

**TÜRK AİLE HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA
ERMESİ HALİNDE ORTAK VELÂYET**

NAGEHAN ÇAKIR

TARAFINDAN

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜNE

SUNULAN TEZ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

EYLÜL 2019

ANKARA

ÖZET

TÜRK AİLE HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE ORTAK VELÂYET

Çakır, Nagehan

Yüksek Lisans, Özel Hukuk Bölümü

Tez Yöneticisi: Dr. Öğr. Üyesi Ünsal Dönmez

Eylül 2019, 159 sayfa

Bu çalışmada, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu çerçevesinde evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyet kurumu ele alınmıştır. Bu kapsamda velâyetin amacı, hukuki niteliği, kapsamı, ortak velâyet kurumunun ortaya çıkışı, karşılaştırmalı hukukta ortak velâyetin düzenleniş şekli ortak velâyete yönelik uluslararası belgeler ışığında incelenmiş; mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde Türk aile hukukunda ortak velâyetin mümkün olup olmadığı, doktrinde yer alan görüşler, konuyla ilgili uluslararası belgelerin iç hukukumuza etkisi bakımından değerlendirilip tartışmalı konulara ilişkin öneriler getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Velâyet, ortak velâyet, boşanma, çocuğun yararı

ABSTRACT

JOINT CUSTODY UPON THE TERMINATION OF MARRIAGE UNION VIA DIVORCE IN TURKISH FAMILY LAW

Çakır, Nagehan

Master, Private Law Department

Supervisor: Dr. Öğr. Üyesi Ünsal Dönmez

Eylül 2019, 159 pages

This study examines the issue of joint child custody upon the termination of marriage union via divorce within the framework of Article No. 4721 of the Turkish Civil Code. In this respect, the aim, the legal quality, and the scope of the custody right, the emergence of the joint child custody concept and the regulation of the joint child custody in comparative law are analyzed in the light of international references regarding the joint custody issue. Having regard to these examinations, the study examines whether it is possible to enact joint child custody in Turkish law of domestic relations within the framework of current legal regulations, current stances in the doctrine, and the effects of related international references into domestic law, and then provides suggestions regarding the disputable parts of the issue.

Key Words: The right of Custody, joint custody, divorce, the best interest of the Child.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN ÖNEMİ	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI	3
III. TERMİNOLOJİ SORUNU	4

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK VELÂYET KAVRAMI, VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARI VE VELÂYET İLİŞKİSİNİN KAPSAMI

I. GENEL OLARAK VELÂYET KAVRAMI.....	5
A. VELÂYETİN TANIMI	5
B. VELÂYETİN ÖZELLİKLERİ	7
C. VELÂYETİN TARİHİ GELİŞİMİ.....	8
1. Roma Hukukunda Velâyet	9
2. Germen Hukukunda Velâyet.....	10
3. İslam Hukukunda Velâyet.....	11
4. Türk Hukukunda Velâyet	12

D. VELÂYETİN AMACI.....	13
E. VELÂYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ	14
II. VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARI.....	19
A. VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFI OLARAK ANA ve BABA İLE EVLÂT EDİNENLER.....	19
1. Ana ve Baba	19
2. Evlât Edinenler	21
B. VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFI OLARAK ÇOCUK	22
1. Genel Olarak	22
2. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Çocuk.....	22
a. Çocuk Kavramı	22
b. Çocukluk Döneminin Başlangıcı	23
c. Çocukluk Döneminin Sona Ermesi	23
3. Kısıtlanan Ergin Çocuklar	24
III. VELÂYET İLİŞKİSİNİN KAPSAMI	25
A. GENEL OLARAK.....	25
B. ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞI BAKIMINDAN VELÂYET İLİŞKİSİNİN KAPSAMI	26
C. ÇOCUĞUN TEMSİLİ BAKIMINDAN VELÂYET İLİŞKİSİNİN KAPSAMI	29
1. Genel olarak Çocuğun Temsili.....	29
a. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Temsili	30
b. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Temsili	31
D. ÇOCUĞUN MALVARLIĞI BAKIMINDAN VELÂYET İLİŞKİSİNİN KAPSAMI	33
1. Ana Babanın Çocuğun Mallarını Yönetme Hakkı	33
2. Ana Babanın Çocuğun Mallarını Kullanma Hakkı	35
3. Çocuğun Mallarının Gelirlerinin Sarfı	36

4. Çocuğun Mallarının Sarfı.....	36
----------------------------------	----

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA SONRASI TEK BAŞINA VELÂYETTEN ORTAK VELÂYETE GEÇİŞ SÜRECİ, ORTAK VELÂYET KAVRAMI, UYGULAMASI, ULUSLARARASI BELGELERDE VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ORTAK VELÂYET

I. TARİHİ SÜREÇTE AİLENİN DEĞİŞİMİ VE DÖNÜŞÜMÜ	39
II. BOŞANMA SONRASI TEK BAŞINA VELÂYETTEN ORTAK VELÂYETE GEÇİŞ SÜRECİ.....	40
A. GENEL OLARAK.....	40
B. VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFLI OLARAK BABA TERCİHİ	41
C. VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFLI OLARAK ANNE TERCİHİ: DUYARLI YILLAR DOKTRİNİ	42
D. VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFLI OLARAK BOŞANMA DAVASINDA KUSURSUZ OLAN TARAFLI TERCİH EDİLMESİ	44
E. VELÂYET İLİŞKİSİ TARAFLI ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI DOĞRULTUSUNDA BELİRLENMESİ.....	44
1. Genel Olarak	44
a. Politik Hareketler	45
b. Sosyal Gelişmeler.....	45
c. Psikolojik Etmenler	46
2. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Doğrultusunda Velâyet İlişkisi TARAFLI Belirlenmesi	47
III. BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYET	48
A. GENEL OLARAK.....	48
B. ORTAK VELÂYET KAVRAMI	49

C. BOŞANMA SONRASINDA ORTAK VELÂYETİN TERCİH EDİLME SEBEPLERİ VE ORTAK VELÂYETİN AMACI.....	51
D. ORTAK VELÂYET TİPLERİ.....	52
1. Yasal Ortak Velâyet	52
2. Fiziksel Ortak Velâyet.....	54
E. ORTAK VELÂYETİ DESTEKLEYEN ve KARŞI ÇIKAN GÖRÜŞLER.....	56
1. Ortak Velâyeti Destekleyen Görüşler	56
2. Ortak Velâyete Karşı Çıkan Görüşler	58
3. Görüş ve Değerlendirme	59
IV. BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYETLE İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER	66
A. MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET	66
B. KADINA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET	67
C. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTE’SİNİN TAVSİYE KARARI KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET	68
D. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NE EK 7 NUMARALI PROTOKOL KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET.....	69
E. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET.....	70
1. Ayrım Gözetmeme Yasağı Bakımından Ortak Velâyet	70
2. Çocuğun Üstün Yararı Bakımından Ortak Velâyet.....	71
3. Ana Babanın Sorumluluklarına, Hak ve Ödevlerine Saygı Bakımından Ortak Velâyet	72
4. Çocuğun Ana Babası Tarafından Bakılma Hakkı ve Ana Babası ile Yaşama Hakkı Bakımından Ortak Velâyet	72
5. Ana ve Babanın Sorumlulukları Bakımından Ortak Velâyet.....	73

V. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ORTAK VELÂYET	74
A. ALMAN HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET.....	74
B. İSVİÇRE HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET	76
C. HOLLANDA HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET.....	79
D. İTALYAN HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET	80
E. BELÇİKA HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET	81
F. FRANSIZ HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET	82
G. LİTVANYA HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET	82

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK AİLE HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE ORTAK VELÂYETİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI MESELESİ

I. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA VELÂYETİN KULLANILMASI.....	84
A. VELÂYETİN KULLANILMASI.....	84
1. Genel Olarak	84
2. Evlilik Birliği İçerisinde Velâyetin Kullanılması.....	84
a. Ana ve Baba Evli ise Çocuğun Velâyeti	84
b. Ortak Hayata Son Verilmesi ve Ayrılık Durumunda Çocuğun Velâyeti	85
3. Ana Baba Evli Değilse Çocuğun Velâyeti	86
4. Boşanma Halinde Çocuğun Velâyeti	88
B. VELÂYETİN KULLANILMASINA İLİŞKİN İLKELER	89
1. Çocuğun Yararı İlkesi	89
2. Çocuğun Görüşünün Dikkate Alınması İlkesi	90

II. TÜRK AİLE HUKUKUNDA BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYETİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞINA YÖNELİK İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER.	91
A. GENEL OLARAK.....	91
B. MEVCUT YASAL DÜZENLEMELERİN EMREDİCİ NİTELİKTE OLDUĞU VE ORTAK VELÂYETE İZİN VERMEDİĞİ GÖRÜŞÜ.....	92
C. MEVCUT YASAL DÜZENLEMELERİN EMREDİCİ NİTELİKTE OLMADIĞI VE ORTAK VELÂYETE İZİN VERDİĞİ GÖRÜŞÜ	96
D. ÖRTÜLÜ BOŞLUK VE GERÇEK BOŞLUK GÖRÜŞÜ	100
E. GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRME	101
III. AİHS EK 7 NO'LU PROTOKOLUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN İÇ HUKUKTAKİ VELÂYET HÜKÜMLERİNE ETKİSİ.....	109
A. GENEL OLARAK.....	109
B. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER.....	114
C. GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRME	116
IV. TÜRK AİLE HUKUKUNDA BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYETE İLİŞKİN GÜNCEL DURUM VE YARGI KARARLARINDA ORTAK VELÂYET.....	118
A. TÜRK AİLE HUKUKUNDA BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYETE İLİŞKİN GÜNCEL DURUM	118
B. YARGI KARARLARINDA ORTAK VELÂYET.....	119
V. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA VELÂYETE YÖNELİK YENİ DÜZENLEME YAPILMASI GEREKLİLİĞİ VE BU YENİ DÜZENLEMENİN NASIL OLMASI GEREKTİĞİ.....	124
SONUÇ	132
KAYNAKÇA.....	138

KISALTMALAR

§	Paragraf
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt	Aktaran
Any.	Anayasa
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bkz.	Bakınız
BMÇHS	Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
C.	Cilt
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	Dipnot
E.	Esas Sayısı
Ed.	Editör
EMK	743 Sayılı Türk Kanuni Medenisi
HD	Hukuk Dairesi

HGK	Hukuk Genel Kurulu
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	Karar Sayısı
LHD	Legal Hukuk Dergisi
m.	Madde
MÜHF HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	ve devamı
vs.	vesaire
Y.	Yıl
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ

Çocuklar, toplumun geleceğini şekillendirir. Bu bakımdan aile toplumsal hayatın en küçük; ancak en önemli birimidir. Aile kurumu bütün zamanlarda ve bütün toplumlarda önemini korumuş, semavi dinlerde kutsal kabul edilmiş, geçmişten günümüze ulusal ve uluslararası pek çok hukuki düzenleme ile koruma altına alınmıştır.

