmadığı yönündeki tartışmalar yeni bir boyut kazanmıştır. Türk Medeni Kanunu bakımından ise öğretide ortak velâyetin tartışılmasına neden olan maddeler TMK m. 182 ve m. 336 hükümleridir.

Ülkemizde mevcut düzenlemeler her ne kadar ortak velâyeti yasaklamasa da ortak velâyetin uygulanabilirliğine hizmet etmek açısından yetersiz görülmektedir. AİHS, ÇHS başta olmak üzere uluslararası belgelerde ve AİHM kararlarında “çocuğun üstün yararı”, “aile hayatına saygı”, “ayrımcılık yasağı”, “eşler arasında eşitlik” ilkelerine vurgu yapılmıştır. Bu belgelerden çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde ebeveynlerin medeni hallerine bakılmaksızın ortak velâyet kararı verilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. İsviçre, Almanya başta olmak üzere karşılaştırmalı/mukayeseli hukukta yapılan çeşitli revizyonlar da ortak velâyetin uygulanmasının çocuğun menfaatine uygun olduğunu göstermektedir. Hukuk sistemimiz bakımından somut olayın özellikleri dikkate alınarak ve çocuğun güncel yararına üstünlük tanınması şartıyla evlilik birliğinin sona ermesi hallerinde ve evlilik dışı ilişkilerde ortak velâyet kararları verilebilmesi gerekmektedir. Ancak mevcut düzenlemeler ile ortak velâyetin uygulanması çocuğun üstün yararına uygun olmayacağından daha kapsamlı ve nitelikli düzenlemelere ihtiyaç vardır.

Anahtar Kelime: Ortak/ Birlikte Velayet, Velayet, Aile Hukuku, Boşanma, Çocuğun Menfaati

ABSTRACT

Custody is the totality of the rights and authorities of the parents over the child's person and property arising from the law. The scope of parental authority generally consists of the child's personal rights, representation, management of property and protection of the child. According to the Turkish Civil Code, parents exercise parental authority together as long as the marriage union continues. According to the Turkish Civil Code, joint custody is not accepted except in cases where the marriage union continues. In recent years, the question of whether joint custody can be exercised by the mother and father in cases where the marriage union has ended and in extra-marital relationships has come to the agenda. In 2016, with the entry into force of Article 5 of Additional Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights titled '*equality between spouses*' in terms of Turkish Law, the discussions on whether joint custody is possible in terms of the effect of the Protocol on domestic law has gained a new dimension. In terms of the Turkish Civil Code, the provisions of Article 182 and Article 336 of the Turkish Civil Code are the articles that cause the discussion of joint custody in the doctrine.

Although the current regulations in our country do not prohibit joint custody, they seem to be insufficient to serve the applicability of joint custody. The principles of '*best interests of the child*', '*respect for family life*', '*non-discrimination*', '*equality between spouses*' are emphasised in international documents, particularly the ECHR, CRC and ECtHR Judgments. From these documents, it can be concluded that joint custody decisions can be made regardless of the marital status of the parents if the best interest of the child is required. Various revisions made in comparative law, particularly in Switzerland and Germany, also show that the implementation of joint custody is in the best interests of the child. In terms of our legal system, joint custody decision should be made in cases of dissolution of the marriage and extramarital relationships, provided that the characteristics of the concrete case are taken into consideration and the current interest of the child is given priority. However, since the implementation of joint custody with the current regulations will not be in accordance with the best interests of the child, more comprehensive and qualified regulations are needed.

Keywords: Join Custony, Custony, Family Law, Divorce, Best Interests of the Child

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	: Artikel
AÜHFD.	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ASEAD.	: Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi
b.	: bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
bkz.	: bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
çev.	: çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DD.	: Danıştay Dava Dairesi
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
N.	: Numara
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa

S.	: Sayı
TAAD.	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK.	: Türk Dil Kurumu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve devamı
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch



GİRİŞ

Toplumu oluşturan en küçük yapı birimi olan ailenin temelinde çocuk vardır. Çocuğun kişiliği, bireysel anlamda önemli olduğu kadar bağlı olduğu aile ve parçası olduğu toplum için de son derece kıymetlidir. Sağlıklı bir çocuk, sağlıklı bir bireye; sağlıklı bir birey de geleceğe umutla bakan medeni toplumlara ışık tutar. Başta temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Anayasa olmak üzere sosyal hukuk kurallarının şekillenmesinde de toplumu oluşturan bu ve benzeri felsefi düşüncelerin büyük rolü vardır.

Toplumun parçası kişilerin henüz erginliğe adım atılmamış dönemi çocukluk dönemi olarak ifade edilmektedir. Çocukluk dönemi, sağlıklı bir birey ve sağlıklı bir toplum için doğal döngüsünde ve nitelikli bir şekilde geçirilmelidir. Çocuğun bu dönemindeki yaşantısı, kişiliğinin oluşum evresinde ve yetişkinlik dönemini de kapsayan kişisel gelişiminde lokomotif rolü üstlenmektedir. Bu kapsamda hukuk düzeninde ana ve babanın çocuğun kişiliğinin ve becerilerinin doğru yönde ve sağlıklı gelişimi için çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri velâyet kurumu ile açıklanır.

Velâyet kurumu, henüz gelişimini tamamlamamış, hayata karşı birçok yönden korumasız olan çocuğun mevcut ve olası tehlikelere karşı korunmasını, hayatta kalmasını ve en önemlisi sağlıklı bir birey olarak özgürce yaşamasını güvence altına almayı amaçlar. Ana ve babanın yalnızca velâyet altındaki çocuğu mevcut ve olası tehlikelerden koruması tek başına yeterli olmadığı gibi ana ve baba onu hayatın bütün olasılıklarına hazırlamalı, bu olasılıklar içinde kişiliğini koruması ve geliştirmesi için mümkün olan en iyi şekilde geçirebilmesine katkı sağlamalıdır¹. Çocuğun henüz

¹ "Herkes yalnızca çocuğunu korumayı düşünüyor; bu yeterli değil. Ona adam olunca kendisini korumasını, yazgının darbelerine dayanmasını, zenginliği ve yoksulluğu hiçe saymasını, gerekiyorsa İzlanda'nın buzları içinde ya da Malta'nın yakıcı kayalarının üstünde yaşamasını öğretmelidir. Ölmemesi için önlemler almanız boşunadır, yine de ölmesi gerekecektir; hem ölümü uyguladığınız bakıma bağlı olmasa da bu bakım yanlış anlaşılacaktır. Önemli olan onun ölümünü engellemek değil, onu yaşatmaktır. Yaşamak solumak değil, davranmaktır; organlarımızı, duygularımızı, yetilerimizi, bizi varlığımızın bilincine vardırان kendimizin tüm parçalarını kullanmaktır. En çok yaşamış olan insan en çok yıl saymış olan değil, yaşamı en çok hissetmiş olandır. Yüz yaşında kendini gömdürüp de daha doğar doğmaz ölmüş olanlar vardır. Hiç olmazsa o zamana kadar yaşamış olsaydı, kazancı gençliğinde mezara girmek olurdu." **Rousseau**, Jean-Jacques, Emile, (Çeviren: Yaşar Avunç), İstanbul 2015, s. 13.

tamamlanmamış kişiliğinin korunması ve gelişmesi o kadar önemlidir ki velâyet düzenlemeleri ile ana ve babalara kişiler hukuku anlamında pek de benzerine rastlanmayacak düzeyde geniş hak ve yetkiler tanınmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'na göre kural olarak velâyet, evlilik birliği içinde ana ve babanın birlikte kullandığı bir hak ve yükümlülüktür. TMK m. 336 hükmü uyarınca ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, evliliğin boşanma ile sona ermesinde ise velâyet kendisine bırakılan tarafa aittir. Evlilik dışı ilişkilerden doğan çocuklar için de velâyet TMK m. 337 gereğince kural olarak anaya aittir. Evlilik birliğinin aksine bu hallerde kanun koyucunun birlikte/ortak velâyeti düzenlemediği görülmektedir. Yargı kararları da uzun yıllar kanun maddesinin yorumuna paralel olarak bu doğrultuda gelişmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün 01.08.2016 tarihinde 6684 sayılı Kanun'la iç hukuk kuralları olarak yürürlüğe girmesiyle bu tarihten sonraki yargı kararlarında özellikle anlaşmalı boşanma davalarında tarafların da talebi ile “*ortak velâyet*” düzenlemelerine yer verilmeye başlanmış ve ortak velâyete hükmeden yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin yolu açılmıştır. Protokolün 5. maddesinde yer alan “*eşler arasında eşitlik*” ilkesinden hareketle yargı kararlarında ortak velâyet hüküm altına alınmaya başlanmıştır. Ancak TMK açısından evlilik birliğinin sona ermesi hallerinde ortak velâyete ilişkin henüz açıkça bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Velâyetin ana ve baba açısından ortak kullanılan hem bir hak hem de bir yükümlülük olduğu ve kanaatimizce çocuğun üstün yararı gereği velâyetin ortak kullanılmasının çocuk için kural olarak daha uygun seçenek olduğu düşünüldüğünde yargı kararlarının bu doğrultuda yön değiştirmesi isabetli olmuştur. Ancak TMK'da evliliğin herhangi bir nedenle sona ermesi hallerinde ortak velâyete yönelik açık bir düzenleme olmadığı ve mevcut düzenlemenin özellikle tanıma/tenfiz kararlarında uzunca bir dönem kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle ortak velâyetin aleyhine yorumlara sebebiyet vermesi sonucunda bu husus öğretide çeşitli tartışmalara yol açmıştır.

Çalışmamızda öğretideki tartışmalardan da yola çıkarak ortak velâyetin uygulanabilirliğini değerlendirebilmek adına birtakım sorulara cevap aramak gerekmiştir. Mevcut kanun maddeleri ortak velâyet lehine yorumlanabilir mi, AIHS’ne Ek 7 No’lu Protokol ile artık iç hukuka etkisi bakımından ortak velâyet kararlarında kanun hükmünün önüne geçebilir mi, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinin ortak velâyete bakış açısı nasıldır ve İsviçre Medeni Kanunu Mehaz Kanun olması bakımından ortak velâyet düzenlemelerine ne şekilde yer vermiştir, çocuğun yararı kavramı ortak velâyet kararlarına ne şekilde etki etmelidir ve Türk Hukuk sisteminde ortak velâyet kararları verilecekse hâkimin dikkate alması gereken kriterler var mıdır soruları çalışmada cevaplanmak istenen sorulardır.

Velâyet kurumunun mevcut durumunun mevcut yaşam dinamiklerinde çocuğun üstün yararına yeterince hizmet edemiyor olduğu kanısı, yaşanan sosyo-demografik değişimler, çocuğun menfaati olgusunun tarihi süreç içerisinde kavramsal olarak içerik değiştirmesi, hukuk sistemimiz açısından öğretide kanunî düzenleme yapılması gerekip gerekmediği yönünde tartışmaların bulunması ortak velâyet müessesesini gündeme getirmiştir. Aynı zamanda 01.08.2016 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 7 No’lu Protokol’ün 6684 sayılı Kanunla iç hukuk kuralları haline gelen sözleşme maddelerinin “*eşler arasındaki eşitlik*” ilkesinden hareketle çocuğun üstün yararına uygun olarak düzenleme yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Başta mehaz kanun olan İsviçre Medeni Kanun’unda yapılan revizyonlar olmak üzere karşılaştırmalı hukukta yapılan özellikle evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi hallerinde yapılan ortak velâyet revizyonları da ayrıca konunun önemini ortaya koymakla bu çalışmanın oluşmasına sebebiyet vermiştir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde velâyetin tanımı, tarihi gelişimi, velâyetin özellikleri, velâyete hâkim olan ilkeler, velâyetin kapsamı, velâyetin sona ermesi, kaldırılması ve değiştirilmesi başlıkları incelenmiştir. İkinci bölümde ortak velâyet kavramı, karşılaştırmalı hukuktaki ortak velâyet düzenlemeleri, yapılan revizyonlar, uluslararası belgelerdeki velâyet ve ortak velâyete ilişkin temel ilkelerden olan çocuğun yararı kapsamında düzenlemeler ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise ortak velâyet kavramı, Türk Hukuku’nda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyetin değerlendirilmesi kapsamında ortak velâyetin

içeriği, hukuki niteliği, ortak velâyete hâkim olan ilkeler ışığında değerlendirme yapılmıştır. Aynı zamanda Türk Hukuku'nda mevcut durumda ortak velâyetin kullanılması, ortak velâyete ilişkin mevcut düzenlemelerin öğretideki görüşler ve uygulamadaki yargı kararları ışığında AİHS Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin ortak velâyet kararlarına etkisi değerlendirilmiş olup son olarak değerlendirme ve sonuç kısmında ortak velâyetin Türk Hukuku bakımından uygulanabilirliği açısından değerlendirme yapılarak birtakım önerilerde bulunulmuştur.



BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA VELÂYET KAVRAMI, VELÂYETİN TARAFLARI, KAPSAMI, SONA ERMESİ, KALDIRILMASI VE DEĞİŞTİRİLMESİ

§ 1. VELÂYET KAVRAMI

Arapça wly kökünden gelen walāyat ولاية “yakın olma, yanında olma, koruma ve kollama, gözkulak olma, bir sorumluluk üstlenme, bir işin başında durma, velilik, valilik, evliyalık” sözcüğünden gelmekte olup yine Arapça waliya ولي “yakın idi, yanında idi, gözetti, yönetti” fiilinin masdarıdır². Velâyet, TDK sözlük karşılığı olarak ise yine Arapça kökenli olduğu belirtilen sözcüğün “velilik, otorite, yetke” anlamlarına geldiği belirtilmektedir³.

Türk Medeni Kanunu’nda tanımı yapılmamış olan velâyet kavramı, Kanunun Aile Hukuku kitabının ikinci kısmının birinci bölümünün altıncı ayrımında, m. 335 ile m. 351 arasında düzenlenmiştir. Kanunkoyucu velâyet kavramını tanımlamamakla birlikte velâyetin kapsamını belirlemekle yetinmiştir⁴.

Öğretide çeşitli yazarlar velâyetin kapsamından da yola çıkarak farklı velâyet tanımlarına yer vermiştir. Bunlardan bazıları şu şekilde ifade edilebilir; *Hatemi*’ye göre, velâyet hakkı, kişi varlığı mutlak haklarından yetki/görev hakkı olarak nitelendirilmiştir⁵. *Dural /Öğüz/Gümü*ş’e göre “velâyet hakkı, ana babanın, kural

² <https://www.etimolojiurkce.com/arama/Velâyet> ; “bir işi üzerine almak (Ragıb el-İsfahani, s. 533, yakınlık, akrabalık (Bustani, 1983, s. 986; İbrahim Mustafa vd., 1986, s. 1058) ve yardım (Ebu Cryb, 1982, s. 390) gibi anlamlara gelir” Naklen: **Genç**, Mustafa, İslam Hukukunda Velâyetin Mahiyeti, ASEAD, C.7, S. 6, 2020, s. 207.

³ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 09.07.2024); “Velâyet kelimesi fonetik yapısı itibarıyla Arapça bir kelime olup, bu kelimenin kökenini oluşturan fiilin “birinin işini üzerine almak, sevmek, yardım etmek, yakınlık, otorite, güç anlamlarına geldiğini görürüz” **Kelebek**, Mustafa: İslam Aile Hukukunda Velâyet, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Y. Lisans Tezi), 1996, s. 6; **Serozan**; “velâyet” yerine “koruma ve bakma” deyimini kullanılması gerektiğini belirterek, “velâyet” deyimini yakışsız olarak nitelendirmekte ve Medeni Kanun’un bu deyimini kullanmasını eleştirmektedir. **Serozan**, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2000, s. 250.

⁴ **Akıntürk**, Turgut/ **Ateş**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 15. Baskı, İstanbul 2013, s. 406; Benzer tanım için bkz. **Bölükbaşı**, Özge, Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyet Kararlarının Tenfizi, Ankara 2021, s. 30; **Çelikel**, Serdar, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012, s. 36.

⁵ **Hatemi**, Hüseyin, Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2023, s. 188.

olarak küçüklerin, istisnai olarak da kısıtlıların bakım ve onarımının sağlanması amacıyla, onların kişi ve malları üzerinde sahip oldukları görev, yetki ve hakların bütününe ifade eder”⁶. *Akıntürk/Ateş*’e göre velâyet “küçüklerin ve bazen de kısıtlı ergin çocukların gerek şahıslarına/kendilerine gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere onlara tanıdığı hakların tümü”⁷ olarak tanımlanmıştır. *Akyüz*’ e göre velâyet “küçüklerin bazı durumlarda da ergin kısıtlı çocukların kişiliğine, mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya yüklenen görevlerle, bunların çocuğun yararına uygun biçimde yerine getirilmesini sağlayan yetkileri içeren ve yalnızca çocuğun korunması amacını güden bir kurum”⁸ olarak ifade edilmiştir.

Yapılan velâyet tanımlarından ve çocuk kavramının hukuki karşılığından da hareketle TMK anlamında velâyet; kural olarak ergin olmayan çocukların, bazı durumlarda kısıtlı erginlerin kişi ve malvarlığı haklarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi, bakım ve gözetimlerinin yapılması, yine bu kişilerin hukuk düzeni içinde üçüncü kişilere karşı temsiliyetinin sağlanması hususlarında ana ve babaya yüklenen görevlerle hak ve yetkilerin bütünü olarak ifade edilebilir⁹.

⁶ **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, M. Alper, Türk Özel Hukuku III, Aile Hukuku, 11.Baskı, İstanbul 2016, s. 340. Benzer tanımlar için bkz. **Çelikel**, s. 36; **Uyumaz**, Alper, Türk Medenî Kanununa Göre Çocuğun İhmâli ve Anne Babaya Karşı Korunması, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S. 160, 2016, s. 1972; **Serdar**, İlknur, Birlikte Velâyet, DEÜHFD, C.10, S. 1 (Haziran 2008), s. 159; **Dönmez**, Ünsal/ **Barın**, Taylan, Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, TAAD, C.9, S. 35, Temmuz 2018, s. 179.

⁷ **Akıntürk/Ateş**, s. 407.

⁸ **Akyüz**, Emine, Çocuk Hukuku, Ankara 2020, s. 222; aynı yönde **Özer Taşkın**, Özden, Velâyet Hakkının Kullanılması, Velâyetin Değiştirilmesi, AÜHFD., C.6, S. 1, 2020, s. 239,262; **Özdamar**, Demet, Cedaw Sözleşmesi, Ankara 2009, s. 426.

⁹ Benzer tanımlar için bkz. **Çakır**, Nagehan, Boşanma Sonrası Ortak Velâyet, Ankara, 2020, s. 24; **Çatalbaş**, İlayda, Velâyet ve Ortak Velâyet, Ankara 2021, s. 36; **Bükel Koç**, Merve, Ortak Velâyet, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, s. 4; **Gençcan**, Ömer Uğur, Velâyet Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2023, s. 113,114; **Arkan Serim**, Azra, Boşanma Halinde Ortak Velâyet, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S. 167, 2016, s. 2; **Apaydın**, Eylem, Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İÜHFD, C.9, S.1, 2018, s. 446; **Karaca**, Hilal, Velâyetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015, s. 23; **Baktır Çetiner**, Selma, Velâyet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 42; **İnce**, Nurten, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet, TAAD., C.9, S.34, Nisan 2018, s. 190; **Kiremitçi**, Müge, Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal

I. VELAYETİN TARİHİ GELİŞİMİ

Velâyet, tarihsel süreçte farklı anlamlar ihtiva eden, kapsamı, niteliği ve önemi değişkenlik gösteren bir kavramdır. Farklı toplumlarda farklı isimlerde ve kapsamda ele alınan velâyet müessesesinin bu kısımda Roma Hukuku'nda, İslam Hukuku'nda ve Türk Hukukunda tarihi süreç içindeki değişimleri ele alınmıştır.

A. ROMA HUKUKUNDA VELAYET

Aile Hukuku'ndaki velayet kurumunun temelini Roma Hukuku oluşturur¹⁰. Roma Hukukunda velayet kavramı, yaşı gereği korunması gereken ve kimsenin hakimiyetinde olmayan kişilerin korunması için *ius civile* de tanınan bir hak ve yetki olarak yer almaktadır¹¹.

Roma Hukuku'nda ataerkil bir yapı bulunmakta olup tüm aile bireyleri aile babasının egemenliği altında yaşamını sürdürmekteydi¹². Bu anlamda egemenlik altında bulunan çocuklar bakımından bir yaş sınırı da yoktur¹³. *Patria Potestas*, kavramıyla ifade edilen “*aile babasının hâkimiyeti*”, hâkimiyeti altındaki kişilerin köle olarak satılmasını, kiralanmasını, *emancipatio* işlemiyle hâkimiyetten çıkarılmasını veya başka hukuki işlemlere konu edilmesini de içine alacak şekilde çok geniş yetkiler veren bir niteliğe sahipti¹⁴. Aile babasının hakimiyeti altındaki kişilerin haklara sahip olma ve borç altına girme ehliyetleri bulunmamaktadır¹⁵.

Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 1; **Demircioğlu**, Huriye Reyhan, Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Kabulü Sonrası Türk Hukukundaki Durum Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme, TAAD., C.15, S.59, 2024, s. 304.

¹⁰ **Karabacak**, Ayşegül, Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006, s. 12.

¹¹ **Bölükbaşı**, s. 44; **Karaca**, s. 21; **Usta**, s. 37, 38; **Karabacak**, s. 13.

¹² **Akıncı**, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Konya 2012, s. 182; **Çakır**, s. 27; **Bölükbaşı**, s. 44; **Karaca**, s. 21; **Usta**, s. 37, 38.

¹³ **İnce**, s. 192; **Akıncı**, s. 181; **Karabacak**, s. 13.

¹⁴ **Akıncı**, s. 182, 183; **Çakır**, s. 27; **Karabacak**, s. 13; **Bölükbaşı**, s. 44, 45.

¹⁵ **Erlüle**, s. 83; **Bölükbaşı**, s. 45.

Roman Hukukunda babaların çocuklar üzerinde münhasır ve mutlak yetkileri vardır¹⁶. Çocuğun yaşamı üzerindeki yetki de aile babasının hakimiyetindedir¹⁷. Aile babası yalnızca tanrıya ve vicdanına karşı sorumlu kabul edilir¹⁸.

Baba hâkimiyeti (*Patria Potestas*), doğumla kurulabilirken aynı zamanda evlat edinme yoluyla ve evlenme ile kurulabilir¹⁹. Hâkimiyet altındaki kişilerin yaş sınırı olmaksızın belli şartların varlığı halinde baba hâkimiyetinden çıkarak farklı hukuki statülere geçiş yapmaları mümkündür²⁰. Örneğin *patria potestas*'ı sona erdiren sebeplerden biri de *Pater Familias*'ın ölümüydü ve ölümle birlikte hâkimiyeti de sona ermektedir. Bununla birlikte o dönemde baba hâkimiyeti altındaki kişiler erkek ise kendi *pater familias*/aile babası sıfatını kazanır ve kendi aile hâkimiyetlerini kurabilirler²¹.

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde *Pater Familias*'ın sahip olduğu hak ve yetkilerin sınırlandırıldığı, haklarını kötüye kullanmasını engellemek için tedbirler alındığı görülmüş hatta 4.yüzyıldan itibaren yeni doğan çocuğunu öldürmesi halinde ölüm cezasına çarptırılması söz konusu olmuş, çocukları satması ve terk etmesi yasaklanmıştır²². Görüldüğü üzere Roma Hukuku'nda annenin çocuklar üzerinde herhangi bir hâkimiyetinden söz edilemediği gibi annenin de baba hâkimiyetinde olması durumu söz konusudur. Aynı zamanda süreç içinde babanın hâkimiyet alanı daraltılmış ve Iustinianus Dönemine gelindiğinde *patria potestas*'ın yetkisi yalnızca çocuğun eğitim hayatına ilişkin cezalardan ibaret hale gelmiş ve çocuğu cezalandırma yetkisi devlete geçmiştir²³. Roma Hukuku'nun hiçbir döneminde baba hakimiyetinin tamamen kaldırılması mümkün olmamıştır²⁴.

¹⁶ Baktır Çetiner, s. 29; Bölükbaşı, s. 45.

¹⁷ Bölükbaşı, s. 45; Erlüle, s. 83; Dönmez/Barın, s. 177; Karabacak, s. 13; Serdar, s. 156; İnce, s.192

¹⁸ Usta, s. 39; Bölükbaşı, s. 45; Erlüle, s. 84.

¹⁹ Akıncı, s. 183, 184.

²⁰ Akıncı, s. 184, 185; Çakır, s. 27.

²¹ Akıncı, s. 184.

²² Çakır, s. 28.

²³ Çakır, s. 28; Bölükbaşı, s. 45; Karabacak, s. 13; Usta, s. 39; Erlüle, s. 85.

²⁴ Bölükbaşı, s. 45.

B. İSLAM HUKUKUNDA VELAYET

İslam hukukunda velayet, velayet altındaki çocuğun bakımını, gözetimini ve terbiyesini içine alan geniş bir kavramdır²⁵. Velayetten kaynaklı hak ve yetkiler kural olarak babaya aittir²⁶. İslam hukukunda velayet kavramı çocuğun kişiliğinin, mallarının korunması ve eğitilip yetiştirilmesi hususlarından oluşur²⁷. Evlilik birliği içinde çocuğun bakımını ve terbiyesini eşler birlikte yerine getirir²⁸.

İslam Hukukunda çocuk üzerindeki velayet çocuğun şahsına bağlı hakların kullanılmasını düzenleyen velâyet, çocuğun mallarının korunma ve idaresine yönelik velâyet ile çocuğun bedenene, ruhen sağlıklı büyümesi ve yetişmesine hizmet eden velâyet (hidâne) olmak üzere üç tür olarak yer alır²⁹. Çocuğun velâyeti kural olarak babaya aitken, hidâne, yani çocuğun bakım ve terbiyesi genellikle anneye bırakılır³⁰. Bu düzenlemeler, evlilik birliği sona erdiğinde, anne ve babanın haklarının ve sorumluluklarının paylaşılmasına olanak tanır. Evlilik sona erdiğinde ise velâyet babaya, hidâne ise anneye verilebilir³¹. Velâyet, genellikle baba ve baba tarafından erkek akrabaların, hidâne ise anne ve anne tarafından kadın akrabaların görev ve yetkisi kabul edilmektedir³².

İslam Hukukundaki hidâne kavramıyla ifade edilen ilişkide annenin çocuğun şahısvarlığı ve malvarlığı üzerinde velayet yetkisi yoktur³³. Çocuğun bakımı, tedavisi, eğitimi gibi şahıs varlığı ve malvarlığı hakları üzerindeki tasarrufların gerçekleştirilmesi konularındaki velayet yetkisi babaya aittir³⁴. Babanın olmadığı

²⁵ **Erlüle**, s. 89; **Bölükbaşı**, s. 49; **Karakoç**, İrem, Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerine İncelenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.3, 2015, s. 154.

²⁶ **Dönmez/ Barın**, s. 117; **Bölükbaşı**, s. 49.

²⁷ **Bölükbaşı**, s. 49.

²⁸ **Erlüle**, s. 89; **Bölükbaşı**, s. 49; **Karakoç**, s. 156.

²⁹ **Bölükbaşı**, s.49; **Karakoç**, s. 154.

³⁰ **Karakoç**, s. 154; **Bölükbaşı**, s. 49.

³¹ **Bölükbaşı**, s. 49, 50.

³² **Karakoç**, s. 178.

³³ **Bölükbaşı**, s. 49.

³⁴ **Usta**, s. 31; **Bölükbaşı**, s. 49.

durumlarda baba tarafından akraba olan çocuğun dedesi tarafından söz konusu haklar kullanılır³⁵. Dedenin yokluğunda ise malların yönetimi konusunda hâkim tarafından vasi tayini yoluna gidilir³⁶.

C. TÜRK HUKUKUNDA VELAYET

Türk'lerdeki aile kavramını ve velâyet düzenlemelerini İslamiyet'ten önce ve sonra olmak üzere ikili bir ayrım ile ele almak daha uygun olur. İslamiyet'ten önce eski Türk'lerde ataerkil yapının bir görünümü olarak velâyet, ailenin reisi olan babanın kullandığı, çocukları üzerindeki koruyucu/kollayıcı bir yetki olarak kendini göstermiştir³⁷. Baba, velâyeti bir hak olarak ve annenin etkisi olmaksızın kullanır ve ancak belli şartlar altında annenin çocukları üzerindeki velâyet hakkından söz edilebilirdi³⁸.

İslamiyet'ten sonra ise çocuk üzerinde velâyet hakkı babaya ait iken; ancak belirli koşulların gerçekleşmesiyle annenin vasi olma imkânı olabiliyordu. Ancak anne hür, mümeyyiz, reşit ve itimada layık olup haysiyetli bir yaşam sürmesi koşuluyla ve yalnızca babanın velâyeti kullanmadığı durumlarda vasi olarak atanabilmekteydi. Aynı zamanda anne bu koşulları taşııyorsa başka birinin de vasi olması mümkün olabiliyordu³⁹.

Tarihî süreç incelendiğinde ortaya çıkmaktadır ki ana ve babanın çocuk üzerindeki velâyet hakkı ve yetkisi, geçmişten günümüze ciddi bir değişikliğe uğramıştır⁴⁰. Modern dünyanın beraberinde getirdiği insan haklarına yönelik farkındalık, çocuk haklarının ve velâyet müessesesinin şüphesiz çocuğun menfaatine uygun olarak, olması gereken düzeyde kavranmasının önünü açmıştır.

³⁵ Bölükbaşı, s. 50.

³⁶ Bölükbaşı, s. 50; Usta, s. 31.

³⁷ Karabacak, s. 15; Bölükbaşı, s. 51; Usta, s. 29; Karaca, s. 61.

³⁸ Baktır Çetiner, s. 40; Çakır, s. 30; Karabacak, s. 15.

³⁹ Serdar, İlknur, Mukayeseli Hukuk Işığında Birlikte Velâyetin Kullanılmasının Değerlendirilmesi, İKÜHFD, C.19, S. 2, Temmuz 2020, s. 157; İnce, s. 194.

⁴⁰ Dönmez/ Barın, s. 176.

II.VELÂYETİN ÖZELLİKLERİ VE VELÂYETE HÂKİM OLAN İLKELER

A. VELÂYETİN ÖZELLİKLERİ

Türk Medeni Kanunu m. 335/I gereği çocuk ana ve babasının velâyeti altındadır ve yasal bir sebep olmadıkça ana ve babadan velâyet alınamaz⁴¹. İstisnaî olarak TMK m. 335/II' de kısıtlı ergin çocukların da ana ve babasının velâyeti altında olmasına imkân verilmiştir. İlgili madde kimlerin velâyet altında olduğunu ve yasal bir sebep olmadıkça velâyetin ana ve babadan alınamadığını hüküm altına almıştır⁴².

Türk Medeni Kanunu m. 335/II' ye göre ergin çocuklar kural olarak velâyet altında değildir⁴³. Ancak TMK m. 405-408'de düzenlenen bir kısıtlama sebebiyle kısıtlanması gereken ergin kişi olabilir. Her ne kadar kural olarak kanun koyucu kısıtlanan kişiye vasi atanmasını hüküm altına almışsa da TMK m. 335/II bu kuralın bir istisnası olarak hâkimin ergin kişilere vasi atanmasına gerek görmediği hallerde ergin kişilerin de ana ve babalarının velâyeti altında olacağına hükmetmektedir⁴⁴.

Velâyet hakkının kural olarak sadece birbiriyle evli ana ve babaya tanındığı ve bu hakkın doğumunun çocuğun dünyaya geldiği andan itibaren kanundan doğduğu ifade edilmektedir⁴⁵. Velâyet şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklardan olduğundan sağlararası hukuki işlemle başkalarına devredilemeyeceği gibi ölüm halinde mirasçılara da geçmez⁴⁶. Yargıtay içtihatlarında da velâyetin kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu, devrinin ve feragatinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır⁴⁷.

⁴¹ Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2016, s. 623; Akçaal, Mehmet, Velâyetin Değiştirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.1, 2022, s. 190; Akıntürk/Ateş, s. 409; Apaydın, s. 446; Akyüz, Çocuk, s. 223; Çakır, s. 25.

⁴² Kılıçoğlu, s. 623; Akıntürk/Ateş, s. 409; Apaydın, s. 446; Akyüz, Çocuk, s. 223; Çakır, s. 25.

⁴³ Kılıçoğlu, s. 623.

⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 623.

⁴⁵ Akıntürk/Ateş, s. 407; Kılıçoğlu, s. 625; Serdar, s. 160.

⁴⁶ Ruhi, Özdemir, Velâyet, s. 756; Serdar, s. 160; Yılmaz, s. 24; Dönmez/ Barın, s. 182; Çakır, s. 25.

⁴⁷ Yargıtay 18. HD., T.12.05.2016, E.2016/5035, K.2016/7858 "...Türk Medeni Kanunu'nun 339/5. maddesine göre, evlilik içinde doğan çocukların adını anası ve babası birlikte koyarlar. Buna göre, çocuklarına ad koymak ana ve babaya velâyet hakkı kapsamında tanınmış, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Ana ve baba, "üçüz" olarak doğan çocuklarına sırasıyla... ismini vermek istediklerini, kararlarının bu yönde olduğunu ifade etmişler, aile içinde de çocuklarına bu isimlerle hitap

Türk Medeni Kanunu m. 336/I'e göre velâyet, evlilik süresince ana ve baba tarafından “*birlikte*” kullanılır. Bu durum için, “ortak velâyet”, “müşterek velâyet”, “birlikte velâyet” terimlerini kullanmak mümkündür⁴⁸. 743 Sayılı Türk Kanunu Medeninin 263. maddesinde yer alan, ana babanın velâyetin kullanılmasında anlaşamamaları durumunda, babanın oyunun üstün tutulacağı yönündeki hükme TMK m. 336'da yer verilmemiştir⁴⁹. Söz konusu madde metninden de anlaşılacağı üzere velâyet ana ve babaya aittir⁵⁰. Velâyetin kaldırılma şartlarında dahi velâyetin üçüncü kişiye devrinden söz edilmez, o ihtimalde yalnızca vasilik hükümleri gündeme gelir⁵¹.

B. VELÂYETE HÂKİM OLAN İLKELER

Velâyete hâkim olan birtakım ilkeler bulunmaktadır. Bu kısımda velâyete hâkim olan ilkelerden velâyetin bölünmezliği, velâyetin bütünlüğü, velâyetinde kamu düzeni ilkesi ve velâyetin süreli olması ilkelerinden bahsedilmiştir.

1. Velâyetin Bölünmezliği İlkesi

Velâyet kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin ana ve baba arasında bölünmezliği söz konusudur⁵². Velâyetin bölünmezliği ilkesi gereği velâyetin taraflardan birine bırakılması halinde velâyet kendisine bırakılan taraf bu hak ve yükümlülükleri bir bütün halinde devralır. Velâyete sahip hak ve yetkiler ana ve baba arasına paylaşıma konu olmaksızın kullanılır.

Velâyet kapsamındaki hak ve yükümlülükler konusunda örneğin küçüğün maddi hakları biri tarafından, kişilik hakları da bir diğeri tarafından kullanılamayacaktır⁵³. Aynı zamanda velâyet süre açısından da bölünmezdir. Örneğin çocuğun velâyetinin

ettiklerini bildirmişlerdir. Bir kimsenin birden fazla önadının olmasına kanuni bir engel bulunmamaktadır. Yeter ki ad sayısı kişileri rahatsız edecek şekilde uzun olmasın. Çocukların yaşları dikkate alındığında isim tashihiinin resmi herhangi bir yazışmada karışıklığa yol açabilecek bir durumunun bulunmadığı, çocukların menfaatlerine aykırı bir halin de mevcut olmadığı görülmektedir...” <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 19.10.2024).

⁴⁸ Arkan Serim, s. 2; Çakır, s. 25.

⁴⁹ Hatemi, Aile, s. 189.

⁵⁰ Çakır, s. 25; Çelikel, s. 38; Serdar, s. 159.

⁵¹ Çakır, s. 25; Çelikel, s. 38; Serdar, s. 160.

⁵² Çakır, s. 26; Akyüz, Çocuk, s. 209; Çelikel, s. 38.

⁵³ Reyhani Yüksel, s. 31; Öztürk, Barış Can, Birlikte Velâyet, Ankara 2022, s. 45; Çakır, s. 26.

belirli bir yaş aralığında anada belirli bir yaş aralığında babada olacağına yönelik bir ayrıma gidilemez. Velâyete tabi çocuğun birden fazla olması durumunda ana ve babanın çocukların velâyetini ayrı ayrı kullanması mümkündür⁵⁴.

Ana ve baba velâyet kapsamındaki hak ve yetkilerini birbirinden bağımsız olarak kullanırlar⁵⁵. Bu husus da ana ve babanın hak ve yetkilerini kullanırken bir diğerinden icazet almama özgürlüğünü ifade eder. Öğretideki bir görüşe⁵⁶ göre TMK m. 336 ve TMK m. 337 hükümlerinden her ne kadar velâyetin bölünmez olduğu anlamı çıksa da velâyetin hâkimin takdir yetkisine göre gerekli hallerde bölünmesi, ana ve babanın birlikte velâyet hakkına sahip olması çocuğun menfaatine uygun görülmektedir.

2. Velâyetin Bütünlüğü İlkesi

Türk Medeni Kanunu m. 336/I gereği ana ve baba velâyeti birlikte kullanacaklarından velâyetin kapsadığı yetki ve görevler ana baba arasında paylaştırılmaz⁵⁷. Zira velâyet, çocuğun kişilik haklarına ve mallarına özen gösterilmesini gerektiren hak ve yetkilerin birliğidir⁵⁸. Velâyetin bir süre babada ya da bir süre annede kalacağı yönünde bir belirleme de yapılamayacağı ifade edilmektedir⁵⁹. Zira belirli bir yaşa kadar birlikte yaşadığı ailesinden zorunlu olarak bir süre ayrılacağı düşüncesi çocuğun ruh sağlığı üzerinde olumsuz etki yaratacağı ifade edilmektedir⁶⁰. Aynı zamanda böyle bir belirleme ihtimali çocuğun yararı açısından onun alışılmış çevrede yaşamasına ve eğitiminin olabildiğince sürekliliğine engel olur⁶¹.

Velâyetin bütünlüğü ilkesinin doğal sonucu olarak velâyet hak ve yetkileri ebeveynler arasında taksim edilememektedir⁶². Ancak çocuğun üstün yararına uygun olarak boşanma ve ayrılık hallerinde velâyetten kaynaklı hak ve yetkilerin

⁵⁴ Özdamar, s. 431.

⁵⁵ Çakır, s. 26, Akyüz, Çocuk, s. 209; Öztürk, s. 47.

⁵⁶ Özdamar, s. 432.

⁵⁷ Akyüz, Çocuk, s. 220; Çelikel, s. 38; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 343; Apaydın, s. 446.

⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 343; Apaydın, s. 446; Akyüz, Çocuk, s. 220.

⁵⁹ Apaydın, s. 446; Akyüz, Çocuk, s. 220.

⁶⁰ Akyüz, Çocuk, s. 220; Baygın, s. 278.

⁶¹ Akyüz, Çocuk, s. 220.

⁶² Dönmez/Barın, s. 183.

paylaştırılabilirliği öğretide savunulmaktadır⁶³. Bununla birlikte velâyet hakkının bölünmezliği onun sınırlanamayacağı anlamına gelmediğinden⁶⁴ hâkim kanunun verdiği yetki çerçevesinde ve çocuğun üstün yararına uygun olarak onun korunması için gereken tedbirleri alabilecektir (TMK m. 192, m. 346 vd.).

3. Velâyetle Kamu Düzeni İlkesi

Velâyetin kurulmasında ve kullanılmasında esas alınması gereken ilkelerden biri de kamu düzeni ilkesidir. Türk hukuk sisteminde velâyet, kaynağını anayasadan alan temel haklardan değildir⁶⁵. Ancak Yargıtay kararlarında velâyetin anne ve babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatinin dikkate alınması gerektiği ve velâyetin kamu düzenine ilişkin olduğu üzerinde durulmaktadır⁶⁶.

Kamu düzeni kavramı her ne kadar soyut bir kavram olsa da çeşitli yargı kararlarında tanımı yapıldığı görülmektedir⁶⁷. Velâyetle tabi küçük ve kısıtlı çocukların kişiliğinin ve mal varlığının korunabilmesi açısından velâyet sahibi ana ve babanın yükümlülüklerinin yanında velâyetle sahip hak ve yetkilerin kullanılması kamu düzenine ilişkindir⁶⁸. Devlet, ana ve babanın velâyet hak ve yetkileri belirlenirken kamu düzenini resen gözetmekle yükümlüdür⁶⁹.

Velâyet düzenlemelerinde kamu düzeni ilkesinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁰. Kamu düzeni ilkesinin bir görünümü olarak davalarda tarafların

⁶³ Akyüz, Çocuk, s. 221; Baygın, Soybağı, s. 279; Baktır Çetiner, s. 49; Reyhani Yüksel, s. 31.

⁶⁴ Akyüz, Çocuk, s. 221.

⁶⁵ Baktır Çetiner, s. 40.

⁶⁶ Baktır Çetiner, s. 40; YHGK, E. 2011/2-547, Yargıtay 2.HD., E. 2014/2973, K.2014/5025 <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (E.T. 18.11.2024).

⁶⁷ Yargıtay 2. HD., 20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737 "Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür". Bu genel çerçeve içerisinde kamu düzeni kuralları bir toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar olarak açıklanabilir... hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf-âdet ve ahlak telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak ifade edilebilir ve bu değerlerle açık bir şekilde uyuşmayan yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün kamu düzenine aykırı sayılarak uygulanmayacağı söylenebilir." <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (E.T. 18.11.2024).

⁶⁸ Gençcan, Velâyet, s. 283.

⁶⁹ Gençcan, Velâyet, s. 283.

⁷⁰ Gençcan, Velâyet, s. 283.

üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlerden değildir⁷¹. Bir Yargıtay kararında velâyetin değiştirilmesi halinde velâyetin kamu düzeninden olduğunu ve mahkemenin resen araştırma ilkesi gereği gerekli incelemeleri yaparak uzman raporu alması gerektiği belirtmiştir⁷².

4. Velâyetin Süreli Olması İlkesi

Ana ve baba velâyet hak ve yetkilerini kural olarak çocuğun doğumu anından erginliğe girmiş olduğu on sekiz yaşın doldurulmasına kadar kullanırlar. Velâyet, kural olarak çocuğun erginliği ile sona erer. Çocuğun on sekiz yaşını doldurmasıyla velâyet kendiliğinden ortadan kalkar. Ancak diğer bazı durumlarda da velâyetin erginlikten önce sona ermesi mümkündür. TMK m. 348 gereği çocuğun erginliğinden önce velâyet sahibi kişi ölürse velâyet kaldırılır⁷³. Ana ve baba evli ise velâyeti birlikte kullanırlar⁷⁴.