Anayasamızın 41. maddesi “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*” şeklindedir. Bu hüküm ile ailenin önemi açıkça vurgulanmış olup 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) ikinci kitabı da aile hukukuna ayrılmıştır. Bunun yanı sıra diğer pek çok hukuki düzenlemede aile hukukuna yönelik hükümler mevcuttur.

Ana baba ve çocuk arasındaki hukuki ilişkiyi ifade eden velâyet ise TMK’nın m. 335 ile m. 351 arasında düzenlenmiş olup ana ve babanın ergin olmayan çocuklar ve istisnai hallerde de kısıtlanan erginlerin kişi varlıklarının korunması, geliştirilmesi, iyileştirilmesi ve mallarına özen gösterilmesi; aynı zamanda onların üçüncü kişilere karşı temsil edilmesi konularında sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin tümü olarak ifade edilmektedir. Velâyet, TMK m. 336/I gereği evliliğin devamı süresince kural olarak ana ve baba tarafından birlikte yürütülür. Evlilik birliği devam etmekle birlikte eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri halinde velâyetin kullanılması ise TMK m. 336/II hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre ortak yaşama ara verilmesi velâyetin kullanılmasını etkilemez; eşler velâyeti birlikte kullanmaya devam ederler. Ancak çocuğun yararı gerektiriyorsa hâkim çocuğun velâyetini eşlerden birine verilebilir. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ise velâyet kendisine bırakılan tarafa ait olmaktadır (TMK m. 336/III). Bu durumda velâyet kendisine bırakılmayan eş ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına yönelik karar verilmektedir (TMK m. 182).

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de gözlenen boşanma oranlarındaki artış psikolojik, sosyal, hukuki ve ekonomik pek çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Özellikle boşanmanın çocuk üzerindeki etkilerini inceleyen araştırmacılar, çocuğun gelişimini sağlıklı bir şekilde tamamlayabilmesi için ana ve babasına birlikte ihtiyaç duyduğunu ifade etmektedir. Boşanma sonrası tek başına velâyetin, velâyet ilişkisinin tarafı olmayan ebeveynle çocuk arasındaki ilişkiyi olumsuz etkilediğı ve çocuğun yararına aykırı olduğu eleştirileri karşısında ortak velâyet kurumu ortaya çıkmış ve pek çok hukuk sistemini etkisi altına almıştır.

Mehaz kanunumuz olan İsviçre Medeni Kanunu'nda da çocuğun yararının korunması amacıyla 2000 tarihli revizyon ile istisna bir kurum olarak düzenlenen ortak velâyet; 2014 tarihli revizyon ile kural olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte başta Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Fransa, Belçika, Hollanda, İngiltere olmak üzere diğer birçok hukuk sisteminde ana ve babanın velâyeti onların medeni durumundan bağımsız olarak ele alınmış; ortak velâyet çocuğun yararı doğrultusunda kural olarak düzenlenmiştir.

Türk aile hukuku bakımından evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Tartışma noktası TMK'nın velâyet ilişkisinin tarafını belirleyen m. 182 ve m. 336 hükümlerinin emredici nitelikte olup olmadığıdır. Uygulamada Yargıtay, boşanma sonrası ortak velâyet kurumunu yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi talepleri doğrultusunda incelemiş ve çok yakın bir zamana kadar ortak velâyetin Türk kamu düzenine ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Ancak 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokolün 6684 sayılı Kanun ile onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Akabinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2017 tarih ve E. 2016/15771 K. 2017/1737 sayılı kararı ile bu kez, evliliğin sona ermesi halinde de eşlerin eşit haklara sahip olduğuna vurgu yapan Protokolün 5. maddesine dayanarak, ortak velâyet düzenlenmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediğine karar vermiştir. Bu karar ile birlikte hem boşanma sonrası ortak velâyet kurumu hem de uluslararası andlaşmaların iç hukukumuzda

etkisi yeniden ve farklı boyutlarıyla tartışılmaya başlanmıştır. Dolayısıyla Türk aile hukukunda mevcut hükümler çerçevesinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı, uluslararası belgelerin Türk hukukunda velâyetin kullanımına etkisi, yeni yasal düzenleme ihtiyacı ve bu düzenlemenin nasıl olması gerektiğinin tespit edilmesi hem öğreti hem de uygulama açısından faydalı olacaktır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI

Ortak velâyet sadece evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde değil; evlilik birliğinin hiç kurulamadığı hallerde de söz konusu olabilir. Ancak çalışmamızın konusu evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyet olarak sınırlandırılmıştır. Böylece Türk aile hukukunda boşanma halinde ortak velâyetin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu; ortak velâyetin amacı, olumlu ve olumsuz yönleri, tipleri, uluslararası hukukta yaşanan güncel gelişmeler göz önünde bulundurularak cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

Bu çalışma giriş ve sonuç hariç üç bölümden ibarettir. Çalışmanın birinci bölümünde velâyetin özellikleri, tarihi gelişimi ve amacı incelenecek; velâyetin hukuki niteliğine yönelik tartışmalara yer verilecektir. Akabinde velâyet ilişkisinin tarafları tespit edilecektir. Sonrasında ise velâyetin ana ve baba tarafından ortak kullanılmasında önem arz ettiğinden velâyetin kapsamı ele alınacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise geçmişten bugüne ailenin geçirmiş olduğu değişim süreci ve bunun velâyetin kullanılmasına olan etkisi incelenecektir. Tek başına velâyetten ortak velâyete geçiş süreci, ortak velâyet kavramı, amacı, tipleri açıklanarak ortak velâyetle ilgili tartışmalı hususlara değinilecektir. Uluslararası belgelerde yer alan ortak velâyete ilişkin hükümler ve karşılaştırmalı hukukta ortak velâyetin nasıl düzenlendiği incelenecektir.

Mevcut yasal düzenlemeler kapsamında Türk aile hukukunda ortak velâyetin mümkün olup olmadığına yönelik görüşler ise üçüncü ve son bölümde incelenecektir. Akabinde uluslararası belgelerin özellikle 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokolün iç hukukumuzun bir

parçası haline gelmesinin velâyetin kullanımına olan etkisi ve uygulamadaki güncel durum yargı kararları ışığında ele alınacaktır. Son olarak öğretilerde TMK'nın velâyetin kullanımına ilişkin hükümlerinin yeniden düzenlenmesinin gerekip gerekmediği ve yeni düzenlemenin nasıl olması gerektiğine yönelik görüşlere yer verilerek boşanma sonrası ortak velâyetle yönelik görüş ve önerilerde bulunulacaktır.

III. TERMİNOLOJİ SORUNU

Türk aile hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyetle yönelik yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ortak velâyet için uluslararası hukuk doktrininde *joint custody*, *joint parental authority*, *shared custody*, *shared parenting* gibi kavramlar kullanılmaktadır. Türk hukuk doktrininde ve yargı kararlarında ise *ortak velâyet*, *müşterek velâyet*, *birlikte velâyet* kavramlarının tercih edildiği görülmüştür. Bu çalışmada evlilik birliğinin devamı boyunca söz konusu olan birlikte velâyetle karıştırılmaması ve çalışma boyunca bütünlüğün sağlanması adına ortak velâyet terimi tercih edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK VELÂYET KAVRAMI, VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARI VE VELÂYET İLİŞKİSİNİN KAPSAMI

I. GENEL OLARAK VELÂYET KAVRAMI

A. VELÂYETİN TANIMI

Velâyet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabının ikinci kısmının birinci bölümünün altıncı ayrımında, m. 335 ile m. 351 arasında düzenlenmiş olup ilgili maddelerde velâyetin kapsamı ve hükümleri ele alınmıştır; ancak Kanunda velâyetin tanımına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Sözlük anlamı olarak¹ velilik, otorite, yetkiyi ifade eden velâyet; etimolojik kökeni itibariyle Arapça kökenli olup *wly* kökünden gelen *valāya* (ولاية) yakın olma, yanında olma, koruma ve kollama, göz kulak olma, bir sorumluluk üstlenme, bir işin başında durma, velilik, valilik, evliyalık anlamlarına gelmektedir². Velâyete sahip olan kişi anlamına gelen veli de aynı kökten türemiştir.

Velâyetin kapsamından ve hükümlerinden hareketle doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. *OĞUZOĞLU*³ velâyeti “Çocuğun şahsına ve mallarına takayyüt ve ihtimam hususunda ana babanın tahmil ettiği vazifelerle bunların hüsnü ifasını temin edecek hakların bütününden mürekkep hukuki bir müessese” olarak tanımlamıştır. *FEYZİOĞLU*⁴ velâyeti “Reşit olmamış küçüklerle kısıtlanmış reşit çocukların şahısları ve malları üzerinde ana babanın haiz olduğu hak ve görevlerin tümü” olarak ifade ederken;

¹ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c246eafdaf733.77568387 (Erişim Tarihi: 20.12.2018).

² <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/velayet> (Erişim Tarihi: 20.12.2018) .

³ **OĞUZOĞLU**, Hüseyin Cahit, Medeni Hukuk: Aile Hukuku II (Aile), 2.Baskı, Ankara 1949, s. 237.

⁴ **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1979, s. 571.

KÖPRÜLÜ/KANETİ' ye⁵ göre velâyet “Çocukların bakım, koruma ve çeşitli yönlerden yetiştirilmelerini sağlamak amacıyla ana babanın çocukların şahısları ve malları üzerinde haiz oldukları hak, yetki ve ödevlerdir.” *AKINTÜRK/ATEŞ*⁶ velâyeti “Küçüklerin ve bazen de ergin çocukların gerek şahıslarına, gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere onlara tanıdığı hakların tümüdür.” şeklinde tanımlamıştır. *DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ*⁷ velâyeti “Ana babanın kural olarak küçüklerin, istisnai olarak da kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla onların kişi ve malları üzerinde sahip oldukları görev, yetki ve hakların bütünü” olarak tanımlamaktadır.