Velâyet, ana ve babanın tek başına davranışlarını yönlendirebilme yeteneği gelişmemiş olan çocuğu hayata hazırlamak ve ona erginliğin sağlıklı ve yeterli bir şekilde tamamlanabilmesi için yol gösterici olmalarına katkıda bulunur. Çocuğun ana ve babasının rehberliğinde gelişmesi sonucu zamanla bu desteğe gereksinimi azalacağından ana ve babanın çocuğun istek ve fikirlerine yaşı ilerledikçe daha çok önem vermesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁵. Nitekim kanun koyucu da ana ve babanın, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınmasını ve

⁷¹ Serbestçe tasarruf edilebilir iş ve işlemlerden olmaması sebebiyle velâyetin arabuluculuğa elverişli olmadığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda çocuğun yer almadığı ve üstün yararının gözetilemeyeceği arabuluculuk faaliyetlerinin velâyete ilişkin olarak ana ve baba arasında gerçekleştirilme ihtimali üzerinde durulmaktadır. **Gençcan**, Velâyet, s. 285.

⁷² Yargıtay 2.H.D., T.10.05.2016, E.2016/9030, K.2016/9576 “...X’in velâyeti davacı babaya verilmiştir. Davacı baba, 31.08.2015 tarihinde açtığı bu dava ile müşterek çocuk ...in velâyetinin anneye verilmesini istemiştir. Davalı anne nafaka verildiği takdirde her iki çocuğun da velâyetini istediğini beyan etmiştir. Mahkemece dava kabul edilerek her iki çocuğun velâyeti babadan alınarak anneye verilmiştir. Velâyete ilişkin düzenlemeler kamu düzeni ile ilgili olup, asıl olan çocuğun yüksek yararına bedensel ve zihinsel gelişimini sağlamaya en uygun çözüme ulaşmaktır. Velâyete ilişkin davalarda re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. Mahkemece uzman raporu da alınarak tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 10.10.2024).

⁷³ **Ruhi**, Ahmet Cemal/Özdemir, Hayrunnisa, Çocuk Hukuku, Ankara 2012, s. 756.

⁷⁴ **Ruhi/ Özdemir**, Çocuk, s. 755.

⁷⁵ **Akyüz**, Çocuk, s. 221.

önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutmasını emretmiştir (TMK m. 339/III).

Aynı zamanda Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinde de çocuğa kendisini ilgilendiren karar süreçlerine katılma ve alınan kararlarda etkili olma hakkı tanınmaktadır⁷⁶. Ana ve baba velâyeti amacına uygun kullanarak çocuğun erginlik aşamasına geçme sürecinde giderek daralacak şekilde kullanılmalıdır⁷⁷. Aksi takdirde hâkim velâyete uygun davranmayan ana ve babaya karşı gerekli önlemleri alır (TMK m. 351).

§ 2. VELÂYETİN TARAFLARI

Türk Medeni Kanunu'nda kanun koyucu velayet ilişkisinin taraflarını belirlemiştir. Velayet ilişkisinin bir tarafını ana ve baba ile evlat edinenler oluştururken diğer tarafını velayete tabi çocuk oluşturur.

I. VELÂYET HAKKINA SAHİP ANA VE BABA İLE EVLAT EDİNENLER

Kanun koyucu TMK m. 335 hükmünde velayet ilişkisinin taraflarını belirlemiştir. Velayet ilişkisinde velayet sahibi ana ve baba ile evlat edinenlerdir.

A. ANA VE BABA

Ergin olmayan çocukların birbiriyle evli olan ana ve babalarının velâyeti altında oldukları TMK m. 335'te hüküm altına alınmıştır. Kanuna göre velâyet ilişkisi aralarında hukuken geçerli bir soy bağı⁷⁸ olan ana ve baba ile çocuk arasında kurulur. Çocuğun ana ve baba ile arasındaki soy bağı ilişkisi farklı esaslara dayanır⁷⁹. Evlilik içinde olup olmadığına bakılmaksızın⁸⁰ ana ile çocuk arasındaki soy bağı doğumla

⁷⁶ Akyüz, Çocuk, s. 221.

⁷⁷ Akyüz, Çocuk, s. 221.

⁷⁸ Bölükbaşı, s. 114; Akyüz, s. 222; Çakır, s. 38; Usta, s. 103; Öztürk, Barış Can, Birlikte Velâyet, Ankara 2022, s. 83; Karaca, s. 24; Yılmaz, s. 27.

⁷⁹ Baygın, s. 279; Öztürk, s. 83; Çakır, s. 38.

⁸⁰ Hatemi, s. 143.

birlikte kendiliğinden kurulur⁸¹ (TMK m. 282). Baba ile çocuk arasındaki soy bağı ise ana ile evlilik, hâkim hükmü ve tanıma ile kurulur (TMK m. 282). Velâyet hakkına sahip olabilmeleri açısından soy bağı dışında ana ve babanın tam ehliyetli olması yani ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış olması gerekir⁸².

Türk Medeni Kanunu 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” denilmiştir. Söz konusu madde metninden hareketle ana ve babanın evli olması halinde çocuğun velâyeti çocuğun dünyaya geldiği anda doğrudan doğruya kanundan doğar⁸³. Bu kapsamda velâyet hakkı evlilik devam ettiği veya evliliğin sona erdiği andan itibaren geçen üçyüz gün içinde doğan çocuklar için kullanılabilir⁸⁴.

Kanun koyucu TMK m. 337’de “Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir” denmiş ve ana ve babanın evli olmaması durumunda velâyetin kural olarak anaya ait olduğu açıkça ifade edilmiştir⁸⁵. Evlilik dışı doğan çocuğun baba ile arasındaki soy bağı ilişkisi tanıma veya hâkim hükmü ile kurulmuş olsa bile velayet hususunda ayrıca bir karar olmadığı sürece velâyet hakkı anaya ait olur⁸⁶.

Hukuki çerçevede çocuk üzerindeki velâyetin tarafı sadece ana ve babadır⁸⁷. İstisnai olarak evlat edinenler de velâyet ilişkisinin tarafı olurlar⁸⁸. Velâyet ana ve baba

⁸¹ Terk edilmiş, herhangi bir doğal olay sonucu anası belli olmayan çocuk bulunmuş veya çocuğun ana olmayan bir kadın üzerine kaydının yapılmış olması halleri başta olmak üzere çocuğun anasının doğal yollarla tespiti mümkün olmadığında ana kaydının düzeltilmesi için tespit davası açılabilceği yönünde. bkz. **Hatemi**, s. 143.

⁸² **Bölükbaşı**, s. 115; **Baygın**, s. 262.

⁸³ **Akıntürk/ Ateş**, s. 407.

⁸⁴ **Akıntürk/ Ateş**, s. 407.

⁸⁵ **Erdem, Mehmet/ Makaracı Başak**, Aslı, Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2024, s. 446.

⁸⁶ **Kılıçoğlu**, s. 625.

⁸⁷ **Çakır**, s. 38; **Akyüz**, s. 222; **Bölükbaşı**, s. 114; **Akıntürk/Ateş**, s. 407; **Baygın**, s. 261; **Kılıçoğlu**, s. 500; **Gençcan**, Velâyet, s. 298.

⁸⁸ **Bölükbaşı**, s. 115; **Çakır**, s. 38.

dışında kimseye verilemez⁸⁹. Onlar dışında çocuk ile yakınlık derecesine bakılmaksızın üçüncü kişiler velâyet ilişkisinin tarafı olamazlar⁹⁰. Üvey ana ve babaların her ne kadar velâyet hakları olmasa da TMK m. 338 hükmü gereği birtakım yükümlülükleri ve temsil hakları gündeme gelebilir. Aynı zamanda üvey ana ve babalar, velâyet görevini yerine getiren eşlerine yardım etmek ve üvey çocuklarına ilgi ve özen göstermekle yükümlüdürler⁹¹. Üvey ana veya babanın gözetim ve bakım yükümlülüğünü ihlali velâyet hakkı sahibi ana veya baba açısından velâyetin kaldırılması sebebi olacağı gibi bu ihlal velâyet sahibi ana ve baba açısından boşanma sebebi teşkil edebilir⁹².

Velâyet altında olmayan çocuğun üçüncü kişilerce bakım ve gözetim gerekliliği söz konusu olduğunda ise vasilik kurumu devreye girmekte, üçüncü kişiler kanunun açıkça belirtmiş olduğu şartları taşımış olmaları kaydıyla hâkim hükmü ile vasi olarak tayin edilebilmektedirler⁹³. Kanun koyucu yasal bir sebep olmadıkça velâyetin ana ve babadan alınamayacağına hükmetmiştir (TMK m. 335/I). Yargıtay kararlarında da çocuğun münhasıran ana ve babasının velâyetinde olduğu, velâyetin üçüncü kişilere verilemeyeceği kabul edildiği gözlenmektedir⁹⁴. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'nin⁹⁵ 9. maddesinde ise çocuğun üstün yararı gerektirmedikçe

⁸⁹ **Gençcan**, Velâyet, s. 298.

⁹⁰ Çocuğu büyüttüğünü iddia eden anneanne, babaanne ya da üvey ana ve üvey babaların velâyet hakkına sahip olmadıkları yönünde bkz. **Akyüz**, s. 222; **Bölükbaşı**, s. 114; **Çakır**, s. 38; **Usta**, Sevgi, Velâyet Hukuku, İstanbul 2016, s. 104; **Abik**, s. 27; **Ruhi, Özdemir**, Çocuk, s. 755; **Akıntürk/ Ateş**, s. 407; **Gençcan**, Velâyet, s. 298.

⁹¹ **Bölükbaşı**, s. 115; **Akıntürk/ Ateş**, s. 409; **Kılıçoğlu**, s. 625; **Erdem/ Makaracı Başak**, s. 454.

⁹² **Erdem/ Makaracı Başak**, s. 454.

⁹³ Vasilik ve şartları konusunda detaylı bilgi için bkz. **Ercan**, Tarık Can, Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayetin Sona Ermesi, Ankara 2024.

⁹⁴ Yargıtay 2. H.D., 12.03.2015, E.2014/20740, K. 2015/4216 "...velâyet hakkı münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup evlat edinme hariç ana baba dışında hiç kimseye tevdi olunamaz. Bu durumda toplanan delillerden ve dosya kapsamından davalı annenin çocukları bırakarak gittiği, çocukların davacı dede yanında kaldığı ve bakımlarının onun tarafından yapıldığı, davalı annenin velâyet görevini yerine getirmede, yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı (TMK. m. 348/2) gerçekleşmiştir. O halde davalı annenin çocukları üzerindeki velâyet hakkının kaldırılmasına, ayrıca çocuklara vasi tayini için vesayet makamına ihbarda bulunulmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde velâyetin davacı dedeye verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir..." <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 12.11.2024).

⁹⁵ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiş Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme tam metni için bkz.

çocuğun ana ve babasından onların rızası dışında ayrılmaması, çocuğun ana ve babası ile kuracağı kişisel ilişkinin düzenli ve doğrudan olması gerektiği ifade edilmiştir.

Kanun koyucunun velâyet ilişkisinin tarafı olarak ana ve babayı esas alması velâyetin amacına hizmet etmektedir. Velâyet ilişkisi niteliği ve kapsamı gereği ana ve babaya çocuğun kişi ve mal varlığı üzerinde oldukça geniş hak ve yetkiler tanımaktadır⁹⁶. Aynı zamanda soybağı ilişkisinin doğal bir sonucu olarak çocuğun menfaatine en uygun davranacak olanlar kural olarak yine çocuğun ana ve babasıdır⁹⁷.

B. EVLAT EDİNENLER

Türk Medeni Kanunu'nun 305-320. maddeleri aralığındaki hükümler evlat edinme müessesesini düzenlemiştir. TMK m. 314/I hükmünde ana ve babaya ait olan hak ve yükümlülüklerin evlat edinene geçeceği belirtilmiştir. Bu hükümle münhasıran ana ve babaya ait olan velâyetin istisnai olarak evlat edinenlere de tanındığı görülmektedir⁹⁸.

Evlat edinme kurumu ile kurulan velâyet ilişkisi mahkeme kararıyla kurulan yapay bir soy bağı ilişkisinden kaynaklanmaktadır⁹⁹. Velâyet ilişkisinin yapay da olsa hukuken geçerli bir soy bağına dayandırıldığı dikkate alındığında ise kanunun yalnızca ana ve babaya tanımış olduğu velâyet ilişkisine kurumun amacına aykırı bir istisna getirilmiş olduğu söylenemez.

Türk Hukuk Sistemi'nde çocuk üzerindeki velâyet hak ve yükümlülükleri, hem soy bağına sahip ana ve babaya hem de evlat edinenlere tanınmamıştır. Mahkemenin evlat edinme kararıyla birlikte mevcut ana ve babanın rızalarına bağlı olarak velâyet ilişkisi sona erer. Buradaki rıza velâyet ilişkisinin birlikte kullanımına yönelik değil, evlatlık ilişkisinin kurulmasına yöneliktir (TMK m. 309).

https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf (E.T. 11.09.2024).

⁹⁶ Çakır, s. 38; Yüksel, s. 40.

⁹⁷ Çakır, s. 38.

⁹⁸ Bölükbaşı, s. 115; Çakır, s. 39.

⁹⁹ Çakır, s. 39.

Evlatlık ilişkisinin kurulması sonucunda çocuğun soy bağı yönünden ana ve babasıyla velâyet ilişkisi sona ereceğinden evlat edinme sonrası çocukla kişisel ilişki kurup kuramayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Soybağı yönünden kanunda ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TMK m. 323'te "*Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir*" denilmiştir.

Kişisel ilişki kurulması yönünde öğretide tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre; kişisel ilişki çocuğun huzurunu bozmamak şartıyla mümkündür¹⁰⁰. Bir başka görüşe göre evlatlık ilişkisinin kurulmasıyla velâyet ilişkisi sona erdiğinden kişisel ilişki kurma hakkı da onunla sona erer¹⁰¹. Bir diğer görüşe göre ise küçüğün evlatlık olarak verilmiş olması genetik ana ya da babanın çocukla kişisel ilişki kurmasına engel değildir¹⁰². Aynı görüşteki Yargıtay kararlarında¹⁰³ da TMK m. 314/V hükmünden hareketle bu sonuca varıldığı görülmektedir. Zira söz konusu hükümde evlâtlığın, naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağın kurulacağı ifade edilmektedir. Benzer bir görüşe göre de velâyetin sona ermesi kişisel ilişki kurulmasına engel değildir çünkü kişisel ilişki kurma hakkı soy bağının bir sonucu olarak ana ve babanın kişilik hakkı kapsamında yüküm haktır¹⁰⁴. Türk Medeni Kanunu'nda evlatlığın soy bağı olan ailesiyle bağını tamamen koparıp onun bütünüyle evlat edinen aileye bağlayan tam evlat edinme sistemini kabul etmediği de dikkate

¹⁰⁰ Baygın, s. 233.

¹⁰¹ Öztan, s. 996.

¹⁰² Gençcan, Ömer Uğur, Kişisel İlişki Hukuku, Ankara 2023, s. 310.

¹⁰³ YHGK, T. 16.03.2016, E. 2014/2-533, K. 2016/331 "...Davacı, davalılar tarafından birlikte evlat edinilen küçüğün öz annesidir...Aralarında birinci derecede "kan hısımlığı" (TMK. m. 17/2) ilişkisi vardır. Mahkemenin talebiyle uzmanlarca düzenlenen sosyal inceleme raporunda; çocuğun gerçek annesini bildiği, annesiyle ilişkisinin koparılmasının küçük üzerinde olumsuz etki doğuracağı, kişisel ilişki kurulmasının gelişimine katkı sağlayacağı bildirilmiştir. Dosyada, küçüğün öz annesiyle kişisel ilişkisinin, onun yüksek yararına aykırı düşeceğine ilişkin ciddi sebep ve olgu bulunmamaktadır. Davacı, çocuğunun davalılarca evlat edinildiğini, küçük de annesini bildiğine göre, davacı bakımından artık evlatlıkla ilgili kayıtların gizliliğinden de söz edilemez. O halde, isteğin kabulü ile davacı ile davalıların evlatlığı küçük ... arasında uygun sürelerle kişisel ilişki tesisi gerekirken; davanın reddi doğru bulunmamıştır..." <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 12.10.2024); Yargıtay 2HD., T. 25.09.2012, E. 2012/2698, K. 2012/22458 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 12.10.2024).

¹⁰⁴ Yılmaz, s. 106; Serdar, s. 753,754; Çakır, s. 39,40; Akıntürk/ Ateş, s. 398; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 349.

alındığında bu görüş daha isabetli görülmektedir¹⁰⁵. Nitekim çocuğun yararı gerektiriyorsa ve çocuğa maddi, manevi, sosyal ve psikolojik açılardan zarar verme ihtimali olan olguların varlığı söz konusu değilse biyolojik ana ve babası ile kişisel ilişki kurabilmesi çocuğun menfaatine uygun kabul edilmelidir.

II. VELÂYETE TABİ ÇOCUK

Türk Medeni Kanunu m. 335’ te velâyet ilişkisinin taraflarından söz edilirken ergin olmayan çocuk ve kısıtlanan ergin çocukların (hâkim vasî atanmasına gerek görmedikçe) ana ve babasının velâyeti altında olduğu hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu maddede velâyet tabi çocuktan bahsederken kural olarak ergin olmayan çocukların, istisnai olarak da kendisine hâkim tarafından vasi atanmamış kısıtlı ergin çocukların ana ve babasının velâyeti altında olduğuna hükmetmiştir (TMK m. 419). Aynı zamanda evlatlık ile evlat edinen arasında kurulan velâyet ilişkisi gereği evlat edinilen çocuk da madde kapsamında değerlendirilir¹⁰⁶. Ergin olmuş çocuklar kural olarak velâyet altında değildir¹⁰⁷.

A. TÜRK MEDENİ KANUNU’NDA ÇOCUK KAVRAMI VE ÇOCUKLUK DÖNEMİ

1. Çocuk Kavramı

Hukukta çocuk kavramı, küçüğü yetişkinden ayırmak ve ana-baba ile olan soy bağıny ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. TMK hükümleri hem çocuk hem de küçük kavramlarına yer vermektedir. Ancak her iki kavramın da kanunda tanımı yapılmamıştır. Kanun on sekiz yaşını doldurmayanların ehliyetinden bahsederken küçük kavramını, soy bağı, miras ve velâyetle ilişkin hükümlerinde ise çocuk kavramını kullanmıştır. TMK’nın konuyu ele alış şekline uygun olarak çocuğun ana

¹⁰⁵ Akyüz, s. 31.

¹⁰⁶ Çakır, s. 40; Akıntürk/ Ateş, s. 409.

¹⁰⁷ On sekiz yaşını doldurmadan erginliğe erişimde evlenme, ergin kılınma yollarının da yeterli olduğu yönünde detaylı bilgi için bkz. Akıntürk/ Ateş, s. 409; Kılıçoğlu, s. 623; Yılmaz, Canan, Velâyet Hukuku, Ankara 2023, s. 25.

ve babasına karşı konumu çocuk terimiyle ifade edildiğinden biz de çalışmamızda çocuk kavramını kullanacağız¹⁰⁸.

Velâyetin kapsamını belirlerken öncelikle çocuk kavramı üzerinde durmak gerekir. Çocuk kavramı, çeşitli toplumlarda, farklı zamanlarda çeşitli şekilde tanımlanmış hatta farklı dinsel, felsefi ve sosyolojik açılardan da farklı şekilde ele alınmıştır¹⁰⁹.

Öğretide çocuk kavramı genellikle çocukluğun başlangıç ve bitiş anına göre ele alınmıştır. Bir tanıma göre, doğumla ergin oluncaya kadarki dönemde kişi, çocuk veya küçüktür¹¹⁰. Çocuk kavramı, Akyüz¹¹¹ tarafından bir toplumun kültürü ve gelişimiyle yakından ilgili olduğu ve toplumdan topluma, dönemden döneme kavramda farklılıklar bulunduğu şeklinde ele alınmıştır¹¹².

Hukukta çocuk kavramının, küçüğü yetişkinden ayırmak ve çocuğun ana babasına karşı soybağını belirtmek için iki farklı şekilde kullanıldığı ve belirli yaşın altındaki kişilerin çocuk kabul edildiği görülmektedir¹¹³. Bu sebeple birey olarak çocuk, yaş düzeyine göre fiziksel ve zihinsel gelişimindeki farklılıkları dikkate alındığında, yeterli olgunluk yaşına henüz erişmemiş insan olarak tanımlanabilir¹¹⁴. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesine göre çocuk kavramı, "*kendisine uygulanabilecek kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadarki her insan*" olarak tanımlanmıştır¹¹⁵. Bu tanımda ifade edildiği üzere ülkelerin kendi iç dinamiklerine göre farklı bir erginlik yaşının öngörülebileceği istisnası da dikkate alınarak sözleşme kural olarak on sekizi erginlik

¹⁰⁸ Benzer kullanım ve gerekçe için bkz. Çakır, s. 40.

¹⁰⁹ Reyhani Yüksel, Sera, Velâyet Hakkı ve Anayasal Sınırları, İstanbul 2020, s. 5.

¹¹⁰ Elçin Grassinger, Gülçin, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009, s. 51.

¹¹¹ Çocukluğun doğal sanılan özelliklerinin toplumsal ve değişken olduğuna yönelik bkz. Akyüz, s. 89,93.

¹¹² Akyüz, s. 93.

¹¹³ Akyüz, s. 93; Reyhani Yüksel, s. 19.

¹¹⁴ Usta, s. 22; Reyhani Yüksel, s. 19.

¹¹⁵ Sözleşme metni için bkz. <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 14.09.2024).

yaşı olarak kabul etmiştir. Velâyet kavramı ifade edilirken kullanılan küçük, çocuk ya da ergin olmayan terimlerinin bu kapsamda anlaşılması gerekmektedir.

2. Çocukluk Dönemi

Çocukluk döneminin başlangıcıyla ilgili TMK m. 28’ de düzenlenen “*kişiliğin başlangıcı*” hükmünü esas almak gerekmektedir. Kişilik, çocuğun tam ve sağ doğumuyla başlar ve ölümle sona erer (TMK m. 28).

Çocuk, hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanmaktadır. Bu durumda çocuğun menfaatlerine uygun olarak çocuğun kişiliğinin başlangıcı geçmişe yürütülerek hukuk düzleminde yerini almaktadır. Ana rahmine düşmüş olmasına rağmen henüz doğmamış çocuk, cenin kavramıyla ifade edilir¹¹⁶. Cenin, tam ve sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Geçmişe dönük hak kazanımı anlamına gelen bu durum çocuğun henüz ana rahmindeyken haklara sahip olması anlamına gelir. Bu sebeple çocuğun cenin olduğu dönem de çocukluk döneminin başlangıcını oluşturur. Cenin tam ve sağ doğmak şartıyla henüz ana rahmindeyken TMK kapsamında birtakım haklara sahiptir. Cenin, doğmamış çocuk olarak örneğin babasının mirasçısı olabilmesi için bazı yasal haklara sahiptir¹¹⁷. Çocuk üzerinde ana ve babanın velâyeti de tam ve sağ doğum ile başlar¹¹⁸.

Tam ve sağ doğum ile başlayan çocukluk dönemi, kural olarak çocuğun ergin olması ile son bulmaktadır. Erginlik ise on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar ve istisnaen evlenme, kişiyi ergin kılan hallerden biridir (TMK m. 11). Aynı zamanda TMK m. 12’ de ergin kılınma halleri ayrıca düzenlenerek on beş yaşını dolduran çocuğun kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabileceğine hükmedilmiştir. Çocuk, on sekiz yaş öncesinde ergin kılınmış ise ana ve babasının velayeti altında değildir. Nitekim erginlik ile velâyet hakkı kendiliğinden sona erer.

B. KISITLI ERGİN ÇOCUKLAR

¹¹⁶ Sert Sütçü, Selin, Doğum Öncesi Çocuğun Korunması Konusunda Çözüm Önerileri, Terazi Hukuk Dergisi, C.17, S.190, Haziran 2022, s.75.

¹¹⁷ Sert Sütçü, s.76.

¹¹⁸ Öztan, s. 1077; Çakır, s. 41.

Kanun koyucu velâyet altındaki çocuklardan bahsederken ergin ancak kısıtlı olan çocukların da velâyet ilişkisindeki durumunu ele almıştır. TMK m. 335/II’de “...*Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar*” denmiştir. Hükümde velâyetin erginlik dönemindeki bir istisnasına yer verildiği söylenebilir. Öğretide bu velâyet türünün “*uzatılmış velâyet*” olarak ergin çocuk ile ana ve babası arasındaki ilişkiyle ifade edildiği görülmektedir¹¹⁹. TMK m. 335 hükmünün madde metninden anlaşılabacağı üzere ergin kişiler ancak kısıtlandıklarında ana ve babalarının velâyeti altındadır¹²⁰. TMK m. 335/II ve TMK m. 419/III gereği vesayet altına alınmayan kısıtlı ergin çocuklar ana ve babalarının velâyeti altındadır¹²¹. Velâyet, kısıtlılık kararının alınması ve şartları dahilinde kararın kaldırılması arasında geçen süreyi kapsamaktadır. Sonuç olarak ergin olmayan çocuklar ve kendisine vasi atanmamış kısıtlı ergin çocuklar ana ve babalarının velâyeti altındadır.

§ 3. VELÂYET HAKKININ KAPSAMI

Çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda ana ve babanın çocuğun yararı ilkesine uygun olarak karar vereceği ve uygulayacağı düşüncesi genel kabul görmektedir¹²². Türk Medeni Kanunu da bu düşünceden hareketle velâyetin kapsamını belirlemiştir.

TMK m. 339/I’de yer alan düzenlemeyle “*Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar*” denmektedir. Velâyetin kapsamı TMK’nın “*velâyet*” başlığını taşıyan 6. ayırımında yer alan 339. ve 341. maddeleri arasında ve “*çocuğun temsili*” 342. ve 345. maddeleri arasında düzenlenmektedir. TMK’nın “*çocuk malları*” başlığını taşıyan 7. ayırımında, 352. ile 363. maddeler arasında ana ve babanın çocuk malları üzerindeki hak ve ödevleri düzenleme altına alınmıştır.

¹¹⁹ Çakır, s. 42; İyilikli, Ahmet Canik/ Ersöz, Oğuz, Ergin Kısıtlıya Ana ve Babasının Veli Atanmasının Sonuçları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.6, S. 11, 2018, s. 174; Yılmaz, s. 25.

¹²⁰ Bölükbaşı, s. 113; Baygın, s. 260; Akyüz, s. 223; Usta, s. 86; Çelikel, s. 37; Kılıçoğlu, s. 500; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 349.

¹²¹ Bölükbaşı, s. 114; Çakır, s. 42.

¹²² Hatemi, s. 189.

Kanun koyucu her ne kadar velâyet hakkının kullanımını ana ve babaya bırakmış olsa da velâyetin kapsamını açıkça düzenleme altına almıştır. Velâyet ancak belirlenen kapsam içinde kullanılabilir. Velâyet hakkı ana ve babaya her ne kadar geniş hak ve yetkiler vermiş olsa da ana ve baba velâyet hakkını ancak Kanun'un belirlemiş olduğu kapsam içinde kullanabilir¹²³.

I. ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞI BAKIMINDAN VELÂYETİN KAPSAMI

Ana ve babanın velâyet hak ve yetkilerinin kapsamında çocuğun kişi varlığına dair hak ve yetkiler yer almaktadır. Velayet altındaki çocuğun hayatı, vücut bütünlüğü, adı, adresi, resmi, sesi, özel ve gizli yaşam alanları kişilik hakkına giren değerlerdir¹²⁴. Çocuğun adının konulması, ikametgâh adresinin belirlenmesi, gelişimi ve mesleki eğitimi, alacağı dini eğitim gibi çeşitli konularda ana ve babanın velâyet hakkı kapsamında hak ve yükümlülüklerinden söz etmek mümkündür¹²⁵.

Velâyet hakkı kullanılırken ana ve baba çocuğa kendi hayatı üzerinde söz sahibi olma olanağı tanımak¹²⁶ ve çocuk da ana ve baba velâyet hakkını kullanırken onların sözünü dinlemekle yükümlüdür¹²⁷. Kanun koyucu TMK m. 339/II ve m. 339/III hükümlerinde çocuğun görüşünün alınması ve çocuğun da ana ve babanın sözünü dinlemesi hususlarını düzenlemiştir. TMK m. 339'a göre ana ve baba “*önemli konularda*” ve “*olgunluk ölçüsünde*” çocuğun görüşlerine başvurmalıdır¹²⁸. Bu husus çocuğun kişiliğinin sağlıklı gelişimi açısından son derece önem arz eder. Ana ve baba ile çocuk arasındaki düşünce farklılıklarında ana ve babaya üstünlük tanındığı söylenmektedir¹²⁹. Çocuğun hayatını düzenleme noktasında görüşün alınması ile

¹²³ Bölükbaşı, s. 115; Yılmaz, s. 121.

¹²⁴ Akyüz, s.129; Güleş, Çocuğun Kişisel Verilerinin Hukuka Aykırı Kayıt ve Yayınlar Karşı Korunmasında Mevcut Hukuki Yolların İşlevselliği ve Alınması Gerekli Yeni Tedbir Önerileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.2, 2024, s. 1412; Bölükbaşı, s. 116; Karaca, s. 28.

¹²⁵ Bölükbaşı, s. 116; Karaca, s. 28.

¹²⁶ Hatemi, s. 189; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 354.

¹²⁷ Bölükbaşı, s. 116; Akyüz, s. 242; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 354; Akıntürk/Ateş, s. 414; Çelikel, s. 46; Kılıçoğlu, s. 627.

¹²⁸ Bölükbaşı, s. 116.

¹²⁹ Kılıçoğlu, s. 504; Bölükbaşı, s. 116.

çocuğun kişiliğinin gelişmesi konusunda yetenek kazanması ve özgüvenini artırmak amaçlanmaktadır¹³⁰.

A. ÇOCUĞUN ADININ KONULMASI VE SOYADI

Çocuğun doğumundan itibaren bir ad sahibi olması onun kişilik haklarının bir parçasıdır¹³¹. Çocuk, soyadını doğumla birlikte kendiliğinden kazanırken adını ancak ana ve babanın ortak kararı ile kazanır¹³². Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarında Dair Sözleşmenin 7. maddesine göre her çocuğun bir isim sahibi olma hakkı vardır. TMK m. 339/V gereği “*çocuğun adını ana ve babası koyar*” denilerek çocuğa ad koymadaki hak ve yetkinin kime ait olacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu çocuğun adını velâyetin kapsamında değerlendirmiştir.

Türk Medeni Kanunu’na göre velâyet hakkının birbiriyle evli ana ve baba arasında birlikte kullanılacağı da dikkate alındığında çocuğun adını koyma hak ve yetkisi de ana ve baba tarafından birlikte kullanılması gerekir¹³³. Velâyet hakkına yalnızca birinin sahip olması durumunda ana ve babadan velâyet hakkına sahip olan çocuğun adını koyabilecektir¹³⁴.

Ana ve babanın çocuğun adını belirleme konusunda uyuşmazlığa düşmesi durumunda babanın oyuna üstünlük tanıyan 743 sayılı Medeni Kanun hükmü mevcut düzenlemede yer almamıştır¹³⁵. Kanun koyucu aile birliğine ilişkin “*birliğin korunması*” başlıklı TMK m. 195’te hâkimin müdahalesini düzenlemiştir. Ana ve babanın çocuğun adını belirleme hususunda uyuşmazlığa düşmesi halinde söz konusu madde metninin vermiş olduğu yetki ile hâkim müdahale eder. Hâkim kanunun vermiş olduğu bu yetki kapsamında öncelikle ana ve babayı uyarak uzlaştırmaya çalışacak ve gerekli gördüğü takdirde ana ve babanın ortak rızası ile alanda uzman kişilerin

¹³⁰ Bölükbaşı, s. 116; Kılıçoğlu, s. 504; Akyüz, s. 224.

¹³¹ Karaca, s. 29; Bölükbaşı, s. 117; Çakır, s. 46; Güleş, Bedia, Çocuğa İsim Verme Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, Ocak 2016, s. 213.

¹³² Bölükbaşı, s. 117; Akıntürk/Ateş, s. 410; Kılıçoğlu, s. 506;

¹³³ Karaca, s. 30, Dural/Öğüz/Gümüş, s. 345; Serdar, s. 161, 162; Güleş, s. 212.

¹³⁴ Karaca, s. 30; Dural/ Öğüz/Gümüş, s. 345; Özdamar, s. 428.

¹³⁵ Özdamar, s. 428; Hatemi, Kişiler, s. 60.

yardımına başvurabilecektir¹³⁶. Ana ve babanın bu ihtimalde de anlaşılamaması durumunda çocuğun adının hâkim tarafından belirlenmesi gündeme gelecektir¹³⁷. Ancak çocuğun adını belirlemeyi de kapsayan velâyet hakkı ana ve babanın kişilik haklarını da doğrudan ilgilendiren bir konu olduğundan hâkimin ad koyma konusundaki yetkisi öğretide eleştiri konusu olmuştur¹³⁸.

Ana ve baba velâyeti altındaki çocuğun adını belirlerken çocuğun kişilik haklarını zedelemeyecek nitelikte, onur kırıcı, küçük düşürücü, alay konusu, ahlak dışı adlardan kaçınarak makul/mantıklı tercihlerde bulunmalıdır¹³⁹. Öğretide çocuğun adını koyma hak ve yetkisinin velâyetin kapsamında olması da ayrıca eleştiri konusu olmuştur. Bir görüşe göre ad koyma hususu velâyetle değil ana ve baba olmakla ilgili olduğu ve vesayet altındaki çocuğun adının konulması konusunda ana ve babanın hak ve yetkisi olamayacağı sonucunu doğurduğundan isabetli görülmemiştir¹⁴⁰. Aynı zamanda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 7.maddesi gereğince de çocuğun doğumdan itibaren bir isim hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Velâyet altındaki çocuğun soyadı konusunda ise, TMK m. 321’de “*Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; (...)*¹⁴¹*soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır*” hükmü yer almaktadır. Bir Yargıtay kararında; boşanma sonrası velâyeti annede olan ve anne ile yaşayan çocuğun kendisine yeterli düzeyde ilgi göstermeyen babasının yerine annenin soyadını almasını uygun bulmuştur. Söz konusu kararda babanın da annenin iddialarını doğrulaması ve yurtdışında yaşayacak olmasını gerekçe göstererek çocuk ile aralarındaki bağın kopacağını belirtmesi üzerine yerel mahkeme kararı çocuğun üstün yararına uygun

¹³⁶ Karaca, s. 29; Çelikel, s. 39; Özdamar, s. 428.

¹³⁷ Karaca, s. 29; Çelikel, s. 39; Akıntürk/Ateş, s. 404; Özdamar, s. 428.

¹³⁸ Karaca, s. 29; Çelikel, s. 39, 40.

¹³⁹ Çelikel, s. 40; Bölükbaşı, s. 118; Baygın, s. 281; Çakır, s. 46.

¹⁴⁰ Akıntürk/Ateş, s. 347; Çelikel, s. 40.

¹⁴¹ Anayasa Mahkemesi’nin 2/7/2009 tarihli ve E.: 2005/114, K.: 2009/105 sayılı Kararı ile; bu maddenin birinci cümlesinde yer alan “... evli değilse ananın ...” ibaresi iptal edilmiştir. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4721&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (E.T. 25.1.2024).

bulunmayarak çocuğun annenin soyadını alması yönündeki davanın kabulüne hükmedilmiştir¹⁴².

B. ÇOCUĞUN BAKIM VE YETİŞTİRİLMESİ

Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gereken giderleri karşılama görevi ana ve babaya aittir (TMK m. 327). Çocuğun eğitimi ana ve baba için hem bir hak hem de bir yükümlülüktür¹⁴³. Ana ve babanın bakım borcu çocuğun erginliğine kadar devam eder (TMK m. 328/I). Kural bu olmakla birlikte ergin çocuğun eğitimi devam ediyorsa durum ve koşullara göre ana ve babanın kendilerinden beklenecek ölçüde eğitim sona erene kadar bakım yükümlülükleri devam eder (TMK m. 328/II).

Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar (TMK m. 339/I). Ana ve babanın çocuğa karşı bakım giderlerini karşılama yükümlülüğü soy bağının bir sonucu olarak kendiliğinden doğar¹⁴⁴. Ana ve baba imkanları ölçüsünde ve kendilerinden beklenecek özene uygun olarak çocuğun bakım ve gözetimini üstlenmek zorundadır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 24. maddesine göre ise devletlerin çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanıması gerekmektedir. Sözleşme, çocuğun sağlığı açısından gereken önlemleri ve tedbirleri alma konusunda devletlere yükümlülük getirmiştir. Sözleşmeye taraf devlet olarak gereken tedbirleri almak ve ihtiyaç duyulması halinde çocuğa maddi yardım da bulunmak da bu yükümlülük kapsamındadır¹⁴⁵.

¹⁴² Yargıtay 2. HD., T. 21.10.2019, E. 2019/6722, K. 2019/10404 www.legalbank.net (E.T. 25.11.2024).

¹⁴³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 338, 339; Çakır, s. 47; Yılmaz, s. 123.

¹⁴⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 338, 339.

¹⁴⁵ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 06.10.2024); Karaca, s. 32.

C. ÇOCUĞUN YERLEŞİM YERİNİN BELİRLENMESİ

Yerleşim yeri, kişilerin iş ve işlemlerinin ağırlıklı yeri, merkezi yer olarak ifade edilir¹⁴⁶. Yerleşim yerinin varlığı zorunlu olur ve herkesin tek yerleşim yeri vardır¹⁴⁷. Zira TMK m. 19/II yerleşim yerinin tekliği ilkesini düzenlemiştir.

Türk Medeni Kanunu m. 21 velâyet altındaki çocuğun yerleşim ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir Ana ve babanın ortak yerleşim yerinin olmaması halleri, ayrılık veya boşanma halinde çocuğun kendisine bırakılan tarafın velâyetinde olmaması olarak ortaya çıkabilir¹⁴⁸.

Çocuğun yerleşim yeri, velayetle birlikte çocuk kendisine bırakılan ana ve babanın yerleşim yeridir. Burada kendisine bırakılan deyiminden çocuğun fiilen değil velâyet hakkı kapsamında bırakmadan söz edilmekte olup çocuğun fiilen yaşadığı yer değil velâyet altında olduğu ana ya da babanın yerleşim yeri çocuğun da yerleşim yeri olacaktır¹⁴⁹. Diğer hâllerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır (TMK m. 21/I). Velâyetin ana ve babada olmadığı durumda vesayet altına alınan kişilerin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir (TMK m. 21/II)¹⁵⁰. Çocuğun yerleşim yeri evlat edinme durumunda evlat edinenin yerleşim yeridir¹⁵¹.

D. ÇOCUĞUN EĞİTİMİ

Velayet ilişkisi kapsamında ana ve babanın velayetten kaynaklı hak ve yükümlülüklerinin kapsamında velayete tabi çocuğun eğitim yer almaktadır. Söz konusu eğitim çocuğun genel ve mesleki eğitimi, dini eğitimi olarak ele alınmaktadır.

1. Çocuğun Genel ve Mesleki Eğitimi

Velâyetin amacı henüz kişiliğini tamamlamamış bireyin/çocuğun kişiliklerini tamamlamasına doğrudan katkıda bulunmak ve çocuğun özgüvenli, toplumsal barışa

¹⁴⁶ Hatemi, Kişiler, s. 54.

¹⁴⁷ Teklik ilkesi gerçek kişiler için geçerlidir. Hatemi, Kişiler, s. 54; Çelikel, s. 40.

¹⁴⁸ Çelikel, s. 40; Hatemi, Kişiler, s. 58.

¹⁴⁹ Hatemi, Kişiler, s. 58; Çelikel, s. 40.

¹⁵⁰ Çelikel, s. 41; Karaca, s. 32.

¹⁵¹ Çakır, s. 46.

katkı sağlayacak, sağlıklı, saygın ve saygılı bireylerden olabilmesinin yolunu açmaktır. Bu kapsamda kanun koyucu velâyetin amacına uygun olarak çocuğun genel ve mesleki eğitimi velâyetin kapsamında düzenlemiştir.

Türk Medeni Kanunu m. 340'ta ana ve babanın çocuklarının olanakları oranında eğitecekleri, onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlamaları ve korumaları hüküm altına alınmıştır. Aynı zamanda, *ana ve babanın* özellikle bedensel ve zihinsel engelli çocuklara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlayacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu madde kapsamından yalnızca çocuğun genel ve mesleki eğitimi değil aynı zamanda velâyetin amacının çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması ve korunması olduğu sonucu çıkarılabilir¹⁵². Aynı zamanda ana ve babanın yükümlülüğü onların ekonomik düzeylerine ve çocuğun kişisel yetenek ve yönelimlerine göre değişiklik arz edecektir¹⁵³. Söz konusu bu eğitim hem genel anlamda bir eğitimi hem de mesleki eğitimi kapsamaktadır¹⁵⁴.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 28. maddesinde çocuğun eğitim hakkının taraf devletlerce kabul edileceği ve bu hakkın fırsat eşitliği ilkesine göre aşamalı olarak gerçekleştirileceği vurgusu yapılmıştır¹⁵⁵. Çocuğun eğitimi, velâyetin kapsamında yer almakla ana ve baba için hem bir hak hem de bir yükümlülüktür¹⁵⁶. Ana ve babanın çocuğa karşı bakım giderlerinde olduğu gibi eğitim giderlerini de karşılama yükümlülüğü soy bağının bir sonucu olarak kendiliğinden doğar¹⁵⁷. Ana ve babanın ekonomik gücünün yetersizliği veya çocuğun ekonomik gücünün yeterli oluşu tek başına ana ve babanın yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz¹⁵⁸. Bu husus yalnızca çocuğun ihtiyaçları karşılanırken ana ve babanın ekonomik

¹⁵² Akıntürk/ Ateş, s. 412; Bölükbaşı, s. 122; Çelikel, s. 44; Akyüz, Çocuk, s. 238.

¹⁵³ Yılmaz, s. 124; Özdamar, s. 429.

¹⁵⁴ Yılmaz, s. 124; Serdar, s. 161; Akıntürk/ Ateş, s. 412; Bölükbaşı, s. 122; Çelikel, s. 44; Akyüz, Çocuk, s. 238.

¹⁵⁵ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 13.10.2024).

¹⁵⁶ Çakır, s. 47; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 345; Yılmaz, s. 124.

¹⁵⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 338-339.

¹⁵⁸ Dural /Öğüz/Gümüş, s. 338; bu hususta TMK m. 327/II hükmü saklıdır.

durumunun da değerlendirilmesi sonucunu doğurur¹⁵⁹. Ana ve baba çocuğa gerekli eğitimi sağlamakta zorluk çektiği takdirde gerekli kamu kurum ve kuruluşlarından veya sivil toplum kuruluşlarından uygun iş birliği ile destek alabilirler. Alınabilecek bu destek çocuğun yararına uygun olmalıdır¹⁶⁰.

2. Çocuğun Dini Eğitimi

Türk Medeni Kanunu m. 341’de yer alan “Çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir. Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlandıracak her türlü sözleşme geçersizdir. Ergin, dinini seçmekte özgürdür” şeklindeki düzenleme ile çocuğun dini eğitimini belirlemesi ana ve babanın velâyet hakkı kapsamında yer almaktadır¹⁶¹. Dinin seçilmesi ve seçime uygun eğitimin verilmesi çocuğun dini eğitiminin belirlenmesi kapsamındadır¹⁶².

Ana ve baba, Anayasa ve başta TMK m. 341 olmak üzere kanunlara uygun çocuğa gerekli dini eğitimi vermek, çocuğun dini duygularına katkı sağlayacak veya dince kutsal kabul edilen olgulara gerekli saygıyı gösterecek anlayışı kazandırmakla yükümlüdürler¹⁶³. Bir görüşe göre ana ve baba kendi yaşam görüşlerine uygun olarak çocuğa herhangi bir dini eğitim vermeyebilirler ya da kendi kişisel yaşantılarına uygun şekilde dini eğitim verebilirler¹⁶⁴. Bu görüşe göre ana ve babanın velâyetin amacına aykırı olarak çocuğun dini eğitiminin verilmesi usulü veya dini eğitimin değiştirilmesi hakkını kötüye kullanması durumunda velâyet hakkının kaldırılması mümkündür¹⁶⁵. Bir görüşe göre de çocuğa ergin oluncaya kadar din ve vicdan özgürlüğü tanımayan Medeni Kanun hükmünün Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne aykırılık

¹⁵⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 339.

¹⁶⁰ Yılmaz, s. 124.

¹⁶¹ Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkında detaylı bilgi için bkz. Usta, Sevgi, Çocuğun İnanç Özgürlüğü ve Bir Müdahale: Ana ve Babanın Çocuğun Dini Eğitimini Belirleme Hakkı (Çocuğun İnanç Özgürlüğü), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S. 1, 2010, s. 137,182.

¹⁶² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 346; Yılmaz, s. 125; Karaca, s. 34; Serdar, s. 161; Akıntürk/Ateş, s. 407.

¹⁶³ Karaca, s. 34.

¹⁶⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 346; ana ve babanın farklı dini inanca sahip olması durumunda bkz. Hatemi, s. 189; farklı bir din seçmelerinin de mümkün olabileceği yönünde bkz. Serdar, s. 161.

¹⁶⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 346.

teşkil ettiği ifade edilmiştir¹⁶⁶. Başka bir görüşe göre ise dini eğitimin velâyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi Anayasanın tanıdığı din ve vicdan özgürlüğü ilkesine aykırı olmamaktadır. Ana ve babanın çocuğun din seçiminde baskıcı bir tutumla doğrudan müdahalesinden ziyade din seçiminde veya dini konularda bilinçli bir eğitim almasında çocuğa yol gösterici şekilde destekte bulunmaları şeklinde yorumlanmalıdır¹⁶⁷.

Türk Medeni Kanunu m. 341’de yer alan ana ve babanın haklarını kısıtlayan sözleşmelerin geçersizliği hükmünün sınırını velâyet hakkının kötüye kullanımı olur. Ayrıca ana ve babanın çocuğun dini eğitimi konusunda babanın oyuna üstünlük tanıyan 743 sayılı Medeni Kanun hükmü mevcut kanunda yer almamıştır¹⁶⁸. 4721 sayılı TMK’ya göre ana ve babanın çocuğun dini eğitimini belirlemede uyuşmazlığa düşmeleri halinde hâkim gerekli tedbiri alır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 No’lu Protokolün 2. maddesinde “Eğitim Hakkı” düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılamayacağı, ana ve babanın eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına devletlerin saygı göstermesi zorunluluğu hüküm altına alınmıştır¹⁶⁹.

E. ÇOCUĞUN TEMSİL EDİLMESİ

Ana ve baba çocuk üzerinde velâyet hakları devam ettiği ve temsil yetkileri sona ermediği takdirde velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidir (TMK m. 342). Çocuğun temsili, velâyetin içeriğinde yer alır¹⁷⁰. Üçüncü kişilere karşı çocuğu temsil ederken ana ve baba birlikte hareket etmek zorundadır (TMK m. 342/II). Bir başka deyişle ana ve baba velâyet ilişkisi kapsamındaki çocuğu

¹⁶⁶ Akyüz, s. 241.

¹⁶⁷ Karaca, s. 36.

¹⁶⁸ Özdamar, s. 429.

¹⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 No’lu Protokol metni için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur (E.T. 18.09.2024).

¹⁷⁰ Yılmaz, s. 122; Karaca, s. 38; Baygın, s. 298; Özdamar, s. 430.

temsil yetkilerini birlikte kullanırlar¹⁷¹. Ancak birlikte hareketle kastedilen fiilî birliktelik değil hukuki işlemlere ortak rıza göstermeleridir¹⁷². Her iki ebeveynin de yapılan işleme izin veya onayı ile işlem geçerli olur¹⁷³.

Çocuğun kanuni temsilcisi velâyet ilişkisi devam ettiği sürece velâyet hakkına sahip ana ve babadır¹⁷⁴. Velayet ana ve babadan birine aitse çocuğun temsili velayet sahibi kişide olur¹⁷⁵. Bir görüşe göre; temsil yetkisinin kullanımında çocuğun yararı ön planda olduğundan somut olaya göre çocuğun da görüşü alınmalıdır¹⁷⁶.

İyiniyetli üçüncü kişileri koruyan bir hükümle eşlerden biri ile yapılan işlemlerde diğerrinin rızasının varsayılabilceğı düzenlenmiştir (TMK m. 342/II). Bu kapsamda diğere eşin işleme rızasının olmadığı ya da üçüncü kişilerin kendilerinden beklenen özeni göstermeleri halinde bilebilecek durumda olduğu ispat edilmediğı sürece yapılan hukuki işlem geçerliliğini korur¹⁷⁷. Ancak üçüncü kişi kötüniiyetli ise diğere eşin rızası olmadığını bildiğı veya gerekli dikkat ve özeni göstermediğı halde yapılan işlem geçersiz olmaktadır¹⁷⁸.

Kanun koyucu velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyetini vesayet altındaki kişilerin fiil ehliyetine benzetmiştir (TMK m. 343). Vesayet makamlarının iznine bağı olanlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velâyetteki temsilde de uygulanacağı ayrıca düzenlenmiştir (TMK m. 342/III). Ana ve baba açıkça ve ciddi şekilde çocuğun yararına aykırı olmadığı sürece somut olayda çocuğun yararı için neyin daha uygun olduğunu çoğunlukla belirleyebilirler¹⁷⁹. TMK m. 344 kapsamında velâyet altındaki ayırt etme gücüne sahip çocuk, ana ve babanın rızasıyla aile adına hukukî işlemler yapabilir; bu işlemlerden dolayı ana ve baba borç altına girer (TMK m. 344). Velâyet

¹⁷¹ Bölükbaşı, s.131; Kılıçoğlu, s.508; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 357; Akıntürk/ Ateş, s. 415.

¹⁷² Çakır, s. 47; Erdem/ Makaracı Başak, s. 464; Bölükbaşı, s.131; Karaca, s. 61; Kılıçoğlu, s.509; Baygın, s. 303.

¹⁷³ Bölükbaşı, s.131; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 357; Kılıçoğlu, s.509.

¹⁷⁴ Erdem/ Makaracı Başak, s. 463; Bölükbaşı, s.130.

¹⁷⁵ Bölükbaşı, s.131.

¹⁷⁶ Erdem/ Makaracı Başak, s. 464.

¹⁷⁷ Çakır, s. 47; Akyüz, s. 247; Özdamar, s. 428; Bölükbaşı, s.131; Akıntürk/ Ateş, s. 415; Kılıçoğlu, s.509.

¹⁷⁸ Bölükbaşı, s.131; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 357; Çelikel, s. 47.

¹⁷⁹ Yılmaz, s. 126.

altındaki çocuğun fiil ehliyeti çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına göre farklılıklar içerir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk sınırlı ehliyetsizken ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk tam ehliyetsizdir¹⁸⁰.

1. Ayırt Etme Gücüne Sahip Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Temsili

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, TMK kapsamında fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetsizdir¹⁸¹. Velâyet altındaki ayırt etme gücüne sahip çocuk yasal temsilcilerinin izni olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremez; ancak çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında velinin izni veya onayı gerekli değildir¹⁸² (TMK m. 16).

Türk Medeni Kanunu m. 342/III’te vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır¹⁸³. Bu sebeple çocuğun temsiline ilişkin düzenlemeler için kısıtlıların temsili konu alan TMK m. 448-453 arasındaki düzenlemeler esas alınır. TMK m. 343/I’de ise velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyetinin vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibi olduğu belirtilmiştir. Ancak velâyet sahibi ana ve baba ile vasinin çocuğun birtakım işlemleri konusunda tabi olduğu esaslar birbirinden farklıdır¹⁸⁴.

Türk Medeni Kanunu m. 462, 463 hükümlerine göre vasi, vesayet makamından bazen de hem vesayet hem de denetim makamlarından alacağı izinlerle maddelerde sayılmış işlemleri gerçekleştirir. Bununla birlikte kanun koyucu “*malvarlığının yönetilmesi*” kenar başlıklı TMK m. 454’te vasinin vesayet altındaki çocuğun mallarının yönetimi konusunda yönetim ve hesap tutma yükümlülüğünden bahsetmektedir. Ancak velâyet sahibi ana ve babanın bu maddeler kapsamında bir yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Erdem/ Makaracı Başak, s. 464; Çakır, s. 47, 48.

¹⁸¹ Erdem/ Makaracı Başak, s. 464; Çakır, s. 47, 49; Karaca, s. 38.

¹⁸² Haksız fiillerden sorumluluğa ilişkin TMK m. 16/II hükmü saklıdır. Erdem/ Makaracı Başak, s. 464; Çakır, s. 47, 49; Karaca, s. 38.

¹⁸³ Hükümle ilgili eleştiriler için bkz. Akıntürk/Ateş, s. 416, 417; Çakır, s. 49.

¹⁸⁴ Çakır, s. 49; Akıntürk/Ateş, s. 416.

¹⁸⁵ Çakır, s. 49, 50; Akıntürk/Ateş, s. 416; aksi görüş için bkz. İyilikli /Ersöz, s. 195; Özdamar, s. 430.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk, kendisini borç altına sokmayan işlemleri yapabilir. Ancak ayırt etme gücüne sahip de olsa çocuk kendisini borç altına sokacak hukuki işlemleri yasal temsilcisinin rızasıyla yapabilir¹⁸⁶. Ayırt etme gücü bulunan çocuğun tek başına yaptığı borçlandırııcı işlemler askıda hükümsüz yaptırımına tabi olur¹⁸⁷. Yapılan borçlandırııcı işlemin karşı tarafı, ancak işleme yasal temsilci onay verdiği takdirde çocuğa karşı talep hakkına sahip olur¹⁸⁸.

Yasal temsilcinin onayı iki şekilde kendini gösterir; birincisi işlem henüz gerçekleşmeden verildiğinde izin kavramıyla ifade edilirken ikincisi, “askıda hükümsüz” olan işlem gerçekleşikten sonra verildiğinde “onay” kavramıyla ifade edilmektedir. Onay verilmesi durumunda da işlem yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelecektir¹⁸⁹.Yasal temsilcinin onay vermediği işlemler de baştan itibaren hükümsüzdür (TMK m. 451). TBK m. 77 hükmü gereği hükümsüzlük sonucunda hukuki bir sebep kalmayacağından işlemin karşı tarafı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ifa ettiği edimi geri isteme hakkına sahip olur¹⁹⁰. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun geri verme borcu ise ancak iade anında malvarlığında bulunan zenginleşme kadarıyla sınırlıdır¹⁹¹ (TMK m. 452/I).

Ayırt etme gücüne sahip çocuk haksız fiilleri konusunda şahsen sorumludur (TMK m. 16/II). Sorumluluk kapsamında çocuğun malvarlığının bulunmaması hallerinde ana ve babanın ev başkanı olarak sorumluluğuna gidilir¹⁹²(TMK m. 369).

2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Temsili

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk, fiil ehliyeti yönünden tam ehliyetsiz statüsündedir¹⁹³. Ayırt etme gücünün bulunmaması halinde kanunda gösterilen istisnalar dışında kişinin fiilleri hukuki sonuç doğurmamaktadır¹⁹⁴(TMK m. 15).

¹⁸⁶ Akıntürk/ Ateş, s. 418; Bölükbaşı, s. 130; Hatemi, Kişiler, s. 29; Çakır, s. 50.

¹⁸⁷ Hatemi, Kişiler, s. 29; Çakır, s. 50; Akıntürk/ Ateş, s. 418; Bölükbaşı, s.130.

¹⁸⁸ Akıntürk/ Ateş, s. 415; Bölükbaşı, s. 130; Hatemi, Kişiler, s. 29; Çakır, s. 50.

¹⁸⁹ Hatemi, Kişiler, s. 31; Çakır, s. 50; Bölükbaşı, s. 130; Akıntürk/ Ateş, s. 418.

¹⁹⁰ Çakır, s. 50.

¹⁹¹ Bölükbaşı, s.131; Akıntürk/ Ateş, s. 415.

¹⁹² Çakır, s. 51.

¹⁹³ Çakır, s. 51; Hatemi, Kişiler, s. 27.

¹⁹⁴ Hatemi, Kişiler, s. 27; Çelikel, s. 48.

Hukuki sonuç doğurmamakla kastedilen emredici hüküm olması sebebiyle kesin hükümsüzlük/butlan yaptırımına tabi olmasıdır¹⁹⁵(TBK m. 27).

Kanunda bahsedilen istisnai durumlara ayırt etme gücü bulunmayan çocuğun ölüme bağlı tasarruflarda ve evlenme işleminde geçersizlik yaptırımına tabi işlemin yapıldığı andan itibaren kendiliğinden ortadan kalkmaması ve hâkim kararı gerektirmesi örnek verilebilir¹⁹⁶. Aynı zamanda tam ehliyetsiz olan çocuğun yapmış olduğu işlemler açısından TMK m. 2 kapsamında hakkın kötüye kullanımı olgusu mevcutsa kesin hükümsüzlük itirazı hukuk düzenince korunmaz¹⁹⁷.

Tam ehliyetsiz olan çocuğun sorumluluk hukuku açısından birtakım sorumlulukları gündeme gelir. Kural olarak tam ehliyetsizlerin sorumluluk ehliyeti yoktur¹⁹⁸. Ancak tam ehliyetsizler kusursuz sorumluluk hallerinde, hakkaniyet sorumluluğu durumunda ve ayırt etme gücünün önceki kusurlu fiille kaybı¹⁹⁹ halinde tam ehliyetsiz çocuğun tazminat sorumluluğundan bahsedilir²⁰⁰. Sonuç itibariyle ayırt etme gücü bulunmayan çocuklar tam ehliyetsiz olmaları sebebiyle bütün hukuki ilişkilerinde ana ve babasının yasal temsiliyeti içindedir. Ayırt etme gücü bulunmayan çocuğun yapmış olduğu işlemleri yasal temsilcisinin izin veya onama yetkileri kapsamında geçerli hale getirmeleri mümkün değildir. Yasal temsilci çocuğun menfaatine uygun olması halinde işlemi kendileri yeniden yaptığında işlem hukuki açıdan geçerli olur²⁰¹.

II. ÇOCUĞUN MALVARLIĞININ KORUNMASI

Çocuk, sağ ve tam doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Hak ehliyetinin doğal bir sonucu olarak çocuk ana ve babasından bağımsız olarak malvarlığına sahip olabilir. Ancak çocuk mallarını ana ve babasının

¹⁹⁵ **Hatemi**, Kişiler, s. 27-28; **Çelikel**, s. 48.

¹⁹⁶ **Hatemi**, Kişiler, s. 27; **Çelikel**, s. 48.

¹⁹⁷ **Hatemi**, Kişiler, s. 28.

¹⁹⁸ **Hatemi**, Kişiler, s. 27; **Çakır**, s. 48.

¹⁹⁹ Alkol ve uyuşturucu madde kullanımı ayırt etme gücünün geçici olarak ortadan kalktığı durumlara örnek verilebilir. Detaylı bilgi için bkz. **Hatemi**, Kişiler, s. 27.

²⁰⁰ **Hatemi**, Kişiler, s. 27.

²⁰¹ **Çakır**, s. 48.

yönetiminde kullanabilir. Ana ve baba velâyet kapsamında velâyet altındaki çocuğun mallarını koruma, iyileştirme, geliştirme ve yasal temsiliyet usulüyle yönetme yükümlülüğü altındadır²⁰². Kanun koyucu velâyetin kapsamını belirlerken çocuğun mallarını da bu kapsam içinde ele almıştır.

Türk Medeni Kanunu m. 352-363 arasında çocuğun malları düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre ana ve baba velâyet süresince çocuğun mallarının yönetimi, kullanma hakkı, gelirlerin sarfı, serbest malları hakkında söz sahibi olmak ve malların korunması konusunda yönetime dayalı tedbirleri almakla yükümlüdürler. Aynı zamanda TMK m. 363'te velâyet sahibi ana ve babanın çocuk malları hususundaki sorumluluğu ayrıca düzenlenmiştir.

A. ÇOCUĞUN MALLARININ YÖNETİMİ

Velâyetleri süresince ana ve baba, kural olarak hesap ve güvence vermeksizin çocuğun mallarını yönetme hak ve yükümlülüğüne sahiptir²⁰³ (TMK m. 352). Bu hak ve yükümlülük soybağıyla ilgili değil velâyet hakkı ile ilgilidir²⁰⁴. Velâyet hakkı ana ve babadan yalnızca birine aitse çocuğun malvarlığını yönetme hak ve yükümlülüğü de yalnızca velâyet sahibi ana veya babaya aittir²⁰⁵.

Evliliğin sona ermesi halinde velâyet sahibi ana veya baba, çocuğun malvarlığını gösteren bir defteri ve bu malvarlığında/yatırımlarda gelişen önemli değişimleri hâkime bildirmek zorundadır (TMK m. 353). Bu düzenlemenin amacı velâyeti tek başına kullanacak olan tarafın çocuğun mallarını düşüncesizce sarf etme ihtimalinin önüne geçmek ve evlilik birliği içinde ana ve babanın doğal olarak sağlamak zorunda olduğu uzlaşma ihtimalinin ortadan kalkacak olmasıdır²⁰⁶.

Evliliğin sona ermesi halinde velâyet hakkını tek başına kullanacak olan taraf da velâyetin değiştirilmesi ihtimali de olası olduğundan, çocuğun mallarını karşı tarafa

²⁰² Reyhani Yüksel, s. 102; Çakır, s. 48; Çelikel, s. 50.

²⁰³ Çakır, s. 48; Çelikel, s. 49.

²⁰⁴ Çelikel, s. 50.

²⁰⁵ Çelikel, s. 50; Bölükbaşı, s.125; Akıntürk/ Ateş, s. 420.

²⁰⁶ Benzer bir görüş için bkz. Çelikel, s. 50; Bölükbaşı, s. 127.

eksiksiz ve hesaba uygun olarak devretmelidir²⁰⁷. Velâyet hakkı kapsamında ana ve baba çocuğun malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunmaya yetkilidir. Örneğin çocuğun mallarını satabilir, kiralayabilir, ticari işletmeyi işletebilir veya tasfiye edebilir, hatta yatırım araçlarıyla değerlendirebilir²⁰⁸. Ancak ana ve baba fiili tasarrufta bulunacak şekilde çocuğun mallarını birleştirme, karıştırma ve işleme yetkisine sahip değildir²⁰⁹.

Ana ve baba çocuğun malları üzerinde tasarrufta bulunurken kural olarak hesap ve güvence vermek zorunda değildir (TMK m. 352/I). Velâyet sahipleri vasilerin tabi olduğu şartlara göre tasarruf yönetimine sahip olmamakla birlikte bu yönetim hakkını kullanırken çocuğun menfaatlerini göz önünde bulundurmak ve tedbirli şekilde davranmak zorundadırlar²¹⁰. Çocuğun mallarının yok olması veya kaybolması durumunda ana ve babanın sorumluluğu söz konusudur²¹¹. Zira ana ve baba çocuğun mallarının geri verilmesi söz konusu olduğunda hukuken vekil gibi sorumludur²¹²(TMK m. 363/I). Ana ve baba dürüstlük kurallarına uymak suretiyle devrettikleri mallar yerine sadece karşılık olarak alınan geri vermekle yükümlüdür (TMK m. 363/II) ve kanuna uygun şekilde çocuk veya aile için yapılan harcamalar tazminat sorumluluğu dışındadır²¹³. Ancak ana ve baba çocuğun mallarını yönetmede velâyet hakkını kötüye kullanır ya da görevin gereklerini yerine getirmezlerse hâkim tarafından yönetim yetkileri kaldırılır (TMK m. 352/II) ve yönetim için kayyım atanır²¹⁴(TMK m. 361).

²⁰⁷ Çelikel, s. 50.

²⁰⁸ Çelikel, s. 50; Çakır, s. 48; Akıntürk/ Ateş, s. 421.

²⁰⁹ Baygın, s. 385; Bölükbaşı, s. 126.

²¹⁰ Çelikel, s. 50; Bölükbaşı, s. 126.

²¹¹ Bölükbaşı, s. 126.

²¹² Çelikel, s. 51; Bölükbaşı, s. 126.

²¹³ Bölükbaşı, s. 126; Çelikel, s. 52; Kılıçoğlu, s. 512; Akyüz, s. 256; Akıntürk/Ateş, s. 425; Dural/Öğüz/Gümüüş, s. 360.

²¹⁴ Yargıtay 2. HD., T. 16.5.2019, E. 2019/158 K. 2019/6208 "...Türk Medeni Kanunu'nun 360., 361. maddesi koşulları bulunmadıkça; başka bir ifade ile ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça; hâkim, çocuk mallarının korunması konusunda ana ve babanın yönetme hakkına müdahale edemez, bu sonucu doğuracak bir karar veremez. Tüm dosya kapsamından velâyet hakkına sahip olan annenin çocuğun mallarını yönetmekte yeterli özeni göstermediği iddia ve ispat edilmemişken annenin kanundan doğan yönetim hakkına müdahale niteliğinde yazılı şekilde tedbir kararı verilmesi doğru olmadığı gibi koşulları oluşmadığından davanın reddine karar verilmesi gerektiği halde davanın

Ana ve babanın çocuğun mallarını yönetme hak ve yükümlülüğü velâyetin bir sonucu olduğundan velâyete sıkı sıkıya bağlıdır ve bu haktan feragat edilemez, yönetim ana ve baba arasında devredilemez²¹⁵. Yargıtay kararları da bu yöndedir²¹⁶.

Yönetim hakkının kapsamı çocuğun serbest malları dışındaki bütün mallarıdır²¹⁷. Ana ve babanın çocuğun mallarını yönetimi aynı zamanda malların fiili hâkimiyetini de beraberinde getireceğinden ana ve baba çocuğun malları üzerinde ferî zilyettir²¹⁸. TMK m. 357-359 maddelerinde “*serbest malları*” başlığıyla çocuğun malları düzenlenmiştir. Çocuğun serbest malları; kazandırmalar, saklı pay, meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazanç şeklinde ayrıca düzenlenmiş olup bu mallar üzerinde velâyet sahibi ana ve babanın yönetim hak ve yükümlülüğü bulunmamaktadır²¹⁹.

B. VELÂYET HAKKI SAHİBİNİN ÇOCUĞUN MALLARINI KULLANMA HAKKI

Ana ve babanın kusurları sebebiyle velâyetleri kaldırılmadıkça çocuğun mallarını kullanmalarına izin verilmiştir (TMK m. 354). Buradan anlaşıldığı üzere malları kullanım hakkı velâyetin kusur olmaksızın kaldırıldığı hallerde de devam eder²²⁰. Ana ve babadan birinin kusuru sebebiyle velâyet hakkının kaldırıldığı durumda velâyet hakkını kullanan ana veya baba çocuğun mallarını kullanmaya devam eder veya velâyet yalnızca birinin kusuru sebebiyle her ikisi için de kaldırılmışsa kusuru olmayan taraf malların kullanım hakkına sahip olur²²¹. Ana ve babanın çocuğun mallarını kullanım hakkını birlikte kullanırlar ve çocuk ergin

kabulü ile çocuk mallarının kayyım devredilmesine karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir...” <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 19.10.2024).

²¹⁵ Akıntürk/Ateş, s. 415; Çelikel, s. 51; Yılmaz, s. 24; Apaydın, s. 446.

²¹⁶ Yargıtay 2. HD., T. 14.06.2016, E. 2016/12457, K. 2016/11712; Yargıtay 18. HD., T. 12.05.2016, E. 2016/5035, K. 2016/7858 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 19.10.2024).

²¹⁷ Çelikel, s. 51.

²¹⁸ Akıntürk, s. 415; Çelikel, s. 51.

²¹⁹ Bölükbaşı, s. 127; Akıntürk/Ateş, s. 424; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 359,360.

²²⁰ Çelikel, s. 52.

²²¹ Çelikel, s. 52.

oluncaya kadar bu hak devam eder²²². Ancak kısıtlı olduğu halde velâyet altında olan çocukların mallar üzerinde ana ve babanın malları kullanım hakkı yoktur²²³.

Kanun koyucu TMK m. 355'te çocuk mallarına ilişkin gelirlerin sarfını ayrıca düzenleme altına almıştır. Buna göre “*Ana ve baba, çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için; hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde aile ihtiyaçları için sarf edebilirler. Gelir fazlası, çocuk mallarına katılır*” denmiştir.

Çocukların bakım, eğitim ve korunmasına ilişkin masraflar, ana ve baba tarafından karşılanır (TMK m. 327/I). Eğer ana ve baba, maddi zorluklar yaşıyorsa veya çocuğun özel durumları olağan harcamaların ötesinde masraflar gerektiriyorsa, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimi için gerekli miktar kullanılabilir (TMK m. 327/II). Burada belirtilen, ailenin mali imkanlarının yetersiz kaldığı ve çocuğun yararına olacak ekstra harcamaların gerektiği durumlardır. Örneğin, çocuğun özel eğitim ihtiyaçları veya olağanüstü yetenekleri dolayısıyla olağanüstü masraflar yapılması gerekebilir.

Çocuğun bakımı için sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde ve kısmen kullanılabilir (TMK m. 356/I). Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir (TMK m. 356/II).

§ 4. ÇOCUĞUN KORUNMASI HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA VELÂYETİN SONA ERMESİ, KALDIRILMASI VE DEĞİŞTİRİLMESİ

Türk Medeni Kanunu'na göre ana ve babanın çocuk üzerindeki velâyet hak ve yetkileri kural olarak çocuğun ergin olması ile kendiliğinden sona erer. Ancak kanun koyucu çeşitli şartlar dahilinde velâyetin sona ermesi halleri yanında velâyetin değiştirilmesine ve kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler yapmıştır.

²²² Akıntürk/ Ateş, s. 427.

²²³ Akıntürk/Ateş, s. 422; Çelikel, s. 52.

I. ÇOCUĞUN KORUNMASI HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA VELÂYETİN SONA ERMESİ

A. VELÂYETİN SONA ERMESİ

Kanun koyucu ergin olmayan çocuğu, ana ve babanın velâyeti altında koruma altına almakta ve kural olarak velâyetin ana ve babadan alınamayacağına hükmetmektedir (TMK m. 335/I). Söz konusu hükümden hareketle ana ve babanın çocuk üzerindeki velâyeti kural olarak çocuk ergin olduğunda kendiliğinden sona erer. Çocuğun ölümü halinde de durum böyledir²²⁴. Bunun dışında kanunun velâyetin kullanımını düzenlediği hallerde de ebeveynlerden biri açısından velâyet sona erer.

Birincisi eşlerden birinin ölümü halinde ölen kişinin çocuk üzerindeki velâyeti sona erer. TMK m. 336/III'e göre ölenin çocuk üzerindeki velâyeti tek başına sağ kalana ait olur²²⁵. Bu hususta eşlerden biri hakkında gelişen ölüm karinesi ve gaiplik kararı doğal ölüm ile aynı sonuçları doğurur²²⁶.

İkinci olarak TMK m. 336/III hükmüne göre evlilik birliğinin devamı sürecinde de hâkim ortak hayata son verilmiş veya ayrılık halinde velâyeti eşlerden birine verebilir. Evlilik birliği içinde kural, ortak velâyet olsa da bu durumda istisna olarak tek başına velâyet söz konusu olmaktadır. Hâkim bu durumda ortak hayatın yeniden kurulamaması veya eşlerin tekrar birlikte yaşama ihtimallerinin olmaması halinde veya çocuğu özel yararı gereği velâyetin tek bir eşe verilmesine karar verir²²⁷. Bu takdirde çocuk üzerindeki ortak velâyet, velâyet kendisine verilmeyen eş açısından sona ermektedir.

Üçüncü olarak boşanma halinde yine TMK m. 336/III hükmüne göre velâyet çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir²²⁸. Boşanma kararının kesinleşmesi ile velâyet

²²⁴ Akyüz, Çocuk, s. 238.

²²⁵ Erdem/ Makaracı Başak, s. 445; Yılmaz, Canan, Velâyet Hukuku, Ankara 2023, s. 88.

²²⁶ Birinci-Uzun, s. 144; Erdem/ Makaracı Başak, s. 445; Baygın, Soybağı, s. 269; Akyüz, s. 238.

²²⁷ Erdem/ Makaracı Başak, s. 445; Yılmaz, s. 169; Dede, s. 28. Tekrar bir araya gelmeme ihtimalinde de hâkimin ortak velâyete hükmedebileceği yönünde bkz. Erdem/ Makaracı Başak, s. 445.

²²⁸ Erdem/ Makaracı Başak, s.445.

kendisine bırakılmayan taraf için sona erer²²⁹. Velâyetin boşanma halinde mutlaka taraflardan birine bırakılmasının temel noktası, boşanan eşlerin anlaşmazlıklarının yoğunluğu sebebiyle çocukla ilgili kararlarda zorlanacakları düşüncesiyle açıklanmaktadır²³⁰. Boşanma halinde velâyet kendisine bırakılan tarafın ölümü durumunda velâyet kendiliğinden sağ kalana geçmez; çocuğun yüksek yararı gereği hâkim velâyet konusunda karar verir²³¹.

II.ÇOCUĞUN KORUNMASI TEDBİRLERİ KAPSAMINDA VELÂYETİN KALDIRILMASI

A. GENEL OLARAK

Kanun koyucu velâyet hak ve yükümlülüklerine karşılık velâyet altındaki çocuğu korumak için birtakım önlemler ve koruma tedbirleri öngörmüştür. TMK m. 346’da “*çocuğun korunması*” üst başlığıyla “*koruma önlemleri*” kenar başlıklı madde hükmü gereğince, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.

Çocuğun gelişiminden anlaşılması gerekenin ruhsal, fiziki ve ahlaki gelişim olduğu ifade edilmektedir²³². Kanun koyucu hâkime çocuğun yararının ve gelişmesinin tehlikeye düşmüş olması halinde koruma önlemi alma görevi yüklemiştir. Kanunda koruma önlemlerinin neler olduğu ve sınırı konusunda belirleme yapılmamış, hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır²³³. Alınacak önlem ana ve babaya öğüt ve talimat verme, uyarma, kayyım tayini ve danışmanlık hizmeti alma olabileceği gibi ana ve babanın uyarı ve talimatı yerine getirip getirmediği konusunda denetlenmesi de mümkün olabilir²³⁴. Ana ve babanın velâyetin kullanımı sırasında

²²⁹ Akyüz, s. 238; Erdem/ Makaracı Başak, s. 445.

²³⁰ Erdem/ Makaracı Başak, s. 446.

²³¹ Akyüz, s. 238.

²³² Erdem/ Makaracı Başak, s. 469.

²³³ Erdem/ Makaracı Başak, s. 469; Özdamar, s. 434.

²³⁴ Öztan, Aile, s. 1142,1144; Dural/ Ögüz/Gümüş, s. 345; Erdem/ Makaracı Başak, s. 469.

uyuşmazlığa düşmesi de çocuğun yararını ve gelişimini tehlikeye düşüren hallere örnek gösterilmiştir²³⁵.

B. VELÂYETİN KALDIRILMASI

Türk Medeni Kanunu velâyet düzenlemelerine göre çeşitli şartların varlığı halinde velâyet hak ve sorumluluklarının ana ve baba üzerinden kaldırılmasını düzenleme altına almıştır. Bu kapsamda TMK m.348’de çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkimin velâyetin kaldırılmasına karar vereceği haller düzenlenmiştir. Bu hallerden ilk grupta sayılanlar, “*Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesi*” ve ikinci olarak da “*Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması*” olarak sıralanmıştır. Öğretide velâyetin gereği gibi yerine getirilmemesi sonucunu doğuran hallerin sınırlı sayıda olmadığı ana ve babanın kısıtlanması, hüküm giymesi²³⁶, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı gibi hallerin de bu kapsamda olduğu belirtilmektedir²³⁷.

Ana veya babanın deneyimsizliği, çocuğun aşırı derecede şımartılması, çok sert davranılması, aşırı sabır ve hoşgörü gösterilmesi, söz geçirememesi, davranışlarına sınır konulamaması ve otorite eksikliği gibi nedenler tek başına velâyetin kaldırılmasını gerektiren ağır önlemler arasında değerlendirilemez²³⁸. Yargıtay bir kararında, çocuğun sınav puanına uygun yatılı bir okula kaydının yapılmasının velâyet sahibinin yükümlülüklerini ağır bir şekilde savsakladığı anlamına gelmeyeceği gerekçesiyle velâyetin kaldırılmasını gerektirir sebep olarak görmemiştir²³⁹. Çocuğu koruyucu önlemleri bizzat çocuk talep edebileceği gibi ana, baba, çocuğun menfaatine olan ilgili

²³⁵ Birinci- Uzun, s.142; Erdem/Makaracı Başak, s.470.

²³⁶ İstanbul BAM, 11.HD., T. 10.3.2020, E. 2019/1840 K. 2020/408 www.legalbank.net (E.T. 25.11.2024).

²³⁷ Erdem/ Makaracı Başak, s. 473; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 360; Yargıtay 2. HD., 10.02.2016, E. 2016/1207, K 2016/2202 www.legalbank.net (E.T. 25.11.2024).

²³⁸ “Eğitimin temel ilkelerini sürekli biçimde dikkate almamak velâyetin kaldırılmasına yol açar.” Akyüz, Emine, Velâyet Hakkının Kaldırılması, AÜEBFD, C. 25, S. 1,1992, s. 12; Erdem/ Makaracı Başak, s. 474.

²³⁹ Yargıtay 2.HD., T. 04.05.2016, E. 2016/8657, K. 2016/9149 www.legalbank.net (E.T. 25.11.2024).

herkes (arkadaş, öğretmen, doktor vs.) talep edebilir²⁴⁰. Aynı zamanda hâkim koruma önlemlerini kendisi doğrudan da alabilir²⁴¹.

Kanun koyucu aynı zamanda velâyetin ana ve babanın her ikisinden kaldırılması halinde de çocuğa vasi atanmasına hükmetmiş ve aksi belirtilmediği sürece velâyetin kaldırılması kararının mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsadığını da belirtmiştir (TMK m. 348/II). Velâyetin kaldırılması ancak hâkim kararı ile mümkündür²⁴². Velâyet, kamu düzenine ilişkin olduğundan ilgili olan herkes velâyetin kaldırılmasını talep edebilir²⁴³.

Velâyetin kaldırılması kararı, velâyet sahibi ana ve baba için son derece ağır sonuçları olan bir karardır. Bu sebeple velâyetin kaldırılması çocuğun menfaatleri ölçüsünde son çare olarak görülmelidir²⁴⁴. Hâkimin velâyetin kaldırılması yönünde karar vermeden önce velâyetin değiştirilmesi şartlarının oluşup oluşmadığının araştırmasını yapması, gerekirse velâyeti bir taraftan alarak diğer tarafa vermesi ve bu seçenek de çözüm getiremezse velâyetin kaldırılması yoluna gitmesi daha doğru olur²⁴⁵.

III. VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Velâyet düzenlemeleri çocuğun menfaatine hizmet eden çocuğun korunması, gelişimi ve yetişmesini amaçlayan düzenlemelerdir. Kanun koyucu çeşitli durumlarda velâyetin kullanımını düzenlerken tek başına velâyeti, ortak velâyeti veya koruma önlemleri kapsamında kayyım/vasi tayinini tercih olarak belirlemektedir. Velâyet kural olarak evlilik birliği içinde ana ve baba tarafından birlikte kullanılırken çeşitli durumlarda velâyetin tek başına kullanımı söz konusu olmaktadır. Boşanma sonrası belirli şartlar nedeniyle ana ve babanın durumunu değiştiğinde velayet düzenlemeleri de yeni duruma göre şekillenir.

²⁴⁰ Akyüz, Çocuk, s. 269.

²⁴¹ Akyüz, Çocuk, s. 269.

²⁴² Ruhi, Ahmet Cemal/ Ruhi, Canan, Velâyet Hukuku, Ankara 2017, s. 132; Akyüz, Çocuk, s. 269.

²⁴³ Ruhi, Velâyet, s. 134; Akyüz, Çocuk, s. 269.

²⁴⁴ Akyüz, Çocuk, s. 268.

²⁴⁵ Ruhi, Velâyet, s. 134.

Türk Medeni Kanunu m. 183 hükmüne göre ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların gerçekleşmesi halinde hâkimin resen veya talep üzerine gerekli önlemleri alacağı düzenlenmiştir²⁴⁶ Yine benzer hükümle “*Durumun Değişmesi*” kenar başlıklı TMK m. 351 hükmünde kanun koyucu durumun değişmesi halinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerektiğini ve velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa resen ya da ana veya babanın istemi üzerine hâkimin velâyeti geri vereceğini düzenlemiştir²⁴⁷. Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere velâyet düzenlemesi kapsamında verilen kararlar şartların değişmesi ve zamanın gereklerine göre çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde değişebilmektedir²⁴⁸. Bu değişiklikler ana veya babada olabileceği gibi çocuğun durumunda da olabilir. TMK m. 183 gereği bu değişiklikler velâyetin yeniden düzenlenmesini de gerektirebilir²⁴⁹. Hâkimin düzenlemeyle çocuğu koruma konusundaki takdir yetkisinin sınırını çocuğun menfaati oluşturmaktadır.

Velayetin değiştirilmesi, velayetin kaldırılmasından farklıdır²⁵⁰. Velayetin değiştirilmesi, velayet hakkında sahip kişinin durumunda oluşan değişim sebebiyle gerçekleşirken velayet hakkı yine ana ve babadadır²⁵¹. Velayetin kaldırılması ise çocuğu koruma tedbirleri kapsamında alınan tedbirlerden olduğundan talep şartı yoktur²⁵²

Çeşitli yargı kararlarında çocuğun üstün yararı gereği çocuğun velâyetinin ana veya babadan kaldırıldığı hallerde durumun değişmesi sebebiyle resen yeniden düzenlemeye gitmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır²⁵³. Durum değişmesi gibi görünen ana veya babanın ölmesi, gaipliğine karar verilmesi, başkasıyla evlenmesi,

²⁴⁶ Akçaal, s. 190.

²⁴⁷ Akçaal, s. 193; Akıntürk/ Ateş, s. 441.

²⁴⁸ Akçaal, s. 190; Akıntürk/ Ateş, s. 441.

²⁴⁹ Özdamar, s. 434; Akçaal, s. 190.

²⁵⁰ Akçaal, s. 194.

²⁵¹ Akçaal, s. 194.

²⁵² Akyüz, Velayet Hakkının Kaldırılması, s. 11 vd.; Akçaal, s. 194; Usta, s. 169, 170; Akıntürk/ Ateş, s. 438.

²⁵³ Yargıtay 2. HD., T. 13.3.2006, E. 2006/534 K. 2006/3240 www.legalbank.net (E.T. 23.11.2024).

başka bir yere taşınması, velâyetin kullanamaz hale gelmesi gibi hallerde velâyet kendiliğinden diğer tarafa geçmez²⁵⁴. Zira bu durumlarda hâkim kararı gerekir. Hâkim, ana ve babanın ölmesi veya başka bir yere gitmesi vs. yeni olguların gerçekleşmesi halinde, resen veya istem üzerine gerekli önlemleri alır ve gerekirse vasi tayini yoluna gider (TMK m. 183, TMK m. 349).

²⁵⁴ Özdamar, s. 434.

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE ULUSLARARASI SÖZLEŞME VE BELGELERDE ORTAK VELÂYET KAVRAMI

§ 5. BÖLÜMÜN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamızın temelini oluşturan ortak velâyet kavramı, genel olarak kanun tarafından ana ve babaya tanınan çocuk üzerindeki velâyetin kapsamına giren hak ve yükümlülük ana ve baba tarafından birlikte ve eşit şekilde kullanılmasıdır²⁵⁵. Ana ve babanın, velâyeti birlikte/ ortak kullanması çocuğun bakım, eğitim ve öğretimini birlikte yönetecekleri anlamına gelmektedir²⁵⁶. Bununla birlikte çeşitli çalışmalarda “ortak velâyet” kavramının kavramsal açıdan “birlikte velâyet” kavramıyla da ele alındığı görülmektedir. Evlilik birliği içinde velâyetin birlikte kullanımı ile aynı değerlendirilmemesi adına biz bu çalışmanın konusu olan velâyet kurumundan bahsederken “ortak velâyet” kavramını kullanacağız. Ortak velâyet kavramı, Türk Hukuku’ndaki yansıması ve buna ilişkin öneriler üçüncü bölümde detaylıca ele alınacağı için bu bölümde özellikle karşılaştırmalı/mukayeseli hukuktaki durum irdelenmiştir. Dolayısıyla bu bölümde karşılaştırmalı hukuk yöntemiyle çeşitli ülke hukuk sistemlerindeki velâyet ve ortak velâyet düzenlemelerine konunun özü itibarıyla değinilecektir. Aynı zamanda başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne EK 7 No’lu Protokol olmak üzere uluslararası sözleşme ve metinlerdeki çocuğun üstün yararı ilkesi kapsamında ortak velâyetin çocuğun menfaatine daha uygun olduğu yaklaşımına hizmet eden düzenlemeler ele alınacaktır.

§ 6. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ORTAK VELÂYET KURUMU

I. GENEL OLARAK

Hukuk sistemleri açısından dünya geneline baktığımızda çocuk üzerinde ana ve babaya çeşitli hak ve yükümlülükler tanıyan velâyetin evlilik birliğinin sona erdiği

²⁵⁵ Bölükbaşı, s. 30; Serdar, s. 162; Ruhi, Birlikte Velâyet, s. 131; Kiremitçi, s. 2; Apaydın, s. 447; İnce, s. 195; Dönmez/Barın, s. 183.