TMK' da yer alan mevcut düzenlemeler ışığında yapılan çeşitli tanımlamalar da göz önünde tutulduğunda *velâyet, kural olarak ergin olmayan çocukların, evlât edinilenlerin ve istisnaen kısıtlanmış erginlerin kişi varlıkları ile malvarlıklarının korunması, iyileştirilmesi ve geliştirilmesi, bakım ve gözetimlerinin yapılması, bu kişilerin hukuk düzeninde üçüncü kişilere karşı temsil edilmesi hususunda ana babaya yüklenen görevlerle bunların yerine getirilmesini sağlayan hak ve yetkilerin tamamı* olarak ifade edilebilir⁸. Velâyetin ana babaya tanımış olduğu hak ve yetkiler, onlara yüklenen görevlerin yerine getirilmesi amacına hizmet etmektedir.

⁵ **KÖPRÜLÜ**, Bülent/ **KANETİ**, Selim, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, s. 245.

⁶ **AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 21. Baskı, İstanbul 2019, s. 406.

⁷ **DURAL**, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan/ **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2015, s. 341.

⁸ Benzer tanımlamalar için bkz. **KAYNAR**, Reşat, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1977, s. 165; **FEYZİOĞLU** Feyzi Necmettin/**ÖZAKMAN** Cumhur/**SARIAL** Enis, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 504; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 1990, s. 483; **HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN** Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 341; **TANDOĞAN**, Haluk, Aile Hukuku Ders Notları (Tasnif; Nuşen Ayiter), Ankara 1996, s. 177; **BAKTİR ÇETİNER**, Selma, Velayet Hukuku, Ankara 2000, s. 30; **ZEVLİLİLER**, Aydın/ **ACABEY**, Beşir/ **GÖKYAYLA**, Emre, Medeni Hukuk, Ankara 2000, 6. Baskı, s. 1013; **ÖZDEMİR** Hayrunnisa/ **RUHİ**, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, Ankara 2012, s. 755; **AKYÜZ**, Emine, Çocuk Hukuku, Çocuk Hakları ve Korunması (Çocuk Hukuku) , 3.Baskı, Ankara 2013, s. 207; **ÖZMEN**, İsmail, Açıklamalı İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri, 3.Baskı, Ankara 2013, s. 88; **KARACA**, Hilal, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015, s. 23; **USTA**, Sevgi, Velayet Hukuku, İstanbul 2016, s. 23; **HATEMİ** Hüseyin/ **KALKAN OĞUZTÜRK**, Burcu, Aile Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 180.

B. VELÂYETİN ÖZELLİKLERİ

Velâyet, her şeyden önce ana ve babaya aittir. TMK m. 335/I hükmü gereği, yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan kaldırılamaz. Velâyet anne ve babadan kaldırılrsa dahi kural olarak çocuk üzerinde üçüncü bir kişinin velâyeti söz konusu olamaz; bu kişiler çocuğa ancak vasi olarak atanabilir.

Ana babanın sahip olduğu velâyet, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup feragat edilemez, devredilemez, mirasçılara geçmez, herhangi bir hukuki işlemle sınırlandırılmaz niteliktedir⁹.

Doktrinde velâyeti ana babanın kişilik hakkı olarak nitelendiren görüşler de mevcuttur. Buna göre ana babanın çocuk üzerinde sahip olduğu velâyetin temeli onların kişilik haklarına dayanmaktadır¹⁰. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Velâyet, günümüzde artık ana babanın kişilik haklarının bir parçası olarak kabul edilmemektedir¹¹. Çünkü velâyetin ana ve babanın kendi yararına değil çocuğun yararına olduğu kabul edilmektedir¹². Ancak her şekilde ana babanın velâyetten doğan hakları, onların kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır¹³.

TMK m. 336/I uyarınca evlilik birliği devam ettiği müddetçe velâyet ana ve baba tarafından birlikte kullanılır. Velâyetten doğan hak ve yükümlülüklerin ana ve baba

⁹ **BAKTİR ÇETİNER**, s. 43; **ÖZTAN**, Bilge, Aile Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2015, s. 1079; **OĞUZMAN Kemal/DURAL**, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1994, s. 276.

¹⁰ **AKYÜZ**, Emine, Velayet ve Çocuğun Korunması (Çocuğun Korunması), Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 114; **ÖZMEN**, s. 13; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 1013.

¹¹ **ABİK**, Yıldız, Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 14; **ÖZTAN**, s. 1076.

¹² **USTA**, s. 26. Doktrinde velayetin ana baba yararını gözetten bir boyutunun da olduğu, çocuğun velayetine sahip olmanın birçok ana baba için kendi hayatlarını anlamlandırmayı teşkil ettiği, ana babanın çocuğun gelişimine katılma ve ona yakın olma ihtiyacının göz ardı edilmemesi gerektiği, bu yüzden kanunda yazılı şartların gerçekleşmemesi halinde velayetin ana babadan alınamayacağı hususunda bkz. **İMAMOĞLU**, Hülya, Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD, C: 54, S: 1, Y: 2005, s. 168.

¹³ **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, s. 246; **HATEMİ/SEROZAN**, s. 342; **BAKTİR ÇETİNER**, s. 47; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 1013; **DURAL/OĞUZ/GÜMÜŞ**, s. 342; **USTA**, s. 27; **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 183.

arasında bölünmesi mümkün değildir. Velâyet ilişkisi bölünemez nitelikte olup ana ve babanın sahip olduğu hak ve yükümlülükler birbirinden bağımsızdır¹⁴. Bu kapsamda çocuğun kişiliği üzerindeki velâyet anaya, malvarlığı üzerindeki velâyet babaya bırakılamayacağı gibi yılın belli bir döneminde ananın belli döneminde babanın velâyetinin kararlaştırılması mümkün değildir.

Velâyet, ana baba ve çocuk arasındaki süreli bir ilişkiyi ifade etmekte olup kural olarak çocuğun erginliğe ulaşmasıyla kendiliğinden sona erer (TMK m. 335/I). Ancak bazı istisnai durumlarda velâyetin erginlikten sonra da devam etmesi söz konusu olabileceği gibi (TMK m. 335/II) çocuğun erginliğe ulaşmasından önce velâyetin sona erip vesayetin söz konusu olduğu durumlarda olabilir (TMK m. 348, m. 349).

C. VELÂYETİN TARİHİ GELİŞİMİ

Aile hukuku, TMK'nın ikinci kitabında düzenlenmekle birlikte ilgili kanun hükümlerinde ailenin tanımı yapılmış değildir. Kanuni düzenlemeler incelendiğinde dar anlamda ailenin karı kocadan meydana gelen birliği ifade ettiği söylenebilir. Karı ve kocadan ibaret aile, doktrinde evlilik birliği olarak ifade edilmektedir¹⁵. Ana baba ve çocuğun oluşturduğu aile ise geniş aileyi oluşturmaktadır. Geniş aile aynı zamanda velâyet ailesi olarak da nitelendirilmektedir¹⁶. Zira bu anlamda aileyi düzenleyen hükümlerin büyük bir çoğunluğu, ana baba ve çocuk arasındaki hukuki ilişkiyi ifade eden velâyet hükümleri çerçevesinde ele alınmıştır. En geniş anlamıyla aile ise, aynı çatı altında aile olarak bir arada yaşayan kimselerin oluşturduğu birliktir¹⁷. TMK' da ev düzeni başlığı altında düzenlenen m. 367 ile aile halinde yaşayan birden çok kimsenin, o aileye tâbi kılındığı açıkça ortaya konulmuştur.

¹⁴ **BAKTİR ÇETİNER**, s. 47; **AKYÜZ**, Çocuk Hukuku, s. 209.

¹⁵ **HATEMİ/SEROZAN**, s. 4.

¹⁶ **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 6; **KARABACAK**, Ayşegül, Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 13.

¹⁷ **FEYZİOĞLU**, s. 5; **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 6; En geniş anlamıyla aile doktrinde ev topluluğu olarak da ifade edilmektedir. **HATEMİ/SEROZAN**, s. 3.

Aile kurumu sosyal ve kültürel boyutuyla tarih boyunca farklı şekillerde ele alınmıştır. Dolayısıyla velâyet kurumu da hukuki boyutuyla zamana ve mekâna göre değişiklik göstermiştir. Geçmiş bugünün düşünce tarzıyla ele alıp anlamak şüphesiz kolay değildir. Ancak modern hukuk sistemlerinde velâyetin ele alınış şeklinin, amacının, kapsamının ve hükümlerinin anlaşılabilmesi için tarihi gelişiminin incelenmesi zorunluluk arz etmektedir. Bu sebeple çalışmamızın bu kısmında velâyetin tarihi süreç içerisindeki gelişimi ve dönüşümü ele alınacaktır.

1. Roma Hukukunda Velâyet

Günümüz özel hukukunu en fazla etkileyen hukuk sistemlerinden biri olan Roma hukukunda aile, baba hâkimiyetine dayanmaktaydı. *Pater familias*, aile babası olarak ifade edilmekteydi ve sadece erkeklere özgü bir kurumdu¹⁸. Aile babasının kadınlar, çocuklar, torunlar ve aileye dâhil herkes üzerinde sahip olduğu hak ve yetkiler *patria potestas*'a (baba egemenliği) dayanmaktaydı¹⁹. Roma aile hukuku hâkimiyet esası üzerine inşa edilmişti ve hukuk düzeni tarafından tanınan tek kişi *pater familias* idi²⁰.

Ailenin çocukları üzerindeki velâyet, *pater familias*'a aitti. Kadının çocuklar üzerinde herhangi bir hakkı söz konusu değildi; zira kadın da *pater familias*'ın *manus* adı verilen hâkimiyeti altındaydı²¹.

Pater familias'ın çocuklar üzerindeki hâkimiyeti mülkiyet hakkına benzer nitelikteydi. *Pater familias* çocuğun doğumuna ve yetiştirilmesine izin verme hususunda yetkili tek kişiydi. Aile babası yeni doğan çocuğu terk etme hakkına sahip olduğu gibi kiralama, satma ve öldürme hakkına da sahipti. Aile içi yargılamanın da başında bulunan *pater familias*'ın bu mutlak yetkilerine karışmak mümkün olmadığı gibi bu yetkileri

¹⁸ GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, Roma Hukukundan Günümüze Velayet Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 32.