²⁵⁶ Serdar, s. 162; İnce, s. 195; Dönmez/Barın, s. 183.

hallerde veya hiç kurulmadığı durumlarda ana ve baba tarafından ortak kullanılması gerektiği düşüncesi zaman içinde önem kazanmıştır. Yerel kanunlarda yapılan çeşitli revizyonlarla da evlilik birliği içinde doğup doğmamasına veya ana ve babanın medeni hallerine bağlı olmaksızın çocuğun ana ve babanın velâyeti altında olması, yani velâyetin ortak olarak kullanımı birçok ülkede kabul edilmiştir²⁵⁷.

Hukuk sistemleri açısından Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan hemen hemen bütün ülkelerin iç hukukunda evlilik ve benzeri kurumlarda ortak hayata son verilmesi halinde ortak velâyet müessesesinin yasal olarak düzenlendiği görülmektedir²⁵⁸. 1 Şubat 2013 tarihinde Avusturya’da, 19 Mayıs 2013’te Almanya’da yürürlüğe giren değişiklikler ile velâyet hukukuna ilişkin hükümlerin yenilendiği görülmektedir²⁵⁹. Avrupa hukuk çevresindeki bu değişimlere benzer olarak İsviçre de 1998, 2002, 2011 ve 2014 yıllarında yapılan yasal değişikliklerle en son 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren velâyet hukuku revizyonu ile dahil olmuştur²⁶⁰. Medeni hukuk düzenlemeleri kapsamında TMK’ya mehzaz teşkil eden İsviçre’de “ortak velâyet” yasal bir kurum olarak düzenlenmiştir²⁶¹.

Karşılaştırmalı hukuk açısından velâyetin kullanım şekillerine bakıldığında çeşitli uygulama modelleri olduğu görülmektedir. Hukuki velâyet, fiziki velâyet, dönüşümlü velâyet ve yuva modeli velâyet modelleri başlıca uygulamalardır²⁶².

Hukuki velâyet, tek başına velâyet ve ortak velâyet olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Tek başına hukuki velâyette, velâyet hakkı ebeveynlerden birine verilmekte diğzerinin ise velâyete tabi çocuk ile aralarında kişisel ilişki kurulmasından bahsedilmektedir²⁶³. Bu modelde velâyet hakkı yalnızca kendisine verilen tarafça

²⁵⁷ **Serdar**, s. 163; **Erlüle**, Fulya, Boşanmadan Sonra Birlikte (Ortak) Velâyete İlişkin Güncel Gelişmeler, Bursa Barosu Dergisi, C.45, S. 114, Aralık 2020, s. 61.

²⁵⁸ **Erlüle**, s. 61.

²⁵⁹ **Erlüle**, s. 61; **Erlüle**, Fulya, Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velâyetin Kural Hali Gelmesi, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 556.

²⁶⁰ **Erlüle**, Revizyonlar, s. 556; **Apaydın**, s. 449.

²⁶¹ **Apaydın**, s. 449.

²⁶² **Bölükbaşı**, s. 111, 112; **Ruhi**, Birlikte Velâyet, s. 133.

²⁶³ **Ruhi**, Birlikte Velâyet, s. 133; **Bölükbaşı**, s. 132.

kullanılır. Ortak velâyette ise ebeveynler velâyet hakkını müşterek olarak kullanır. Türk Hukuku uygulamasının bu şekilde olduğu ifade edilmektedir²⁶⁴.

Fiziki velâyet de tek başına fiziki velâyet ve ortak fiziki velâyet olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır²⁶⁵. Tek başına fiziki velâyette velâyete tabi çocuk ebeveynlerinden birisiyle birlikte yaşarken, diğer ebeveynin düzenli aralıklarla çocuğu ziyareti sağlanmaktadır. Birlikte/ortak fiziki velâyette ise çocuk, belirli sürelerle ebeveynlerinden birinin yanında yaşamakta, çocuğun bakım ve ihtiyaçları yanında kaldığı ebeveyn tarafından karşılanmakta, ancak velâyetle ilgili önemli konularda ebeveynler ortak karar almaktadır²⁶⁶.

Yuva modeli olarak tanımlanan velâyet düzenlemesinde, velâyete tabi çocuğun sabit bir ikametgahından bahsedilmektedir. Ebeveynler düzenli ve eşit aralıklarla çocuğun yanında yaşamakta, çocuğun düzeni üzerine kurulu bir sistemden bahsedilmektedir²⁶⁷.

Alternatif velâyet modeline gelindiğinde ise velâyete tabi çocuğun belli dönemlerde ebeveynlerden birinin belli dönemlerde de diğerinin ikametgahında yaşaması söz konusudur. Bu velâyet modelinde velâyet hakkı çocuğun yanında kaldığı ebeveyn tarafından kullanılmaktadır²⁶⁸. Kullanım şekline bakıldığında bir nevi çocuğun yanında kaldığı ebeveyn yönünden yanında kalınan süre zarfı için tek başına velâyetin söz konusu olduğu söylenebilir.

²⁶⁴ **Güven**, Kudret, Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velâyet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velâyet, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S. 1, Ocak 2018, s. 11 <https://www.jurix.com.tr/> (E.T. 18.03.2025); **Ruhi**, Birlikte Velâyet, s. 133.

²⁶⁵ **Ruhi**, Birlikte Velâyet, s. 133.

²⁶⁶ **Çakır**, s. 72,73; **Ruhi**, Birlikte Velâyet s. 133; **Bölükbaşı**, s. 132.

²⁶⁷ **Ruhi**, Birlikte Velâyet, s. 133.

²⁶⁸ **Ruhi**, Birlikte Velâyet, s. 133.

II.ALMAN HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

Alman Hukuk sisteminde velâyet kavramı pek çok hukuk sisteminde de olduğu gibi “*ebeveyn sorumluluğu*” kavramı ile ele alınmaktadır²⁶⁹. Almanya’da 1900 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu’ndan (BGB) sonra ebeveyn sorumluluğunun birçok kez çeşitli değişikliklere uğradığı görülmektedir²⁷⁰. Alman hukuk sisteminde yaşanan söz konusu gelişmeler ışığında velâyetle ilgili ana ve babanın hak ve sorumluluğunu üç temel prensiple ele aldığı ifade edilmektedir²⁷¹.

İlk olarak; velâyet kurumu 1979’da ebeveyn sorumlulukları yasasının reformuyla birlikte önceki yıllara nazaran yalnızca “*ebeveyn yetkilerinden*” ibaret olmayarak hem hakları hem de sorumlulukları kapsayan “*ebeveyn bakımı (elterliche sorge)*” ile ifade edilmeye başlanmıştır²⁷². Bu kapsamda ebeveyn sorumluluğu, çocukların bakımı ve eğitim haklarına sahip olmakla kalmaz bu durum onların hem hakkı hem de sorumluluğundadır²⁷³.

İkinci olarak; 1900’de yürürlüğe giren BGB’de erkeklerin ebeveyn yetkisi üzerinde baskın olduğu ifade edilmiştir. Ancak temel kanunla sağlanan kadın-erkek eşitliği ilkesi velayet düzenlemelerinde de kendini göstererek bu durumu büyük ölçüde değiştirmiştir²⁷⁴.

Üçüncüsü, yasal düzenlemenin yasaklaması ile evlilik dışı birlikteliklerden meydana gelen çocuklara yönelik ayrımcılık, zamanla azalmıştır²⁷⁵. Bu nedenle, evli olmayan anneler, 1998’de çocuk hukukunun temel reformuyla birlikte eşit ebeveyn haklarına sahip olmuştur²⁷⁶.

²⁶⁹ Erlüle, s. 61; Dethloff, Nina, Parental Rights and Responsibilities in Germany, Family Law Quarterly, C.39, S. 2, 2005, s. 315, 316. <http://www.jstor.org/stable/25740492> (E.T. 12.10.2024).

²⁷⁰ Bölükbaşı, s. 64.

²⁷¹ Dethloff, s. 315, 316; Çakır, s. 91.

²⁷² Erlüle, s. 61; Dethloff, s. 315-316; Çakır, s. 91.

²⁷³ Dethloff, s. 316; Çakır, s. 91.

²⁷⁴ Dethloff, s. 316; Çakır, s. 91.

²⁷⁵ Dethloff, s. 316; Çakır, s. 91.

²⁷⁶ Dethloff, s. 316-317; Çakır, s. 91.

Türk hukuk sistemine benzer bir düzenlemeyle Alman Medeni Kanunu'na göre evlilik birliği içinde ebeveynlerin çocuğun kişilik haklarını ve malvarlığını içine alacak şekilde velâyetini birlikte yürütme ve velâyetle ilgili konularda çocuğun gelişimine uygun olarak görüşünü alma hak ve yetkileri bulunmaktadır (BGB§1626)²⁷⁷. 1982 yılına kadar Almanya'da evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ebeveyn sorumluluğu olarak ifade edilen velâyet ilişkisi ebeveynlerden yalnızca birine ait olmaktadır²⁷⁸. Ancak bu tarihte Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın aileyi ve ebeveynlerin özgürlüğünü koruyan 6.maddesine aykırı bularak BGB§1671/IV hükmünü iptal etmiştir²⁷⁹. Söz konusu iptal kararıyla birlikte boşanma halinde velâyetin ortak kullanımına yönelik yargı kararlarının önü açılmıştır²⁸⁰.

1997 yılında ise Almanya'da Çocuk Haklar Reformu Kanunu kabul edilerek “*ortak velâyet*” düzenlemeleri BGB§1671'de düzenlenmiştir²⁸¹. Söz konusu düzenlemeyle ebeveynlerin geçici olmayan bir süreyle ayrı yaşamaları halinde ebeveynlerin çocuk üzerindeki velâyet hak ve yükümlülüklerini ortak olarak kullanma hak ve yetkileri kural haline gelmiştir (BGB§1671/I)²⁸². İlgili hükme göre ebeveynler boşanma gibi geçici olmayan süreyle ayrı yaşamaları ihtimallerinde tek başına velâyet talep ediyorlarsa ebeveyn velâyetinin tamamını veya bir kısmını yalnızca tek bir ebeveyne devrini mahkemeden isteyebilirler. Başvuru kriterleri düzenlemede açıkça yer almakta olup ebeveynlerin ortak rızası varsa, velâyet altındaki çocuğun on dört yaşında olması halinde devre itirazı yoksa ve ortak velâyetin son bularak velâyetin diğer ebeveyne devrinde çocuğun çıkarlarına uygun olacaksa tek başına velâyet kararının verileceği şeklinde sıralanmaktadır (BGB§1671/I)²⁸³.

Çocuğun menfaatleri ilkesini esas alan BGB§1697a hükmüne göre ebeveynlerin çocuğun velâyetinin ebeveynlerden birine devri konusunda ortak bir kararı yoksa

²⁷⁷ <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> (E.T. 13.10.2024); Çakır, s. 92.

²⁷⁸ Çakır, s. 92.

²⁷⁹ Erlüle, s. 61; Çakır, s. 92; İnce, s. 202; Kurt, s. 163.

²⁸⁰ Erlüle, s. 62.

²⁸¹ Çakır, s. 92.

²⁸² https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (E.T. 12.10.2024).

²⁸³ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (E.T. 12.10.2024).

ancak çocuğun üstün yararına açıkça uygun olduğu anlaşılıyorsa hakim tek başına velâyete karar verebilir²⁸⁴.

Alman Hukuk Sistemi özelinde yer alan düzenlemelere bakıldığında evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ebeveynlerin çocuk üzerindeki velâyetinin ortak velâyet olarak devam etmesi kuraldır. Evlilik birliği içindeki düzenleme boşanma halinde de herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın kendiliğinden devam eder²⁸⁵. Ancak çocuğun ikameti konusunda farklı bir durum geçerli olup çocuk, ebeveynlerin ortak kararı veya mahkeme hükmüyle çocuk ebeveynlerden yalnızca biriyle ikamet etmektedir²⁸⁶.

III. İSVİÇRE HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

İsviçre’de temelde Aile hukuku, İsviçre Medeni Kanunu’nun 1912 yılında yürürlüğe girmesi ile düzenlenmiştir. Kanun yaklaşık 60 yıl boyunca hiçbir değişikliğe uğramadan uygulanmaya devam etmiştir. Ancak 1970’lerden itibaren velâyet ve nafaka hükümleri de dahil olmak üzere aile hukukuna ilişkin evlenme, boşanma, evlat edinme, evlilik dışı yaşam birlikteliği ve eşcinsel birlikteliklere ilişkin pek çok konuda farklı değişiklikler ve reformlar yapılmıştır²⁸⁷. 1970-2017 yılları arasında çeşitli tarihlerde çocuk hakları ve velâyet düzenlemeleri başta olmak üzere aile hukukuna ilişkin köklü kanun değişikliklerinin yapıldığı gözlenmiştir²⁸⁸.

İsviçre hukukunda da Alman Hukukunda olduğu gibi velâyet kurumunun “*ebeveyn sorumluluğu*” adı altında düzenlemeye tabii olduğu görülmektedir²⁸⁹. Çoğu sanayileşmiş Batı toplumlarında görüldüğü gibi İsviçre’de de sosyolojik ve demografik olarak köklü değişimler yaşanmış ülkedeki boşanma oranları son yıllarda

²⁸⁴ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (E.T. 12.10.2024); Çakır, s. 92.

²⁸⁵ Çakır, s. 92; Dethloff, s. 324.

²⁸⁶ Dethloff, s. 319; Çakır, s. 92.

²⁸⁷ Çakır, s. 92; Bölükbaşı, s. 71-72; Schwenzer, Ingeborg / Keller, Tomie, Recent Developments In Swiss Family Law, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni C.35, S. 1, Y.2015, s. 8. <https://dergipark.org.tr/en/pub/iumhmohb/issue/29627/318171> (E.T.15.10.2024)

²⁸⁸ Schwenzer / Keller, s. 3-4; Apaydın, s. 449; Çakır, s. 93; Bölükbaşı, s. 70-72; Erlüle, s. 62.

²⁸⁹ Erlüle, s. 61; Çakır, s. 93; Schwenzer / Keller, s. 4.

artış göstermiştir²⁹⁰. Aynı zamanda ülkede evlilik oranının azaldığı ve evlilik dışı doğum oranının arttığı gözlenmiştir²⁹¹.

İsviçre Hukuku'ndaki aile hukuku temel düzenlemelerine göre evlilik birliği içinde ebeveynler aileye ve çocuklara birlikte bakmakla yükümlüdür²⁹². Evlilik birliğinin devamında ve ailenin korunmasında iki eşe de eşit katkı hakkı tanınmakla eşlerin bu hususta karşılıklı uzlaşması halinde olmaları esas alınmıştır. Aile birliğinin korunması düzenlemelerinin kapsamında aile konutunun korunmasına yönelik düzenlemelere de yer verildiği anlaşılmaktadır²⁹³.

İsviçre'de, 1998 yılına kadar aile hukuku düzenlemeleri ataerkil bir yapı sergileyerek velayet hususunda tek başına velayeti benimsemekteydi²⁹⁴. Ülkede bu tarihe kadar aile kurumunda geleneksel yaklaşım hâkimdir. İsviçre'de velâyet kurumunun başka bir ifade ediliş şekli olan ebeveyn sorumluluğu kavramı, ebeveyn bakımı (*elterliche sorge*) olarak adlandırılan yasal ebeveynlikle ilişkilidir²⁹⁵. Ebeveyn sorumluluğu, velâyete tabi çocuğa bakma ve onu yetiştirme görevini ve ayrıca üçüncü taraflarla olan tüm ilişkilerde çocuğu temsil etme yetkisini kapsar. Yasal olarak çocuk üzerinde ebeveyn hakkına sahip olmayan bir kişi ebeveyn sorumluluğuna tabi olmaz²⁹⁶.

İsviçre Medeni Kanunu'na göre yasal ebeveynler, ebeveyn sorumluluğuna sahip olmasına bağlı olmaksızın çocuk reşit olana kadar (on sekiz yaş) çocuklarını desteklemekle yükümlüdür²⁹⁷. Aynı zamanda çocuk henüz bu döneme kadar eğitimi tamamlanmamışsa eğitimin devamı boyunca destek olma yükümlülüğü devam eder²⁹⁸.

²⁹⁰ **Schwenzer / Keller**, s. 4, 5; **Erlüle**, s. 60, 61.

²⁹¹ 2013 yılına ait bir istatistikle İsviçre'de evlilik dışı doğan çocuk oranının 2000 yılına kıyasla iki katından fazla arttığı ifade edilmektedir. **Schwenzer / Keller**, s. 4, 5.

²⁹² **Schwenzer / Keller**, s. 5; **Bölükbaşı**, s. 73.

²⁹³ **Bölükbaşı**, s. 73; **Schwenzer / Keller**, s. 5.

²⁹⁴ **Güven**, s. 13; **Schwenzer / Keller**, s. 5; **Çakır**, s. 93.

²⁹⁵ **Schwenzer / Keller**, s. 20; **Çakır**, s. 94; **Schwenzer**, Ingeborg / **Keller**, Tomie, New Rules On Parental Responsibility In Switzerland, The International Responsibility Law, 2014, s. 458 <https://isfl.world/> (E.T. 15.10.2024); **Erlüle**, s. 61.

²⁹⁶ **Schwenzer / Keller**, s. 20; **Çakır**, s. 94.

²⁹⁷ **Schwenzer / Keller**, s. 22,23; **Erlüle**, s. 63.

²⁹⁸ **Erlüle**, s. 63; **Schwenzer / Keller**, s. 22-23.

İsviçre Hukukunda ebeveyn bakımı olarak ifade edilen velâyet, evlilik birliğinin devamı boyunca ana ve baba tarafından birlikte kullanılır²⁹⁹. Boşanma halinde ebeveyn sorumluluğunun kime ait olacağıyla ilgili 2000 yılına kadar Eski ZGB Art. 297/1 hükmüne göre ana ve babanın evli olup olmamasına göre sonuç değişmekle ana ve baba evli ise velâyeti birlikte kullanmaktaydı. Ana ve babanın boşanmaları durumunda velâyet ana ve babadan birine verilmekteydi (Eski ZGB Art. 133/3, 298a/1)³⁰⁰. Ana ve baba hiç evlenmeden çocuk doğmuşsa velâyet anaya aitti (Eski ZGB Art. 298/1)³⁰¹.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 1978 tarihli Art. 297, TMK m. 336 ile tamamen örtüşecek şekilde kaleme alındığı ifade edilmektedir³⁰². İlgili madde hükmüne göre evlilik birliği içinde ebeveynler velâyet yetkisini birlikte kullanımının düzenlendiği, ortak hayata son verilmesi ve ayrılık durumunda hâkimin velâyeti tek bir ebeveyne verebileceği, eşlerden birinin ölümünde sağ olana ve boşanma halinde de çocuk kendisine bırakılan ebeveyne ait olacağı düzenlemesinin yer aldığı görülmektedir (ZGB Art. 297)³⁰³.

Ancak 1998'de kabul edilen ve 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren boşanma hukuku revizyonuyla kadın erkek eşitliğini temel alan düzenlemelere yer verildiği görülmektedir³⁰⁴. Söz konusu düzenlemeye göre ZGB Art. 297'nin ilk iki fıkrası aynen korunarak üçüncü fıkra değişikliğe gidilmiştir³⁰⁵. İlgili maddenin yeni haline göre Art. 297/III hükmünde “*boşanma halinde ise mahkemenin boşanma hükümlerine göre karar vereceği*” düzenleme altına alınmıştır³⁰⁶.

1 Ocak 2000 tarihli revizyonla birlikte, İsviçre'de evli olan ve olmayan ana ve baba arasındaki eşitsizliğe son verilerek evli olup olmamasına bakılmaksızın, boşanan ve ayrılan ebeveynlerin müşterek çocuk üzerindeki velâyetin birlikte kullanımının önü

²⁹⁹ Çakır, s. 93; Erlüle, s. 63; Schwenzer / Keller, New Rules, s. 457,470; Güven, s. 13.

³⁰⁰ Bölükbaşı, s. 72; Öcal Apaydın, s. 634; Çakır, s. 94.

³⁰¹ Bölükbaşı, s. 72; Erlüle, s. 63; Güven, s. 13.

³⁰² Güven, s. 13.

³⁰³ İsviçre Medeni Kanun'u ilgili hüküm çeviri tam metni için bkz. Güven, s. 13,14.

³⁰⁴ Schwenzer / Keller, s. 5; Çakır, s. 93.

³⁰⁵ Güven, s. 14.

³⁰⁶ İsviçre Medeni Kanun'u ilgili madde çeviri tam metni için Güven, s. 14.

açılmıştır³⁰⁷. İsviçre’de boşanma halinde tek başına velâyet kural, birlikte velâyet ise istisna olarak kabul edildiği görülmektedir³⁰⁸. Bu tarihten sonra ise İsviçre hukukunda boşanma halinde yasal olarak birlikte velâyetin tanınabilmesi için birtakım düzenlemeler yapılmış ve yapılan değişiklik sonrası ZGB ‘deki “*velâyete bağlı hak ve yükümlülükler*” kenar başlığını taşıyan Art. 133’te velâyet kararlarında dikkate alınacak esaslar düzenlenmiştir³⁰⁹.

Söz konusu maddedeki ortak velâyete ilişkin olarak iki ebeveynin ortak talebinin olması, ebeveynlerin çocuğun bakımı yönünden paylaşımları ile çocuğun bakım giderlerine ilişkin katkılarını da içeren ebeveynler tarafından düzenlenmiş ortak velâyete ilişkin anlaşma belgeleri ve velâyetin birlikte kullanımının çocuğun yararına olduğunu da dikkate alan hâkim onayı gibi koşulların olduğu görülmektedir³¹⁰. Görüldüğü üzere hâkimin resen karar yetkisi olmaksızın ebeveynlerin ortak talebinin ve çocuğun menfaati ölçüsünün ön planda olduğu ve bu şartlar sağlanamadığında ebeveynlerden yalnızca birinin çocuk üzerinde velâyeti söz konusu olduğu anlaşılmaktadır³¹¹. Bu düzenlemeyle birlikte uygulamada yer alan ve psikologların desteklediği boşanan ebeveynlerin çocuklarının olabildiğince ana ve babasından ayrılmaması ve benzer şekilde kardeşlerin ebeveynler arasında paylaştırılmaması düşüncelerine hizmet ettiği ifade edilmiştir³¹². Ancak AİHM tarafından ortak velâyetin ebeveynlerin birlikte taleplerine bağlı kılınması koşulu AİHS’nin 14. maddesine aykırı bulunmuştur³¹³. Aynı zamanda 2000 yılında yapılan revizyonlar İsviçre doktrininde yoğun bir şekilde eleştiriye maruz kalmıştır³¹⁴.

³⁰⁷ Erlüle, s. 63; Bölükbaşı, s. 72; Öcal Apaydın, s. 635.

³⁰⁸ Bölükbaşı, s. 72; Erlüle, s. 63; Öcal Apaydın, s. 643; İnce, s. 204; Schwenzer / Keller, New Rules, s. 457; Yılmaz, s. 33.

³⁰⁹ Güven, s. 13, 15; Bölükbaşı, s. 72; Schwenzer / Keller, New Rules, s. 457, 460.

³¹⁰ Bölükbaşı, s. 73; Kurt, s. 16; Akyüz, s. 230; İnce, s. 204; Erlüle, s. 63; Çakır, s. 94; Güven, s. 15.

³¹¹ Bölükbaşı, s. 73; Kurt, s. 162; Akyüz, s. 230; İnce, s. 204; Güven, s. 15.

³¹² Güven, s. 15.

³¹³ Öcal Apaydın, s. 638; Bölükbaşı, s. 73; İnce, s. 204; Schwenzer / Keller, New Rules, s. 457.

³¹⁴ Bölükbaşı, s. 73; Öcal Apaydın, s. 642.

1 Temmuz 2014 tarihinde İsviçre’de söz konusu AİHM kararları ve öğretideki eleştiriler de dikkate alınarak velâyet kurumunda yeniden revizyona gidilmiş³¹⁵ ve İsviçre’de ana ve babanın evli olup olmamasına bakılmaksızın çocuğun üstün yararı ilkesi de dikkate alınarak ve kadın- erkek eşitliğinin sağlanabilmesi amacıyla ortak velâyet kurumuna yer verilmiştir³¹⁶. Bu tarihten sonra İsviçre Medeni Kanunu’ndaki 133. madde düzenlemesi olan boşanma halinde belirli şartların varlığını kabul eden ortak velâyet düzenlemesi tamamen değiştirilmiştir³¹⁷. Değişikliklerin amacı, ebeveynlerin medeni hallerine bağlı kalmaksızın evlilik dışı doğan çocuklar ile boşanmış ya da ailesi ayrı yaşayan çocuklar yönünden ebeveyn sorumluluğu bakımından oluşan ayrımcılığı ortadan kaldırmaktır³¹⁸.

21 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe giren bir değişiklik ile de ZGB Art. 296’da birtakım düzenlemeler yapılmıştır³¹⁹. İsviçre Medeni Kanunu’nda meydana gelen bu değişimler ile genel ilkeleri düzenleyen ZGB Art. 296 ve çocuğun yararının ebeveyn sorumluluğunun temel amacı olduğu ZGB Art. 296/I ile öne çıkmıştır³²⁰. İsviçre yasama organına göre ebeveynlerin evli olup olmamasından, ayrılmış veya boşanmış olmasından bağımsız olarak, her çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesi için sorumluluk alan ebeveynlere sahip olma hakkı olduğundan, kanun koyucu ortak ebeveyn sorumluluğunun genellikle çocuğun refahını en iyi şekilde hizmet ettiği görüşündedir³²¹.

ZGB Art. 296/II genel bir kural olarak, küçük çocukların ebeveynlerinin ortak sorumluluğunda oldukları belirtmektedir³²². Ancak 12 yaşından küçük ebeveynler veya genel vesayete tâbi olan reşit ebeveynler ZGB Art. 296/III hükmüne göre ebeveyn sorumluluğuna tâbi olamazlar³²³. Küçük ebeveynler ancak reşit olduklarında ebeveyn

³¹⁵ **Öcal Apaydın**, s. 643; **Bölükbaşı**, s. 74; **Çakır**, s. 94.

³¹⁶ **Bölükbaşı**, s. 74; **Öcal Apaydın**, s. 145, 146; **Birinci Uzun**, s. 155; **Tokuş**, Aylin, Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet, Ankara 2021, s. 94; **Yılmaz**, s. 32.

³¹⁷ **Bölükbaşı**, s. 74; **Güven**, s. 15; **Yılmaz**, s. 32.

³¹⁸ **Bölükbaşı**, s. 73; **Çakır**, s. 94; **Schwenzer/ Keller**, New Rules, s. 457.

³¹⁹ **Çakır**, s. 94; **Öcal Apaydın**, s. 1; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 457; **Güven**, s. 16.

³²⁰ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 457; **Güven**, s. 16; **Çakır**, s. 94; **Öcal Apaydın**, s. 1.

³²¹ **Güven**, s. 16; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 459; **Çakır**, s. 94; **Tokuş**, s. 94.

³²² **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 459; **Çakır**, s. 94; **Güven**, s. 16; **Tokuş**, s. 94.

³²³ **Güven**, s. 16; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 459; **Çakır**, s. 94.

sorumluluğuna kendiliğinden tâbi olurlar³²⁴. Aynı tarihteki değişiklik ile Art. 298'deki düzenlemeye göre mahkeme, çocuğun yararını gözeterek velâyeti anne veya babadan birine verebilir. Eğer gerekli görürse, velâyeti yalnızca koruma, kişisel ilişki veya bakım yetkisiyle sınırlayabilir. Anne ve baba velâyeti üstlenme konusunda tereddüt yaşıyorsa, Çocuk Koruma Kurumu vasi atayabilir³²⁵.

İsviçre'de evlilik birliği içinde ebeveyn sorumluluğuna bakıldığında sorumluluğun her iki ebeveyn için de ortak olduğu görülmektedir³²⁶. Yapılan revizyonlardan sonra da evlilik birliği içindeki ebeveyn sorumluluğu değişmemekte, çocuğun doğumuyla birlikte sorumluluk da ortaya çıkmaktadır³²⁷.

İsviçre'de yapılan revizyonlarla birlikte artık boşanmış ebeveynler için ortak ebeveyn sorumluluğu kural olarak kabul edilmiştir³²⁸. Böylece ana ve babanın evlilik birliği içinde ortak olan ebeveyn sorumluluğu boşanma halinde varlığını koruyarak çocuğun ergin olana kadar ana ve babasının sorumluluğunda olması ilkesi esas kabul edilmektedir. Aynı zamanda çocuğun menfaatinin gerektirdiği ölçüde ZGB Art. 298'de düzenlendiği üzere çocuğun velâyetinin ebeveynlerde birine bırakılması gerekli ise tek başına velâyete de karar verilebileceği kabul edilmiştir³²⁹.

Boşanma halinde ZGB Art. 133/I hükmü gereği mahkeme, çocuğun menfaati ölçüsüne uygun olarak ebeveyn sorumluluğuna karar verirken çocuğun korunmasını, bakımını, velâyetini, ebeveynlerle çocuk arasında kurulacak kişisel ilişkiyi, ebeveyn haklarını ve sorumluluğun paylaşım yöntemini ayrı ayrı belirtir³³⁰. Hâkim, ZGB Art. 133/II'ye göre çocuğun menfaatine uygun olanı belirlerken ebeveynlerin taleplerini ve çocuğun görüşlerini dikkate alarak düzenlemeler yapar³³¹. Ancak hâkim taleplerle

³²⁴ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 459; **Çakır**, s. 94.

³²⁵ İsviçre Medeni Kanun'u İlgili madde çeviri tam metni için **Güven**, s. 16,17.

³²⁶ **Güven**, s. 19; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 460; **Çakır**, s. 95; **Erlüle**, Revizyonlar, s. 563; **Yılmaz**, s. 85.

³²⁷ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 460; **Çakır**, s. 95.

³²⁸ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 461; **Çakır**, s. 94-95; **Erlüle**, s. 62.

³²⁹ **Çakır**, s. 95; **Erlüle**, Revizyonlar, s. 564; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 461.

³³⁰ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 461; **Çakır**, s. 95.

³³¹ **Erlüle**, Revizyonlar, s. 564; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 461; **Çakır**, s. 95.

bağlı değildir ve hakikati resen araştırmakla görevlidir³³². Bu yetkiye paralel olarak çocuğun yararı tek başına velâyeti gerekli kılıyorsa hâkim, ZGB Art. 298'e uygun olarak tek başına velâyete hükmedebilir. Aynı zamanda ebeveynlerden hiçbiri velâyeti üstlendiği düşünülüyorsa hâkim çocuk koruma hükümlerine göre çocuk için vasi belirlenmesine karar verebilir³³³.

Evli olmayan ebeveynler yönünden reformla birlikte yapılan düzenlemeler kapsamında ciddi değişiklikler yaşanmıştır. Reformdan önce anneye verilen ebeveyn sorumluluğu ve ortak velâyetin ancak birlikte talep edilmesi halinde verileceği düzenlemeleri etkisini yitirmiş ve 2000 yılından itibaren evli olmayan ebeveynler için ortak velâyet kararlarında artış yaşanmıştır³³⁴. Geline nokta ZGB Art.296/II düzenlemesine göre ortak ebeveyn sorumluluğu evli olmayan ebeveynler için de geçerli olmuştur³³⁵.

ZGB ebeveyn sorumluluğunun kapsamını belirlemiştir. Bir çocuğun yetiştirmesi, ikametgâhı, ona bakma görevi ve üçüncü taraflarla olan tüm ilişkilerinde çocuğu temsil etme yetkisi ebeveyn sorumluluğu kapsamındadır³³⁶. İlgili kanunda ortak ebeveyn sorumluluğu durumunda tek başına karar verme yetkisi konusunda da birtakım kurallar mevcuttur. Ebeveynler ortak ebeveyn sorumluluğuna sahip oldukları çocuklarla ilgili tek başına karar veremezler³³⁷. Ortak ebeveyn sorumluluğu ebeveynlerin çocukla ilgili her şeyi birlikte düzenlemelerini ve ebeveynlerden hiçbirinin karar almada önceliğinin olmamasını gerektirir³³⁸. Ancak ortak ebeveyn sorumluluğuna sahip ebeveynlerin birlikte yaşamadıkları veya fiilen müşterek çocuğun yalnızca bir ebeveynle birlikte büyüdüğü, onun ikametgahında eğitim aldığı durumlarda tek başına karar almalarına izin verilmiştir³³⁹. Bu kapsamda çocuğun beslenmesi, giyimi vs. gibi günlük ve acil konularda çocuğa bakan ve fiilen çocukla

³³² **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 461.

³³³ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 461; **Yılmaz**, s. 86.

³³⁴ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 461.

³³⁵ **Bölükbaşı**, s. 78; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 462.

³³⁶ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 467.

³³⁷ **Çakır**, s. 95; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 467; **Bölükbaşı**, s. 78.

³³⁸ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 467.

³³⁹ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 467.

birlikte ikamet eden ebeveynin tek başına karar alması mümkündür³⁴⁰. Ancak çocuğun okulu veya din değişikliği gibi konular bu kapsamda sayılmayacak düzeyde ortak karar almayı gerektiren hususlardır³⁴¹. Yine benzer şekilde çocuğa bakan ebeveynin karar alma süresinde makul bir çaba göstermesine rağmen diğer ebeveyne ulaşamaması, telefon, adres, seyahat bilgi eksikliği gibi durumlarda da tek başına karar alma yetkisinden bahsedilir³⁴². Kanun acil ve günlük konular gibi tek başına karar alma yetkisi gerektirecek hususları tek tek düzenlemek yerine bu kısmı yargı kararlarına ve içtihatlarla bırakmıştır³⁴³.

Ortak ebeveyn sorumluluğuna sahip çocuğun yerleşim yeri de ebeveyn sorumluluğu kapsamında olup özel düzenlemeye tabidir (ZGB Art. 301a/2). Ebeveyn sorumluluğuna sahip ebeveynin her ne kadar çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkı olsa da yerleşim yerinin değiştirilmesine ilişkin birtakım kısıtlar mevcuttur³⁴⁴. Bu açıdan müşterek çocuğun yerleşim yerinin değiştirilmesi onun yurtdışına taşınmasını gerektiriyorsa veya diğer ebeveynin sorumluluklarını yerine getirmesinde birtakım güçlükler oluşturuyorsa diğer ebeveynin de bu değişikliğe onay vermesi gerekmektedir³⁴⁵. Diğer ebeveynin rızası olmadan ebeveynlerden biri çocukla birlikte taşınmaya karar verirse ve taşınmaya karar verilen yer, 25 Kasım 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırımlarının Medeni Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi³⁴⁶ veya 20 Mayıs 1980 tarihli Çocukların Velâyeti ile Çocukların Velâyetinin Geri Verilmesine Dair Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin³⁴⁷ taraflarından birine ait ülke olursa uluslararası çocuk kaçırma gerekçesiyle iade prosedürleri başlatılabilmektedir³⁴⁸.

³⁴⁰ Çakır, s. 95, 96; Schwenzer / Keller, New Rules, s. 467.

³⁴¹ Schwenzer / Keller, New Rules, s. 467.

³⁴² Schwenzer / Keller, New Rules, s. 467; Çakır, s. 95.

³⁴³ Çakır, s. 96; Schwenzer / Keller, New Rules, s. 468.

³⁴⁴ Schwenzer / Keller, New Rules, s. 468; Çakır, s. 96.

³⁴⁵ Schwenzer / Keller, New Rules, s. 468; Çakır, s. 96.

³⁴⁶ <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflisoz/lahey.htmlm> (E.T. 24.02.2025).

³⁴⁷ <https://rm.coe.int/cocuklar-n-velayeti-ve-cocuklar-n-velayetin-in-iadesine-iliskin-kararla/1680a40929> (E.T. 24.02.2025).

³⁴⁸ Bölükbaşı, s. 79; Schwenzer / Keller, New Rules, s. 469.

İsviçre’de boşanma halinde veya evli olmayan ebeveynlerin ortak ebeveyn sorumluluğu gündeme geldiğinde ebeveynler, velâyet, kişisel ilişki kurulması, çocuğun desteği ve bakımı gibi konularda çocuğun menfaatlerine uygun olacak şekilde ilgili düzenlemeleri yapmak üzere karşılıklı görüşme yapmak zorundadır. Hâkim gerekli anlaşma sağlanamadığında gereken kararı verecektir³⁴⁹.

Son olarak belirtmek gerekir ki İsviçre’de 2013 yılında yapılan değişikliklerle birlikte vesayet ve kısıtlama kurumları da yenilenmiş çocuklar ve yetişkinlere ilişkin koruyucu önlemler almak üzere “*çocukları ve yetişkinleri koruma makamı*” yetkili hale gelmiştir³⁵⁰. Kısaca KESB (Kindes und Erwachsenenschutzbehörde) olarak adlandırılan çocuk ve yetişkinleri koruma makamı, velâyetle ilgili evlilik dışı ilişkilerde ve boşanmalarda gerekli önlemler ve kararlarla ilgili yetkili makam olarak kurulmuştur³⁵¹. Velâyetle ilgili çıkan uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurunun yanında KESB’e de başvuru yetkisi verildiğinden ebeveynlerden birinin diğerinin ortak velâyet talebini kabul etmemesi durumunda talep eden tarafın KESB’e başvurarak çözüm talep etmesi mümkün hale gelmiştir³⁵². İsviçre’de aynı zamanda ortak velâyetin kurulması konusunda tarafların anlaşmaları halinde nüfus müdürlüklerinin de yetkili olduğu belirtilmiştir³⁵³.

İsviçre’de 1 Ocak 2017 tarihinde “Çocuk Bakım Kanunu” ve ZGB’nin 298. maddesinde değişiklikler yapıldığı görülmektedir³⁵⁴. “*Alternatif Himaye*” kavramını düzenleyen ZGB Art. 298/II’e göre ortak velâyetin varlığı halinde mahkemenin çocuğun ya da ebeveynlerden birinin talebi ile çocuğun yararına da uygunsa *alternatif himaye (alternierende Obhut)* şartlarını inceleyeceği düzenlenmiştir³⁵⁵. Çocuğun sabit bir konutta yaşayarak ebeveynlerin dönüşümlü olarak çocukla birlikte kaldığı ya da çocuğun ebeveynleri yanında dönüşümlü olarak yaşadığı, alternatif himaye

³⁴⁹ **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 469; **Bölükbaşı**, s. 79.

³⁵⁰ **Bölükbaşı**, s. 76; **Yılmaz**, s. 887.

³⁵¹ **Bölükbaşı**, s. 76; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 464.

³⁵² Ancak babalık davası bakımından özel düzenleme ile velâyet hususunda mahkeme kararı zorunluluğu bulunmaktadır. **Bölükbaşı**, s. 77; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 464.

³⁵³ **Bölükbaşı**, s. 77; **Schwenzer / Keller**, New Rules, s. 462.

³⁵⁴ **Bölükbaşı**, s. 77; **Yılmaz**, s. 20; **Çakır**, s. 96.

³⁵⁵ **Bölükbaşı**, s. 78.

modelinde; ortak velâyetle sahip ebeveynlerin çocuğun fiili bakımını eşit ve dönüşümlü olarak gerçekleştirmesi mümkün hale gelmektedir³⁵⁶. Türk Hukuk Sistemi’nde de İsviçre hukukundaki düzenlemelerden yararlanılarak bir kanunla ortak velâyetin düzenlenmesi gerektiği çeşitli yazarlarca ifade edilmektedir³⁵⁷.

IV. AMERİKAN HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

Common Law (Ortak Hukuk) olarak ifade edilen Amerikan Hukuk Sisteminde velâyet, 19. yüzyıla kadar babaya aitti³⁵⁸. 19. yüzyılın sonlarına doğru ise babanın kusuruna göre velâyet anaya verilmeye başladı³⁵⁹. 20. yüzyılda ise velâyet kararlarının temel noktası çocuğun menfaati oldu ve ana ve babanın kusurunu temel alan sistem geri planda kaldı³⁶⁰.

Velâyet konusundaki çocuğun menfaatinin özellikle küçük yaşlarda velâyetin anada olması gerektiği, çocuğun anaya daha çok ihtiyaç duyacağı varsayımı ile ana ve baba arasındaki eşitliği temel alan ortak velâyet herhangi bir öneme sahip değildi³⁶¹. Ancak ilerleyen zamanlarda çocuğun menfaatinin önemi anlaşılmaya başlandı³⁶². New York Aile Mahkemesi’nin Watts v. Watts³⁶³ davasında çocuğun menfaatinin önemi daha çok ortaya çıkmış ve 1973 yılından itibaren birçok eyalette ortak velâyetle izin veren yasalar çıkmış³⁶⁴ ve günümüzde 50 eyalet “Çocuk Velâyetinde Genel Yargı ve İnfaz Yasası (The Uniform Child- Custody Jurisdiction and Enforcement Act) ile “ortak velâyet” müessesesi kabul edilmiştir³⁶⁵.

³⁵⁶ Bölükbaşı, s. 77, 78; Kazmacı, s. 180; Çakır, s. 96.

³⁵⁷ Apaydın, s. 449; İnce, s. 189.

³⁵⁸ Ayanna, Ariel, “From Children’s Interests To Parental Responsibility: Degendering Parenthood Through Custodial Obligation”, UCLA Women’s Law Journal, C.1, S. 60, 2012, s. 1-60; Bölükbaşı, s. 86.

³⁵⁹ Ayanna, s. 4; Bölükbaşı, s. 86.

³⁶⁰ Bölükbaşı, s. 86; Ayanna, s. 10; Gülgösteren, s. 167.

³⁶¹ Ayanna, s. 10; Bölükbaşı, s. 86.

³⁶² Bölükbaşı, s. 86.

³⁶³ <https://www.casemine.com/judgement/us/591496e6add7b049345e9d42> (E.T. 15.10.2024).

³⁶⁴ Bölükbaşı, s. 86, 87.

³⁶⁵ Gülgösteren, s. 175; Bölükbaşı, s. 87.

Amerika Hukuk sisteminde boşanma halinde ortak velâyete karar verilirken tarafların anlaşmaları ya da arabulucu huzurunda uzlaşmaları ve velâyetin kullanımına yönelik bir planın yapılması gibi hususlarda mahkemenin teşviki söz konusu olmaktadır³⁶⁶. Ancak bütün eyaletlerde ortak velâyete ilişkin ebeveynlerin anlaşma yapmaları ön şartı aranmamaktadır³⁶⁷.

V. İNGİLİZ HUKUKUNDA BİRLİKTE VELÂYET

İngiliz Hukuk Sistemi'ne göre İngiltere' de 18. yüzyıl sonlarına kadar velâyet baba tarafından kullanılan bir kurumdu³⁶⁸. 20. yüzyılla birlikte çocuğun üstün yararı ilkesinden hareketle velâyet kararları farklı şekilde değerlendirilir hale geldi³⁶⁹. Bu dönemden itibaren ebeveynler boşanmış ya da hiç evlenmemiş olsalar da çocuğun yararına olanın ebeveynleriyle birlikte yaşamak olduğu kabul görmektedir³⁷⁰. Bu varsayımdan hareketle İngiltere'de 1989 yılında yürürlüğe giren ve 2002 yılında evlilik dışı ilişkiler gibi hususlarda yenilenen "Children Act (CA)" (Çocuklar Kanunu) ile öncesinde boşanma halinde yalnızca ebeveynlerden birine bırakılan velâyet hususunda köklü değişiklikler yapılmıştır³⁷¹.