¹⁹ BERKİ, Şakir, Roma' da Aile Hukuku (Roma), AÜHFD, C: 14, S: 1, Y: 1963, s. 112.

²⁰ UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3.Baskı, İstanbul 2010, s. 168.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNEŞ CEYLAN, s. 34; AYİTER, Kudret, Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1963, s. 56; ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz, Roma Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 161.

denetleyecek herhangi bir kurum da mevcut değildi²². *Pater familias*'ın sahip olduğu mutlak yetkilerinin tek sınırı yine kendisi olmakla birlikte çocuk üzerindeki *patria potestas*ın sona ermesi, ya *pater familias*'ın ölmesiyle ya da çocuk üzerindeki hâkimiyet hakkından vazgeçmesiyle (*emancipatio*) mümkündü²³. Çocuğun rahip/ rahibe olması halinde veya ölümü halinde de *pater familias*ın yetkileri son bulmaktaydı²⁴.

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde ise *pater familias*'ın sahip olduğu bu hak ve yetkiler bazı sınırlandırmalara tâbi tutulmuştu. Aile babasının haklarını kötüye kullanmasını engellemek için bazı tedbirler alınmaya başlanmıştı. IV. yüzyıldan itibaren yeni doğan çocuğu öldüren *pater familias* ölüm cezasına çarptırılmaya başlanmış, çocukları terk etmeleri ve satmaları yasaklanmıştı. *Pater familias*'ın çocuğu hayatı üzerinde karar verme yetkisi İmparator I. Konstantin zamanında, çocuk üzerindeki sınırsız hâkimiyeti ise İmparator Valentinus zamanında kaldırılmış; Iustinianus zamanında ise *pater familias*ın egemenliği sadece çocuğun eğitim hayatına yönelik cezaları kapsayan bir hal almıştı²⁵.

2. Germen Hukukunda Velâyet

Germen hukukunda baba, çocukları üzerinde *munt* adı verilen velâyete sahipti. Babanın çocuk üzerindeki *munt*'u onun *sippe* adı verilen aile topluluğuna kabulü ile başlardı; ancak çocuğun sippeye kabulüne kadar terk edilmesi veya öldürülmesi mümkündü²⁶. Bu hukuk sisteminde ananın da velâyeti vardı; ancak ananın velâyeti babanın ölümünden sonra söz konusu olabilirdi²⁷. Babanın çocuk üzerinde sahip olduğu *munt*'un asıl amacı çocuğun korunması, mallarının idaresi ve dışarıya karşı temsiliydi. Germen

²² **PARIBENİ, ROBERTO**, Roma Ailesi (Çev. Şemsettin Talip), İstanbul, Ahmed İhsan Basımevi, s. 50; **AYİTER**, s. 43; **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 41; **ÇELEBİCAN**, s. 16; **ELAL**, Çağla, Roma Hukukunda Hak Ehliyeti Çerçevesinde Çocuk, Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan, İstanbul 2011, s. 80.

²³ **UMUR**, s. 173.

²⁴ **USTA**, s. 41.

²⁵ **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 42-43.

²⁶ **İNAN**, s. 6; **YÜKSEL**, s. 34.

²⁷ **OĞUZOĞLU**, Cahit, Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti (Velayetin Ehemmiyeti), Ankara, 1940, s. 6.

hukukunda, Roma Hukukunda olduğu gibi sınırsız bir velâyet söz konusu değildi. Baba çocuğu korumakla ve çocuğun mallarını idare etmekle yükümlüydü. Baba, çocuğun mallarından yararlanma hakkına da sahipti; ancak bu mallara verdiği zararlardan ötürü sorumluydu²⁸. German hukukunda çocuk ömrü boyunca *munt* altında değildi; ekonomik özgürlüğü sahipse babanın egemenliğinden çıkabilirdi²⁹.

3. İslam Hukukunda Velâyet

İslam hukukunda velâyet; çocuğun şahsına bağlı hakların kullanılmasını düzenleyen velâyet, çocuğun mallarının korunma ve idaresine yönelik velâyet(*velâyet-ül mal*) ve çocuğun beden ve ruhen sağlıklı büyümesi ve yetişmesini sağlama amacına hizmet eden velâyet (*hıdane, velâyet-ül terbiye*) olmak üzere üç ayrı kurumda düzenlenmiştir³⁰.

İslam hukukunda çocuğun şahsına bağlı hakların kullanılmasını düzenleyen velâyet ile çocuğun mallarının korunması ve idaresine yönelik velâyet babaya aittir. Baba ölmüşse veya velâyeti kullanabilecek durumda değilse velâyet anaya geçmez; miras hukukundaki sıraya göre babanın erkek mirasçılarına ait olur³¹. Bu durumda şartları varsa ana ancak vasi olarak atanabilir³². Baba, erkek çocukları erginliğe ulaşınca, kız çocukları ise evleninceye kadar çocukları üzerinde velâyet sahibidir. Bu kapsamda çocukların kişi ve

²⁸ **BAKTİR ÇETİNER**, s. 26; **USTA**, s. 42.

²⁹ **OĞUZOĞLU**, Velayetin Ehemmiyeti, s. 6.

³⁰ **AYDIN**, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, 13. Baskı, İstanbul 2015, s. 269; **KARAKOÇ**, İrem, Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hıdâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 19, S: 3, Y: 2015, s. 154; **AKSAKAL**, Sultan, Boşanmadan Sonra Çocuğun Velayeti, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:1, Y: 2003, s. 167.

³¹ **ANSAY**, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4.Baskı, Ankara 2002, s. 220; Bütün mezheplerin ittifak ettiği üzere babanın velayeti kullanabilmesi için hür, akıllı, baliğ ve İslam dinine mensup olması gerektiği hususunda bkz. **ASLAN**, Bedri, İslam Hukukunda Evlilikte Velâyetin Ortadan Kalkmasıyla Velinin Velayetinin Kime Gececeği Konusunun Değerlendirilmesi, Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi C: 4, S:7, Y: 2016, s. 26.

³² **BERKİ**, Velayetin Şumûlü, s. 6; Ananın vasi olarak atanabilmesi için hür, mümeyyiz, reşit, itimada layık ve haysiyetli olması gerektiği hususunda bkz. **BAKTİR ÇETİNER**, s. 27.

mal varlıkları üzerindeki hakları ile temsili hususunda tek yetkili babadır. Baba, çocukların malvarlığını yönetirken sebep olduğu zararlardan dolayı sorumlu değildir³³.

Çocuğun beden ve ruhen sağlıklı büyümesi ve yetişmesini sağlama amacına hizmet eden ve şefkat bağlamında ele alınan çocuğun hıdânesi ise anaya aittir³⁴. Eğer ana hayatta değilse veya gerekli şartları taşımıyorsa bu hak önce ananın kadın akrabalarına, daha sonra ise mirasçılıktaki sıraya göre babanın akrabalarına geçer. Hıdâne hakkını haiz kişi hür, akıllı, baliğ ve çocuğu yetiştirmeye muktedir olmalıdır. Bu kişi erkekse müslüman olması şarttır; ancak kadınlarda din birliği şartı aranmamaktadır³⁵. Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi başlı başına bir dikkat ve özeni gerektirdiğinden İslam Hukukunda hıdâne görevini yerine getiren ana dışındaki kişilere ücret ödenmesi esas kabul edilmiştir. Ancak bu durum nafaka yükümlülüğünü gerektirdiğinden çocuğun bu tür mali sorumluluklarını velâyetin sahibi olan velisi, varsa çocuğun malvarlığından yoksa kendisi yerine getirecektir³⁶.

4. Türk Hukukunda Velâyet

Velâyetin Türk hukuk tarihindeki gelişiminin İslamiyet öncesi dönem ve İslamiyet sonrası dönem olarak iki kısımda incelenmesi gerekir. İslamiyet öncesi Türklerde aile kurumu törkün veya arkagün kavramlarıyla ifade edilmekteydi³⁷. Bu dönemde aile hukuku ataerkil bir yapıda olmakla birlikte aile reisi olan babanın sahip olduğu yetkiler, Roma ve German Hukuk sistemlerine göre oldukça sınırlı bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Ancak yine de velâyet sahibi babanın çocuğu satma yetkisinin olduğu görülmektedir³⁸.

³³ ÜÇÖK, Coşkun/ MUMCU, Ahmet/ BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Ankara 2015, s. 126.

³⁴ CİN, Halil/ AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 4. Baskı, Konya 2011, s. 448.

³⁵ CİN/ AKYILMAZ, s. 449.

³⁶ AKSAKAL, s. 167; CİN/ AKYILMAZ, s. 450.

³⁷ ARSAL, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947, s. 333; CİN/ AKYILMAZ, s. 31.

³⁸ Velâyetin satışına ait belge için bkz. ÜÇÖK/ MUMCU/ BOZKURT, s. 40.

İslamiyet öncesi Türk ailesinde kadın son derece seçkin bir yere sahipti, sosyal ve ekonomik faaliyetlerde erkekle aynı statüde yer almaktaydı³⁹. Ancak çocuğun velâyeti yine de öncelikli olarak babaya aitti. Baba velâyeti kullanamayacak bir durumdaysa velâyet anaya geçerdi⁴⁰. Bununla birlikte Türklerde çocuk sahibi olamama veya ekonomik sıkıntılar nedeniyle çocuğa bakamama gibi durumlarda çocuğun evlâtlık olarak verilmesi mümkündü. Bu halde çocuğun biyolojik ailesi ile olan bütün ilişkisi kesilmekteydi ve çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, topluma kazandırılması yükümlülüğü evlât edinene ait olmaktaydı⁴¹.

İslamiyetin kabulüyle 743 Sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin (EMK) kabulüne kadar geçen süre boyunca velâyet İslam hukuku kuralları gereği babaya aitti. Türk Kanuni Medenisi'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte ise çocuğun ana ve babasının velâyeti altında olduğu, evlilik mevcut iken ana ve babanın velâyeti birlikte icra edeceği esası kabul edilmiştir (EMK m. 262-263).