Bu düzenlemeyle birlikte İngiliz hukukunda evlilik birliği içinde ana ve babaya yüklenen velâyet sorumluluğu boşanma halinde de devam edeceği, ortak velâyet hakkının kendiliğinden sona ermeyeceği öngörülmüştür³⁷². Ana kural velâyet konusunda ana ve babanın yetkisi olmakla birlikte mahkemenin müdahalesi bazen resen bazen de ana ve babanın talebi doğrultusunda olabilmektedir³⁷³.

Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyet devam etmektedir. Ancak mahkeme gerekli şartların varlığı durumunda ana ve babanın velâyeti tek olarak

³⁶⁶ Bölükbaşı, s. 88; Ayanna, s. 22; Weiner, Merle H, "Thinking Outside the Custody Box: Moving Beyond Custody Law to Achieve Shared Parenting and Shared Custody, University of Illinois Law Review, 2016/4, s. 1542.

³⁶⁷ Bölükbaşı, s. 89; Weiner, s. 1545.

³⁶⁸ Bölükbaşı, s. 89; Ayanna, s. 9.

³⁶⁹ Bölükbaşı, s. 89; Ayanna, s. 10; Gülgösteren, s. 167.

³⁷⁰ Weiner, s. 1545.

³⁷¹ Bölükbaşı, s. 90; Tokuş, s. 95; İnce, s. 206.

³⁷² Tokuş, s. 95; İnce, s. 206; Bölükbaşı, s. 90, 91.

³⁷³ Tokuş, s. 95.

kullanmasına da karar verebilir³⁷⁴. Velâyet tabî çocuğun bakımı, ikametgahı, eğitimi ve velâyet sorumluluğunun ne şekilde paylaşılacağı hususlarında ebeveynlerin ortak kararlar hazırladıkları belgeyi hâkim onayına sunmaları gerekmektedir³⁷⁵. Boşanma halinde ortak velâyetin kullanım şekliyle ilgili modellerden biri olan çocukla ilgili karar verme yetkisinin, çocuğun bakımını sağlayan ve çocukla birlikte ikamet eden ebeveynde olduğu, diğer ebeveynin ise yalnızca alınan kararlara itiraz hakkının olduğu model İngiltere’de de uygulanmaktadır³⁷⁶.

VI. FRANSIZ HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

Fransız Medeni Kanunu’nda 4 Nisan 1970 tarihli düzenlemeye kadar velâyet, yalnızca babanın çocukları üzerinde sahip olduğu bir otorite (*puissance paternelle*) iken 1970 yılında yapılan düzenlemeyle velâyetin çocuğun çıkarları da gözetilen hak ve sorumluluk (*autorité parentale*) olarak tanımlanmış ve bu hak ve sorumluluğun ana ve babanın paylaşımında olduğu kabul edilmiştir³⁷⁷. Bununla birlikte Fransa’da 1987 yılında 87-570 sayılı Kanun ile ortak velâyetle ilişkin bir düzenleme yapılmamasına rağmen velâyetle ilişkin birtakım değişiklikler yapılmıştır³⁷⁸.

8 Ocak 1993 tarihli ve 93-22 sayılı Kanun ile ebeveynlerin boşanmaları veya evli olmamaları halinde müşterek çocuklar üzerindeki ebeveyn sorumluluğunun ortak olarak devam etmesi yönünde Fransız Hukuku’nda ilk defa ortak velâyet kabul edilmiştir³⁷⁹. Ancak kanunun evlilik içi ve evlilik dışı doğan çocuklar arasında ayrımcılığa yol açtığı yönünde yapılan eleştiriler sonrası, 4 Mart 2002 tarihli ve 2002-305 sayılı Kanunla velâyetin kullanımı yeniden düzenlenmiştir³⁸⁰.

³⁷⁴ Bölükbaşı, s. 90.

³⁷⁵ Tokuş, s. 95; İnce, s. 206, 207.

³⁷⁶ Bu ortak velâyet modelinde her iki ebeveynin ortak karar aldığı konular sınırlı sayıdadır. Serdar, s. 269.

³⁷⁷ Bölükbaşı, s. 79; Ferrand, Frédérique, “Parental Responsibilities – France (National Report: France, s. 1. <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Parental-Responsibilities.pdf> (E.T. 20.10.2024).

³⁷⁸ Bölükbaşı, s. 79-80; Ferrand, s. 3.

³⁷⁹ Ferrand, s. 3; Bölükbaşı, s. 80.

³⁸⁰ Bölükbaşı, s. 80; Ferrand, s. 3.

Günümüzde Fransız Hukuku'nda Fransız Medeni Kanunu /Code Civil CCG Art. 373/2 göre ebeveynlerin medeni durumlarında boşanma veya ayrılma sebebiyle meydana gelen değişimlerin velâyetin yürütülmesi konusuna herhangi bir etkisi yoktur³⁸¹. Fransa'da evli olsun ya da olmasın ebeveynler açısından velâyetin ortak/ birlikte kullanılması kural haline gelmiştir³⁸². Bunlar dışındaki durumlarda Fransız Medeni Kanun'u /Code Civil CCG Art. 372 hükmüne göre ebeveynlerin ortak bildirimi aranmaktadır³⁸³.

Fransız Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan ve ebeveyn otoritesi olarak tanımlanan kavram, velâyete tâbi çocuk ile ebeveynleri arasındaki kişisel ilişkilerin sürdürülmesi, çocuğun bakımı ve korunması, ikametgahının belirlenmesi, eğitimi, yasal temsiliyeti, çocuğa karşı bir bakım yükümlülüğü, mülkün yönetimi ve ebeveynlerin çocuklarının neden olduğu zararlar için hukuki sorumluluğu olmak üzere çeşitli konuları kapsadığı ifade edilmektedir³⁸⁴. Yasal olarak velâyete tâbi çocuğun çıkarlarını temel alan ebeveyn sorumluluğu kapsamında, ana ve babalar çocuklarının kişisel gelişimine katkıda bulunmak, onun reşit olana kadar güvenliğini sağlamak, sağlığını ve ahlakını korumakla yükümlüdürler³⁸⁵. Çocuğun da ebeveyn otoritesine paralel olarak ebeveynlerine bu konuda saygı duyması gerekliliği ifade edilmiştir³⁸⁶.

Fransa'da çocukla ilgili “*alternatif himaye*” olarak da nitelendirilen, temelinde çocuğun fiili bakımını kapsayan değiştirme modeli (*Wechselmodell*), imkânı tanınmış ve 4 Mart 2002 tarihli kanunla kabul edilmiştir³⁸⁷. Fransız hukukunda çocuğun yerleşim yeri ana ve babadan birinin yerleşim yeri veya her ikisinin birden yerleşim yeri olarak kabul edilmektedir (CCF m. 373/2-9)³⁸⁸.

³⁸¹ Yılmaz, s. 32; Bölükbaşı, s. 80.

³⁸² Yılmaz, s. 32; Bölükbaşı, s. 80.

³⁸³ Yılmaz, s. 32; Bölükbaşı, s. 80; Ferrand, s. 11.

³⁸⁴ Ferrand, s. 1; Bölükbaşı, s. 80.

³⁸⁵ Ferrand, s. 1.

³⁸⁶ Ferrand, s. 1.

³⁸⁷ Yılmaz, s. 253.

³⁸⁸ Yılmaz, s. 253.

§ 7. ORTAK VELÂYET HAKKINI DÜZENLEYEN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE BELGELER

Uluslararası hukuk anlamında evlilik birliğinin sona ermesi hallerinde velâyetin ortak kullanımı konusunda gerek tavsiye niteliğinde gerekse ülkemizin tarafı olması sebebiyle birtakım yükümlülükler doğuran uluslararası sözleşme ve belgeler yer almaktadır. Biz bu başlıkta özellikle çocuğun üstün yararına vurgu yapan ve bu alana hizmet eden başlıca sözleşme ve belgelere yer verilmektedir.

I. İNSAN HAKLARI VE ANA HÜRRİYETLERİ KORUMAYA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ VE EK 7 NUMARALI PROTOKOL

İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi, Temelini 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinden alan ve dünya barışını, adaletini tesis etmek amacıyla insan haklarının ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik düzenlenen ilk ve en önemli sözleşmedir³⁸⁹. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış, 10 Mart 1954 tarihinde ihtirazi kayıtlı³⁹⁰ onaylamıştır. Sözleşme, 366 Sayılı Onay Kanunu ile 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmî Gazete' de yayınlanmıştır³⁹¹.

22 Kasım 1984 tarihinde imzaya açılmış olan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol, 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol'ü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı Kanunla onaya uygun bulunarak 25 Mart 2016 tarih

³⁸⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf> (E.T. 20.10.2024).

³⁹⁰ Türkiye'nin ihtirazi kaydı şu şekildedir: "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine Ek Protokolün ikinci maddesi 3 Mart 1924 tarihi ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlal etmez." <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf> (E.T.20.10.2024).

³⁹¹ <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf> (E.T. 20.10.2024).

ve 29664 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış ve Türkiye açısından 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁹².

AIHS’nin ortak velâyet düzenlemeleriyle yakından ilgili olan maddeleri 8. ve 14. maddeleridir³⁹³. Söz konusu sözleşmenin “*Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı*” başlıklı 8. maddesine göre “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir*” ifadesi yer almaktadır. Hükme göre kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi sözleşme kapsamında güvence altına alınmış ve kamu makamlarının müdahalesi ancak sınırlı şartların varlığı halinde kabul edilmiştir.

Her ne kadar 8. madde metni doğrudan ortak velâyet düzenlemesi içermese de aile bağlarının korunması, aile yaşamına saygının “velâyet” konusunu da içine aldığı çeşitli AIHM³⁹⁴ kararlarında açıkça ifade edilmiştir³⁹⁵. Kararlarda çocuğun menfaati olgusunun aile hayatına saygının kapsamında değerlendirildiği ve çocuğun menfaatine uygun olmayan bir sonuçta 8. maddenin ihlali tespitinde bulunulduğu görülmektedir³⁹⁶.

Sözleşmenin “*Ayrımcılık yasağı*” başlıklı 14. maddesi ise şu şekildedir; “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din,*

³⁹² 28 Mart 2016 tarih ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 7 Numaralı Protokol’ün resmi Türkçe çevirisi, 8 Nisan 2016 tarih ve 29678 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. <https://resmigazete.gov.tr/> (E.T. 20.10.2024).

³⁹³ **Bölükbaşı**, s. 100.

³⁹⁴ Mahkeme, babanın ortak velâyet hakkının reddedilmesini, 8. ve 14. maddeye aykırı bulmuştur. AIHM, Zaunegger v. Germany (2009), T.03.12.2009, Başvuru No: 22028/04 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-1216> (E.T. 24.10.2024); AIHM, Neulinger and Shuruk v. Switzerland T. 06.07.2010, Başvuru No:41615/07 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99817> (E.T. 24.10.2024).

³⁹⁵ **Bölükbaşı**, s. 100.

³⁹⁶ Çocuğun üstün yararının, 8. madde ihlalleri bağlamında belirleyici olduğu ifade edilmiştir. AIHM, Neulinger and Shuruk v. Switzerland, T. 06.07.2010, Başvuru No:41615/07 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99817> (E.T. 24.10.2024).

siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır". 14. madde ile sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Bu kapsamda velâyet düzenlemelerinde ana ve baba arasında cinsiyet temelli ayrımcılık yapılamayacağı, ebeveynlerin çocuklar üzerindeki hakların farklı şekilde düzenlenmesi sözleşmenin 14. maddesine aykırılık oluşturabilir.

"*Salguerio da Silva Mouta*" davasında AİHM, eşcinsel ilişki içinde yaşayan bir ebeveynin velâyet hak ve yükümlülüklerini reddetmenin 14. madde kapsamında hak ihlali olduğunu değerlendirmiştir.³⁹⁷ AİHM "*Zaunegger*" davasında ise Almanya'da evli olmayan babaların ortak velâyet hakkını yalnızca annenin rızasına bağlayan düzenlemeyi, özel hayata saygı hakkına (8. madde) aykırı bulunmuş ve bu uygulamanın babalar açısından cinsiyet temelli bir ayrımcılık oluşturduğunu vurgulamıştır³⁹⁸. Bu kapsamda denilebilir ki üye devletlerin hakların ihlal edilmemesi için negatif yükümlülüklerinin yanında aile bağlarının sürdürülebilmesi için devletlerin pozitif yükümlülüğü de söz konusudur.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi hali başta olmak üzere evlilik birliğinin sona ermesinde ülkemizde de ortak velâyetin uygulanmasında önemli bir argüman Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesidir. Protokolün "*eşler arasında eşitlik*" başlıklı 5. maddesinde "*eşler evlilikte evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar*" ifadesi yer almaktadır. Ancak söz konusu eşitliğin uygulanmasında çocuğun üstün yararı ilkesine hizmet eden haller saklıdır³⁹⁹.

İlgili madde metnine göre evlilik birliğinin sona ermesi hallerinde ebeveynlerin velâyetten kaynaklı hak ve yükümlülüklerini ortak kullanmaya devam etmeleri

³⁹⁷ AİHM, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz*, T. 21.12.1999, Başvuru No:33290/96 <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=002-6139> (E.T. 26.10.2024).

³⁹⁸ AİHM, *Zaunegger v. Germany*, T. 03.12.2009, Başvuru No:22028/04 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-1216> (E.T. 24.10.2024).

³⁹⁹ Bölükbaşı, s. 101.

çocuğun üstün yararına aykırı olmadığı sürece protokolün “eşler arasında eşitlik” ilkesine uygun olacaktır. Velâyetin ortak kullanımı, eşlerin çocuklar üzerindeki sorumluluklarının eşit olduğu olgusuna da uygundur⁴⁰⁰. Bu sebeple ülkemiz başta olmak üzere iç hukuk kurallarınca evlilik birliğinin sona ermesi hallerinde ebeveynlerin velâyeti ortak kullanmalarına ilişkin düzenlemeleri bulunmayan ülkelerin bu yönde düzenlemelere yer vermesi gerekir⁴⁰¹.

Cernecki-Austria kararına göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin ortak velâyeti emretmediği sonucuna varmıştır⁴⁰². Kararda başvuru, Avusturya Medeni Kanununun 177. maddesinin eşler arasındaki eşitlik hakkını ihlal ederek boşanma durumunda ebeveynlerin velâyeti birlikte paylaşma konusunda ortak tekliflerinin olmasına rağmen yasal düzenlemelerin buna imkân vermediğini ve bu yaklaşımın çocuğun menfaatine olmadığını iddia etmiştir. Avusturya Hükümeti ise 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin yalnızca eşlerin cinsiyete dayalı farklı muamele görmesini yasakladığını, Avusturya Medeni Kanun'un 177. maddesinin Sözleşme ile uyumlu olduğunu, evliliğin sona ermesinden sonra eski eşlere çocukları ile ilgili olarak farklı yasal konumlar atayan düzenlemeleri yasaklamadığını, ebeveynlere verilen kişisel ilişki düzenleme hakkının yeterli düzeyde olduğunu ve eşler arasında uyum olduğu sürece velâyet sahibi eşin diğerine daha fazla hak ve yetki vermesinin mümkün olduğunu ancak mevcut düzenleme ile olası bir anlaşmazlıkta kesin çözüm sağlandığını öne sürmüştür.

⁴⁰⁰ Bölükbaşı, s. 101; Dönmez/Barın, s. 191.

⁴⁰¹ Akıntürk/Ateş, s. 409; Bölükbaşı, s. 102; Güven, s. 43; Kılıçoğlu, s. 501; Yargıtay 2.HD., T. 20.02.2017, E.2016/15771, K.2017/1737 “...somut olay değerlendirildiğinde "ortak velâyet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/I gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velâyete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velâyet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir...”

⁴⁰² AİHM, *Cernecki- Cernecki*, Avusturya, T. 11.07.2000, Başvuru No.31061/96 “Yasa koyucunun, velâyet hakkı olmayan ebeveyne erişim ve bilgi hakları sağlarken boşanmadan sonra ortak velâyet olasılığını dışlama kararının, Sözleşmeci Devlete bırakılan takdir yetkisi marjı içinde kaldığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin ihlal edildiğine dair bir görünüm bulunmamaktadır” <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5362> (E.T. 26.10.2024); Apaydın, s. 449.

AIHM, kararında; 7 No'lu Protokolün 5. maddesi, Devletlerin “*çocukların çıkarları açısından gerekli*” olan tedbirleri almasını engellemediğini, maddede yer alan otoritelerin müdahalelerine ilişkin “zorunluluk” kavramının acil toplumsal ihtiyaca ve meşru amaca uygun olduğunu, devletlerin bu konuda sınırlı takdir haklarının olduğunu ve bu hak yerine getirilirken müdahalenin ilgili ve yeterli olduğunun ispatının gerekli olduğunu hüküm altına almıştır. Aynı zamanda Mahkeme, mevcut kanun hükümlerinin boşanma sonrasında ortak velâyet talep etmeyen ya da velâyeti kullanmak istemeyen ebeveynler için net bir çözüm getirdiğini, boşanma durumunda aynı evde yaşamayacak ebeveynler için iletişimin zor olacağını ve çocukla ilgili alınacak kararlarda çelişkinin, resmi işlemlerde belirsizliğin ortaya çıkabileceğini, daha sonra meydana gelebilecek durum değişikliklerinin çocuğun menfaatini daha çok zedeleyeceğini, fiili olarak ortak velâyetin önünde engel olmadığını, mevcut düzenlemenin muhtemel anlaşmazlıklar için çocuğun menfaatine daha çok hizmet ettiğini ileri sürerek 14. madde kapsamında bir ihlalin varlığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁰³.

AIHM Cernecki-Austria kararında somut olayın özellikleri dikkate alınmış ve 2000 tarihli bir karar olması sebebiyle de kurumun sonraki kararlarından ayrıldığı görülmektedir⁴⁰⁴. Kararda, 7 No'lu Protokolün 5. maddesini çocuğun menfaatleri açısından ele alarak bir değerlendirmeye gidilmiştir. Somut olay bakımından devletin meşru amaca uygun olarak eşler arasında eşitlik ilkesine uygun sınırlamalar getirebileceğini açıkça belirtmiş⁴⁰⁵ ve evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde kural olarak tek başına velâyetin düzenlenmiş olmasını, boşanan eşlerin ayrı ikametgahta yaşamaları halinde ortak velâyete izin verilmemesini devletin takdir yetkisi kapsamında değerlendirmiştir. Aynı zamanda boşanma halinde ortak velâyeti zorunlu olmadığını ifade etmiştir. Protokolün 5. maddesinin doğru anlaşılabilmesi ve uygulanabilmesi açısından son derece önemlidir. AIHM, Ek 7 No'lu Protokolün eşler arasında eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddesini çocuğun üstün yararı özelinde

⁴⁰³ AIHM, Cernecki- Cernecki. Avusturya, T. 11.07.2000, Başvuru No.31061/96 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5362> (E.T. 26.10.2024).

⁴⁰⁴ Bölükbaşı, s. 103.

⁴⁰⁵ Bölükbaşı, s. 102.

değerlendirmeye almış ve karar tarihi itibarıyla çocuğun yararına uygun olanın ayrı evlerde yaşamaları halinde ebeveynlerin ortak velâyete sahip olmaması olduğunu varsaymıştır. Bu tespit her somut olayın özelliğine göre değişebileceği gibi “çocuğun yararı”⁴⁰⁶ kavramının kapsamı da zaman içinde farklı şekilde evrilebilecektir. Nitekim karar tarihinden sonra farklı şekilde AİHM kararları ve Avrupa Konseyinin ortak velâyete yönelik tavsiye kararları da dahil olmak üzere pek çok Avrupa ülkesinde boşanma halinde ortak velâyet düzenlemeleri olduğu görülmektedir⁴⁰⁷. Bu kapsamda karardan da anlaşılabacağı üzere Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesinin⁴⁰⁸ emredici nitelikte olmadığı, devletlerin sınırlı da olsa takdir yetkilerinin düzenlendiği, takdir yetkisinin sınırının çocuğun menfaati olduğu görülmektedir. Her ne kadar tartışmalara sebep olan madde emredici olmasa da çocuğun menfaati ölçüsünde ortak velâyet kararlarına eşler arasında eşitlik ilkesi ile destekleyici bir argüman olmasına engel bulunmamaktadır⁴⁰⁹.

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARINA DAİR SÖZLEŞME

Çocuk hakları konusunda tarihi süreç içinde hukuken son derece önemli gelişmelerin yaşandığı bilinen bir gerçektir. Bu gelişmelerin çoğunluğunun 20. yüzyılda gerçekleşmiş olduğu ise özellikle hak temelli yaklaşımları ön plana alan uluslararası metinlerden açıkça anlaşılmaktadır⁴¹⁰. Bu yüzyılda yaşanan toplumsal olaylar, savaşlar, insan haklarının ortaya çıkmasında rol alan sivil oluşumlar çocuk haklarının öneminin kavranmasına da zemin hazırlamıştır. Bu kapsamda çocuk haklarının en temel düzeyde ele alındığı ve bu tarihe kadarki çocuk hakları olgusuna en önemli katkıyı sunan ilk uluslararası sözleşme Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmedir⁴¹¹.

⁴⁰⁶ Çocuğun yararı ilkesi III. bölümün ilgili kısmında detaylarıyla açıklanmıştır.

⁴⁰⁷ **Bölükbaşı**, s. 102.

⁴⁰⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesinin Anayasa 90. madde kapsamında iç hukuka etkisi 3. Bölümde ayrıca inceleme konusu yapılmıştır.

⁴⁰⁹ Benzer görüş için bkz. **Bölükbaşı**, s. 103.

⁴¹⁰ **Bölükbaşı**, s. 97.

⁴¹¹ **Dönmez/Barın**, s. 188; **Ekşi**, Nuray, Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında Çocukların Uluslararası Korunması, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, 2016, s. 563.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir⁴¹². Türkiye bu Sözleşmeyi 14.09.1990 tarihinde imzalamış ve Sözleşme, 09.12.1994 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanmıştır⁴¹³.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, temelini Uluslararası İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nden ve Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesinden almaktadır. Bu sebeple söz konusu Beyanname ve Sözleşmeye uygun olarak devletlerin çocukların özel ilgi ve yardıma hakkı olduğunu, çocukların gelişmeleri ve esenlikleri için doğal ortamı oluşturan ailenin toplum içinde kendisinden beklenen sorumlulukları tam olarak yerine getirebilmesi amacıyla gerekli koruma ve yardımı görmesinin zorunluluğunu belirtmiştir. Aynı zamanda çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içindeki bir aile ortamında yetişmesinin gerekliliğini ve çocuğun toplum içinde bireysel yaşantısını devam ettirebilmesi için hazırlanmasını kabul, taahhüt ve ilan ettiklerini açıkça sözleşme altına almıştır⁴¹⁴.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, başlangıç bölümü ve 54 maddeden oluşmakta olup insan haklarını garanti altına alan hükümlere de yer vererek sadece çocuklara özgü hakları ele almıştır. Sözleşme doğrudan doğruya velâyete ilişkin bir düzenleme içermemekle beraber Sözleşmenin 3., 5., 7., 9. ve 18. maddeleri ana baba ve çocuk arasındaki ilişkiyle hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır⁴¹⁵.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 1. maddesine göre vatandaşı olduğu kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç 18 yaşına kadarki her insan çocuk

⁴¹² <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 06.10.2024).

⁴¹³ Türkiye 11.12.1994 tarihli 22138 sayılı Resmî Gazete’de ihtirazı kayıtlı sözleşmeyi onaylamıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22138.pdf> (E.T. 06.10.2024).

⁴¹⁴ Söz konusu olgular Sözleşmeye Taraf devletlerin yükümlülükleri altında açıkça sayılmıştır. Sözleşmenin tam metni için <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 06.10.2024).

⁴¹⁵ **Dönmez/Barın**, s. 189.

sayılmaktadır⁴¹⁶. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 2. maddesinde ise Sözleşme kapsamındaki hakların ana-baba ve yasal temsilcilere tanınmasında ve kullanılmasında ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasi ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayrım gözetmeksizin taraf devletlerce tanınması ve taahhüdü düzenlenmiştir⁴¹⁷.

Sözleşmenin ilgili maddesi taraf devletlerin çocuğun ana-babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin diğer üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayrıma veya cezaya tâbi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemi alma konusundaki taahhütleri de yer almaktadır⁴¹⁸. Sözleşme kapsamında ana ve babanın çocukla olan velâyet ilişkisi evlilik birliğinin varlığı veya devamından bağımsız olarak ana ve babanın medeni durumlarına bakılmaksızın varlığını sürdürmelidir⁴¹⁹. Velâyet ilişkisinin yalnızca evlilik birliği içinde ana ve baba arasında ortak kullanımı Sözleşmenin 2. maddesinin ihlali anlamına da gelecektir.

Sözleşmenin 3. maddesinde çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde kamusal veya özel sosyal yardım kuruluşlarının, idari makamların, mahkemelerin ve yasama organlarının çocuğun yararını esas alması gerektiği açıkça ifade edilmiştir⁴²⁰. Söz konusu madde çocuğun üstün yararı kavramını tanımlamamakla birlikte çocuğu ilgilendiren bütün hususlarda karar alacak olan merciin statüsüne bakılmaksızın çocuğun yararının gözetileceği olgusu uluslararası düzeyde korunmuştur. Velâyet düzenlemeleri de doğrudan çocuğu ilgilendiren faaliyetler çerçevesinde yer alacağından şüphesiz gerek evlilik birliği içindeki velâyet düzenlemelerinde gerekse boşanma halinde yetkili hâkim kararlarında esasa etki edecek gerekçenin temelinde çocuğun yararının ne olduğu olacaktır. Boşanma halinde ortak velâyetin çocuğun

⁴¹⁶ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 06.10.2024).

⁴¹⁷ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 06.10.2024).

⁴¹⁸ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 06.10.2024).

⁴¹⁹ Benzer yorum için Çakır, s. 88.

⁴²⁰ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 06.10.2024).

yararı açısından da kural olarak doğru bir seçenek olduğu çeşitli araştırmalarla da ortaya konmaktadır. Ortak velâyet yönündeki yargı kararları bu kapsamda BMÇHS'nin 3. maddesine de uygun düşmektedir⁴²¹.

Sözleşme'nin 5. maddesi ana ve babanın hak, ödev ve sorumluluklarına karşı devletlerin tutumu ile ilgilidir. Maddeye göre taraf devletler, çocuğun yeteneklerini geliştirmek amacıyla, ana-baba, uzak aile veya topluluk üyeleri, yasal vasiler ve diğer sorumlu kişilerin yol gösterme ve yönlendirme sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı göstermekle yükümlüdür⁴²². Bu madde ile çocuğun yetiştirilmesinde asli görevin ana ve babada olduğu açıkça ifade edilmekle ana ve baba bu konudaki hak ve sorumluluklarını evlilik birliği içinde olduğu gibi evlilik birliğinin sona ermesi hallerinde veya hiç kurulamaması hallerinde de devam ettirirler. Şüphesiz velâyet ilişkisinden kaynaklı hak ve sorumluluklar madde kapsamındaki hak, ödev ve sorumlulukların en nitelikli ve önemli olanlarıdır. Bu sebeple velâyetin kurulmasında, kaldırılmasında, değiştirilmesinde ve çeşitli şekillerde düzenlenmesinde devletlerin saygı yükümlülüğü de devam edecektir.

Sözleşmenin 7. maddesinde çocuğun mümkün olduğu ölçüde ana ve babasını bilmesi, onlar tarafından bakılma hakkı ve tabiiyetine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁴²³. Sözleşmenin 9. maddesi taraf devletlerin çocuğun yüksek yararı konusunda karar verilmediği sürece çocuğun ana ve babasından ayrılmaması konusundaki yükümlülükleri ve ayrılık kararı verilmesini gerektiren halleri düzenlenmiştir⁴²⁴.

Son olarak Sözleşmenin 18. maddesi çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında sorumluluğun ilk önce ana–babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal temsilcilere düştüğü ve bu kişilerin her şeyden önce “*çocuğun yüksek yararını*” göz

⁴²¹ Çakır, s. 89.

⁴²² <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 07.10.2024).

⁴²³ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 13.10.2024).

⁴²⁴ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 13.10.2024).

önünde tutması gerektiği ve ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınmasını düzenlemiştir. Söz konusu maddede Sözleşme’de belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için taraf devletlerin çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapması ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlaması, çalışan ana-babanın, çocuk bakım, hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü önlemi alması hususları düzenlenmiştir⁴²⁵.

Çocuk Hakların Dair Sözleşme’nin ilgili maddeleri incelendiğinde görülmektedir ki Sözleşmeye taraf devletlerin kendi kamu kurum ve kuruluşları başta olmak üzere yasama, yargı ve idari kurumlarınca çocuğu ilgilendiren her konuda alınan kararlarda temel kıstas çocuğun menfaati olmak durumundadır. Mahkemeler gerek velâyet kararlarında gerekse kişisel ilişki tesisi, çocuğun nesebinin belirlenmesi, çocuğun nafakası, eğitimi, yerleşim yerinin belirlenmesi gibi başlıca konular olmak üzere alacağı bütün kararlarda çocuğun menfaatini gözetme zorunluluğundadırlar. Çocuğun bakımı, eğitimi ve yetiştirilmesi konusunda asli sorumluluk sahibi her ne kadar ana ve baba olsa da çocuğun menfaati ölçüsünde gerekli şartlar altında devletlerin velâyetin tesisi konusunda farklı olasılıkları ele alma yetkisi bulunmaktadır.

Sözleşme, doğrudan doğruya ortak velâyet düzenlemelerine yer vermemiş olsa da Türk Hukuku’ndaki velâyet uygulamalarına bakıldığında Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin çocuğun yararını esas alan maddelerinin çeşitli Yargıtay kararlarında dikkate alındığı görülmektedir⁴²⁶.

⁴²⁵ Sözleşmenin tam metni için <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T.13.10.2024).

⁴²⁶ Yargıtay 2. H.D., T. 16.01.2017, E.2016/24604, K. 2017/485 “...Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Velâyet kamu düzenine ilişkin olup, re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Somut olayda; ortak çocuk Emirhan 2006 doğumlu olup idrak çağındadır. Bu bakımdan ortak çocuk Emirhan’ın mahkemece veya istinabe suretiyle eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, velâyet

III.AVRUPA KONSEYİ 2079/2015 SAYILI TAVSİYE KARARI VE AVRUPA KONSEYİNİN 84/4 SAYILI TAVSİYE KARARI BAKIMINDAN ORTAK VELÂYET

Avrupa Konseyi Tüzüğü 15.b hükümleri uyarınca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, üye devletlere hukuki birlik oluşturmak ve ortak kuralların uygulanmasını sağlamak amacıyla çeşitli konularda tavsiyelerde bulunarak kararlar almaktadır. Velâyet ve ebeveyn sorumlulukları açısından 28.02.1984 tarihli 84/4 Sayılı Tavsiye Kararı ve 02.10.2015 tarihli 2079/2015 Sayılı Tavsiye Kararı öne çıkmaktadır.

28.02.1984 tarihli 84/4 Sayılı Tavsiye Kararı ile üye devletlere velâyet sorumlulukları kapsamında gerekirse ulusal mevzuatlarında uyarılama tavsiyesinde bulunmuştur⁴²⁷. Söz konusu Karar, genel hatlarıyla ele alındığında özetle velâyetin düzenlenmesinde ebeveynlerin sorumluluklarının belirlenmesinde çocuğun çıkarlarının esas alınması gerektiğini, yetkili makamlarca alınacak kararlarda erginlik derecesi müsaade ediyorsa çocuğun görüşünün alınmasını, evlilik birliği içinde velâyetin ortak kullanılmasını, ebeveynlerin velâyetin ortak kullanımında anlaşamamaları durumunda yetkili makamın müdahalesini, çocuğun korunması için gereken tedbirlerin alınması gerekliliğini ilke olarak benimsemiştir. Söz konusu kararın 6. ilkesine göre ise; evlilik birliğinin dağılması veya ebeveynlerin ayrılması durumunda, yetkili makamın müdahale ederek velâyet sorumluluğunun yerine getirilmesine hükmetmesini, örnek olarak sorumlulukların ebeveynler arasında paylaştırılması veya ebeveynlerin rızası ile sorumlulukların müştereken yerine getirilmesi yoluyla uygun tedbirleri alabileceğini ve bu kararı alırken ebeveynler arasında yapılan anlaşmaları söz konusu anlaşmalar çocukların çıkarına ters olmadığı takdirde dikkate almasını tavsiye etmiştir⁴²⁸.

hakkındaki tercihinin kendisinden sorulması, çocuğun halen nerede ve kiminle yaşadığı tespit edilerek, psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı niteliğindeki uzman veya uzmanlardan (4787 s. K.m. 5) sosyal inceleme raporu istenerek, tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, velâyet konusunda yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...” <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 07.10.2024).

⁴²⁷ Avrupa Konseyi Balanlar Komitesi 84/4 Sayılı Tavsiye Kararı için bkz. <https://rm.coe.int/cm-rec-84-4e-velâyet-sorumlulugu-hakk-nda/1680a3b412> (E.T. 10.09.2024); **Erlüle**, s. 62.

⁴²⁸ **Erlüle**, s. 62; <https://rm.coe.int/cm-rec-84-4e-velâyet-sorumlulugu-hakk-nda/1680a3b412> (E.T.10.09.2024).

02.10.2015 tarihli 2079/2015 Sayılı “*Equality and shared parental responsibility: the role of fathers*” isimli Tavsiye Kararı ile Komite, aile içinde, ebeveynler arasında eşitliği ve cinsiyet eşitliğini destekleyerek taraf devletlere ebeveyn sorumlulukları kapsamında babaların çocukları ile ilişkilerinde birtakım hak ve sorumluluklardan mahrum bırakılmamasını, ayrılık ve boşanma hallerinde ebeveynlerin ortak ebeveyn sorumlulukları üzerinde anlaşmaları durumunda üye devletlerin babaların da sorumluluktan yararlanma hakkına saygı göstermesini tavsiye etmektedir⁴²⁹.

Kararda, çocukların ebeveynlerinden ayrı kalmalarının onlar üzerindeki telafisi mümkün olmayan etkileri üzerinde durulmaktadır. Çocuğun menfaati elverdiği ölçüde ortak ebeveyn sorumluluğunun tercih olarak benimsenmesi, çocukların kendilerini ilgilendiren konularda mümkün olduğu ölçüde görüşlerine başvurulması benimsenmiştir. Paylaşımlı ikamet düzenlemelerine yer verilerek sosyal yardımların bu düzenlemelere göre yapılması ve aile hayatına saygının önemi kapsamında çocukların ebeveynleriyle olan ilişkilerinin mümkün olduğu ölçüde sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması tavsiyeleri yer almıştır. Aynı zamanda üye devletlere çocukların velâyeti konusunda ana ve babalara eşit yasal haklar tanımayı, alınan idari kararlarda eşitlik ilkesini gözetmeyi, ana ve babaların medeni durumunu temel alan her türlü farklılıkları ulusal kanunlarından çıkarmayı, çocuğun ebeveynleriyle geçireceği zamanın çocuğun ihtiyaç ve ilgi alanlarına göre ayarlamayı ve çocukları ilgilendiren davalarda multidisipliner yaklaşım çerçevesinde yargısal faaliyetlerde arabuluculuğu teşvik etmeyi tavsiye etmiştir⁴³⁰.

Söz konusu Karar, evlilik birliğinin sona ermesi hallerinde velâyet hak ve sorumluluğunun düzenlenmesinde son derece önemli tavsiyelerde bulunmuştur. Boşanma ve ayrılık hallerinde cinsiyet temelli ayrımcılıktan uzaklaşarak velâyet hak ve sorumluluğundaki babaların rolüne dikkat çekmekte olup, çocuğun menfaati ölçüsünde babaların söz konusu hak ve sorumluluklarda babaların da eşit paylaşımda

⁴²⁹ Avrupa Konseyi Balanlar Komitesi 2079/2015 Sayılı Tavsiye Kararı için <https://pace.coe.int/en/files/22220/html> (E.T. 10.09.2024); *Erlüle*, s. 62.

⁴³⁰ <https://pace.coe.int/en/files/22220/html> (E.T. 11.09.2024).

bulunması gerekliliğini ortaya koymuştur⁴³¹. Tavsiye Kararı, velâyet düzenlemelerinde babaların rolünün olması gereken düzeyde anlaşılabilmesi açısından önem arz etmektedir.

IV. KADINLARA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİNE DAİR SÖZLEŞME (CEDAW) KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET

Kadın hakları bakımından en önemli uluslararası insan hakları sözleşmelerinden olan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (*Cedaw*, *Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women*), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 19.12.1979 tarih ve 34/180 sayılı kararla kabul edilmiş ve 01.03.1980 tarihinde imzaya açılarak 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 11.06.1985 tarih ve 3232 sayılı Kanunla uygun bulmuş ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 Sayılı Resmî Gazete ile yayınlamıştır⁴³².

Sözleşmeye taraf devletler sözleşme kapsamındaki haklarla ilgili olarak aldıkları tedbirler ve kadın haklarının korunması konusunda kaydettikleri ilerlemeleri Komiteye rapor olarak sunmak zorundadır⁴³³. Sözleşme, temelinde kadına yönelik ayrımcılığın önlenmesine yönelik düzenlemeler içerse de sözleşmenin çocukların velâyetini ilgilendiren kısımları konu sınırı açısından önem arz etmektedir.

Cedaw’ın “*Evlenme ve aile ilişkileri alanındaki haklar*” başlıklı 16. maddesinin 1.,1/d ve 1/f bendinde “*Taraf Devletler evlilik ve aile ilişkileri ile ilgili bütün konularda kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alır ve özellikle erkeklerle kadınların eşitliğini öngören aşağıdaki hakları tanır...Medeni durumları ne olursa olsun , anne ve baba olarak çocuklarla ilgili konularda aynı haklara ve yükümlülöklere sahip olma; her hal ve karda çocukların menfaatlerine üstünlük tanınır; ... Velâyet, vasilik, kayyımlik ve evlat edinme veya bu kavramların bulunduğu ulusal mevzuattaki benzer kurumlar bakımından aynı haklara ve yükümlölöklere sahip*

⁴³¹ Gülgösteren, s. 167; Bölükbaşı, s. 105; Apaydın, s. 471.

⁴³² <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cedaw> (E.T. 08.11.2024).

⁴³³ <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cedaw> (E.T. 08.11.2024).

olma, her hal ve karda çocukların menfaatlerine üstünlük tanınır...” ifadeleri yer almaktadır. Sözleşmenin bu hükümleri ile velâyet, vesayet, kayyımlık gibi konular başta olmak üzere evlilik içinde ve evliliğin sona ermesi hallerinde kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına hizmet etmektedir⁴³⁴. İlgili hükümlerde velâyet düzenlemelerinde kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına dikkat çekilerek her halde çocuğun menfaatinin üstünlüğü vurgulanmıştır. Boşanma halinde velâyet düzenlemelerinde velâyetin ortak kullanımı tercihi çocuğun üstün menfaatine kural olarak daha uygun olduğundan Cedaw 16. madde hükümlerine de hizmet edecektir.

⁴³⁴ Çakır, s. 85; Özdamar, s. 45.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET KAVRAMI, KULLANILMASI, EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE ORTAK VELÂYETİN DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 8. ORTAK VELÂYET KAVRAMI

I. GENEL OLARAK

Velâyet, birinci bölümde detayları ile ele alındığı üzere çocuk üzerindeki ana ve babanın hak ve yetkilerini düzenleyen kurumdur. Velâyet, “tek başına velâyet” ve “ortak velâyet” olarak kendi içinde ikiye ayrılmaktadır⁴³⁵. Ortak velâyet, velâyetin kullanım şekillerinden biridir⁴³⁶. Tek başına velâyet, çocuk üzerindeki velâyet hakkının ana veya babadan yalnızca biri tarafından kullanılmasıdır⁴³⁷. Velâyetle ilgili kararların tek bir ebeveyn tarafından kullanıldığı bu velâyet türünde diğer ebeveynin çocuk üzerinde hiçbir hak ve yetkisi olmaksızın yalnızca çocukla kişisel ilişki kurmasından bahsedilmektedir⁴³⁸. Tek başına velâyet hakkına sahip olan ana veya baba velâyetin kapsamına giren konularda diğer ebeveyne danışmaksızın karar alma yetkisine sahiptir⁴³⁹. Ancak velâyetin kaldırılmasını veya değiştirilmesini gerektiren olguların varlığı halinde velâyet kendisine bırakılan tarafın hakkın kullanımı konusunda hâkim karşısında hesap vermesinden bahsedilebilecektir.

Ortak velâyet ise kanun tarafından ana ve babaya tanınan çocuk üzerindeki velâyet hak ve yetkilerinin ana ve baba tarafından birlikte ve eşit şekilde kullanılmasıdır⁴⁴⁰. Öğretide ortak velâyet kavramı, dar anlamıyla ana ve babanın medeni durumuna bakılmaksızın çocuk üzerinde eşit hak ve yetkiye sahip olması

⁴³⁵ Bölükbaşı, s. 30; Ruhi, Ahmet Cemal, Uluslararası Özel Hukukta Birlikte Velâyet, Ankara 2023, s. 131; Apaydın, s. 447.

⁴³⁶ Ruhi, Velayet, s. 131; Apaydın, s. 447.

⁴³⁷ Bölükbaşı, s. 30; Ruhi, Velayet, s. 132; Apaydın, s. 447.

⁴³⁸ Bölükbaşı, s. 30.

⁴³⁹ İnce, s. 195; Serdar, s. 162; Bölükbaşı, s. 32; Ruhi, Velayet, s. 132.

⁴⁴⁰ Bölükbaşı, s. 30; Serdar, s. 162; Ruhi, Velayet, s. 131; Kiremitçi, s. 2; Apaydın, s. 447.

şeklinde ifade edilmektedir⁴⁴¹. Geniş anlamıyla ise ortak velâyet, şahıs varlığı ve malvarlığı üzerinde bakım ve yönetimi ile çocuğun temsilini kapsayan velâyet hakkının evlilik birliği içinde kendiliğinden, evlilik birliğinin sona ermesi halinde çocuğun üstün yararı ölçüsünde kendiliğinden veya yargı kararıyla ana ve baba tarafından birlikte ve eşit bir şekilde kullanılması olarak tanımlanmaktadır⁴⁴².

Ortak velâyet söz konusu olduğunda ana ve baba çocuğun üstün yararı ilkesince çocuğu birlikte eğitmek ve çocukla ilgili konularda birlikte çalışmak zorundadır⁴⁴³. Ortak velâyetle evli olsun ya da olmasın ana ve baba, çocuk üzerindeki velâyet hakkından kaynaklı tüm hak ve yetkilerini çocuğun yetenek ve ihtiyaçlarına göre birlikte yerine getirmektedir⁴⁴⁴. Söz konusu velâyet hakkı kapsamında çocuğun nerede yaşayacağı, inanç eğitimi ve belirlenmesi, sağlığıyla ilgili tedbirlerin alınması gibi çok fazla olgu yer almaktadır⁴⁴⁵. Tek başına velâyetten farklı olarak ortak velâyetle çocuk üzerindeki velâyetle ilgili bütün karar alma süreçlerinde ana ve baba birlikte katılım sağlamaktadır⁴⁴⁶.

Ana veya babanın velâyet hakkının kullanım sürecinde birinin diğerine herhangi bir üstünlüğü söz konusu değildir⁴⁴⁷. Ortak velâyetle her konuda birlikte karar alma ve çocuğun günlük ve acil ihtiyaçları gibi konularda ana ve babanın diğerine danışmaksızın tek başına karar alma yetkisi söz konusu olabilmektedir⁴⁴⁸.

Ortak velâyet, ana ve babanın çocuğun hayatına ilişkin her konuda tüm kararları birlikte vermeleri anlamına gelmemekte evlilik birliği içinde olduğu gibi mütemadiyen birlikte kullanmaksızın bir tarafın bir diğerinden izin veya icazet alması durumu söz konusudur⁴⁴⁹. Ana ve baba çocukların bakım ve eğitimini birlikte ve özenle

⁴⁴¹ **Gülgösteren**, s. 167; **Serdar**, s. 162; **İnce**, s. 195; **Çakır**, s. 67; **Apaydın**, s. 447; **Köle**, Elif Naz, Velâyet Hakkına ve Birlikte Velâyet Kavramına Velâyet Davalarında Çocuğun Dinlenilmesine Kısa Bir Bakış, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S. 6, 2017, s. 153; **Dönmez/Barın**, s. 183.

⁴⁴² **İnce**, s. 195; **Serdar**, s. 162; **Ruhi**, s. 132.

⁴⁴³ **Karaca**, s. 61; **Bölükbaşı**, s. 31; **Ruhi**, s. 131; **Serdar**, s. 162; **Apaydın**, s. 447.

⁴⁴⁴ **Bölükbaşı**, s. 31; **Çakır**, s. 68; **Ruhi**, s. 132; **İnce**, s. 195; **Dönmez/Barın**, s. 183.

⁴⁴⁵ **Kurt**, s. 159, **Bölükbaşı**, s. 31.

⁴⁴⁶ **Bölükbaşı**, s. 32; **Çakır**, s. 69; **Ruhi**, s. 132; **Dönmez/Barın**, s. 183.

⁴⁴⁷ **Dönmez/Barın**, s. 183; **Bölükbaşı**, s. 31; **Çakır**, s. 69; **Ruhi**, s. 132.

⁴⁴⁸ **Ruhi**, s. 132.

⁴⁴⁹ **Ruhi**, s. 132.

gerçekleştirmelidir⁴⁵⁰. Ortak velâyete hükmedilmesi halinde çocuğun hem ana hem de baba ile yaşama zorunluluğu da bulunmamaktadır⁴⁵¹. Hâkim ortak velâyete karar verirken çocuğun ana ve baba tarafından yerleşim yerinin belirlenmesine karar verebilir⁴⁵². Ortak velâyet ana ve babaya çocuğun velâyeti kapsamında eşit ölçüde hak ve yükümlülükler verdiğinden çocuğun yararına olduğu kabul edilmektedir⁴⁵³.

Ortak velâyeti tek başına velâyetten ayıran üç temel özelliğin varlığından bahsedilmektedir. Birincisi ana ve babanın velâyetten kaynaklı hak, yükümlülüklerini paylaşmaları, ikincisi çocuğun yetiştirilmesi konusunda ana ve babanın eşit öneme sahip olması ve üçüncü olarak da seçilen tipe bağlı olarak çocuğun her iki velâyet sahibi ile de birlikte yaşama imkanına sahip olmasıdır⁴⁵⁴.

Türk Hukukunda ortak velâyet, TMK m. 336 kapsamında hâlihazırda evlilik birliği içinde ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri olarak yer almaktadır⁴⁵⁵. Ana ve baba arasında taksim edilemeyecek olan velâyet hak ve yetkileri konusunda yine ana ve babanın eşit oy hakkı bulunmaktadır⁴⁵⁶. Ana ve baba istişare yoluyla ortak karar almak zorundadır. Aksi halde ana ve babanın velâyetin kullanımı hususunda anlaşamamaları halinde TMK m. 195/I hükmü gereği hâkimin yetkileri gündeme gelir. Ancak hâkimin söz konusu yetkisi velâyetin kullanımı konusunda ana ve babanın yerine geçmesi anlamından ziyade onları hak ve yetkilerini sınırlandırabilme veya kaldırabilme yetkisinden ibarettir⁴⁵⁷.

Boşanma halinde ise ortak velâyete ilişkin kanunda açık bir düzenleme yoktur. Ancak 2016 tarihinde AİHS'ye EK 7 No'lu Protokolün Anayasanın 90. Maddesi kapsamında 6684 sayılı Kanunla iç hukuk kuralları olarak yürürlüğe girmesiyle Türk

⁴⁵⁰ **Ruhi**, s. 132; **Serdar**, s. 162; **İnce**, s. 195.

⁴⁵¹ **Ruhi**, s. 132; **Çakır**, s. 68; velâyet altındaki çocuğun yerleşim yeri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 39.

⁴⁵² **Ruhi**, s. 132.

⁴⁵³ **Ruhi**, s. 133.

⁴⁵⁴ **Çakır**, s. 68, 69.

⁴⁵⁵ **Dönmez/Barın**, s. 183.

⁴⁵⁶ **Dönmez/Barın**, s. 183; 743 sayılı Medeni Kanun döneminde kabul edilen babanın oyuna üstünlük tanıyan görüş yer almamaktadır, **Özdamar**, s. 430.

⁴⁵⁷ **Dönmez/Barın**, s. 183.

Hukuk sisteminde boşanma halinde ortak velâyet tartışmalara konu olmuştur. 2017 yılından itibaren ise söz konusu düzenlemenin Yargıtay'ın ortak velâyet konusundaki kararlarını da ortak velâyet lehine değiştirmesiyle birlikte öğretideki tartışmalara yeni bir boyut kazandırılmıştır. Bu kapsamda öğretide Türk hukuku bakımından ortak velâyetin mümkün olduğu görüşünde olan birtakım yazarlar AİHS'ne EK 7 No'lu Protokolün iç hukuka etkisini Yargıtay'ın yeni görüşüne paralel olarak ele almış ve Protokolün mevcut kanun maddelerinin önüne geçerek ortak velâyeti mümkün kıldığı görüşüne yer vermiştir. Birtakım yazarlar ise Protokolün iç hukuka etkisinin ortak velâyeti mümkün hale getirmediğini, söz konusu hükümlerin TMK hükümleri ile çelişmediğini ileri sürmüştür⁴⁵⁸.

II. ORTAK VELÂYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ortak velâyetin, velâyetin bir türü olması nedeniyle niteliğinde farklılık bulunmamakla birlikte ancak kullanım zamanı ve şartlarında değişiklik olduğunu söylenebilir. Bu sebeple ortak velâyetin hukuki niteliğinden bahsederken aslında velâyet müessesesinin hukuki niteliğinden bahsedilmektedir.

Çocuğun kişiliğinin korunması ve gelişiminin tamamlanması konusunda evrensel anlamda çocuk hakları lehine olumlu gelişmelerin yaşanması, çocuk haklarının hukuk düzenince korunur hale gelmesi ana ve babanın çocuk üzerindeki velâyeti doğrudan etkilemiştir. Velâyetin hukuki niteliği hususunda zamanla birtakım köklü değişimler meydana gelmiştir. Değişimler sonucunda öğretide çeşitli görüşler oluşmuştur.

Başlangıçta çocuk üzerindeki velâyet hakkı eşya üzerinde kurulan hakka benzer tasarruf yetkisiyle ele alınmakta ve çocuk, eşya statüsündeymiş gibi değerlendirilmekteydi⁴⁵⁹. Tarihsel süreçte çocuklar da yetişkinler gibi hak süjesi haline gelmiş ve bu gelişme velâyetin hukuki niteliğinin farklı anlamlar kazanmasını sağlamıştır⁴⁶⁰. Zira çocuğun eşya gibi cansız bir nesne olmayışı ana ve babanın

⁴⁵⁸ Öğretideki tartışmalara ilgili kısımda detaylı olarak yer verilmiştir.

⁴⁵⁹ Bölükbaşı, s. 61; Serdar, s. 157.

⁴⁶⁰ Bölükbaşı, s. 61; Kurt, s. 159; Gülgösteren, s. 158.

çocuğun velâyeti üzerindeki hak ve yetkisinin eşya üzerindeki mülkiyet hakkına benzetilmesi öğretide kabul görmemeye başlamıştır⁴⁶¹.

Velâyetin hukuki niteliği konusunda uzun bir süre baskın görüş onun bir hak olduğunu yönündeydi⁴⁶². Bu görüşe göre, velâyet çocuk üzerinde ana ve baba tarafından egemenlik kurmaya yarayan herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır⁴⁶³.

Velâyeti sadece bir hak ya da görevle birlikte hak olarak kabul edenler, velâyeti bir kişilik hakkı olarak değerlendirmektedir⁴⁶⁴. Kişinin kişisel değerleri (maddi bedensel değerler, dinsel değerler, mesleki, ticari değerler vs.) üzerinde geçerli olan hak, kişilik hakkı olarak ifade edilmektedir⁴⁶⁵. Velâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı, mutlak haklardandır⁴⁶⁶. Bu görüşe göre velâyet hakkından feragat edilemeyeceği gibi onun hukuki bir işlemle sınırlandırılması da mümkün değildir⁴⁶⁷.

Bir görüşe göre velâyet her ne kadar devredilemez, feragat edilemez kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hak olsa da çocuğun yararına hareket edilmesini gerektirdiğinden yükümlülük getiren ve çocuğun yararına göre müdahale olanağı tanıyan bir nitelikte⁴⁶⁸ olup “*özünde sorumluluk yükleyen hak*” olarak nitelendirilmektedir⁴⁶⁹.

Çocuk haklarının önem kazanması, ana ve babanın çocuk üzerindeki velâyet hakkının çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine hizmet aracı olması velâyeti yalnızca hak olarak görenler tarafından da onun çocuğun yararına kullanılması gereken ve kötüye kullanılması halinde ana ve babadan alınabilen bir hak olduğunu savunulmaktadır⁴⁷⁰.

⁴⁶¹ İnce, s. 190; Bölükbaşı, s. 61; Özmen, s. 51.

⁴⁶² Bölükbaşı, s. 61; Çakır, s. 32.

⁴⁶³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 343; Akkurt, s. 95; Akıntürk, s. 407; Karaca, s. 8.

⁴⁶⁴ Öztan, s. 375; Baktır Çetiner, s. 32, 38; Akıntürk, s. 407.

⁴⁶⁵ Baktır Çetiner, s. 32; Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya, Kişiler Hukuku, İstanbul 2010, s. 234.

⁴⁶⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 343; Akkurt, s. 95; Akıntürk, s. 407; Karaca, s. 8; Apaydın, s. 446.

⁴⁶⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 343; Akkurt, s. 95; Karaca, s. 8; Usta, s. 28.

⁴⁶⁸ Usta, s. 24; Dede, s. 51; Erdem/ Makaracı Başak, s. 442.

⁴⁶⁹ Dede, s. 51; Erdem/ Makaracı Başak, s. 442; Öztan, s. 1074; Serdar, s. 165.

⁴⁷⁰ Baktır Çetiner, s. 36.

Bir görüşe göre velâyet ana ve babaya haklardan ziyade yükümlülükler getirir. Bu nedenle velâyet bir hak değil yükümlülüktür⁴⁷¹. Velâyet çift yönlü olup ana ve babaya çocuğun kişiliği ve malları üzerinde hem hak hem de hukuki anlamda yerine getirilmesi zorunlu yükümlülük verir⁴⁷². Öğretideki ağırlıklı görüşe göre velâyet ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yükümlülüklerinin bütünüdür⁴⁷³. Bu nitelendirme “*yüküm- hak*” olarak ifade edilmiştir⁴⁷⁴. Bu görüşe göre velâyet ilişkisi ana/baba ve çocuk olarak ikili bir ilişki olması sebebiyle karmaşık ve klasik haklar kategorisinden ayrılarak herhangi bir statüye yerleştirilemeyen bir yüküm haktır⁴⁷⁵.

Velâyet, içinde birtakım yükümlülükleri de barındıran çocuğun üstün yararı ilkesi ölçüsünde şekillenen ve aynı zamanda ana ve babaya çocuğun yetiştirilmesi, gelişimi konusunda haklar veren bir “*yüküm hak*” olarak kabul edilebilir⁴⁷⁶. Nitekim velâyetin amacına ve kapsamına bakıldığında ana ve babaya her ne kadar çocukla en yakın soybağı ilişkisi içinde de olsalar üçüncü bir kişi olarak çocuk üzerinde benzerine pek de rastlanmayacak bir hak ve yetki verilmesi ancak çocuğun üstün yararına hizmet edecek olması ile açıklanabilir.

III. ORTAK VELÂYETE HÂKİM OLAN İLKELER

Velâyete hâkim olan ilkelerden birinci bölümde bahsedilmiş olduğundan bu bölümde velâyete hâkim olan ilkelerin özellikle boşanma halinde velâyetin ortak kullanımı yönünde verilecek kararlar bakımından doğrudan ilgili olduğunu düşündüğümüz ilkeler üzerinde durulmaktadır. Ortak velâyet düzenlemelerine hâkim olan ilkeler her ne kadar farklı bakış açılarıyla çeşitlendirilebilirse de bu kısımda inceleme konusunun sınırları bakımından bu ilkeleri çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğun görüşünün alınması ilkesi ve çocuğun güvenliği ilkesi olmak üzere üç başlık altında ele alınmıştır.

⁴⁷¹ Oğuzoğlu, Aile, s. 238.

⁴⁷² Akıntürk/Ateş, s. 407; Birinci-Uzun, s. 137.

⁴⁷³ Akyüz, Çocuk, s. 208; Baygın, s. 260; Bölükbaşı, s. 62; Apaydın, s. 446; Dönmez/ Barın, s. 179.

⁴⁷⁴ Çakır, s. 33-34; Usta, s. 25; Baktır Çetiner, s. 37; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 250; Yılmaz, s. 24; Dönmez/ Barın, s. 179.

⁴⁷⁵ Çakır, s. 36; Yılmaz, s. 24.

⁴⁷⁶ Çakır, s. 36; Yılmaz, s. 24.

A. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİ, TANIMI VE ÖNEMİ

Çocuğu ilgilendiren bütün konularda, çocuk hakkında alınacak kararlarda olduğu gibi çocuğun velâyetinin düzenlenmesinde de esas alınacak ilke, çocuğun yararı ilkesidir. Çocuğun üstün yararı ilkesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin de etkisiyle evrensel bir ilke haline gelmiş olan velâyet düzenlemelerinde temel alınan en önemli ilkedir⁴⁷⁷. Velâyet düzenlemeleri başta olmak üzere ortak velâyet kararlarında temel alınacak olan çocuğun üstün yararı ilkesi soyut bir kavramdır⁴⁷⁸.

Çocuğun üstün yararı kavramı, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 1.maddesinde ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde “*çocuğun üstün yararı*”, Kadınlara Dair Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmenin 5. ve 16. maddelerinde “*çocuğun menfaati*” ve TMK'nın çeşitli hükümlerinde⁴⁷⁹ “*küçüğün yararı*”, “*küçüğün menfaati*”, “*çocuğun menfaati*” şeklinde çeşitli terimlerle yer almaktadır. Ancak bu terimlerin kapsam açısından aynı içeriğe sahip olduğu ifade edilmektedir⁴⁸⁰.

İsviçre ve Türk Medeni Kanunu'nda çocuğu ilgilendiren durumlarda çocuğun yararının dikkate alınmasını gerektiren çeşitli düzenlemeler mevcuttur⁴⁸¹. TMK açısından bakıldığında kanun koyucu, kavramın tanımını yapmamış yalnızca önemi üzerinde durmuştur⁴⁸². Zaman içinde çocuk haklarının ve çocuğun ihtiyaçlarının

⁴⁷⁷ **Çelebi**, Özgün, Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velâyetin Düzenlenmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, C.79, S. 1, 2021, s. 30 <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1734768> (E.T. 26.11.2024); **Akyüz**, Çocuk, s. 234; **Çakır**, s. 106.

⁴⁷⁸ **Subaşı**, Elif Merve, Türk Hukukunda Birlikte Velâyet, GÜSBE., Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2024, s. 62; <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (E.T. 18.12.2024); **Akyüz**, Çocuk, s. 234.

⁴⁷⁹ TMK m. 305/II, TMK m. 317/I, TMK m. 325/I, TMK m. 337/II, TMK m. 346, TMK m. 349/II hükümleri kavramların yer aldığı başlıca hükümlerdir.

⁴⁸⁰ **Çakır**, s. 106.

⁴⁸¹ TMK m. 128., 182/II, 305., 317., 318., 323., 324., 325., 339. ve 360. maddeleri ile Çocuk Koruma Kanunun 4. maddesinde çocuğun yararını esas alan hükümler yer almaktadır. **Öztan**, Bilge/Öztan, Fırat, Boşanmada Velâyetin Tevdii, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, Ekim 2016, s. 480; **Akyüz**, Çocuk, s. 234.

⁴⁸² **Subaşı**, s. 62.

dinamik yapısı gereği çocuğun üstün yararı da değişkenlik göstermektedir⁴⁸³. Çocuğu ilgilendiren her faaliyette dikkate alınması zorunlu olan ve belirli bir somut olayda çocuk için en iyi tercihin ne olduğunu tespit etmede öneme sahip olan çocuğun üstün yararı ilkesi, aynı zamanda çocuğun haklarını garanti altına alan bir işleve de sahiptir⁴⁸⁴.

Çocuğun üstün yararı ilkesi, öğretide çocuğu bedensel, zihinsel, duygusal, entelektüel, hukuksal ve sosyal açıdan koruyan ve çocuğun mevcut durumunda kişiliğinin gelişimi için en uygun koşulları sağlayan durum şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁸⁵. Çeşitli yargı kararlarında da ilkenin önemi üzerinde sıkça durulmuş olup özellikle velâyet kararlarında çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olacak şekilde karar verilmesi gerekliliğinden bahsedilmiştir⁴⁸⁶. Aynı zamanda çocuğun menfaati açısından ana ve babanın kişiliğinin önemi üzerinde durulmuş olup velâyet hak ve sorumluluğu çocuğun yararı ile bir tutulmuştur⁴⁸⁷.

Çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren bütün konularda karar alırken çocuğun yaşına, cinsiyetine, yaşadığı çevreye, eğitimine, ebeveynleriyle ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerine, bireysel ilgi ve yeteneklerine, içinde bulunduğu zamana göre değişkenlik gösteren bir ilkedir. Bu sebeple çocuğun yararı gözetilirken bütün kriterler

⁴⁸³ **Subaşı**, s. 62.

⁴⁸⁴ **Yücel**, Özge, Çocuğun Yüksek Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S. 2, Aralık 2013, s. 117.

⁴⁸⁵ **Serdar**, s. 164; **Subaşı**, s. 63; **Çakır**, s. 106; **Usta**, s. 138.

⁴⁸⁶ Yargıtay 2. HD., T.21.10.2019, E. 2019/6722, K. 2019/10404 "... Çocuğun üstün yararı gereği, anne hiçbir gerekçe göstermeden, sırf velâyetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini isteyemez. Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir..." www.legalbank.net (E.T. 25.11.2024); Yargıtay 2. HD., T. 12.1.2021, E.2020/6776, K. 2021/87 www.legalbank.net (E.T. 25.11.2024).

⁴⁸⁷ YHGK., T.26.02.2016, E.2014/1088, K.2016/188 "... Velâyetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahkemece çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme, kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafın velâyet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması, sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır..." www.legalbank.net (E.T. 19.11.2024).

aynı ölçüde dikkate alınarak her somut olayın özelliğine göre çocuğun üstün yararına hangi yönde bir kararın hizmet ettiği ayrıca değerlendirilmelidir⁴⁸⁸.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (Cedaw)’nin 16. maddesinde de evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi halinde ana ve babanın aynı hak ve sorumluluklara sahip olacağı, çocukları ilgilendiren konularda ana ve babalara eşit hak ve sorumluluklar tanınacağı ancak her durumda çocukların menfaatlerinin ön planda tutulacağı ifadelerine yer verilmiştir⁴⁸⁹. Sözleşme, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de yer verilen çocuğun yararı kavramının çocukla ilgili hususlarda en önemli değerlendirme ölçütü olduğunu varsaymaktadır.

Ana ve baba velâyet hak ve sorumlulukları kapsamında çocuğun üstün yararına olacak şekilde karar almakla mükelleftir⁴⁹⁰. Çocuğun yararına daha uygun olanın ise velâyet kapsamında ana ve babanın birlikte karar alması olup özellikle boşanma halinde velâyetin tek başına kullanılması karşısında müşterek olarak kullanılması olduğu çeşitli araştırmalarla ortaya konmaktadır⁴⁹¹. Velâyetten kaynaklı hak ve yetkiler ana ve babaya çocukla ilgili karar alırken sınırsız bir alan tanımamaktadır. Ana ve babaların BMÇHS’nin 18. maddesi çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğuna sahip olan ebeveyn ve yasal temsilcilerin her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket edeceklerini açıkça ifade etmiştir⁴⁹².

Velâyetin kapsamı düzenlenirken kanun koyucu TMK m. 339/I hükmünde “*ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak*

⁴⁸⁸ Çakır, s. 107; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 66; Bölükbaşı, s. 55.

⁴⁸⁹ Sözleşmesinin “*Evlenme ve Aile İlişkileri*” başlıklı 16.m. 1-c/d “Evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında aynı hak ve sorumluluklar, medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her hal ve karda çocukları en ön planda gözetilecektir”. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf> (E.T.10.11.2024); Sözleşmenin ilgili maddeleri konusunda detaylı inceleme için bkz. Özdamar, s. 40, 49.

⁴⁹⁰ Çakır, s. 107; Bölükbaşı, s.53.

⁴⁹¹ Araştırma ve değerlendirmeler için bkz. Kiremitçi, s. 22; Aybay, Erdem/Şen, Bülent, Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velâyet Sorunu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2, Ocak-Şubat 2016, s. 589-615.

⁴⁹² <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (E.T. 20.11.2024).

gerekli kararları alır ve uygularlar” ifadesine yer vermiştir⁴⁹³. TMK m. 340’ta ise yine velâyet kapsamında çocuğun eğitimi düzenlenmiş olup “*çocuğun menfaati*” uygun ölçü olarak ortaya konulmuştur. İlgili maddede kanun koyucu ana ve babanın çocuğu olanaklarına göre eğitmesinden ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişiminden bahsetmiştir. Söz konusu hükme göre bedensel ve zihinsel engelli olan çocukların yetenek ve eğilimlerine uygun düştüğü ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlamaları ana ve babanın görevidir. Maddede ifade edildiği üzere ana ve baba çocuğu imkanları dahilinde eğiterek bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar. Bu belirleme çocuğun menfaatine uygun olan çerçeveyi belirlemek açısından son derece önemlidir. Çocuk; bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal açıdan gelişmediğinde menfaati korunmamış olacak ve velâyetin amacı tehlikeye düşecektir. Söz konusu hükümlerle aynı zamanda tarafı olunan uluslararası sözleşme standartlarına uygunluk sağlandığı söylenebilir.

Çocuğun korunması kapsamında yer alan “*Koruma Önlemleri*” başlıklı TMK m. 346 hükmünde ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse “*çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü*” takdirde, hâkimin çocuğun korunması için uygun önlemleri alma zorunluluğu düzenlenmiştir. TMK m. 339, TMK m. 340 ve TMK m. 346 hükümlerinde çocuğun üstün yararı ilkesine verilen önem açıkça ifade edilmiştir. Aynı zamanda velâyet ilişkisi kapsamında ana ve babanın yetersiz kaldığı ihtimalde hâkime çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye düşmesi halinde uygun önlemleri alma yetkisi verilmiştir. Gerek ilgili madde hükümlerinden gerekse Kanunun bütününden anlaşılacağı üzere kanun koyucu çocuğu/küçüğü ilgilendiren konularda onun menfaatini ön planda tutmuş, velâyet düzenlemeleri başta olmak üzere çocukla ilgili alınacak kararlarda lafzı ve özü itibarıyla çocuğun menfaati ölçüsüyle düzenlemeler yapmıştır. Bu açıdan kanunun çocuğun menfaatini göz ardı ettiğinden söz edilemez.

⁴⁹³ Bölükbaşı, s. 54.

B. ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI İLKESİ

Velâyet kararlarında olduğu gibi boşanma halinde ortak velâyet yönünde alınacak kararlarda dikkate alınması gereken ilkelerden biri de çocuğun görüşünün alınması ilkesidir. Çocuğun görüşünün alınması ilkesi velâyet ilişkisi kapsamında çocuğu ilgilendiren konularda düşüncesinin ifadesi, alınan kararlarla ilgili bilgilendirilmesini de içeren çocuğun yararına hizmet eden bir ilkedir.

Çocuğun görüşünün alınması ilkesi, Anayasal düzeyde kişi hak ve ödevleri kapsamında m. 25 ve m. 26’da düzenlenen “*ifade özgürlüğü*” hakkıyla, Çocuk Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesinde ve BMÇHS’nin 12. ve 13. maddesinde düzenlenen çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ile doğrudan ilgili olup hakkın özel görünüm şekli olduğu söylenebilir⁴⁹⁴.

Türk Medeni Kanunu m. 339/III “*Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanırırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar*” düzenlemesi ile velâyet hak ve yetkileri kapsamında açıkça çocuğun görüşüne önem verildiği görülmektedir⁴⁹⁵. Yargıtayın çeşitli kararlarında da tarafı olunan uluslararası sözleşme hükümleri dikkate alınarak gerek velâyet gerekse kişisel ilişki konuları başta olmak üzere çocuğu ilgilendiren konularda erginlik düzeyi elverdiği ölçüde çocuğun görüşünün alınması hususunda vurgu yaptığı görülmektedir⁴⁹⁶.

§ 9. TÜRK HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET HAKKININ KULLANILMASI

Birinci bölümde değinildiği üzere TMK m. 336’da velâyetin kullanımına ilişkin genel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Velâyetin ortak kullanımı, TMK

⁴⁹⁴ Çakır, s. 107; Bölükbaşı, s. 57.

⁴⁹⁵ Çakır, s. 107; Bölükbaşı, s. 58.

⁴⁹⁶ Yargıtay 2.HD., T.12.1.2021, E. 2020/6776 K. 2021/87 “...Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir...Kişisel ilişki konusunda idrak çağında bulunan ortak çocuğun görüşünün sorulması ile kişisel ilişki kurulması konusunda uzman bilirkişiye inceleme yaptırılarak sosyal inceleme raporu alınması ...” www.legalbank.net (E.T. 25.11.2024).

kapsamında düzenlenen velâyet kavramının bir türü olması ve velâyet kavramından ayrı düşünülmemesi nedeniyle velâyetin kullanımı ile birlikte değerlendirilmiştir. Bu kapsamda konunun niteliğine uygun olarak ortak velâyetin kullanımını kanun koyucu velâyetin kullanımını ana ve babanın evli olup olmamasına göre düzenlediğinden biz de konuyu evlilik birliği içinde ortak velâyetin kullanımı ve evlilik birliği dışında ortak velâyetin kullanımı olmak üzere ikili bir ayrımla ele alınmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'na göre velâyet ortak velâyet ve tek başına velâyet olmak üzere iki şekilde kullanılmaktadır. TMK m. 336'ya göre evlilik birliğinin devamı süresinde veya ortak hayata ara verilmesi ya da ayrılık hallerinde velâyetin birlikte/ortak kullanılması mümkündür. Ebeveynler evli değilse kural olarak velâyet, anaya aittir (TMK m. 337). Diğer durumlarda velâyetin ebeveynlerden birine verilmesi söz konusudur⁴⁹⁷.

I. EVLİLİK BİRLİĞİ İÇİNDE ORTAK VELÂYETİN KULLANILMASI

Evlilik birliği devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar (TMK m. 336)⁴⁹⁸. Velâyetin ortak kullanımı kapsamında ana ve baba çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini birlikte yürütmek, çocuğun malvarlığını birlikte yönetmek ve çocukla ilgili önemli kararlarda birlikte hareket etmek zorundadırlar⁴⁹⁹. TMK m. 336'nın açık hükmüne göre ana ve baba müşterek çocuk üzerindeki velâyet hak ve yükümlülüklerini çocuğun doğumundan itibaren herhangi bir işleme veya karara gerek kalmaksızın kendiliğinden ve müştereken elde ederler⁵⁰⁰.

Kanuna göre ana veya babadan birinin ölümü halinde sağ kalan eş ya da ayrılık halinde hâkimin velâyeti kendisine bıraktığı eş tarafından tek başına velâyetin kullanımı söz konusu olmakta, bu haller tek başına velâyetin varlığı konusunda istisna oluşturmaktadır⁵⁰¹. Ebeveynler evlilik devam ettiği sürece çocuğun doğumunda evli

⁴⁹⁷ Bölükbaşı, s. 132.

⁴⁹⁸ Usta, s. 105; Bölükbaşı, s. 132; Özmen, s. 50.

⁴⁹⁹ Bölükbaşı, s. 132; Usta, s. 106; Dönmez/Barın, s. 183; Kılıçoğlu, s. 500; Akyüz, Çocuk, s. 225; Güven, s. 28.

⁵⁰⁰ Kılıçoğlu, s. 500-501; Bölükbaşı, s. 133; Apaydın, s. 633; Akıntürk/Ateş, s. 407.

⁵⁰¹ Bölükbaşı, s. 133.

iseler doğumdan itibaren, doğumdan sonra evlenme gerçekleşmiş ise de evlenme tarihinden itibaren velâyeti ortak kullanırlar⁵⁰². Boşanan eşlerin birbirleriyle yeniden evlenmesi ihtimalinde de velâyet, evlenme sözleşmesinin kurulmasından itibaren ebeveynler tarafından ortak kullanılmaya kendiliğinden devam edecektir⁵⁰³.

Ortak velâyet ile ebeveynlerin müşterek çocuk üzerindeki velâyet hak ve yetkileri eşit düzeyde korunmaktadır⁵⁰⁴. Ebeveynlerin çocuk üzerindeki söz sahipliği velâyetin kapsamındaki bütün konulara ilişkindir⁵⁰⁵. Söz konusu velâyetten kaynaklı hak ve yükümlülüklerin ebeveynler arasında oransal dağılımından bahsedilemeyeceği gibi bu hak ve yetkilerin ebeveynler tarafından ayrı ayrı kullanımı mümkün olmamaktadır⁵⁰⁶. Evlilik birliği içinde eşlerin çocukla ilgili alınacak kararlarda eşit sorumlulukları söz konusu olmakla baba da çocuk üzerinde anaya göre daha fazla hak ve yetkilere sahip değildir⁵⁰⁷. Bu sebeple ebeveynler müşterek çocuğun şahısvarlığı ve malvarlığı üzerindeki velâyetten kaynaklı hak ve yetkilerini birlikte kullanarak sorumlulukları da birlikte yerine getirirler⁵⁰⁸.

Ana ve baba velâyetin ortak kullanımı kapsamında çocuğun günlük ihtiyaçlarının karşılanması, gideceği okul, yapacağı ziyaretler, geziler vs. gibi konularda ortak karar verirler. Ancak velâyetin ortak kullanımı alınacak her kararda ya da yerine getirilmesi gereken bir sorumlulukta mutlak birliktelik anlamına gelmez. Ebeveynlerden biri diğerinin izni veya icazetiyle çocukla ilgili bir işlemi tek başına yerine getirebilir⁵⁰⁹. Bu kapsamda ana ve babanın arasında yapılacak görev dağılımı ortak velâyetin paylaşılması anlamına da gelmez⁵¹⁰. Evlilik birliği içinde ana ve baba tarafından kullanılan velâyet hak ve yetkilerinin kapsamını çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, eğitimi, korunması, adının belirlenmesi, dini eğitimi, dava ve takiplerde

⁵⁰² Bölükbaşı, s. 133.

⁵⁰³ Öztan, s. 1084; Bölükbaşı, s. 133; Usta, s. 114.

⁵⁰⁴ Bölükbaşı, s. 133; Usta, s. 106; Birinci-Uzun, s. 139.

⁵⁰⁵ Bölükbaşı, s. 133.

⁵⁰⁶ Bölükbaşı, s. 133; Kılıçoğlu, s. 500; Gülgösteren, s. 163; Kiremitçi, s. 12; Akyüz, Çocuk, s. 220; Öztan, s. 1079.

⁵⁰⁷ Bölükbaşı, s. 133.

⁵⁰⁸ Bölükbaşı, s. 133; Usta, s. 106; Birinci-Uzun, s. 140.

⁵⁰⁹ Bölükbaşı, s. 133.

⁵¹⁰ Baygın, s. 263; Bölükbaşı, s. 133; Akyüz, Çocuk, s. 225; Usta, s. 107; Öztan, s. 1082.

temsiliyeti gibi birtakım hususlardan oluşmakta olup evlilik birliği içinde kullanılan velâyetin kapsamı kanun koyucu tarafından açıkça belirlenmiştir⁵¹¹.

II. ANA VE BABA EVLİ DEĞİLSE VELÂYETİN KULLANIMI

Türk Medeni Kanunu'nun "*Ana ve baba evli değilse*" başlıklı 337. maddesine göre "*Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir*" hükmü mevcuttur. Düzenlemeye göre babanın velâyet hakkı ancak soybağının tanıma veya babalık davası yoluyla kurulması halinde mümkündür⁵¹². Evlilik dışı doğan çocuğun ana ve babasının birbiriyle evlenmesi halinde çocuk kendiliğinden ana ve babasının ortak velâyetinde olur (TMK m. 292). Ana ve baba çocuğun doğumundan önce evlilik birliğini boşanma yoluyla sona erdirmişse evliliğin sona ermesinden sonraki üç yüz günlük süre içinde doğan çocuğun babası, babalık karinesi gereği kocadır⁵¹³ (TMK m. 285). Ancak bu durumda velâyet kendiliğinden babaya da geçmeyecek olup hâkim kararı gerekmektedir. Bu ihtimalde hâkim kararına kadar velâyetin askıda olması durumu söz konusudur⁵¹⁴.

III. EVLİLİK BİRLİĞİNDE ORTAK HAYATA SON VERİLMESİ VEYA AYRILIK DURUMUNDA VELÂYETİN KULLANIMI

Türk Medeni Kanunu m. 336/II hükmünce ortak hayata son verilmiş veya ayrılık gerçekleşmişse hâkim velâyeti eşlerden birine verebilir. Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri alır (TMK m. 169). Ayrılık halinde eşler arasında meydana gelme

⁵¹¹ Velâyetin, hukuki niteliği ve kapsamı konusunda detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm

⁵¹² Çakır, s. 104.

⁵¹³ Akıntürk/Ateş, s. 331,333; Dural/Oğuz/Gümüş, s. 267; Çakır, s. 104.

⁵¹⁴ Yargıtay 2.HD., T.09.02.2016, E.2015/21193, K.2016/2044 "...Velâyete ilişkin uyuşmazlıklar kamu düzenine ilişkin olup her yönün hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Taraflar 10.09.2014 tarihinde kesinleşen ilamla boşanmışlar, müşterek çocuk 25.03.2015 tarihinde doğmuştur. Evlilik birliğinin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik birliği içinde doğmuş sayılır. Bu durumda müşterek çocuk ... velâyeti askıda kalmıştır. Mahkemece öncelikle çocuğun velâyeti konusunda düzenleme yapması gerekirken, bu yönün gözetilmemesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir..." www.legalbank.net (E.T. 19.10.2024); Yargıtay 2.H.D., T. 28.06.2016, E.2016/11503, K.2016/12563 www.legalbank.net (E.T. 19.10.2024); Yargıtay 2.HD., T. 11.12.2006, E.2006/20405, K.2006/17343 www.legalbank.net (E.T. 19.10.2024).

ihtimali kuvvetle muhtemel olan gerginlik neticesinde müşterek çocuğun gergin bir ortamda psiko-sosyal açıdan olumsuz sonuçlara sebep olabileceği ifade edilmiştir⁵¹⁵. Kanun koyucu çocuğu söz konusu ortamın olumsuz şartlarından korumak amacıyla ayrılık halinde çocuğun velâyetinin eşlerden birine verilmesi ihtimalini özel olarak düzenlemiştir.

Özellikle boşanma öncesinde yaşanan ayrılık durumunda ebeveynlerin aralarında yaşanan çatışma nedeniyle müşterek çocuğun velâyeti ve velâyet kapsamında alınması gereken kararlar üzerinde uzlaşma ihtimali zorlaşabilir. Ana ve babalar istemeden de olsa müşterek çocuğu kendi çatışmalarının tarafına çekmek isteyebilirler⁵¹⁶. Ebeveynlerin çekişmeli geçen ayrılık süreçlerinde sağlıklı tutum ve davranışları söz konusu olabilmektedir. Aralarında geçen muhtemel bir tartışmanın çocuk üzerindeki etkilerini göz ardı ederek çocuğu tartışmanın tarafı olmaya zorlayabilir ve çocuğun ebeveynleri arasındaki ilişki ortasında kalmasına yol açabilirler⁵¹⁷. Ancak ortak velayet durumunda çocuğun velayetini kaybetmemek için ve velayete ilişkin konularda uzlaşma sağlamak zorunluluğundan muhtemel tartışmaların önüne geçme isteğinde olabilirler.

Şüphesiz çocuğun kişisel gelişimi ve kişiliğinin oluşum sürecinde yaşaması muhtemel olumsuz koşullar yaşamının ilerleyen aşamalarında kuracağı sağlıklı iletişim ortamlarına da temel oluşturacaktır. İsviçre’de de 1978 tarihli reform ile psiko-sosyal araştırmalar dikkate alınarak ortak hayata ara verilmesi ve ayrılık halinde hâkimin velâyeti eşlerden birine verebilme yetkisi düzenlenmiş olup TMK m. 336/II hükmü ile çocuğun yararı gerektirdiği takdirde velâyeti eşlerden birine bırakmaya açıkça yer vermiştir⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Akyüz, Çocuk, s. 230.

⁵¹⁶ Akyüz, Çocuk, s. 230.

⁵¹⁷ Akyüz, Çocuk, s. 231.

⁵¹⁸ Akyüz, Çocuk, s. 231.

IV. EŞLERDEN BİRİNİN ÖLÜMÜ HALİNDE VELÂYETİN KULLANIMI

Türk Medeni Kanunu m. 336/III hükmüne göre evlilik birliğinin devamında velâyet ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Velâyet yetkisinin sağ kalan eş tarafından tek başına kullanımı kendiliğinden olup hâkim kararı gerekmemektedir⁵¹⁹. Velâyetin tek başına kullanıldığı hallerde velâyet kendisine bırakılan tarafın ölmesi halinde ise kendiliğinden diğer tarafa geçmez⁵²⁰. Hâkim tarafından velâyetin sağ kalan ebeveyne verilmesi veya şartlar gerektiriyorsa çocuğa vasi atanması kararı verilebilir⁵²¹. Yargıtay kararlarında sağ kalan eşin velâyet hakkının kaldırılması durumu gerçekleşmeden vasi tayini yönünde verilen hükümlerin usul ve yasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir⁵²².

V. EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE VELÂYETİN KULLANILMASI

Evlilik birliğinin boşanma yoluyla sona ermesi halinde velâyet, çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK m. 337/III). Velâyetin kullanımı kendisine verilmeyen ana veya babanın çocukla kişisel ilişki kurması mümkündür.

Çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararına uygun olarak hâkim velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi düzenleyecektir (TMK m. 182/III). Velâyetin kullanımı kendisine verilmeyen taraf çocuğun bakım ve eğitim giderlerine ise gücü oranında katılmak zorundadır (TMK m. 182/III). Hâkimin velâyet ve kişisel ilişki düzenlemelerinde takdir yetkisi bulunmaktadır (TMK m. 182). Hâkimin takdir yetkisinin sınırını ise çocuğu yararı oluşturur⁵²³. Hâkim velâyet ilişkisinin tarafını belirlerken çocuğun hangi ebeveyn

⁵¹⁹ Bölükbaşı, s. 142; Akıntürk/Ateş, s. 408; Birinci-Uzun, s. 144; Karaca, s. 63; Kılıçoğlu, s. 501; Baygın, s. 269.

⁵²⁰ Bölükbaşı, s. 142; Akıntürk/Ateş, s. 311; Usta, s. 114; Kılıçoğlu, s. 501.

⁵²¹ Usta, s. 114; Bölükbaşı, s. 142.

⁵²² Yargıtay 2. H.D., T. 31.03.2010, E. 2009/16476, K. 2010/6149 www.legalbank.net (E.T. 12.10.2024); Yargıtay 2.HD., T.27.04.2010, E.19733, K.8337; Yargıtay 2.HD., T.06.05.2010, E.20153, K.9127 Gençcan, Velâyet, s. 480.

⁵²³ Akyüz, Çocuk, s. 217; Çakır, s. 105.

yanında daha iyi yetişeceğini, gelişimini, sağlığını, psikolojik ve sosyolojik şartları, çocuğun yetenek ve ilgi alanına göre yaşam standartlarının oluşumuna yapılacak katkıyı, ana ve babanın kişilik özelliklerini, çocuğun yaşı, cinsiyeti, eğitim durumu, kişilik özellikleri gibi hususları dikkate alarak çocuğun erginliği ölçüsünde görüşünü de alarak kanaat oluşturacaktır⁵²⁴.

§ 10. TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA ORTAK VELÂYETİN UYGULANABİLİRLİĞİ

I. GENEL OLARAK

Türk Hukuku'nda velâyet kurumu ve evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ortak velâyetin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu, son zamanlarda çocuğun üstün yararı ilkesinin giderek önem kazanması ve karşılaştırmalı hukukta yer alan ortak velâyetle ilişkin çeşitli düzenlemeler nedeniyle tartışılır hale gelmiştir. Velâyet, birinci bölümde detaylarıyla ele alındığı üzere TMK'da kavram olarak açıkça düzenlenmemiştir. Ancak velâyetin kapsamı detaylı olarak ele alınmıştır.

Evlilik birliğinin sona ermesi hallerinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığıyla ilgili incelenmesi gereken düzenlemelerden birisi TMK m. 336'dır. Söz konusu düzenlemede *“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”* hükmü yer almaktadır.