D. VELÂYETİN AMACI

Velâyetin başlıca amacı çocuğun kişiliğinin ve çıkarlarının korunmasıdır. Ana babanın çocuk üzerinde velâyet dolayısıyla sahip oldukları hak ve yetkiler çocuğun bakılması, korunması, her yönden yetiştirilmesi amacına hizmet etmektedir. Aile hukukunun en temel kurumlarından birisi olan velâyet, çocuğun maddi ve manevi varlığının geliştirilmesine, çocuğun güvenliğinin sağlanmasına ve onun bağımsız bir kişilik kazanmasına yönelik faaliyetlerin yürütülmesi olarak ifade edilebilir. Görüldüğü üzere velâyet her şeyden önce çocuk içindir ve onun korunmaya muhtaç bir varlık olmaktan çıkıp kendine yeterli bir birey olması amaçlanmaktadır⁴².

Bununla birlikte ana babaya tanınan bir iktidar olarak velâyet iyi insan, iyi aile, sağlıklı bir toplum yetiştirmeyi de amaçladığından artık sadece aile içi bir mesele değildir;

³⁹ CİN/ AKYILMAZ, s. 31; AYDIN, s. 16.

⁴⁰ YÜKSEL, Sera Reyhanî, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016, s. 34.

⁴¹ AYDIN, s. 19; BAKTİR ÇETİNER, s. 26.

⁴² HATEMİ/SEROZAN, s. 341; AKYÜZ, Çocuk Hukuku, s. 24

toplumsal bir yönü de bulunmaktadır. Ana babanın velâyetten doğan haklarını ve görevlerini kötüye kullanması durumunda kamu müdahalesi gündeme gelmektedir. Anayasa m. 41/IV uyarınca Devlet, çocuğu her türlü istismara ve şiddete karşı koruyucu önlemleri almakla yükümlüdür. TMK’ da velâyetin kapsamıyla ilgili hükümlerden sonra çocuğun korunması; koruma önlemleri (m. 346) ve çocuğun yerleştirilmesi (m. 348) alt başlıklarıyla; çocuğun malvarlığı ise çocuk mallarının korunması (m. 360) ve yönetimin ana ve babadan alınması (m. 361) hükümleriyle düzenlenmiştir. Çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunmasına yönelik önlemlerin yeterli gelmemesi veya bu önlemlerin yetersiz kalacağından önceden anlaşılması halinde kanun koyucu TMK m. 348 ile velâyetin ana veya babadan kaldırılmasına karar verilebileceğini ifade etmiştir.

E. VELÂYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Velâyetin kapsamı ve sınırlarının belirlenebilmesi için öncelikle velâyetin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Burada belirtmek gerekir ki TMK’nın velâyeti düzenleyen ikinci kitabının altıncı ayrımının başlığı velâyet hakkı değil; sadece velâyettir. Bu ayrım altında genel olarak velâyetin kapsamı ve hükümleri düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerden, velâyetin bir takım haklar ve yükümlülükler içeren bir kurum olduğu anlaşılmaktadır. Velâyet, hak olarak sadece TMK’nın ikinci kitabın soybağının hükümleri başlıklı beşinci ayrımında, m. 326/III’te ‘‘ Çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılmıncaya kadar, velâyet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz.’’ şeklinde ifade edilmiştir.

Velâyetin hak mı yoksa görev mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴³ velâyetin amacı, çocuğun kişiliğinin ve menfaatlerinin korunması olduğuna göre velâyet, ana baba için haklardan ziyade görevlerden ibarettir. Dolayısıyla velâyetin ana babaya yalnızca görevler yükleyen bir kurum olarak kabulü gerekmektedir. Velâyet her ne kadar hak olarak ifade ediliyor olsa da ana baba için aslında hak değil bir görevdir. Bu yöndeki başka bir görüşe göre de⁴⁴ velâyetin ana babaya tanınmış olduğu haklar, onların velâyetten

⁴³ OĞUZOĞLU, Aile, s. 238.

⁴⁴ BERKİ, Şakir, Türk Medeni Kanunu’nda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü (Velayetin Şumûlü), Ankara 1970, s. 5.

doğan görevlerinin amacına uygun bir şekilde yerine getirilmesinden başka bir anlama gelmez. Ana baba bu hakları kendi çıkarına kullanamayacağı gibi velâyetten doğan hakların kullanılması sebebiyle çocuk zarar görüyorsa veya bu haklar eksik ve yetersiz bir şekilde kullanılıyorsa hâkimin müdahalesi gündeme gelecektir. Velâyeti öncelikle görev olarak nitelendiren başka bir görüşe göre⁴⁵ de, ana ve baba velâyetten doğan yükümlülüklerini yerine getirmekle mükelleftir. Velâyet bir görev olduğu için, velâyetten feragat etmek mümkün değildir. Velâyeti görev olarak nitelendiren bu görüşlerde, velâyetin amacından yola çıkılarak hukuki nitelendirilmesinin yapıldığı görülmektedir.

Doktrinde yer alan bir diğer görüşe göre ise velâyet, ana babanın çocuk üzerinde sahip olduğu kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir haktır. Bu görüşe göre ana babanın çocuk üzerindeki velâyeti onların kişilik haklarından kaynaklanmaktadır⁴⁶. Dolayısıyla ana ve baba, sahip oldukları bu haktan velâyetin kaldırılmasını gerektiren nedenler olmadıkça mahrum edilemez veya muaf tutulamaz⁴⁷. Çünkü velâyet aynı zamanda mutlak bir hak olduğundan yasal sebepler bulunmadıkça, bu hakka yönelik her türlü müdahale hukuka aykırılık teşkil eder. Velâyet ilişkisini ana babanın kişilik hakkı olarak nitelendiren bu görüşe göre ana ve baba velâyet üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamayacağı gibi velâyet ilişkisinden feragat edemez, velâyet ilişkisini devredemez.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre velâyet, ana ve babanın çocuk üzerinde sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin toplamıdır⁴⁸. Öğreti ve uygulamada kanun tarafından ana babaya tanınmış olan velâyetin, onlara tanınan hak ve yükümlülükler toplamı olarak *yüküm hak* olarak nitelendirildiği görülmektedir⁴⁹. Buna göre velâyet, ana babaya çocuğun

⁴⁵ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 246.

⁴⁶ **KOÇİSARLIOĞLU**, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, Turhan Kitabevi, s. 197 vd.

⁴⁷ **KOÇİSARLIOĞLU**, s. 183.

⁴⁸ **SAYMEN**, Ferit /**ELBİR**, Halid, Türk Medeni Hukuku 3: Aile Hukuku, İstanbul 1957, s. 368; **VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Cilt 2 Aile Hukuku, İstanbul 1965, 5. Baskı, s. 335; **İNAN**, Ali Naim, Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, s. 125; **KAYNAR**, s. 165; **FEYZİOĞLU**, s. 71; **TEKİNAY**, s. 483; **HATEMİ/SEROZAN**, s. 341; **TANDOĞAN**, s. 177; **BAKTİR ÇETİNER**, s. 30; **ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 1013; **ÖZMEN**, s. 12; **AKYÜZ**, Çocuk Hukuku, s. 208; **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 182.

⁴⁹ **SEROZAN**, Rona, Çocuk Hukuku (Çocuk), İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 250.

kişiliğinin ve malvarlığının korunması ile temsili konularında sadece haklar tanımaz; bir takım yükümlülükler de yükler. Velâyet, ana babaya tanınmış olan alelade bir hak olmayıp aynı zamanda onlar için bir yükümlülük niteliğindedir⁵⁰. Dolayısıyla günümüzde velâyet, ana babanın çocuk yararına kullanması gereken yükümlülükleri içeren *yüküm hak* niteliğini almıştır⁵¹. Bu nedenle bağımlılık ve egemenlik çağrışımı yapan velâyet kavramı modern birçok yasada terk edilmiş, onun yerine koruma ve bakma hakkı kavramı tercih edilmiştir⁵². Böylece ebeveynlerin çocuk üzerinde yetkileri hak olmaktan uzaklaştırılmış; onların çocuğun yetiştirilmesinde, gelişmesinde, kendine yeterli bir birey haline gelmesindeki sorumlulukları ön plana çıkarılmıştır⁵³.

Kanımızca velâyetin, her ne kadar velâyet hakkı olarak ifade ediliyor olsa da, sadece hak olarak ele alınması amacı ve içeriği ile örtüşmez. Zira bu durumda çocuk ana babası karşısında savunmasız ve korunmasız bir duruma sokulmuş olur. Günümüzde velâyeti hak olarak ele alan görüşler de velâyetin çocuk yararına bir hak olduğunu belirtmektedir⁵⁴. Dolayısıyla ana babanın velâyet ilişkisi sebebiyle kanundan doğan yetkileri, onların menfaatine hizmet eden bir hak olarak nitelendirilmemelidir. Kaldı ki ana babadan velâyetin kaldırıldığı durumlarda dahi onların çocuğa karşı bir takım görevleri devam etmektedir. Dolayısıyla velâyet, ana babaya tanınan hak olarak ifade edilemeyecektir.

⁵⁰ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 181.

⁵¹ ÖZTAN, Bilge/ ÖZTAN, Fırat, Boşanmada Velayetin Tevdii, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 2, Y: 2016, <https://jurix.com.tr/article/5500> s. 2; ÖZTAN, s. 1074; ÇETİNER, s. 37; USTA, s. 25; SEROZAN, Çocuk, s. 250; SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Ana Babanın Velayeti Birlikte Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, C: 5, S: 49, Y: 2007, s. 86 dp. 17; ERLÜLE, Fulya, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara 2019, s. 94.

⁵² Alman ve İsviçre hukukunda ana baba ve çocuk arasındaki ilişki velayet kavramı kaldırılarak yerine ebeveyn bakımı ifade edilen *elterliche sorge* deyimi kabul edilmiştir. İngiliz hukukunda da çocuklar için sorumluluk olarak ifade edilebilen *responsibility for children* ifadesi kullanılmaktadır. BAKTİR ÇETİNER, s. 29; SEROZAN, Çocuk, s. 250.

⁵³ DETHLOFF, Nina/ MASCHWITZ, Alexandra, (Çev. Kerem Öz), Avrupa'da Çocuk Hakları – Biz Nerede Duruyoruz?, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2; Y: 2013, s. 147-148.

⁵⁴ ÇETİNER, Selma, Velayet Hakkının Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C: 19, Özel Sayı, Y: 2017, s. 36.

Bununla birlikte amacından yola çıkarak sadece görev olarak ifade etmek de velâyeti açıklamakta yetersiz kalacaktır. Zira bu durumda ana babanın çocuk üzerinde hiçbir hakkı bulunmadığı ve adeta ana babaya yüklenen bir külfet olduğu sonucu doğabilir.