Hükümde ortak velâyetin evlilik birliği içinde kullanımından bahsedilmekte ortak hayata son verilmesi ve ayrılık halinde ise kuralın ortak velâyet olduğu ancak şartların varlığı halinde hâkimin tek başına velâyetle hükmedebileceği ifade edilmiştir. Söz konusu düzenleme tartışmasız ortak velâyetin çeşitli görünümelerini ele almakla birlikte çalışmanın asıl konusu, evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı hususudur. Bu husus öğretide tartışmalara yol açmış

⁵²⁴ Çakır, s. 105; Akyüz, Çocuk, s. 217; Gençcan, Velâyet, 490, 491.

olup TMK m. 336/III hükmünde yer alan “boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir” ibaresinin emredici bir düzenleme olup olmadığı ve ortak velâyetin yasaklayıp yasaklamadığı konuları tartışmaların odağı haline gelmiştir.

Ortak velâyet konusunda tartışmalara neden olan bir diğer düzenleme TMK 182. maddesidir. “*Hâkimin Takdir Yetkisi*” başlıklı TMK m. 182/III⁵²⁵’de “*velâyetin kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde*” ifadesi boşanma halinde ortak velâyet hususunda öğretide farklı görüşlere sebep olmuştur. Evlilik birliğinin sona ermesi hallerinden boşanma durumunda velâyetin düzenlenmesiyle ilgili diğer madde TMK m. 182/II de “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde*” ibaresi ortak velâyet ile ilgili öğretide çeşitli yorumlara yol açmıştır.

Türk Medeni Kanunu m. 182/III hükmü ile ilgili birinci görüş, evlilik birliğinin sona ermesi halinde velâyetin ana veya babadan birini verilmesi gerektiğini ve TMK’nın 182. maddesinin ortak velâyete imkân vermediğini ileri sürmektedir⁵²⁶. İkinci görüş TMK m.182/I ifadesinden velâyetin yalnızca ana ve babadan birine bırakılacağı sonucu çıkmadığı gibi TMK m. 182/III’ de ise velâyetin tek tarafa bırakıldığı ihtimal düşünülerek kişisel ilişki ve nafakaya ilişkin hâkimin takdir yetkisinin düzenlendiğini dikkate alınarak TMK m. 182/III hükmünün ortak velâyete imkân verdiğini ifade etmektedir⁵²⁷. Bir başka görüş ise iç hukuk bakımından birlikte velâyetin mümkün olup olmadığının tespiti için TMK m. 182/III hükmünde yer alan “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesi tek başına velâyetin mutlaka ana veya babadan birine bırakılması gerektiğini söylenmesi için yeterli olmadığını aynı zamanda TMK m. 336 hükmünün değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵²⁸.

⁵²⁵ 24/11/2021-7343/37 tarihli değişiklik ile TMK m. 182 hükmüne eklenen Ek ikinci “Mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velâyetin değiştirilebileceğini ihtar eder” fıkra nedeniyle TMK m. 182’nin II. fıkrasına tekabül eden hüküm, III. fıkra düzenlenir hale gelmiştir. Bu sebeple bu tarihten sonraki değerlendirmelerin TMK m. 182/III özelinde değerlendirmesi yapılacaktır.

⁵²⁶ Hatemi, Aile, s. 132, s. 188; Dural/Ögüz/Gümüş, s. 140; Akıntürk/Ateş, s. 310.

⁵²⁷ Serdar, s. 174; Baygın, s. 268; Öztan, Birlikte Velâyet, s. 253.

⁵²⁸ Erlüle, s. 284.

Boşanma halinde velâyetin ortak kullanımının mümkün olup olmadığı ve ilgili hükümler kapsamında özellikle hükümlerin emrediciliği hususu öğretide tartışmalıdır. Türk Aile Hukuku çerçevesinde boşanma halinde ana ve babanın çocuk üzerindeki ortak velâyeti tartışmalıyken, 2016 tarihinde AİHS Ek 7. Protokolü yürürlüğe girmiştir. Protokol sonrası Yargıtay'ın bir uyuşmazlıkta boşanma sonrası ortak velâyetin kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği yönündeki içtihat değişikliği kararı uluslararası sözleşmelerin Anayasa kapsamında iç hukuka etkisi hususları öğretideki tartışmalara farklı bir boyut kazandırmıştır.

II. TMK m. 182 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Medeni Kanunu kapsamında ortak velayetin mümkün olup olmadığı hususunda öğretide TMK m. 182 hükmünün ortak velayete izin verdiğini ve vermediğini savunan görüşler yer almaktadır.

A. TMK m. 182 HÜKMÜNÜN ORTAK VELÂYETE İZİN VERMEDİĞİNİ SAVUNAN GÖRÜŞLER

Birinci görüşe göre Türk Medeni Kanunu'nda boşanan eşlerde birlikte velâyetin bırakılacağı konusunda bir boşluk değil, menfî bir çözüm olduğu, lege ferenda (olması gereken hukuk) bir öneri olarak kanunda bu konuda hüküm olmasının kendilerince onanmadığı ifade edilmiştir⁵²⁹. Bu görüşe göre boşanmış eşlerin, çocuk üzerinden savaşlarını devam ettirmelerine yol açabilecek bir düzenleme çocuk yararına uygun görülmemiştir. Ancak anlaşmalı boşanmalarda titiz bir incelemeden sonra hâkim çocuk yararına uygun düştüğü ölçüde ortak velâyete hükmedebilmelidir⁵³⁰.

İkinci görüşe göre boşanma ile evlilik kesin olarak son bulacağından o tarihe kadar ana ve babanın beraberce kullandıkları velâyet hakkı o tarihten sonra bunlardan sadece birine bırakılması gerekecektir⁵³¹. Aynı zamanda kanun maddesinde hâkime çok geniş takdir yetkisi bırakıldığı belirtilmiş ve hâkim boşanan taraflardan hangisine velâyetin bırakılacağını belirlerken çocuğun menfaatini göz önünde bulundurması,

⁵²⁹ **Hatemi**, Aile, s. 134, 135.

⁵³⁰ **Hatemi**, Aile, s. 134, 135.

⁵³¹ **Akıntürk/Ateş**, s. 310, 311.

imkân bulundukça ana ve babayı dinlemesi eğer çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini alması gerektiği vurgulanmıştır. Burada önemli olanın çocuğun hangi tarafa bırakıldığı takdirde daha iyi yetişebileceği ve bakılacağı eğitim ve öğreniminin daha iyi sağlanacağı olduğu belirtilmiştir⁵³².

Üçüncü görüş ise evlilik devam ederken velâyetin kural olarak ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağını boşanma sonucunda hâkim tarafından ana ya da babadan birine verileceğini ve aynı zamanda Türk hukuk sisteminde boşanma halinde ana ve babanın ortak velâyetinin kabul edilmediğini belirtmiştir⁵³³. İkinci görüşe benzer şekilde TMK m. 182/I hükmünün velâyetin kime verileceği konusunda hâkime çok geniş takdir yetkisi bıraktığını belirtmiş ve bu yetkinin kullanırken önemli olan hususun çocuğun menfaati doğrultusunda çocuğun daha iyi yetişmesi, eğitime vb. olduğunu vurgulamıştır⁵³⁴.

Dördüncü görüşe göre aile birliği içinde çocuğun velâyeti ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağı halde boşanma durumunda birlikte velâyetten söz edilemeyeceği gibi velâyetin birlikte kullanılması da söz konusu olmayacaktır. Bu görüşe göre, TMK m. 182/I hükmüne göre boşanma halinde hâkimin velâyetin hangi tarafa ait olacağını belirlemesi gerektiğini ifade edilmiştir⁵³⁵.

B. TMK m. 182 HÜKMÜNÜN ORTAK VELÂYETE İZİN VERDİĞİNİ SAVUNAN GÖRÜŞLER

Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesi hükümlerinin boşanma halinde ana ve babanın velâyeti ortak kullanmasına izin verdiğini savunan görüşler de bir hayli fazladır. Bu görüşe katılan ilk yazarlardan olan *Koçhisarlıoğlu*'na göre, TMK m. 182 ana ve babanın hakları ile çocukla kurulacak kişisel ilişkinin düzenlenmesi konusunda hâkime takdir yetkisi vermekte ancak velâyetin ana ve babaya birlikte bırakılamayacağına ilişkin açık hüküm içermemektedir. Aynı zamanda yazar,

⁵³² Akıntürk/Ateş, s. 310, 311. Ayrıca boşanma halinde tek başına velâyet kapsamında velâyetin hangi tarafa verileceğiyle ilgili çocuğun yararı gereği değerlendirilmesi gereken kriterler hakkında detaylı açıklama için bkz. Akıntürk/Ateş, s. 310, 313.

⁵³³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 140, 142.

⁵³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 140, 142.

⁵³⁵ Çelikel, s. 64, 65.

“*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesinin velâyetin yalnızca ana ve babadan birine ait olması gerektiği anlamı çıkarılamayacağını, hükmün velâyetin tek başına kullanıldığı hallerde diğer eşin çocukla kişisel ilişkisinin düzenlendiğini ifade etmiştir⁵³⁶.

Serdar’a göre TMK m. 182 kenar başlığında genel bir anlatıma başvurulduğu, “*çocuklar bakımından ana ve babanın hakları ve hâkimin takdir yetkisi*”nden söz edildiği üzerinde durulmuştur. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında hâkimin, imkân olduğu ölçüde ana ve babayı dinledikten (çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan) sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenleyeceği belirtilmiştir⁵³⁷. TMK m. 182/II’de yer alan “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesindeki tekil anlatımdan hareket edilerek de boşanma durumunda mutlaka velâyetin ana ve babadan birine ait olacağı anlamı çıkarılamaz⁵³⁸.

Öztan’a göre, TMK m. 182 hükmü hâkimin takdir yetkisini düzenlemekle boşanmadan sonra birlikte velâyetin tevdiine engel bir hüküm değildir. Hüküm sadece velâyet ana babadan birine verilmişse, kişisel ilişkilerin nasıl düzenlenmesi gerektiğini öngörmekte olup boşanma sonrası velâyetin mutlaka ana babadan birine verilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır⁵³⁹.

Dönmez/ Barın’a göre TMK m. 182/I ve TMK m. 182/III hükümleri birlikte ele alındığında doğrudan velâyetle ilgili bir düzenlemeye yer verilmediği gibi velâyetin mutlaka eşlerden birine bırakılması gerekliliği sonucu da çıkarılamaz⁵⁴⁰. Boşanma halinde velâyetin nasıl kullanılacağı hususunun tespitinde TMK m. 336’nın incelenmesi gerekir⁵⁴¹.

⁵³⁶ **Koçhisarlıoğlu**, s. 103,104; **Güvenç**, Selvi Nazlı, Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Uygulanabilirliği, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S. 2, 2023, s. 606.

⁵³⁷ **Serdar**, s. 174.

⁵³⁸ **Serdar**, s. 174.

⁵³⁹ **Öztan**, Bilge/ **Öztan**, Fırat, Boşanmada Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S. 1, Nisan 2020, s. 2576.

⁵⁴⁰ **Dönmez/ Barın**, s. 182.

⁵⁴¹ Yazarın yayım tarihinde TMK m. 182’nin II. Fıkrasına tekabül eden hüküm, kanun koyucunun 24/11/2021-7343/37 tarihli değişikliği ile III. Fıkra düzenlenir hale gelmiştir. Bu sebeple bu

Akyüz'e göre, TMK m. 182 uyarınca “çocuklar bakımından ana ve babanın hakları ve hâkimin takdir yetkisi” kenar başlığından ve TMK m. 182/III fıkrasındaki “velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesinden yola çıkarak boşanma durumunda velâyetin ana ve babadan yalnız birine bırakılması sonucu çıkarılamaz. Yalnızca boşanma halinde çocuğun ana ve babadan birine bırakılması ihtimalinde diğerinin çocukla kişisel ilişkisinden bahsedilmiştir⁵⁴².

III. TMK m. 336 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

TMK m. 336 hükmünün ortak velâyeti düzenleyip düzenlemediği hususunda öğretide üç temel yaklaşım olduğu görülmektedir. Bunlardan birincisi hükmün emredici nitelikte olduğunu ve ortak velâyete imkân vermediğini öne sürerken ikinci görüş hükmün emredici nitelikte olmadığını, örtülü boşluk olması sebebiyle amaca uygun sınırlama ile ortak velâyete hükmedilebileceğini ve son olarak üçüncü görüş ise hükmün çocuğun üstün yararı ilkesi gereğince ortak velâyet kararlarına doğrudan etki edebileceğini ifade etmektedir⁵⁴³.

Öğretideki bazı yazarların TMK m. 336 hükmünün emredici olduğunu, kanun koyucunun menfi bir çözüm benimsediğinden hareketle boşanma sonrası velâyetin ana ve baba tarafından ortak kullanımına imkân tanımadığını ifade ettikleri görülmektedir.

A. TMK m. 336 HÜKMÜNÜN ORTAK VELÂYETE İZİN VERMEDİĞİNİ SAVUNAN GÖRÜŞLER

Türk Hukuk Sistemi bakımından evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velayet düzenlemesinin mümkün olup olmadığı hususunda öğretide TMK m. 336 hükmünün yorumlanmasında ortak velayete izin vermediğini savunan çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Öğretideki yazarlardan *Hatemi*, TMK m. 336/II hükmündeki “*verebilir*” ifadesinin “*vermeyebilir de*” şeklinde yorumlanarak ortak velâyeti mümkün hale

tarihten sonraki değerlendirmelerin 182/III fıkra özelinde yapıldığının kabulü zorunludur.
Dönmez/ Barın, s. 182.

⁵⁴² **Akyüz**, Çocuk, s. 234.

⁵⁴³ **Bölükbaşı**, s. 156; **Akyüz**, Çocuk, s. 234.

getirmesi noktasında tereddütleri olduğunu ifade ederek ortak velâyetin çocuk üzerinde olumsuz etkileri olacağını düşünmektedir. Ancak yazar, yakın bir gelecekte TMK m. 336/II’ deki “*verebilir*” ifadesinin Avrupa hukuku etkisiyle ortak velâyetin kabulüne yol açabileceğini veya kanuna açık bir kural konabileceği konusunda tahminde de bulunmuştur⁵⁴⁴.

Kurt’a göre TMK m. 336/III hükmü lafzı itibariyle boşanma halinde ana ve babadan yalnızca biri velâyet ilişkisinin tarafı olabilir. Hükümdeki “*taraf*” ifadesi taraf veya taraflara olarak anlaşılamayacağından kanun koyucu menfî bir çözüm getirmiş durumdadır. Zamanın şartları değiştiği gerekçesiyle kanun koyucu gibi hareket ederek kanunu hukuka aykırı olarak yorumlamak ve yürürlüğe girdiği tarihte mehzaz kanunda düzenlenmiş olmasına rağmen boşanma halinde ortak velâyeti tercih etmediği anlaşılan TMK m. 336/III hükmünde gerçek/açık boşluk olduğunu ileri sürmek isabetsizdir. Şartları elverdiği ölçüde çocuğun üstün yararı gereği ortak velâyet düzenlemelerine kanunlar hiyerarşisi yoluyla da ulaşılabilir. Yazar, sonuç olarak kanunda örtülü boşluk bulunmadığını diğer ülke kanunlarının aksine TMK hükümlerinde ortak velâyet düzenlemesinin yer almadığını ifade etmektedir⁵⁴⁵.

Serozan’a göre TMK m. 336 hükmü boşanma durumunda ortak velâyetin kullanılmasına imkân tanımamaktadır. Ancak Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Anayasa’nın eşitlik ilkesine paralel olarak çocuğun kişiliğinin gelişimi ve ana- babanın velâyet hakkı kapsamında TMK m. 336-337 hükümlerinin def-i yoluyla Anayasaya aykırılığının ileri sürülebileceği ifade edilmektedir⁵⁴⁶. *Kılıçoğlu*, TMK m. 336/III hükmünden hareketle evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyetin ana ve babadan yalnızca birine ait olacağını ancak bunun kendiliğinden değil boşanmaya karar veren hâkimin kararıyla gerçekleşeceğini ifade etmiştir⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ **Hatemi**, Aile, s. 188.

⁵⁴⁵ **Kurt**, s. 172-174.

⁵⁴⁶ **Serozan**, Çocuk Hukuku, s. 255, 256.

⁵⁴⁷ **Kılıçoğlu**, s. 624.

Özdamar'a göre her ne kadar TMK 336. maddedeki, "*velâyet, ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*" ve TMK 337. maddedeki, "*...velâyet anaya aittir...velâyeti babaya verir*" ifadelerinden, velâyetin bölünmeyeceği izlenimi doğmakta ise de taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde de açıkça öngörülen, "*çocuğun menfaatine üstünlük tanınması ilkesi*" gereği, velâyetin, hakimın takdirine bağlı olarak gereken hallerde bölünebilmesi; yani, hem annenin, hem de babanın birlikte velâyet hakkına sahip olabilmesi mümkün olmalıdır⁵⁴⁸.

B. TMK m. 336 HÜKMÜNÜN ORTAK VELÂYETE İZİN VERDİĞİNİ SAVUNAN GÖRÜŞLER

Öğretideki birtakım yazarlar özellikle son dönemlerde evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde Türk Hukuk Sistemi açısından ortak velayetin uygulanabilir olduğunu savunurken TMK m. 336 hükmünün yorumunda ortak velayete izin verdiğini öne sürmektedir.

TMK m. 336/III'te hüküm altına alınan "*velâyetin ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait*" olacağı yönündeki ifadesi son zamanlarda öğretide emredici olmadığı şeklinde yorumlanmaya başlanmıştır. Bazı yazarlar hükmün emredici olmadığını ve örtülü boşlukla ortak velâyet lehine yoruma izin verdiğini savunurken azınlık da olsa bazı yazarlar ise hükmün doğrudan ortak velâyetle izin verebileceğini ifade etmektedir.

TMK m. 336/III hükmünün doğrudan ortak velâyet kararlarında uygulanma imkânı olduğunu ifade eden yazarlardan Arkan'a göre TMK m. 182 ve m. 336 'nin lafzı incelendiğinde boşanma halinde velâyetin, hâkim tarafından mutlaka ana veya babadan birine verilmesinin şart olduğu ve ortak velâyetin mümkün olmadığı şeklinde bir ifade mevcut olmadığı gibi hükümlerin gerekçelerinden de bu sonuca ulaşılamayacağı belirtilerek hâkimin amaca uygun yorum yapması beklenilmektedir⁵⁴⁹. Aynı zamanda yazar TMK m. 336/I ve m. 336/II'nin birlikte değerlendirilmesi halinde kural olanın ortak velâyet olduğunu ancak boşanma halinde

⁵⁴⁸ Özdamar, s. 435.

⁵⁴⁹ Serim Arkan, Azra, Boşanma Halinde Ortak Velâyet, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, 2016, s. 6085.

hâkimin takdir yetkisi kapsamında velâyetin ana ve babadan birine bırakılmasının mümkün olduğu sonucuna varılması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁵⁰.

Erdem'e göre kanun koyucu ortak velâyeti *yasaklayan* bir hüküm getirmemiştir. Temel kriter çocuğun yararadır ve kanun hükümlerinin amaca göre yorum yapılması yoluyla zorunlu olarak velâyetin tek başına velâyet olarak düzenlenmediğinin kabulü gerekir⁵⁵¹. *Serdar'a* göre boşanma sonrasında ana babanın velâyete birlikte sahip olamayacağı sonucu Türk Medeni Kanunu'nun 182 ve 336/III madde hükümlerinden kesin bir şekilde çıkarılamaz⁵⁵².

C. TMK m. 336 HÜKMÜNÜN ORTAK VELÂYETE İLİŞKİN ÖRTÜLÜ BOŞLUK OLDUĞUNU SAVUNAN GÖRÜŞLER

Öğretide bazı yazarlar TMK m. 336/III hükmünün emredici nitelikte olmadığını ve hükmün lafzında boşanma halinde velâyetin ana ve babadan yalnızca birine bırakılacağı sonucu çıkmadığını, hükümde “örtülü boşluk” olduğunu ve boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemiyle sınırlanarak çocuğun menfaatine uygun hale geleceğini savunmaktadır.

Koçhisaroğlu, bu görüşü ve boşanma halinde ortak velâyetin düzenlenebileceğini savunan ilk yazarlardandır. Yazar'a göre TMK m. 336/III hükmünde yer alan “*taraf*” ifadesinden velâyetin boşanma halinde bir tarafa bırakılacağı, ana ve babaya birlikte bırakılamayacağı şeklinde emredici olarak yorumlanamaz. Hükmün amacı çocuğun yararadır ve her ne kadar başlangıçta kanun koyucu tek başına velâyeti kabul etse de zamanla değişen koşullar kuralı anlamsızlaştırmıştır. TMK m. 1/I uyarınca oluşan boşluğun doldurulması amaç ile araç arasındaki çatışmanın giderilmesi gerekir⁵⁵³.

*Özta*n'a göre, TMK m. 336/III'te kanun koyucunun amacı boşanma halinde çocuğun menfaatlerini korumak olduğundan hükümde örtülü boşluk vardır. Hükmün

⁵⁵⁰ Serim Arkan, s. 6085.

⁵⁵¹ Erdem/Makaracı Başak, s. 450.

⁵⁵² Serdar, s. 175.

⁵⁵³ Koçhisarhoğlu, s. 96, 103, 104, 232, 234, 243, 244.

boşanma halinde hiçbir şekilde ortak velâyete izin vermediği düşüncesi söz konusu amaca uygun düşmez. Bu sebeple en azından anlaşmalı boşanmalarda, ebeveynler ortak velâyeti talep ediyor ve bu velâyet modeli çocuğun menfaatine uygun olacaksa hâkim amaca uygun sınırlanması yöntemiyle hükmü, ortak velâyet lehine yorumlayabilir⁵⁵⁴.

Apaydın’a göre, kanun koyucu mehz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu’nun ortak velâyeti daha sonraki tarihlerde düzenlemiş olması da dikkate alındığında kanunun yapıldığı tarihte boşanma sonrasında birlikte velâyet kurumunun varlığının farkında olmadığı için TMK m. 336/III’te “birlikte velâyet” ihtimali düzenlenmemiştir. Boşanma durumunda birlikte velâyet konusunda kanun koyucunun söz konusu kurumun varlığını bilmemesinden kaynaklı olarak hükümde menfî bir çözümden ziyade gerçek bir boşluk vardır. Ancak hâkim boşanma halinde ortak velâyete hükmedecekse gerçek boşluğu TMK m. 1’e göre doldurabilir⁵⁵⁵.

Baygın’a göre TMK m. 336/III hükmünde ortak hayata ara verilmesi ve ayrılık hallerinden farklı olarak boşanma halinde kural tek başına velâyettir. TMK’da ortak velâyete ilişkin düzenleme olmaması nedeniyle yazar, hâkimin anlaşmalı boşanmalarda TMK m. 366/III uyarınca ana ve babanın velâyeti ortak kullanmak istemeleri, çocuğun üstün yararı gibi kriterleri birlikte değerlendirerek boşanma sonrasında ortak velâyete karar verilebileceğini ifade etmektedir⁵⁵⁶.

İnce’ye göre ise, Türk Medeni Kanunu’nun velâyete ilişkin düzenlemelerinde boşanma halinde velâyetin ortak kullanımına ilişkin herhangi bir yasak bulunmamaktadır. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme ’ye Ek 7 No’lu Protokol başta olmak üzere Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi taraf olunan uluslararası antlaşmalar Anayasa 90. madde hükmü uyarınca ve çocuğun üstün

⁵⁵⁴ **Öztan/Öztan**, Birlikte Velâyet, s. 2577.

⁵⁵⁵ “Türk Medeni Kanunu’nun mehz kanunu olan İsviçre Medeni Kanun’u, 1892 yılında kanunu hazırlamakla görevlendirilen Eugen Huber’in İsviçre özel hukuku çalışmalarının neticesi olarak 1907 yılında yasalaşmış ve 1912 yılında yürürlüğe girmiştir. Türk Medeni Kanunu da İsviçre Medeni Kanununun Fransızca aslından tercüme edilerek 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. 743 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 264/I hükmü, TMK m. 336/III hükmü ile aynıdır. Fikrimizce, kanun koyucu, yasanın yapıldığı tarihlerde boşanma sonrası ortak velâyet kurumunun varlığının farkında değildir, zira dünyada böyle bir kurum yoktur”. **Apaydın**, s. 457,459.

⁵⁵⁶ **Baygın**, s. 268, 269.

yararına uygun olduğu takdirde boşanma halinde hâkim ortak velâyete hükmedebilir⁵⁵⁷.

Akyüz'e göre TMK m. 336/III hükmünde boşanmadan sonra velâyetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı ifadesi yer almakta olup söz konusu ifadede boşanmadan sonra yalnızca ana ve babadan birine verileceği sonucu çıkarılamaz. Maddenin kanunun amacına, temel felsefesine ve çatışan çıkarların varlığı halinde hangisinin tercih edileceğine göre belirlenmesi gerekir. Kanunun sistematüğinde çocuğun üstün yararı ilkesinin temel alındığı varsayımında velâyetin düzenlenmesinde çocuğun yararına uygun olarak ortak velâyetin de yasaklanmadığı kabul edilmelidir. TMK m. 336 hükmünde örtülü boşluk varsa çocuğun üstün yararına uygun olacak şekilde doldurulmalıdır. Her ne kadar mevcut kanun hükümleri çocuğun üstün yararına uygun olacak şekilde yorumlanarak ortak velâyete izin verebilecekse de mevcut tartışmalara son vermek adına kanun maddelerinin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir⁵⁵⁸.

Bölükbaşı, TMK m. 182/III hükmünün boşanma halinde velâyetin kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişkisini düzenlediğini, doğrudan velâyete ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte boşanma halinde ortak velâyete engel bir düzenleme de olmadığını ifade etmektedir. Yazar, aynı zamanda TMK m. 336 hükmünün asıl velâyeti düzenleyen hüküm olduğunu, hükmün lafzından boşanma halinde tek başına velâyeti düzenlediğini ancak değişen şartlar gereği hükmün amacına uygun olmadığı gerekçesiyle hükümde örtülü boşluk olduğunu ve çocuğun yararına uygun olarak amaca uygun sınırlama yöntemiyle TMK m. 1/II hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Yazar görüşü kapsamında TMK m. 336/III hükmünün amaca uygun olarak doldurulmasında çocuğun görüşünün alınmasını ve üstün yararı ölçüsünde boşanma halinde velâyetin ana ve babadan birine veya ortak olarak verebileceği hususunda tavsiyede bulunmuştur⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ *İnce*, s. 221.

⁵⁵⁸ *Akyüz*, Çocuk, s. 234, 235.

⁵⁵⁹ *Bölükbaşı*, s. 160,164.

§ 11. TÜRK HUKUKU UYGULAMASINDA, YARGI KARARLARINDA ORTAK VELÂYET VE AİHS EK 7 NO'LU PROTOKOL'ÜN 5. MADDESİNİN ORTAK VELÂYET KARARLARINA ETKİSİ

I. TÜRK HUKUKU UYGULAMASINDA ORTAK VELÂYET

Türk Hukuku'nda TMK m. 182 ve TMK m. 336 hükmünden hareketle boşanma halinde ortak velâyet düzenlemelerine yer verilmediğini ileri süren yazarlar olduğu gibi her ne kadar kanun lafzı izin vermese de çocuğun üstün yararı bakımından ortak velâyet düzenlemelerine izin verilmesi gerektiğini ileri süren yazarlar da mevcuttur. Aynı zamanda AİHS' ne Ek 7 No'lu Protokolün etkisiyle hukuk sistemimizde ortak velâyetin önünün açıldığını ileri süren görüşler de ağırlıklı olarak bulunmaktadır.

Serdar'a göre velâyetin kullanılmasındaki çocuğun yararının gözetilmesi, çocuğun görüşünün alınması genel kuralları, velâyete özgü olmadığından ortak velâyette de geçerli olmaktadır⁵⁶⁰. Ebeveynler, çocukla ilgili gerek ortak gerekse tek başına karar almada, çocuğun hayatını düzenleme hakkı kapsamında çocuğun olgunluğuna göre görüşünü almak ve çocuğun yararını gözetmek zorundadırlar⁵⁶¹.

Boşanması sonrası ortak velâyetin, her açıdan özellikle de çocuğun menfaati gereği olması sebebiyle, boşanma sonrası anne veya babanın tek başına kullandığı velâyete nazaran tercih edilebilir olduğu yönünde çeşitli sosyal araştırma bulguları yer almaktadır⁵⁶². Bilimsel araştırmalara göre ortak velâyetin çocuklar üzerindeki olumlu etkilerini detaylıca incelemiş ve çocuklar için iki aktif sosyal destek ve aile bağlarının var olması, artan ilgi ve bakım, kadın ve erkek cinsiyet rolünü modelleme imkânı gibi velâyetin ana ve baba arasında birlikte kullanılmasının sağladığı faydaları belirtmiştir. Yazara göre; ana ve baba birincil ebeveynlik stresinden arınarak, "*gerçek zamanlı*" ebeveynlik ile daha fazla tatmin olabilmekte ve modern ebeveynlerin gerçek psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılayarak iş ve aile arasında bir denge oluşturmak evlilik dışı

⁵⁶⁰ *Serdar*, s. 271.

⁵⁶¹ *Serdar*, s. 271.

⁵⁶² *Aybay/Şen*, s. 589,615.

bir ortamda babaların deneyim sağlamalarına katkı sunmaktadır⁵⁶³. Yapılan bu bilimsel araştırmalar sonucunda boşanma halinde çocukların ana ve babalarının ortak velâyeti altında bulunmalarının çocuklar üzerindeki olumlu etkilerinden bahsedilmiştir⁵⁶⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinin birlikte velâyetin varlığını destekler nitelikte yorumlanması halinde boşanma durumunda birlikte velâyet kararlarının uygulanmasında esas alınacak birlikte velâyet modelinin de açıkça belirlenmesi gerekmektedir⁵⁶⁵.

Özta'n'a göre boşanma halinde ortak velâyet modeli belirlenirken birlikte velâyeti kabul eden Avrupa Ülkelerindeki yasal düzenlemelere bakılmalı, çocuğun korunmasına ilişkin hangi modellerin esas alındığı, bu modellere ilişkin hangi eleştirilerin ileri sürüldüğü tespit edilmeli ve milletlerarası tavsiye kararları da dikkate alınarak gerekli düzenlemeler yapılmalıdır⁵⁶⁶.

II. YARGI KARARLARINDA ORTAK VELÂYET

Ortak velayetin Türk Hukuku bakımından uygulanması konusunda farklı tarihlerdeki yargı kararlarında ortak velayete izin verilmemişken son dönem yargı kararlarında ortak velayete izin verildiği görülmektedir.

A. ORTAK VELÂYETİ KABUL ETMEYEN KARARLAR

Yargıtay 2 HD. 02.04.2003 tarihli kararında; tenfizi istenilen ilamda 18.8.1986 doğumlu Onur ile 28.2.1992 doğumlu Orçun'un velâyeti konusunda tarafların anlaşmaları ifade edilmiştir. Evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velâyeti birlikte kullandığı, TMK m. 336 kapsamında boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hâkimin velâyeti eşlerden birine vermek zorunluluğundan bahsedilmiştir. Velâyetin düzenlenmesinin kamu düzeni ile ilgili olduğu da ifade edilerek Yabancı mahkemenin çocukların velâyetini yazılı şekilde düzenlemesi TMK' ya aykırı bulmuştur. Yerel Mahkemenin velâyet düzenlemesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde isabetsizlik

⁵⁶³ Kiremitçi, s. 22.

⁵⁶⁴ Kiremitçi, s. 22; Birinci – Uzun, s. 150; Akkurt, Velâyet, s. 4191; Kurt, s. 161,162.

⁵⁶⁵ Özta/Özta, Birlikte Velâyet, s. 2579.

⁵⁶⁶ Özta/Özta, Birlikte Velâyet, s. 2579.

görmemiştir. Söz konusu davada Fürth Sulh Mahkemesinden verilen boşanma ilamı kesinleştiğini ve 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki yasanın 36., 37. ve 38. maddelerinin aradığı şartlar gerçekleşmiş olduğunu da belirtmiştir. Mahkemece yabancı ilamın boşanmaya yönelik bölümünün tenfizine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile isteğin tümünün reddedilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur⁵⁶⁷.

Yargıtay, 2004 tarihli bir kararında; yabancı mahkeme kararlarının kısmen veya tamamen tenfizine karar verilebileceğini belirtmiştir. 9 Aralık 1988 doğumlu Esra ve 24 Mart 1995 doğumlu Mert isimli müşterek çocukların velâyeti anne ve babaya birlikte bırakılmıştır. Türk Medeni Kanunu'na göre, boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim velâyeti eşlerden birine vereceği, velâyet düzenlemesinin kamu düzeni ile ilgili olduğu ve yabancı mahkemenin çocukların velâyetini anne ve babaya birlikte bırakması Türk Medeni Kanunu'na aykırı olduğu gerekçesiyle talebi reddetmiştir⁵⁶⁸.

Yargıtayın 2006 tarihli bir kararında; yabancı mahkemeden verilen boşanmaya ilişkin kararın tenfizini istemiştir. Tenfizi istenilen ilamda müşterek çocuğun velâyeti ana babanın her ikisi üzerinde bırakılmasına karar verilmiştir. Yerel Mahkeme kararında TMK m. 336 hükmünde boşanma halinde velayetin eşlerden yalnız birine verilebileceği düzenlediği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmiştir. Yargıtay ise yerel mahkeme kararını yasaya uygun bularak tenfiz isteğinin reddinde isabetsizlik olmadığına hükmetmiştir⁵⁶⁹.

Yargıtay 2013 tarihli bir başka kararında; müşterek çocuk üzerindeki velayet hakkının ortak kullanılmasına hükmeden yabancı mahkeme kararını tanımayan yerel

⁵⁶⁷ Yargıtay 2 HD., T.02.04.2003, E.2003/3784, K. 2003/4670 www.legalbank.net (E.T. 19.11.2024).

⁵⁶⁸ Yargıtay 2. HD., T.27.12.2004, E. 2004/13947, K. 2004/15854 www.legalbank.net (E.T. 20.11.2024).

⁵⁶⁹ Yargıtay 2. HD., T.12.06.2006, E.2006/2773, K.2006/9267 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 12.11.2024).

mahkeme kararını, TMK m. 336/II hükmünün izin vermediği gerekisiyle usul ve yasaya uygun bularak onamıştır⁵⁷⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2016 tarihli bir kararında; ise ergin olmayan çocuk ana ve babasının velâyeti altında olduğundan ve evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velâyeti birlikte kullanacaklarından bahsedilmiştir. Ancak boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliği sona erdiğinden velâyetin beraberce kullanılma olanağı kalmadığı gerekçesiyle 4721 sayılı TMK m. 336 uyarınca, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmiş ise hâkimin velâyeti eşlerden birine verebileceği ve velayetin ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğuna hükmedilmiştir⁵⁷¹.

Yargıtay 2017 tarihli bir kararında; yabancı mahkemece tarafların boşanmasına karar verilmiş olmakla birlikte müşterek çocukları 22.09.2007 doğumlu küçük ...'nın velâyeti hususunda bir hüküm verilmediği anlaşıldığını ifade etmiştir. Velâyetin anne babaya birlikte verilmesinin Türk Hukuk tatbikatına uygun olmadığı gerekçesiyle küçüğün velâyet hakkının boş bırakıldığından da bahsederek yabancı mahkeme kararının velâyetle ilişkin hükmünün yerel mahkemece tenfiz edilmemiş olması üzerine yapılan incelemesinde; yabancı mahkeme kararı gereğince küçüğün velâyet hakkının anne ve baba tarafından birlikte yürütüldüğü, bu düzenlemenin Türk Hukuk tabiatına aykırı olması velâyetle ilişkin yabancı mahkeme kararının tenfizine karar verilmemiş olması nedeniyle velâyetin boş bırakıldığı anlaşıldığını da gerekçe göstererek davanın 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine dair Kanunun 6/2-c maddesi ile geçici 2. maddesine göre Aile Mahkemesince görülüp sonuçlandırılması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁷².

⁵⁷⁰ Yargıtay 2.HD., T.19.03.2013,2012/21186E., 2013/7440K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 17.11.2024).

⁵⁷¹ Yargıtay HGK., T. 24.02.2016, E.2014/1047, K. 2016/171, www.legalbank.net (E.T. 04.12.2024).

⁵⁷² Yargıtay 20.HD., T.02.05.2017, E.2017/5947, K.2017/3841 www.legalbank.net (E.T. 20.11.2024).

B. ORTAK VELÂYETE İZİN VEREN YARGI KARARLARI

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 2012 tarihli kararında; tenfiz talebine ilişkin bir davada, esasa uygulanan hukukun Türk Hukuku'ndan farklı olması veya Türk Hukuku'nun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizinin reddedilemeyeceği belirtilmiştir. Esas alınması gereken kıstaslar arasında, yabancı ilamın Türk Hukuku'nun 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 aykırı olup olmadığı değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁵⁷³.

İstanbul BAM 10. Hukuk Dairesi 26.04.2017 tarihli bir kararında; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı ilamını referans göstererek iç hukukumuzda ortak velâyetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu ya da Türk toplumunun ve çıkarlarını ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Mevcut uyuşmazlıkta ortak velâyet ve çocukların kimin yanında kalmalarının menfaatlerine uygun olacağı hususunun araştırılması, tarafların ve çocukların mahkemece dinlenilmeleri, psikolog, pedagog ve sosyal hizmet uzmanından oluşacak heyetten rapor alınmak suretiyle ortak velâyet hususu da değerlendirilmesi gerekçesiyle yeniden hüküm kurulması için ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vermiştir⁵⁷⁴.

Ankara BAM 2. Hukuk Dairesi 05.12.2017 tarihli kararında; AİHS' ne Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi gereğince eşlerin çocuklarıyla olan ilişkilerinde eşit haklara sahip oldukları belirtilmiştir. Ancak ortak velâyet açısından gönüllülük esas olduğunu ve anne ve babanın rızasının bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Uyuşmazlığa konu davada annenin ortak velâyete ilişkin rızasının bulunmadığını ve

⁵⁷³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, T.10.02.2012, E.2010/1, K.2012/1. www.legalbank.net (E.T. 19.11.2024).

⁵⁷⁴ İstanbul BAM 10HD., T.26.04.2017, E.2017/578 K.2017/386. (Yayımlanmamıştır). **Apaydın**, s. 465'ten naklen.

müşterek çocuğun velâyetinin kendisine verilmesini istediği gerekçe göstererek ortak velâyet koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemeyeceğini belirtmiştir ⁵⁷⁵.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2017 tarihli kararında; Uyuşmazlığı iç hukuk ve kamu düzeni kavramı üzerinden değerlendirmiş ve “ortak velayet” düzenlemesinin Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olmadığını ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediğini ifade etmiştir. Somut olayda İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velâyete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velâyet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerektiği gerekçeleriyle Türk kamu düzenine aykırılık gerekçesine yer veren Yerel Mahkeme kararını bozmuştur ⁵⁷⁶.

Ankara BAM 1.Hukuk Dairesi 10.05.2017 tarihli kararında ise; Söz konusu uyuşmazlıkta taraf vekillerinin ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında ve istinaf aşamasındaki duruşma sırasındaki velâyetin müvekkillerine verilmesi beyanlarına ve istinaf duruşmasındaki beyanları ile sosyal inceleme raporundaki velâyetin ortak velâyet olarak düzenlenmesinin çocuğun yararına olabileceği şeklindeki kanaate katılmadıklarını ifade etmelerine rağmen ortak velâyet düzenlemesinde asıl olan çocukların üstün yararı olduğunu, ana ve babanın yararı ile çocuğun yararının gerektirdiği takdirde çocuğun yararına üstünlük tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Velayete konu idrak yaşındaki müşterek çocuk, sosyal inceleme raporunu düzenleyen uzman ile yaptığı görüşme sırasında ve uzman huzuru ile istinaf duruşmasındaki beyanında açık bir şekilde velâyet tercihinde bulunmamış, hafta içinde annesinin yanında kaldığı, hafta sonunda babasının gelip aldığı, son dönemlerde anne ve babasının kendisi ile ilgili aldıkları kararlarda herhangi bir tartışma yaşamadıklarını, her ikisini de sevdiğini, anne ve babasının da kendisini sevdiklerini bildiğini, her ikisiyle de görüşmek istediğini beyan etmiştir. Tüm bunlara rağmen İstinaf mercii; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 Nolu Protokolün 6684 Sayılı kanun ile yürürlüğe girmesiyle birlikte usulüne göre yürürlüğe konmuş temel

⁵⁷⁵ Ankara BAM 2HD., T.05.12.2017, E.2017/1132 K.1471. (Yayımlanmamıştır). **Apaydın**, s. 465’ten naklen.

⁵⁷⁶ Yargıtay 2. H.D., T.20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737. <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (E.T. 18.11.2024).

hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümler esas alınacağından ortak velâyeti engelleyen TMK hükümlerini örtülü olarak ortadan kaldırdığı gerekçesiyle ve çocuğun güvenine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında herhangi bir iddia ve delil bulunmaması da gözetilerek çocuğun üstün yararı gereğince söz konusu uyuşmazlıkta ortak velâyete hükmedilmesi gerektiği kanaatine varmıştır. Aynı zamanda mahkeme ortak velayetin ne şekilde uygulanacağını da ele alarak ortak velâyette çocuğun her iki ebeveynde birlikte kalması düşünülemeyeceğini, ebeveynlerin birlikte karar almaları gerektiğini, çocuğun sağlığı, eğitimi, onun hayatına yön verecek ve onun üstün yararını gerektirecek hususlarda ortak hareket etmeyi gerektirdiğini belirtmiştir. Çocuğun düzene ihtiyacı olduğu gerekçesiyle de bu düzeni sağlamak için bir ebeveynin yanına yerleştirilmesi, diğeri ile kişisel ilişki kurulması ve yanına yerleştirilmeyen ebeveynin çocuğun giderlerine de katılması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁷⁷.

Görüldüğü üzere ortak velayet müessesesi konusunda yargı uygulaması zaman içinde değişiklik göstermiştir. Türk Hukuk Sistemi açısından evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velayet düzenlemeleri ilk olarak tanıma/tenfiz kararlarında uyuşmazlık konusu haline gelmiştir. Çeşitli yargı kararlarında görüldüğü üzere bu husus uygulamada sorun olarak gündeme gelmiştir. Yargıtay 2016 tarihine kadarki kararlarında yabancı mahkeme kararlarının tenfizi talepli uyuşmazlıklarda tarafların ortak velayet taleplerini kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddetmiştir. Velayet müessesesi, devletlerin kamu düzenini doğrudan ilgilendiren bir konudur. Ancak ortak velayet talebinin hangi gerekçeyle kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinin açıkça ortaya konması gerekmektedir. Yabancı mahkeme kararlarında TMK hükümlerinde yer almayan bir hususta hüküm kurulmuş olmasının tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinden bahsedilemez. Söz konusu tarihlerdeki yargı kararlarındaki yalnızca TMK m. 336 hükmüne aykırılık gerekçesiyle kamu düzenini bozma iddiası isabetli görülmemektedir.