Ana babanın velâyet sebebiyle sahip olduğu haklar, velâyetten doğan görevlerin amacına uygun bir şekilde yerine getirilmesi içindir. Kanaatimizce velâyetin hak veya görev unsuruna ağırlık verilerek nitelendirilmesi yerine bir yüküm hak olarak kabulü yerinde olacaktır. Hem ulusal hem de uluslararası belgelerde velâyetin amacının çocuğun yararın korunması, onun ihtiyaçlarının karşılanması ve kendine yeterli bir birey haline gelmesi olduğu belirtildiğinden kanımızca velâyetin yüküm hak niteliğinin yükümlülük unsuru baskın gelmektedir.

Velâyetin bir yüküm hak olarak kabulünden sonra hak boyutunun hukuki niteliğinin de tespit edilmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki velâyet, hukuk sistemimizde anayasaya dayalı temel haklardan biri değildir. Ancak bir görüşe göre velâyet, her ne kadar anayasada düzenlenmemiş olsa da Anayasa m. 41 ve m. 20 bağlamında değerlendirildiğinde temel hak ve özgürlükler kapsamındadır⁵⁵. Yine TMK m. 335 ve devamı maddelerinde düzenlenen velâyetin anayasal dayanağının, Anayasa m. 41'den türetilmiş olan ana babalık hakkı olduğu doktrinde ifade edilmiştir⁵⁶. Ana babanın sahip olduğu velâyet, anayasal ağırlıklı bir hak olup anayasal ve yasal sınırlarla çerçevelenmiştir. Velâyetin anayasal bir hak olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁵⁷ (AİHS) 8. maddesi kapsamında da korunan temel bir insan hakkı olduğu, kanaatimizce de haklı olarak savunulan görüşler arasındadır.

⁵⁵ **DÖNMEZ**, Ünsal/**BARIN**, Taylan, Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, TAAD, Y: 9, S:35, Temmuz 2018, s. 203; **ÇETİNKAYA**, Volkan, İnsan Hakları Hukuku Açısında Velayet Hakkı (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 1.

⁵⁶ **USTA**, s. 1; **SEROZAN**, Çocuk, s. 43.

⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış olup 04.11.1950 tarihinde Roma'da kabul edilerek 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi, 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Kanunun ve Sözleşmenin Resmi Gazete'de yayım tarihi, 19.03.1954'tür. Sözleşme'nin onay belgesi 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş olup bu tarih Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe

Doktrinde bir görüşe⁵⁸ göre velâyet mutlak haktır; dolayısıyla ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilir. Bu görüşe göre bir kimse her ne kadar bir başkası üzerinde mutlak hakka sahip olamasa da kendini koruyamayacak durumda olanlar için bir istisna söz konusudur. Benzer bir görüşle velâyetin mutlak bir aile hakkı olduğu ileri sürülmüştür⁵⁹. Buna göre mutlak bir aile hakkı olarak velâyet, mutlak haklar gibi bunu ihlal eden herkese karşı korunmaktadır; ancak aynı haklar gibi eşya üzerindeki mutlak haklardan değildir. Mutlak aile hakları, kişilere aile hukukundan doğan görevlerin yerine getirilmesi için verilen yetkilerin mutlak hak gibi korunuyor olmasını ifade etmektedir. Başka bir görüşe göre ise velâyet önceleri mutlak bir hak olarak nitelendirilse de ana babaya bir takım yükümlülükler de yüklediğinden artık bir görev yetki hakkı olarak kabul edilmelidir⁶⁰.

Velâyetin mutlak hak olarak nitelendirilmesi çocuğu hakkın konusu haline getirdiğinden dolayı eleştirilmektedir⁶¹. Bizim de katıldığımız bu eleştiriye göre velâyetin mutlak hak olarak kabulü, her ne kadar amaç bu olmasa da, çocuğu hakkın konusu haline getirir; oysa çocuk velâyetin konusu değil sahibidir. Ana ve babanın velâyet haklarının ihlali halinde sahip oldukları haklar, aslında ana baba hakkından değil; ana baba yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır ve burada çocuğun güvenliğinin sağlanması söz konusudur. Başka bir görüşe göre de velâyete ana babanın çocuk üzerinde sahip olduğu bir mutlak hak olarak bakılamaz. Velâyet, ana babanın çocuk üzerinde sahip olduğu mutlak egemenlik hakkı değil; mutlak nispi hak karması ve kırması olarak özgecil, işlevsel, sosyal bir yüküm haktır⁶².

Velâyet ilişkisi bir tarafta ana ve babanın diğer tarafta ise çocuğun yer aldığı, bu iki başlılığı dolayısıyla karmaşık görünen ve klasik haklar kategorisinde herhangi bir statüye

girdiği tarih olmaktadır. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/> (Erişim Tarihi: 27.07.2019) .

⁵⁸ FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 505; TEKİNAY, s. 490; OĞUZMAN/DURAL, s. 276; BAKTİR ÇETİNER, s. 23; ZEVLİLİLER/ ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1016; ÖZTAN, s. 1180; DURAL/OĞUZ/GÜMÜŞ, s. 342.

⁵⁹ VELİDEDEOĞLU, s. 338; HATEMİ/SEROZAN, s. 17.

⁶⁰ HATEMİ/SEROZAN, s. 342; HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK, s. 182.

⁶¹ USTA, s. 28.

⁶² HATEMİ/SEROZAN, s. 342; SEROZAN, Çocuk, s. 251.

kolaylıkla yerleştirilemeyen bir yüküm haktır. Ana babaya tanınan bu yüküm hak üçüncü bir kişi olan çocuğun yararına kullanılması gerektiğinden klasik haklardan farklılık arz etmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere velâyet ne ana babanın kişisel bir hakkıdır ne de bir mutlak haktır. Velâyet ilişkisi ana ve babanın çocuk üzerindeki mutlak hâkimiyetinden, çocuk için ve çocuğun yararına kullanılması gereken, bünyesinde bir takım görevleri de barındıran bir yüküm hakka evrilmiştir. Bu durum günümüzde hem velâyetin amacının ve kapsamının hem de hak kavramının hukuk terminolojilerinde ele alınış şeklini değıştirmiştir.

II. VELÂYET İLİşKİSİNİN TARAFLARI

A. VELÂYET İLİşKİSİNİN TARAFI OLARAK ANA ve BABA İLE EVLÂT EDİNENLER

1. Ana ve Baba

TMK m. 335 ile ergin olmayan çocukların ana ve babanın velâyeti altında olduğı açıkça ifade edilmiştir. Ana ve babanın velâyet ilişkisinin tarafı olabilmeleri için çocuk ile aralarındaki biyolojik bağı yeterli değildir. TMK hükümleri gereğı velâyet soybağı üzerine inşa edilmiş olup çocukla ana ve baba arasındaki velâyet ilişkisinin kurulabilmesi için hukuki olarak geçerli bir soybağının kurulmuş olması gerekmektedir. Çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla birlikte kendiliğinden kurulurken; baba ile soybağı ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmü yoluyla ile kurulmaktadır (TMK m. 282). Soybağı temelli olan velâyet, münhasıran ana babaya ait olup kural olarak ana ve baba dışında başka bir kimsenin velâyet ilişkisinin tarafı olabilmesi mümkün değildir. Ana ve baba dışındaki kimselerin velâyet ilişkisinin tarafı olamayacağının tek istisnası ise evlât edinme durumunda karşımıza çıkmaktadır.

Çocuğa yakınlıkları ne derece olursa olsun ana ve baba dışındaki üçüncü kişiler velâyet ilişkisinin tarafı olamazlar; ana ve babanın her ikisinden de velâyet kaldırılırsa bu kişilerin ancak vasiliğı gündeme gelebilir. Yargıtay da vermiş olduğı birçok ilke kararda velâyetin münhasıran ana ve babaya ait olduğunu, çocuğun velâyetinin ana ve baba

dışındaki üçüncü kişilere verilmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır⁶³. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin⁶⁴ (BMÇHS) 9. maddesinde yer alan, yasal şartlar gerçekleşmedikçe çocuğun ana ve babasından ayrılmaması gerektiğine ilişkin düzenleme de, velâyetin ana ve babaya ait olduğunu ve velâyetten doğan yükümlülüklerin ana baba tarafından yerine getirilmesi gerektiğini destekler niteliktedir⁶⁵.

Velâyet ilişkisinin tarafının sadece ana ve baba ile sınırlı tutulmasının nedeni, velâyetin çocuğun kişiliği ve malvarlığı üzerinde çok geniş hak ve yetkiler tanınması olarak gösterilebilir⁶⁶. Bununla birlikte velâyetin amacı çocuğun maddi ve manevi varlığının her türlü tehlikeye karşı korunması, geliştirilmesi kendine yeterli bir birey haline getirilmesi

⁶³ Yargıtay 2. HD E. 2011/11988 K. 2012/13764 T. 21.05.2012:”Türk Medeni Kanununun 335 vd. maddelerinde düzenlenen velayete ilişkin hükümler gereğince, velayetin anne ve/veya baba dışındaki kimselere verilmesinin mümkün olmadığı, gerekli görülen hallerde aynı Kanunun 404 vd. maddelerince vasi tayin edilebileceği öngörülmüştür. Bu itibarla, velayet hakkı münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hali hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından, annesinin Ş... olduğu anlaşılan küçük E ...'nin velayetinin S... 'ya verilecek şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.”

Yargıtay 2.HD E. 2016/3246 K. 2016/4786 T. 10.03.2016:”... Velayet 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 ile ilgilenmediği, onlara şiddet uyguladığı, çocukların davacı anneanne yanında kaldığı ve bakımlarının onun tarafından yapıldığı, davalı annenin velayet görevini yerine getirmediği, yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı (TMK m. 348/2) gerçekleşmiştir. O halde davalı annenin çocukları üzerindeki velayet hakkının kaldırılmasına, ayrıca çocuklara vasi tayini için vesayet makamına ihbarda bulunulmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde velayetin davacı anneanneye verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”

Yargıtay 2.HD E. 2014/20740 K. 2015/4216 T. 12.03.2015:”... Velayet 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 velayet görevini yerine getirmediği, yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı (TMK. md. 348/2) gerçekleşmiştir. O halde davalı annenin çocukları üzerindeki velayet hakkının kaldırılmasına, ayrıca çocuklara vasi tayini için vesayet makamına ihbarda bulunulmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde velayetin davacı dedeye verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”

⁶⁴ 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi metni için bkz. http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf (Erişim Tarihi: 07.07.2019). BMÇHS, 4058 sayılı Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun'un 11.12.1994 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmasıyla yürürlüğe girmiş ve iç hukukunuzun bir parçası haline gelmiştir (RG. 11.12.1994, Sayı: 22138).

⁶⁵ TACIN, Mustafa Hayri, Velayet Hakkı, Velayet Hukukuna Hâkim Olan İlkeler ve Velayet Hakkının Kapsamı, Adalet Dergisi, S: 59, Y: 2017, s. 151.

⁶⁶ YÜKSEL, s. 40.

olduğuna göre, ocuk şüphesiz en iyi ana ve babası yanında yetişecektir. Çocuğun bedensel, duygusal ve kişisel gelişimi üzerinde en olumlu etkiyi yapacak ve onu en iyi şekilde koruyup kollayacak kişiler onu dünyaya getiren ana ve babasıdır. Velâyet de kanun gereği ana ve babaya ait olup evlilik birliği içerisinde çocuğun doğumuyla birlikte kendiliğinden kazanılır.

2. Evlât Edinenler

Velâyet ilişkisinin tarafının ana ve baba olmasının tek istisnası evlât edinme halidir. Evlât edinme TMK' nın 305 vd maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre evlât edinmenin gerçekleşmesiyle birlikte ana ve babaya ait hak ve yükümlülükler evlât edinene geçmektedir (TMK m. 314). Burada mahkeme kararıyla kurulan yapay bir soybağı ilişkisi mevcuttur ve evlât edinenin ocuk üzerindeki velâyeti bu soybağı ilişkisinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk hukuk sisteminde ocuk üzerinde hem soybağına sahip ana babanın hem de evlât edinenin velâyeti söz konusu değildir. Evlât edinme kararıyla birlikte soybağına sahip ana ve babanın velâyeti sona erer. Burada belirtmek gerekir ki soybağına sahip ana ve babanın ocuk üzerindeki velâyetinin sona ermesi onların rızalarına bağlı tutulmuştur. TMK m. 309 gereği evlât edinme, ana ve babanın rızasına bağlı olarak gerçekleşebilir.

Evlât edinme halinde çocukla soybağına sahip ana babası arasında kişisel ilişki kurulup kurulmayacağı doktrinde tartişmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre soybağına sahip ana babanın çocukla kişisel ilişki kurması çocuğun huzurunu bozmamak şartıyla mmkndr⁶⁷. Bir başka görüşe göre ise evlâtlık ilişkisinin kurulmasıyla birlikte ana babanın ocuk üzerindeki velâyeti sona erdiği gibi kişisel ilişki kurma hakları da sona erer⁶⁸. ocuğunu evlâtlık veren ana ve baba, çocuğun evlâtlık verilmesine rıza göstermeden önce kişisel ilişki kurulmasını talep etmemişlerse, çocuğun evlâtlık olarak verilmesinden sonra kişisel ilişki kurulması hakkını kaybederler. Kanımızca soybağına sahip ana ve babanın ocuk üzerindeki velâyetinin sona ermesi çocukla kişisel ilişki

⁶⁷ BAYGIN, s. 233.

⁶⁸ ÖZTAN, s. 996.

kurmalarına engel değildir. Çünkü kişisel ilişki kurma hakkı soybağının bir sonucu olarak ana babanın kişilik hakkı kapsamında sahip oldukları bir yüküm haktır⁶⁹. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkını düzenleyen TMK m. 323 hükmü uyarınca *‘‘Ana ve babadan her biri velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.’’* Dolayısıyla evlât edinme halinde velâyeti sona eren soybağına sahip ana ve baba, çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteyebilecektir.

B. VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFI OLARAK ÇOCUK

1. Genel Olarak

TMK m. 335’e göre ergin olmayan çocuklar ile kendilerine vasi atanmasına gerek görülmeyen kısıtlanan ergin çocuklar ana babalarının velâyeti altındadır. Yine evlât edinme kararıyla birlikte evlâtlık ile evlât edinen arasında yapay bir soybağı ilişkisi kurulacağından evlâtlık, evlât edinenin velâyetine tabidir.

2. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Çocuk

a. Çocuk Kavramı

TMK hükümleri incelendiğinde kimi zaman çocuk, kimi zaman küçük kavramına yer verildiği görülmektedir; ancak Kanunda hem çocuğun hem de küçüğün tanımına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunda küçük teriminin kullanıldığı hükümlerin, ağırlıklı olarak Kişiler Hukuku ve Aile Hukuku kitaplarında on sekiz yaşını doldurmayanların ehliyet bahsine ilişkin olduğu görülmektedir. Bununla birlikte soybağı, velâyet ve miras hukuku alanında kanun koyucu çocuk terimini kullanmayı tercih etmiştir. TMK kapsamında kişinin ana ve babasına karşı olan konumu çocuk terimiyle ifade edildiğinden biz de çalışmamızda çocuk kavramına yer vereceğiz.

⁶⁹ **YILMAZ**, Canan, Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C: 35, S:1, Y: 2015, s. 106; **SERDAR**, İlknur Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C: 9, Y: 2007, s. 753-754; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 261; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 321; **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 398.

Medeni hukuk kapsamında çocuk, ana babasına kan bağıyla bağlı olan, ana babanın soyundan gelen, onlardan türeyen kişidir⁷⁰. Hukuki olarak çocuk, ana baba ile soybağını belirtme ve küçüğü yetişkinden ayırma amacıyla kullanılmakta olup bu iki kavramı da bünyesinde barındırmaktadır⁷¹. Soybağı ilişkisi içerisindeki çocuk olma statüsü, belirli bir yaşa veya olgunluğa erişmeyle son bulmaz; kişi ömrü boyunca ana babasının çocuğudur. Ancak velâyet ilişkisi içerisindeki çocukluk, insan ömrünün tamamı boyunca geçerli değildir; kural olarak erginliğin kazanılmasıyla son bulur. Bu nedenle velâyet ilişkisi kapsamında çocukluk döneminin tespit edilmesi, velâyet ilişkisinin süresini belirlediğinden önem arz etmektedir.

b. Çocukluk Döneminin Başlangıcı

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 1 çocuğu tanımlamaktadır. Buna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç olmak üzere, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır.

TMK m. 28'e göre ise kişilik çocuğun tam ve sağ doğumuyla başlar ve ölümü ile sona erer. Ancak çocuk, hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanmaktadır. Böylece çocuğun kişiliğinin başlangıç anı geçmişe yürütülmektedir ve ana rahmine düştüğü andan itibaren menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır. Kişiliğin başlangıcı hukuki olarak çocukluğun başlangıcını da ifade ettiğinden ana babanın velâyeti de çocuğun tam ve sağ doğumu ile başlayacaktır⁷².

c. Çocukluk Döneminin Sona Ermesi

Velâyet ilişkisi kapsamında tam ve sağ doğum ile başlayan çocukluk dönemi, kural olarak çocuğun ergin olması ile sona ermektedir. TMK m. 11/I gereği erginlik kural olarak on sekiz yaşın doldurulmasıyla, bununla birlikte TMK m. 11/II gereği evlenme ve TMK m. 12 gereği mahkeme kararı yoluyla kazanılmaktadır. Çocuk, ergin olacağı zamana kadar

⁷⁰ HATEMİ/SEROZAN, s. 273.

⁷¹ AKYÜZ, Çocuk Hukuku, s. 93.

⁷² ÖZTAN, s. 1077.

ana babasının velâyeti altındadır; erginliğin kazanılmasıyla birlikte ana babanın çocuk üzerindeki velâyeti kendiliğinden sona erer.

3. Kısıtlanan Ergin Çocuklar

TMK m. 335/II amir hükmü gereği ergin çocuğun kısıtlanması halinde hâkim, vasi atanmasına gerek görmezse çocuk ana babasının velâyetine tabi olacaktır. Böylece velâyet, erginlik dönemini de kapsayacak şekilde uzatılır. Doktrinde ergin çocuk ile ana babası arasındaki bu ilişki uzatılmış velâyet olarak ifade edilmektedir⁷³.

TMK m. 419/III'te kısıtlanan ergin çocukların kural olarak velâyet altında bırakılacağını düzenleyen bu hüküm, emredici niteliktedir⁷⁴. Kısıtlanan ergin çocuklar bakımından asıl olan velâyetin devamıdır ve bu ihtimalde vesayet değil velâyet hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kanun koyucu, TMK m. 335/II ve m. 419/III ile aileye yabancı bir kişinin girmesini engellemek istemiş; ergin olan çocukların kısıtlanması halinde de ana babanın göstereceği ilgi ve özenin üçüncü kişi olan vasiden daha fazla ve samimi olacağını kabul etmiştir. Burada ergin kısıtlı çocuğun en iyi ana babası yanında bakılıp gözetileceği konusunda kanuni bir karine söz konusudur⁷⁵.

Doktrinde, TMK m. 419/III hükmünün kısıtlanan bütün ergin çocukları kapsayıp kapsamadığının açık olmadığı, örneğin evlenmeyle veya mahkeme kararıyla ergin olan çocuğun sonradan kısıtlanması halinde ana babasının velâyetine tabi olup olmayacağı meselesinin kanun hükmünden anlaşılamadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre⁷⁶ TMK m. 419/III hükmü kısıtlanan erginler için kural olarak velâyeti kabul etmişse de TMK m. 335/II bunun istisnasını teşkil eder ve bu iki madde arasındaki farklılık anlamlıdır; dolayısıyla erginlik türüne göre farklı yorumlanması gerekir. Erginlik yaşının doldurulması

⁷³ **KESKİN**, Dilşat, Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velâyet Hakkı, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 2, Y:2014, <https://jurix.com.tr/article/5666>, s. 2.

⁷⁴ **ŞENER**, Esat, Velayet ve Vesayet Hukuku, Ankara 1996, s. 81.

⁷⁵ **İYİLİKLİ**, Ahmet Canik/ **ERSÖZ**, Oğuz, Ergin Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Sonuçları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y: 6, S: 11, Y: 2018, s. 174.