⁵⁷⁷ Ankara BAM 1HD E. 2017/121 K.2017/601 T.10.05.2017 (Yayımlanmamıştır) **Apaydın**, s. 465'ten naklen.

Yargıtay'ın 2016 tarihli AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokolün 5.maddesinin TMK m. 336 hükmünü mülga ettiği gerekçesiyle vermiş olduğu ortak velayet kararı sonrasında verilen yargı kararlarında ortak velayetin mümkün hale geldiği görülmektedir. Bu tarihten sonraki karar gerekçelerinde her ne kadar ortak velayet taleplerinin kamu düzenini bozmadığı yer olsa da asıl gerekçe ilgili Protokolün 5. Maddesi olmaktadır.

III. AİHS EK 7 NO'LU PROTOKOL'ÜN 5. MADDESİNİN ORTAK VELÂYET KARARLARINA ETKİSİ

Türk Hukuk Sistemi'nde boşanma halinde ortak velâyetin uygulanması noktasında 10.03.2016 tarihli 6684 Sayılı Kanun'la uygun bulunan ve 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokolün kabulünün iç hukuka önemli etkisi bulunmaktadır⁵⁷⁸. Protokolün kabul tarihinden sonra Aile Mahkemeleri tarafından evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi hallerinde velâyet düzenlemelerinde “*ortak velâyet*” kararlarına yer verilmeye başlanmıştır⁵⁷⁹.

AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokolün “*eşler arasında eşitlik*” başlıklı 5. maddesi yargı kararlarında ortak velâyete hükmedilmesinin gerekçesini oluşturmaktadır⁵⁸⁰. Protokolün “*eşler arasında eşitlik*” başlıklı 5. maddesinde “*eşler evlilikte evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar*” ifadesi yer almaktadır. Ancak söz konusu eşitliğin uygulanmasında çocuğun üstün yararı ilkesine hizmet eden haller saklıdır⁵⁸¹. Protokol maddesinde yer alan “*çocuklar ile ilişkiler*”

⁵⁷⁸ Apaydın, s. 465; Bölükbaşı, s. 164; Çakır, s. 125.

⁵⁷⁹ İstanbul BAM 10HD., T. 26.04.2017, E.2017/578 K. 2017/386 (Yayımlanmamıştır). “...Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı ilamında belirtildiği üzere, iç hukukumuzda ortak velâyetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu ya da Türk toplumunun ve çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Dosya kapsamına göre, ortak velâyet ve çocukların kimin yanında kalmalarının menfaatlerine uygun olacağı hususunun araştırılması, tarafların ve çocukların mahkemece dinlenilmeleri, psikolog, pedagog ve sosyal hizmet uzmanından oluşacak heyetten rapor alınmak suretiyle ortak velâyet hususu da değerlendirilerek yeniden hüküm kurulması için diğer yönler incelenmeksizin ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın mahkemesine gönderilmesine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur...” Apaydın, s. 465'ten naklen.

⁵⁸⁰ Ankara BAM 1. HD., T.10. 05.2017, E. 2017/121 K.2017/601 (Yayımlanmamıştır); İstanbul BAM 10.HD., T. 26.04.2017, E.2017/578 K. 2017/386 (Yayımlanmamıştır); Ankara BAM 2HD. T. 05.12.2017, E.2017/1132 K.1471 (Yayımlanmamıştır). Apaydın, s. 465-466'tan naklen.

⁵⁸¹ Bölükbaşı, s. 101; Gençcan, Velâyet, s. 483.

deyiminden velâyet kurumunu da içine alacak şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi, nafaka, çocuğun korunması tedbirleri gibi çocukla ilgili bütün konular anlaşılmaktadır.

Bu noktada madde velâyet ilişkisi açısından ele alındığında 5. maddenin TMK m. 336 hükmünü ne şekilde etkilediği sorunu ortaya çıkacaktır. Öğretide bu hususta çeşitli görüşler yer almaktadır.

Gençcan'a göre Ek 7 No'lu Protokol 25.03.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe girmesiyle iç hukukumuz haline gelmiştir⁵⁸². Protokol ile 4721 sayılı kanun hükümleri örtülü olarak ortadan kalkmaktadır⁵⁸³. Protokolün 5. maddesi velâyeti de kapsamakta olup eşler, sözleşme kapsamında çocuklarıyla ilişkilerinde özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklarda eşittir. Devletlerin ise çocukların yararına gerekli tedbirleri alma yetkisi bulunmaktadır.

Türk Medeni Kanun'un 336/III. maddesi hükümlerinde yer alan “*velâyet, boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” hükmü Ek 7 Nolu Protokolün 5. maddesi ile aynı konuda farklı hüküm içerdiğinden uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınarak çocuğun üstün yararına aykırı olmadığı takdirde ortak velâyete hükmedilecektir. Ortak velâyet bu şekilde normatif olarak hukukumuzda girdiğinden ortak velâyet konusunda normatif boşluk yoktur⁵⁸⁴.

Apaydın'a göre, hükümden çıkarılacak ilk sonuç, ulusal kanunların eşlere eşit davranması ve cinsiyet temelli bir ayırım yapılmamasıdır. Hükümde, ortak velâyet ile ilgili bir emir veya yasaklama mevcut değildir. TMK m. 336 hükmü eşler arasında cinsiyet temelli bir ayırım yapmadığı için Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesine aykırı olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak bu hükmün gerçek anlam ve değerini ortak velâyet düzenlemesi ile bulacağı da kesindir⁵⁸⁵.

Kurt'a göre AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi Anayasanın 90. maddesi gereğince iç hukuk kuralı haline geleceğinden ortak velâyet kararlarında

⁵⁸² **Gençcan**, Velâyet, s. 483; **Gençcan**, Ömer Uğur, Ortak Velâyet, İzmir Barosu Bülten Dergisi, Özel Sayı:8 Mart 2017, s. 26.(Ortak Velâyet)

⁵⁸³ **Gençcan**, Ortak Velâyet, s. 26; **Dönmez/Barın**, s. 195.

⁵⁸⁴ **Gençcan**, Velâyet, s. 483-484.

⁵⁸⁵ **Apaydın**, s. 467.

uygulanabilir. Protokol hükmü ile TMK m. 336/III hükmünün uygulanması engellenerek ortak velâyet yönünde karar verilebilecektir⁵⁸⁶.

Erlüle'ye göre, TMK m. 336/III hükmü ile Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi arasında bir çatışma söz konusu olsaydı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan milletlerarası antlaşma ile kanun arasındaki çatışmada milletlerarası antlaşma uygulanarak, kanunun ihmal edilmesi gerekirdi. İhmal yaptırımı ile kastedilen iki normdan birine öncelik tanınmasından ziyade çatışan iki normdan birinin uygulanması diğerinin uygulanmamasıdır. Ancak önceki normun uygulanma kabiliyetini kaybetmiş olması, onun yürürlükte olmadığı, mülga olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle öğretilerdeki bazı görüşler ve Bölge Adliye Mahkemeleri kararlarında olduğu gibi uluslararası anlaşma konumundaki Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin TMK m. 336/III hükmünü örtülü olarak yürürlükten kaldırdığını söylemek mümkün değildir⁵⁸⁷.

Türk Anayasa Hukuku kapsamında kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında hiyerarşik açıdan üstünlük ilişkisi olduğunu ifade eden öğretide görüşler yer almaktadır⁵⁸⁸. 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” ifadesi eklenmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen söz konusu ibare ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara kanunlar arasında hiyerarşik bir üstünlük olduğu ifade edilmektedir⁵⁸⁹. Bir görüşe göre her ne kadar normlar hiyerarşisi kapsamında hüküm tartışılıyorsa da sorun normlar hiyerarşisi ile ilgili olmayıp yalnızca 2004 değişikliği sonrası milletlerarası anlaşmaların kanunlarla çatışması halinde esas alınacağını düzenlemektedir⁵⁹⁰. Kanunla, temel hak ve özgürlüklere

⁵⁸⁶ Kurt, s. 174.

⁵⁸⁷ Erlüle, s. 66.

⁵⁸⁸ Bilir, Faruk, Anayasa'nın 90. Maddesinde yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S. 1, 2005, s. 79 vd.

⁵⁸⁹ Bilir, s. 79.

⁵⁹⁰ Dönmez/Barın, s. 195.

ilişkin milletlerarası antlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşma hükümlerine göre çözüm gerekir⁵⁹¹.



⁵⁹¹ **Dönmez/Barın**, s. 195.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Türk Hukuk Sistemi'nde boşanma halinde ortak velâyete hükmedilip hükmedilemeyeceği konusunda TMK m. 182/III ve TMK m. 336 hükümleri öncelikli olarak değerlendirilmekte ve öğretilde çeşitli görüşlere neden olmaktadır.

TMK m. 182/III hükmü madde başlığından da anlaşılacağı üzere boşanma halinde velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde hâkimin dikkate alması gereken kriterlerden ve bu husustaki takdir yetkisinden bahsetmektedir. Kanun koyucu velâyeti düzenlerken velâyetin tek tarafa verilmesi halinde velâyet kendisine verilmeyen tarafın çocukla kişisel ilişki durumunu boşlukta bırakmayarak çocuğun yararına olacak şekilde düzenleme altına almıştır⁵⁹². Hükümden velâyetin sadece bir tarafa bırakılacağı sonucu doğrudan çıkarılamamakta yalnızca velâyetin tek tarafa verilmesi ihtimali kişisel ilişki kurumu bakımından ele alınmaktadır. Bu kapsamda hükmün boşanma halinde ortak velâyete engel bir düzenleme olduğu söylenemez⁵⁹³.

Aynı zamanda TMK m. 182/III'te kişisel ilişki düzenlemesinde “*çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur*” ifadesine yer verildiği görülmektedir. Burada açıkça görüleceği üzere kanun koyucu çocuğun velâyetin kullanımı kendisinde olmayan taraf ile kişisel ilişki düzenlemesinde çocuğun menfaatine hizmet edecek olan kriterleri esas aldığı, hakkın kullanımını bu kriterler çerçevesinde değerlendirdiği görülmektedir. Her ne kadar değerlendirme kapsamı dışında kalsa da hükmün olumsuz yorumundan çocuğun velâyetin kullanımı kendisine bırakılmayan tarafla kişisel ilişkisi düzenlenirken çocuğun menfaati gerektirdiği takdirde hiç ilişki kurulamaması sonucu da çıkacaktır.

Öğretilde ortak velâyet düzenlemelerine ilişkin değerlendirme konusu yapılan bir diğer kanun maddesi de velâyet konusunda temel düzenlemeyi içeren TMK m. 336 hükmüdür. TMK m. 336/I'de evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velâyeti birlikte kullanacağı, TMK m. 336/II' de ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali

⁵⁹² Öztan, Birlikte Velâyet, s. 2579.

⁵⁹³ Benzer bir görüş için bkz. Öztan, Birlikte Velâyet, s. 2579; Bölükbaşı, s. 161.

gerçekleşmişse hâkimin velâyeti eşlerden birine verebileceği ve son olarak TMK m. 336/III'te ana ve babadan birinin ölümü halinde velâyetin sağ kalana, boşanma halinde ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı düzenleme altına alınmıştır.

Hükümde açıkça görüleceği üzere kanun koyucu “*ana ve baba evli ise*” başlıklı TMK m. 336'da velâyetin çeşitli şartlar altında kullanım şeklini ve velâyeti kullanımını, kullanacak taraf bakımından detaylı olarak düzenlemiştir. Hükümün lafzi yorumuna baktığımızda birlikte velâyetin evlilik devam ettiği sürece kullanılacağı açıktır.

Kanun koyucu TMK m. 336/II'de “*verebilir*” ifadesiyle ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde hâkime “*tek başına velâyet*” hususunda takdir yetkisi tanımıştır. Ancak kanun koyucu yine m. 336/III'te boşanma halinde hâkime “*ortak velâyet*” veya “*tek başına velâyet*” konusunda kural/istisna kapsamında takdir yetkisi tanıyabilecekken bu yolu tercih etmemiştir. Nitekim “*boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” demek suretiyle kesin bir yargıya varılmıştır. Söz konusu hüküm kendi içinde bir bütün olarak değerlendirildiğinde hükümün boşanma halinde ortak velâyeti düzenlemeyi unuttuğu sonucu çıkmamaktadır. Zira hükümün lafzı itibarıyla boşanma halinde velâyetin tek başına kullanımının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Hükümün lafzı yorum faaliyetinin başlangıcını ve sınırını belirlemektedir⁵⁹⁴.

Başta velâyet düzenlemeleri olmak üzere TMK m. 182/III'te de olduğu gibi çeşitli hükümlerde kanun koyucunun çocuğun menfaatini ölçü kabul ettiği görülmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki “*çocuğun menfaati kavramı*”, çocuğun ihtiyaçlarının zamana ve şartlara göre değişebildiği göz önüne alındığında son derece statik olmayan bir yapıdadır⁵⁹⁵. Kanunların yorumlanmasında uygulandığı zamanın şartlarının, çocuk hakları kapsamında çocuğun güncel menfaatine uygunluğunun da ayrıca dikkate alınması gerekmektedir.

⁵⁹⁴ Çakır, s. 120.

⁵⁹⁵ Benzer görüş için bkz. Bölükbaşı, s. 161.

Türk Medeni Kanunu m. 336 hükmünün yürürlüğe girdiği tarihte kanun koyucunun boşanma halinde velâyetin ana veya babadan biri tarafından kullanılmasını çocuğun menfaatine daha uygun bulduğu sonucuna pek tabi ulaşılabilir. Nitekim kanun koyucu evlilik birliği içinde velâyetin ana ve baba tarafından birlikte kullanımını açıkça düzenlemişken bunu çocuğun menfaatine uygun bulmuş ancak aynı maddede boşanma halinde velâyetin kullanımında çocuğun menfaati ölçüsünü farklı bir düzlemde ele almıştır. TMK m. 336/II hükmünde ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde velâyetin düzenlenmesi konusunda hâkime tanınan takdir yetkisinden de genel bir varsayım ile çocuğun menfaatine olanı tercih etmek yerine somut olayın şartları itibarıyla karar tarihindeki durumun değerlendirmesini tercih ederek velâyetin ortak veya tek başına kullanımı konusundaki kararı hâkime bırakmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun lafzı yorumu dışında sistematigiğine baktığımızda kanun koyucunun evlilik içinde veya evlilik birliğinin devamında sorunlar yaşanması (ayrılık, yeniden kurulamama, boşanma vs.) hallerinde çocuğun velâyetini menfaati ölçüsünde kademeli olarak ele aldığı anlaşılmaktadır. Kanunun yürürlüğe girdiği mevcut şartlarda gerek hukuki gerek sosyolojik açıdan gerekse bilimsel verilerden o dönem için boşanma halinde çocuğun velâyetinin ana ve babadan yalnızca birine verilmesi çocuğun menfaatine uygun görmüş olabilir.

Bu kapsamda hâkime tanınan takdir yetkisinin sınırını oluşturan çocuğun yararı kavramının içeriği, boşanma halinde velâyetin ortak ya da tek başına kullanımı hususunda zaman içinde çocuğun yararı kavramına göre evrilmiştir. Mevzu kanun olan İsviçre Medeni Kanun'u da aynı tarihlerde benzer şekilde boşanma halinde ortak velâyet düzenlemesine yer vermemiştir⁵⁹⁶. Söz konusu kanunun sonraki tarihlerde yapılan revizyonlarla⁵⁹⁷ boşanma halinde ortak velâyeti düzenleme altına almış olması da revizyon öncesi mevcut düzenlemenin çocuğun güncel menfaati açısından ortak velâyete uygun olmadığı sonucuna ulaştırmaktadır.

İsviçre'de 1978 tarihli ZGB Art. 297 hükmü TMK m. 336 ile birebir aynı iken önce 01.01.2000 tarihli revizyon ile maddede boşanma haline velâyetin kullanımına

⁵⁹⁶ Apaydın, s. 449.

⁵⁹⁷ Apaydın, s. 449; Baktır Çetiner, s. 36.

ilişkin değişiklik yapılmıştır. 01.07.2014 tarihindeki revizyonla ise çocuğun üstün yararı ilkesi dikkate alınarak ortak velâyet kurumuna yer verilmiştir.

Türk Medeni Kanunu m. 336/III hükmünde “örtülü boşluk” olduğu ve amaca uygun sınırlama yöntemi ile boşanma halinde ortak velâyete ilişkin hüküm verilebileceği görüşüne⁵⁹⁸ ilişkin olarak bir değerlendirme yapmak gerekirse; öncelikle “örtülü boşluk” kavramının ne anlam ifade ettiği üzerinde durmak gerekecektir. TMK’nın yorum gerektiren hükümlerinin ayrımında söz konusu olan “örtülü boşluk” kavramı, kural aksaklığından (kural yetersizliğinden) doğan ve gerçek olmayan boşluk olarak da adlandırılan boşluk türüdür⁵⁹⁹. Kanunda konuya ilişkin bir düzenleme olmasına rağmen kanuna uygun olarak verilecek karar hakkaniyetli olmadığında ve kanunda sözü itibariyle düzenleme olmasına rağmen özü itibariyle çözüm olmaması halinde örtülü boşluk söz konusudur⁶⁰⁰.

Bir görüşe göre kanunda hüküm olmasına rağmen somut olaya tatmin edici bir cevabının olmaması ve kanunun çok geniş kapsamlı olarak düzenlenmesi halinde kanunun lafzının ve amacının sınırlandırmayı gerektirmesi halleri “örtülü boşluk” olarak ifade edilir⁶⁰¹.

Başka bir görüşe göre ise kanunda hüküm olduğunda ve mevcut bir hüküm aynı değere sahip başka bir hükümle çelişiyorsa da örtülü boşluk vardır⁶⁰². Yine bu görüşe göre kanunda hüküm olması ancak mevcut hükmün fazla geniş düzenlenmiş olması halinde oluşan boşluk da örtülü boşluk olup yasal düzenlemenin amacına uygun olarak sınırlandırılması suretiyle doldurulur⁶⁰³.

Türk Medeni Kanunu m. 336 hükmünün yorumunda “örtülü boşluk” olduğunu ifade etmek için açıklanan söz konusu kriterlere uygunluk gerekmektedir. Kanunda boşanma halinde ortak velâyeti düzenleyen doğrudan “ortak velâyet” adı altında bir

⁵⁹⁸ Bölükbaşı, s. 162.

⁵⁹⁹ Bölükbaşı, s. 163.

⁶⁰⁰ Koçhisarhoğlu, Cengiz/ Söğütü, Özlem/ Öcal Apaydın, Bahar, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri Pratik Çalışmalı Konu Anlatımı, Ankara 2023, s. 185, 186.

⁶⁰¹ Kırca, s. 96; Bölükbaşı, s. 163.

⁶⁰² Koçhisarhoğlu/Söğütü/ Öcal Apaydın, s. 186.

⁶⁰³ Koçhisarhoğlu/Söğütü/ Öcal Apaydın, s. 186; Bölükbaşı, s. 162.

düzenleme mevcut olmadığı hususunda bir tartışma yoktur. Ancak TMK m. 336/III hükmünün boşanma halinde ortak velâyetin değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekir. Düzenleme her ne kadar çocuğun güncel menfaatine doğrudan uygun olmasa da boşanma halinde velâyetin ana veya babadan birine ait olduğunu düzenlemiştir. Söz konusu hüküm sözü ve özüyle açık olup çocuğun güncel menfaatine uygun olmaması sebebiyle örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemiyle ortak velâyet lehine doldurulması sonucunu doğurmamaktadır. Başka bir deyişle amaca uygun yorum yöntemi, kanunun çok geniş düzenlemeler içermesi halinde somut olayın şartları gereği hâkimin hükmün lafzını amacına ve ruhuna uygun olacak şekilde sınırlanması zorunluluğu anlamına gelmektedir⁶⁰⁴.

Her ne kadar amaca uygun sınırlama yöntemiyle tatmin edici olmayıp açıkça haksız olan düzenlemelerde ortaya çıkan örtülü boşluğun TMK m. 1/II hükmüne uygun olarak sınırlanması mümkünse⁶⁰⁵ de, TMK m. 336 hükmünde bu kapsamda bir boşluğun varlığı sonucu çıkmamaktadır. Ayrıca amaca uygun yorumda kapsam “*daraltma*” anlamına gelen “*sınırlama*” yöntemi mevcut düzenlemenin “*genişletilmesi*” anlamına gelecek olan boşanma halinde ortak velâyet düzenlemesine uygun olmamaktadır.

Nitekim mevcut düzenlemenin genişletilmesi sonucu ortaya çıkacak hükümle hâkimin somut olayda boşanma halinde ortak velâyetle hükmetmesi kanun koyucu gibi hareket etmesi anlamına da gelecektir⁶⁰⁶. Bu sebeple örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemiyle TMK m. 336 hükmüne uygulanması isabetli görülmemiştir. TMK m. 182 ve TMK m. 336 hükümlerinin boşanma halinde ortak velâyeti kesin olarak yasakladığından da bahsedilemeyecektir⁶⁰⁷.

AİHS EK 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesinin ortak velâyet kararlarına etkisi bakımından değerlendirildiğinde; Anayasa 90. maddesine 2004 yılında eklenen hüküm

⁶⁰⁴ **Kırca**, Çiğdem, Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (teleologische reduktion), AÜHFD, C.50, S. 1, 2001, s. 91.

⁶⁰⁵ **Kırca**, s. 95; **Bölükbaşı**, 162.

⁶⁰⁶ Hukuki düzenlemenin varlığı halinde düzenlemenin tatmin edici olmaması gerekçesini kabul etmeyerek hâkimin kuvvetler ayrılığı ilkesin ters düşecek şekilde kanunu düzeltme yetkisinin olmadığını yönünde bkz. **Gözler**, s. 378.

⁶⁰⁷ **Apaydın**, s. 473.

Ek 7 No’lu Protokolün iç hukuka etkisi bakımından esas alınacak hükümdür. Hükümde temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların çatışması durumundan bahsedilmektedir. Öncelikle kanunun düzenlediği hakkın temek hak ve özgürlükleri ilgilendirip ilgilendirilmediği ve sonrasında ise farklı hükümler içerip içermediği tespit edilecektir.

AİHS’ne Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesinin “*eşler arasında eşitlik*” düzenlemesinin yalnızca ana ve baba arasındaki cinsiyet temelli eşitsizliği önleme amacı taşıdığı ve her halükârda çocuğun menfaatinin üstün tuttuğu görülmektedir. AİHM kararlarına da paralel olarak ortak velâyeti emredici bir hüküm olmadığı ve ortak velâyete aykırı düzenlemelerin salt 5. maddeye aykırılık gerekçesiyle hak ihlali oluşturmayacağı söylenebilir. Aynı zamanda sözleşme maddeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde ebeveynlerin velâyet hak ve yetkileri konusunda eşit ve birlikte hareket etmesinin öneminin vurgulandığı, devletlerin iç hukuk sistemlerinde takdir haklarının olduğu ve en önemlisi çocuğun üstün yararının her şeyin üzerinde olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu sebeple TMK m. 182 ve TMK m. 336 hükümlerinin AİHS’ye Ek 7 No’lu Protokolle aynı konuda farklı hükümler içerdiğinden söz edilemeyeceği gibi sözleşme hükmünün yalnızca cinsiyet temelli eşler arasında eşitlik ilkesi konusunda taraf devletlere mevcut düzenlemelerinde değişiklik yapma konusunda belirleme yaptığından bahsedilebilir.

Velayet müessesesi, çocukla ilgili konularda kanunun ana ve babaya tanıdığı hak ve yükümlülüklerin tümüdür. Türk Medeni Kanunu’na göre velayet evlilik birliği içinde ana ve baba tarafından birlikte kullanılırken evlilik birliği dışındaki hallerde çeşitli tek başına velayet düzenlemeleri gündeme gelmektedir.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velayet, hukuk sistemleri açısından zaman içinde ortaya çıkmış bir kavramdır. Çocuğun ebeveynleriyle daha çok vakit geçirmesi ve gelişiminde her iki ebeveynin de desteğini ve ilgisini alması sağlıklı gelişimi için uygun görülmektedir. Toplumsal ihtiyaçların ortaya çıkış şekillerine paralel olarak ortak velayet, çocuğun menfaati ölçüsünde değerlendirilmeye başlanmıştır.

Ortak velayet müessesesi, yaklaşık son 20 yılda hukuk sistemlerinde yerini almaya başlamış ve uygulama şekilleri tartışılır hale gelmiştir. Karşılaştırmalı hukuk açısından ortak velayet düzenlemelerine bakıldığında hukuk sistemlerinin velayet ve ortak velayet hususunda zaman içinde çeşitli değişimlerin olduğu görülmektedir.

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde detaylıca incelendiği üzere ortak velâyetin kural, tek başına velâyetin istisna olduğu görülmektedir. Bu kapsamda Almanya, Avusturya, Hollanda, İsviçre, Fransa, Belçika, Rusya, Danimarka, İsveç, Norveç, İtalya, İspanya ve İngiltere’de evlilik birliğinin sona ermesi durumunda kural olarak ortak velâyetin kendiliğinden devam ettiği ifade edilmektedir. Bazı ülkelerde kural olarak bazı ülkelerde de istisna olarak uygulanmış olan bu velayet türü aynı ülkede farklı zamanlarda hem kural hem de istisna olarak ele alınmıştır. Ülkelerin toplum dinamiklerine göre şekillenmiş olan bu velayet türü şüphesiz çocuğun üstün yararına hizmet ettiği ölçüde dikkate alınmalıdır.

Uluslararası belgelerden, tavsiye kararlardan ve Avrupa ülkeleri standartlarından çıkarılabilecek genel sonuç, çocuğun ana ve babasının ayrılığı hallerinde ilk olarak çocukların kendilerini etkileyen kararlarda yüksek yararının birincil düşünce olarak dikkate alınması gerektiği, ikinci olarak bu kararların alınmasında çocuğun görüşlerine önem verilmesi gerekliliği ve son olarak ana ve babanın ayrılmasının çocuğun onlarla olan ilişkilerini etkilemeyeceği şeklinde karar vermeye yetkili mercii tarafından uyulması gereken yol gösterici ilkeler olarak kabul edilebileceğini göstermektedir.

Ortak velâyetin çocuğun yararına olduğu son dönemde kabul görmüş bir husustur. Mümkün olduğu takdirde çocuklar ana ve babalarının medeni durumundan bağımsız olarak onlarla büyümeli, gelişimlerini onların ortak desteğiyle sağlayabilmelidir. Aile bağlarının ve soybağının bir gereği olarak da ortak velâyet, ailenin ortak menfaatine de hizmet etmektedir. Karşılaştırmalı hukuktaki ortak velâyet revizyonları, AİHS, ÇHDS, CEDAW, Avrupa Konseyi Tavsiye kararları başta olmak üzere uluslararası hukuka hâkim olan sistemler ortak velâyetin kural olarak çocuğun menfaatine uygun olduğu sonucu üzerinde birleşmektedir.

Türk Medeni Kanunu açısından mevcut velayet düzenlemeleri devletin Sözleşme (AİHS) altına alınan takdir yetkisi sınırları içinde kalmaktadır. Ancak evlilik

birliğinin boşanma ile sona ermesi halindeki mevcut velayet düzenlemesi, çocuğun güncel menfaatine yeterince hizmet edememektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 No'lu Protokol 5. maddesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. maddesi, İsviçre Medeni Kanun'u hükümleri ve konu hakkında kanaatimizce mevcut Yargıtay uygulaması göz önünde bulundurularak Türk Medeni Kanun'un velâyete ilişkin hükümleri boşanma halinde ortak velâyet yönünden yeniden düzenlenmelidir.

Yapılacak düzenlemeyle evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velayetin kural veya istisna olarak benimsenmesinden ziyade mevcut durumda çocuğun güncel menfaatine göre ortak velayet veya tek başına velayete imkân tanınması daha uygun çözüm olabilir. Hangi velayete hükmedilebilmesi için çocuğun menfaatlerine hangisinin daha uygun olduğu, ana ve babanın talepleri, çocuğun olgunluğu ölçüsünde görüşüne başvurulması, uzman raporu ve ortak velayetin uygulanabilirliğini olumsuz etkileme ihtimali kuvvetle muhtemel olan sosyolojik, psikolojik ve pedagojik nedenler birlikte değerlendirilmelidir.

İsviçre uygulamasında olduğu gibi söz konusu yapılacak kanuni düzenlemeye paralel çocuk ve ebeveyn haklarını koruyan, idari niteliğe sahip bir kurum oluşturularak belirli şartlar altında mahkemelerin mevcut işleyişine alternatif getirilebilir.

Benzer önerilere katılmakla birlikte TMK m. 336 hükmü de yeniden düzenlenmelidir. Yapılacak düzenlemede boşanma halinde ortak velâyet kararı, boşanma kararından ayrı olarak hüküm altına alınmalı, ana ve babaların velâyetten kaynaklı uyuşmazlıklarını boşanma davasında argüman olarak kullanmalarının önüne geçilmelidir. Boşanma halinde ortak velâyet kararları verilirken boşanmanın anlaşmalı veya çekişmeli olmasından ziyade çocuğun güncel menfaatine uygun olan dikkate alınmalı, yapılacak bilimsel, pedagojik değerlendirmeler ile ana ve babanın ebeveyn testine tabi tutularak boşanma sürecindeki psiko-sosyal durumu da incelenmelidir. Düzenleme ana ve babanın medeni durumundan bağımsız olarak çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa ortak velâyetle izin vermeli veya tek başına velâyetle hükmedilebilmelidir.

Hâkim karar verirken ana ve baba arasındaki veya çocukla ilgili muhtemel veya mevcut bir çatışmanın varlığını gözetmeli, bu konudaki bilimsel değerlendirmelerden, erginliği ölçüsünde çocuğun görüş ve düşüncelerinden, ana ve babanın bu konudaki yeterlilik ve taleplerinden yararlanmalı nihai olarak çocuğun yararına uygun olacak kararı vermelidir. Ayrıca bu kapsamda Kanunun hâkime tanıyacağı takdir yetkisi mevcut düzenlemenin ötesine geçmeyecek de olsa değerlendirme kriterlerinin objektif olarak düzenlenmesi de yerinde olacaktır.



KAYNAKÇA

Acar, Ceyda: Ortak Velâyet, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2021.

Akçaal, Mehmet: Velâyetin Değiştirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.1, 2022, s.190-205.

Akıncı, Şahin: Roma Hukuku Dersleri, 5.Baskı, Konya 2012.

Akkurt, Sinan Sami: Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.1, İstanbul 2010.

Akyüz, Emine: Velayet Hakkının Kaldırılması, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, 1993. (Velayetin Kaldırılması)

Akyüz, Emine: Çocuk Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2020. (Çocuk)

Altunkaya, Mehmet: Türk Özel Hukukunda Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Durumu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2001.

Antalya, Osman Gökhan/ **Topuz**, Murat: Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk I (Giriş- Temel Kavramlar- Başlangıç Hükümleri), 5. Baskı, Ankara 2024.

Apaydın, Eylem: Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2018, s. 445-475.

Arkan Serim, Azra: Boşanma Halinde Ortak Velâyet, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, 2016.

Ayanna, Ariel: “From Children’s Interests To Parental Responsibility: Degendering Parenthood Through Custodial Obligation”, UCLA Women’s Law Journal, C.1, S.60, 2012, s.1-60.

Aybay, Erdem/Şen, Bülent: Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velâyet Sorunu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1-2, Ocak-Şubat 2016, s. 589-615.

Aydos, Sebahat/**Köksal Akyol**, Aysel: Velâyet Kararlarında Yürütülen Süreç: Uzmanlar Ne Düşünüyor? Ne Yapıyor? Toplum ve Sosyal Hizmet, C.31, S.3, 2020, s.904-930.

Baygın, Cem: Kan Bağına Dayanan Soybağı, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, 2002, s.255-284.

Baygın, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.

Birinci-Uzun, Tuba: Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, 2016, s. 135-166.

Bölükbaşı, Özge: Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, Ankara 2021.

Bölükbaşı, Özge: Karşılaştırmalı Hukuka Göre Birlikte Velâyet Kararlarında Hâkimin Dikkate Alabileceği Bazı Esaslar ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.157, 2021, s.317-361.

Bükel Koç, Merve: Ortak Velâyet, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020.

Çakır, Nagehan: Boşanma Sonrası Ortak Velâyet, Ankara, 2020.

Çatalbaş, İlayda: Velayet ve Ortak Velayet, Ankara 2021.

Çelebi, Özge: Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velâyetin Düzenlenmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, C.79, S.1, 2021, s. 22-77.

Çelik, Tuba: Türk Medeni Kanunu'nda Velâyet Hakkının Kaldırılması ve Çocuğun Üstün Yararı, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C.16, S.2, 2024, s.173-186.

Çelikel, Serdar: Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara, 2012.

Çetiner, Selma: Hukukumuzda "Aile" Kavramı, Terazî Hukuk Dergisi, C.5, S.41, 2010, s.61-69.

Baktır Çetiner, Selma: Velâyet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 25-46.

Çınar, Ömer: Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı, İÜHFM C. LXXI, S.1,2013, s. 1355-1364.

Dede, İsmail: Çocuğun Velâyet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2019.

Demir, Remzi: Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, s. 271-303.

Demircioğlu, Huriye Reyhan: Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Kabulü Sonrası Türk Hukukundaki Durum Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme, Türkiye Adalet Akademisi, C.15, S.59, 2024, s. 301-344.

Dethloff, Nina: Parental Rights and Responsibilities in Germany, Family Law Quarterly, C.39, S.2, 2005, s. 315–37.

Doğan, İzzet: Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara 2010.

Dönek, Berna: Velâyetin Değiştirilmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi), Konya 2023.

Dönmez, Ünsal/**Barın**, Taylan: Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, TAAD, C.9, S.35, Temmuz 2018, s.175-210.

Dural, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, M. Alper: Türk Özel Hukuku III, Aile Hukuku, 11.Baskı, İstanbul 2016.

Ekşi, Nuray: Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında Çocukların Uluslararası Korunması, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, 2016, s.559-574.

Elçin Grassinger, Gülçin: Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009.

Ercan, Tarık Can: Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayetin Sona Ermesi, Ankara 2024.

Ercoskun Şenol, Kübra: Boşanma Halinde Ortak Velâyet Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu, İnÜHFD, C.12, S.2, 2021, s.754-765.

Erdem, Mehmet/**Makaracı Başak**, Aslı: Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2024.

Erlüle, Fulya: Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velâyetin Kural Haline Gelmesi, YÜHFD, C.18, 2021/2, s.555-576.(Revizyonlar)

Erlüle, Fulya: Boşanmadan Sonra Birlikte (Ortak) Velâyet İlişkin Güncel Gelişmeler, Bursa Barosu Dergisi, C.45, S.114, Aralık 2020, s.59-68.

Ferrand, Frédérique: “*Parental Responsibilities – France (National Report: France)*”, s.1-39.

Genç, Mustafa: İslam Hukukunda Velâyetin Mahiyeti, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD), C.7, S.6, 2020, s.204-227.

Gençcan, Ömer Uğur: Ortak Velayet, İzmir Barosu Bülten Dergisi, Özel Sayı:8 Mart 2017, s.24-30.

Gençcan, Ömer Uğur: Kişisel İlişki Hukuku, Ankara 2023.

Gençcan, Ömer Uğur: Velayet Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2023.(Velayet)

Gözer, Kemal: Hukuka Giriş,14. Baskı, Bursa 2017.

Güleş, Bedia: Çocuğa İsim Verme Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, Ocak 2016, s.213-224. (İsim)

Güleş, Bedia: Çocuğun Kişisel Verilerinin Hukuka Aykırı Kayıt ve Yayınlarla Karşı Korunmasında Mevcut Hukuki Yolların İşlevselliği ve Alınması Gerekli Yeni Tedbir Önerileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.2, 2024, s. 1401-1457.

Gülgösteren, Z. A.: Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velâyet, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, Ekim 2017, s.157-180.

Güven, Kudret: Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velâyet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velâyet, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S.1, Ocak 2018, s.11-64.

Güvenç, Selvi Nazlı: Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Uygulanabilirliği, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2023, s.600-612.

Hatemi, Hüseyin/**Kalkan-Oğuztürk**, Burcu: Aile Hukuku, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

İmamoğlu, S. Hülya: Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.2, Mart 2005, s.183-218.(Çocuğun Kişiliği)

İmamoğlu, S. Hülya: Yeni Medeni Kanun'daki Düzenleme ve Velâyet Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.1, Mart 2005, s.165-190.

İnce, Nurten: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet, TAAD, C.9, S.4, Nisan 2018, s. 189-229. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, 2018, s.158-186.

İyilikli, Ahmet Canik/ **Ersöz**, Oğuz: Ergin Kısıtlıya Ana ve Babasının Veli Atanmasının Sonuçları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.6, S.11, 2018, s.174.

Kahraman, Süheylâ: Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velâyet, İstanbul 2019.

Kalkavan, İshak/ **Büken**, Erhan: Boşanma Davalarında Çocuğun Velâyet Hakkı İçin Uygun Ebeveynin Belirlenmesi, Adli Tıp Bülteni, C.22, S.1, 2017, s.54-63.

Karabacak, Ayşegül: Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006.

Karaca, Hilal: Velâyetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015.

Karakoç, İrem: Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerine İncelenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.3, 2015.

Karataş, Ebru: Boşanmış Aile Çocuklarındaki Uyum Problemleri: Ortak Ebeveynlik Açısından Bir İnceleme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.

Kayma, Derya: Velâyet Değerlendirme, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, C.14, S.38, 2023, s.474-495.

Kelebek, Mustafa: İslam Aile Hukukunda Velâyet, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Y. Lisans Tezi), 1996.

Keskin, Dilşad: Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velâyet Hakkı (Uzatılmış Velâyet), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, Aralık 2014, s.27-60.

Kılıçoğlu, Ahmet M: Aile Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2016.

Kırca, Çiğdem: Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (teleologische reduktion), AÜHFD, C. 50, S.1,2001, s. 91.

Kiremitçi, Müge: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı, İstanbul 2015.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz: Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.40, S.1, Ocak 1988, s.251-279.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz/ **Söğütlü**, Özlem/ **Öcal Apaydın**, Bahar: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri Pratik Çalışmalı Konu Anlatımı, Ankara 2023, s.185-186.

Koyuncu, Çağlar: Çocuğun Kişilik Hakkının Korunması, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.12, Temmuz 2016, s.139-154.

Kurt, Leyla Müjde: Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, 2018.

Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit: Medeni Hukuk: Aile Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 1949.

Öcal Apaydın, Bahar: İsviçre Medeni Kanununun Velâyetle İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velâyetin Kural Olarak Benimsenmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.145, Eylül 2016, s. 631-658.

Özdamar, Demet: Cedaw Sözleşmesi, Ankara 2009.

Özer Taşkın, Özden: Velâyet Hakkının Kullanılması, Velâyetin Değiştirilmesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, 2020, s. 239-262.

Özer Taşkın, Özden: Velâyetle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2006.

Öztan, Bilge/**Öztan**, Fırat: Boşanmada Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, Nisan 2020, s.2569-2608.(Birlikte Velâyet)

Öztan, Bilge/**Öztan**, Fırat: Boşanmada Velâyetin Tevdii, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S.2, Ekim 2016, s. 473-495.

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.(Aile)

Öztürk, Barış Can: Birlikte Velâyet, Ankara 2022.

Öztürk, Barış Can: Birlikte Velâyetle Gönüllülük Prensibinin Yeri ve Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.71, S.3, 2022, s.1017-1050.

Reyhani Yüksel, Sera: Velâyet Hakkı ve Anayasal Sınırları, İstanbul 2020.

Rousseau, Jean-Jacques, Emile, (Çeviren: Yaşar Avunç), İstanbul 2015.

Ruhi, A. Cemal/ **Ruhi**, Canan: Velâyet Hukuku, Ankara 2017. (Velâyet)

Ruhi, A. Cemal: Uluslararası Özel Hukukta Birlikte Velâyet, Ankara 2023.(Birlikte Velâyet)

Ruhi, Ahmet Cemal/**Özdemir**, Hayrunnisa: Çocuk Hukuku, Ankara 2012.

Schwenzer, Ingeborg / **Keller**, Tomie: New Rules On Parental Responsibility In Switzerland, The International Responsibility Law, 2014, s.457-470. (New Rules)

Schwenzer, Ingeborg / **Keller**, Tomie: Recent Developments In Swiss Family Law, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni C.35, S.1, 2015, s.1-28.

Serdar, İlknur: Birlikte Velâyet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008, s. 155-197.

Serdar, İlknur: Mukayeseli Hukuk Işığında Birlikte Velâyetin Kullanılmasının Değerlendirilmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, Temmuz 2020, s.267-307.

Serozan, Rona: Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2017.

Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2017.(Çocuk Hukuku).

Sert Sütçü, Selin: Doğum Öncesi Çocuğun Korunması Konusunda Çözüm Önerileri, Terazi Hukuk Dergisi, C.17, S.190, Haziran 2022, s.75-81.

Seyhan, Nebahat Aybike: Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2018.

Taşatan, Caner: Velâyetin Değiştirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.28, S.1, 2022, s.387-406.

Tokuş, Aylin: Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet, Ankara 2021.

Usta, Sevgi: Çocuğun İnanç Özgürlüğü ve Bir Müdahale: Ana ve Babanın Çocuğun Dini Eğitimi Belirleme Hakkı (Çocuğun İnanç Özgürlüğü), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2010, s.137-182. (Çocuğun İnanç Özgürlüğü).

Usta, Sevgi: Velâyet Hukuku, İstanbul 2016.

Uyumaz, Alper: Türk Medenî Kanununa Göre Çocuğun İhmâli ve Anne Babaya Karşı Korunması, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.160, 2016, s.1972-2006.

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah: Çocuğun Yerleşim Yeri, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.1, Haziran 2015, s.39-54.

Weiner, Merle H.: Thinking Outside the Custody Box: Moving Beyond Custody Law to Achieve Shared Parenting and Shared Custody, University of Illinois Law Review, 2016/4, s.1535-1580.

Yargıç, Zeynep: Türk Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul 2020.

Yavuz İpekyüz, Filiz/ **Polat**, Merve: Türk Medeni Kanunu ve Öğretideki Görüşler Işığında Birlikte Velâyet, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, DÜHFD, C.27, S.47, 2022, s.621-659.

Yılmaz, Canan: Velâyet Hukuku, Ankara 2023.

Yücel, Özge: Çocuğun Yüksek Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, Aralık 2013, s.117-137.

İnternet Kaynakları

<https://cocukhaklariizleme.org/storage/app/uploads/public/5ef/b01/f57/5efb01f57d228122233053.pdf>

https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf

<https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/168/>

<https://dergipark.org.tr/en/pub/iumhmohb/issue/29627/318171>

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

<https://resolver.ebscohost.com/openurl?sid=piri&id=doi:10.5070/13191017825>

<http://www.jstor.org/stable/25740492>

<https://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Parental-Responsibilities.pdf>

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/57-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-7-numaral-protokol/>

www.legalbank.net