⁷⁶ **GÜVEN**, Kudret, Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1, Y: 2018, <https://jurix.com.tr/article/12516>, s. 42-43.

suretiyle ergin olanların kısıtlanması halinde asıl olan velâyetin devamı olup bu kişiler yönünden TMK m. 419/III hükmü uygulama alanı bulur. Diğer yollarla erginliğini kazananların kısıtlanması halinde ise vasi atanması kural olup şayet buna gerek görülmezse ana babanın velâyeti gündeme gelmelidir.

Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. TMK'nın amir hükümleri gereği ergin kişilerin kısıtlanması halinde kural olan velâyetin devamıdır⁷⁷. Burada ergin olma şeklinin ve kısıtlama sebebinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Her ne şekilde olursa olsun erginliğini kazanan kişinin kısıtlanması halinde velâyet tabi olması kuraldır; vasi atanması tâli bir çözüm olarak gündeme gelebilir. TMK m. 419/III ve m. 335/II birbirine paralel iki düzenlemedir ve TMK m. 335/II de yer alan "*Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe...*" ifadesiyle ana veya babanın ya da her ikisinin hayatta olup olmamasına, ergin çocuk ile aralarındaki ilişkiye, velâyeti kullanmaya engel bir durumlarının veya velâyeti kötüye kullanacaklarına dair bir kanaatin varlığına binaen hâkime tanınan takdir yetkisi kast edilmiştir. Ana baba hayattaysa, velâyeti kullanmaya engel bir durumları yoksa ve velâyetin kaldırılmasını gerektirecek bir halde mevcut değilse hâkim kısıtlanan ergin çocuğun velâyet altında bırakılmasına; aksi halde üçüncü bir kişinin vasi olarak atanmasına hükmeder⁷⁸.

III. VELÂYET İLİŞKİSİNİN KAPSAMI

A. GENEL OLARAK

Velâyet, çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi ile çocuğun temsili hususunda ana babaya tanınmış olan hak ve yükümlülüklerini ifade eden bir yüküm hakkıdır. Velâyet kurumu, korunmaya muhtaç çocuk kavramından hareketle, çocuğun malvarlığı ve kişi varlığı haklarının en iyi şekilde ana

⁷⁷ Kanunun emredici hükmüne aykırı olarak ana babanın vasi olarak atanması halinde dahi velayet hükümlerinin uygulanacağına dair bkz. İYİLİKLİ/ERSÖZ, s. 185.

⁷⁸ İYİLİKLİ/ERSÖZ, s. 177; KESKİN, s. 5-8.

babası tarafından korunacağını öngördüğünden, çocuğun malvarlığı ve kişi varlığı hakları ile bunlarla bağlantılı olarak çocuğun temsili velâyetin içeriğini teşkil etmektedir.

TMK’ da velâyetin kapsamı başlığı altında düzenlenen TMK m. 339 ve müteakip maddelerde çocuğun kişi varlığına ve temsiline ilişkin düzenlemelere yer verilmiş; çocuğun malları ise velâyetin akabinde düzenlenen yedinci ayırında ele alınmıştır.

B. ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞI BAKIMINDAN VELÂYET İLİŞKİSİNİN KAPSAMI

TMK m. 339/I ile velâyetin kapsamı başlığı altında ilk olarak, ana ve babanın çocuğa bakma ve onu yetiştirme yükümlülüğünü düzenlemiştir. Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi, gelişimine uygun olarak zamana ve mekâna göre ihtiyaçlarının karşılanmasını ifade etmektedir⁷⁹. Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinden maksat onun vücudunu büyütmek değil; onu geleceğe hazırlamak, hem kendisi hem de toplum için medeni bir birey haline getirmektir⁸⁰. Kanun koyucu bu kapsamda ana ve babaya, çocuğun menfaatlerini göz önünde tutarak gerekli kararları alma ve alınan bu kararları uygulama görevini yüklemiştir.

İkinci olarak ana ve baba çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve geliştirilmesinde çocuğun olgunluğu ölçüsünde ona kendi hayatını düzenleme imkânı tanımakla yükümlüdür (TMK m. 339/III). Ana ve baba, kanun gereği önemli konularda çocuğun düşüncesini göz önünde tutmalıdır⁸¹ (TMK m. 339/III). Madde gerekçesinden çocuğun olgunluğu ile kast

⁷⁹ USTA, s. 271.

⁸⁰ BERKİ, Velayetin Şumûlü, s. 37.

⁸¹ Kanunda hangi konuların önemli olup olmadığına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. İsviçre ve Alman kanun koyucuları, çocuğun görüşünün alınması konusunu düzenlerken ayrıca çocuğun hangi durumda dinlenilmemesi gerektiğine ilişkin hükümleri de yasal olarak belirlemişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GRASSINGER, Gülçin Elçin, Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar (Çocuğun Menfaati), Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C: I, İstanbul 2010, On İki Levha Yayıncılık, s. 841-843. Kanımızca TMK m. 339/III hükmünde yer alan “önemli konular” ibaresi, çocuğun hem kişi varlığı hem de mal varlığı ile ilgili konuları kapsamaktadır. Ana ve baba çocuğun hangi okula gideceği, seçimlik derslerden hangilerini seçeceği, hangi spor dalı ile ilgileneceği, hangi mesleği seçeceği, mal varlığını nasıl değerlendireceği gibi hususlarda işlem yaparken çocuğun isteklerini göz önünde tutmalıdır. Çocuğun bu tip ve benzeri işlemlere katılması, görüş bildirme, işleme katılma ya da

edilenin ayırt etme gücü olduğu anlaşılmaktadır⁸². Velâyetle amaçlanan, çocuğun bağımsız bir kişilik kazanması olduğuna göre ayırt etme gücüne sahip çocuğa kendisi ile ilgili konularda karar verebilme imkânı sağlanması hem demokratik bir katılım anlayışının gereğidir hem de onun yararınadır⁸³. Velâyetin kullanılmasına çocuğun da olgunluk seviyesine göre katılması ve düşüncelerinin göz önünde tutulması hususunda BMÇHS m. 12 ile taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğa kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı tanıyacaklarını taahhüt etmişlerdir. Çocuk Haklarının Kullanılması İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin⁸⁴ 3. ve 6. maddelerinde de çocuğun görüşünü ifade etmesi ve ifade ettiği bu görüşüne gereken önemin verilmesi hususları düzenlenmiştir.

TMK m. 21/I' e göre velâyet altında bulunan çocuğun yasal yerleşim yeri ana ve babasının yerleşim yeridir; şayet ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir⁸⁵. Diğer hâllerde ise, çocuğun

onay verme şeklinde olabilir. Bu şekilde bir irade açıklaması, velinin çocuğu temsil etme ödevini icra ederken alacağı kararlar üzerinde, çocuk yararına bir etkiye sahip olacaktır.

⁸² Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri (Gerekçe), T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2002, s. 437.

⁸³ HATEMİ/SEROZAN, s. 39.

⁸⁴ 25.01.1996 tarihinde Strasbourg'da imzalanan ve 01.07.2000 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi metni için bkz. <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/539a9--Cocuk-Haklarinin-Kullanilmasina-Iliskin-Avrupa-Sozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 27.07.2019). Türkiye Sözleşmeyi 09.06. 1999 tarihinde imzalamış ve 18.01.2001 tarihinde onaylamıştır. 4620 Sayılı Onay Kanunu 01.02.2001 tarihli ve 24305 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

⁸⁵ Yargıtay 20. HD E. 2019/921 K. 2019/1854 T. 18.03.2019: "...Dava, velayetin değiştirilmesi istemine ilişkindir. Dosya kapsamından, güncel mernis adres araştırmasında küçüğün velayeti kendisine bırakılan davalı annenin ikametgâh adresinin "Ataşehir/İSTANBUL" olduğu anlaşıldığından, uyuşmazlığın İstanbul Anadolu 10. Aile Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir."

Yargıtay 20.HD E. 20818/4399 K. 2018/5668 T. 17/09/2018: "...Yalova Aile Mahkemesince, İstanbul 6. Aile Mahkemesinin 14/11/2017 tarih ve 2013/753 Esas sayılı üst yazısı ile her ne kadar velayeti anneye verilen küçüğün yerleşim yerinin Yalova olduğunun bildirilerek mahkememize ihbarda bulunulmuş ise de annenin ve küçüğün güncellenen MERNİS kayıt sistemindeki adresinin "ALMANYA" olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir. Türk Medeni Kanununun 21. maddesinde "Velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır." hükmüne yer verilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK m. 41 uyarınca Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle

oturma yeri onun yerleşim yeri sayılmaktadır⁸⁶. Eğer çocuk velâyet değil de vesayet altında ise yerleşim yeri vesayet makamının bulunduğu yerdir (TMK m. 21/II). Evlât edinme halinde ise çocuğun yerleşim yeri, evlât edinenin yerleşim yeridir.

Çocuğun ismini koyma hakkı ana ve babaya aittir (TMK m. 339/V). BMÇHS m. 7'ye göre her çocuk, bir isim sahibi olma hakkına sahiptir. Çocuğun ismini koyma ana baba için bu bakımdan hem hak hem de bir görevdir. Evlât edinme halinde velâyete ilişkin hak ve yükümlülükler evlât edinene geçeceğinden evlât edinen isterse çocuğa yeni bir isim koyma hakkına sahiptir (TMK m. 314/III, c.2). Ana baba çocuğa isim koyarken çocuğun yararını ön planda tutmalı, onun kişilik haklarını ihlal eden, alay konusu olacak, küçük düşürücü bir ad koymamalıdır⁸⁷.

TMK m. 340 ile çocuğun genel ve mesleki eğitimi, m. 341 ile de çocuğun dini eğitimi düzenlenmiştir. Çocuğun dini eğitimi belirleme, velâyet ilişkisi kapsamında ana ve babaya aittir⁸⁸ (TMK m. 342/I). Ana ve baba çocuğa bir din seçme ve bu dini eğitimi verme hususunda yetkilidir. Çocuğun dini eğitimi hususunda ana babanın sahip oldukları bu hakkı sınırlayan her türlü sözleşme geçersizdir (TMK m. 341/II).

yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye'de sâkin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür. Dosya kapsamında küçüğün MERNİS adresinin "Almanya Federal Cumhuriyeti" olduğu Türkiye'deki son ikamet adresinin bulunmadığı anlaşıldığından uyuşmazlığın İstanbul Aile Mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir."

⁸⁶ Böylece ana babanın ortak yerleşim yerinin bulunmadığı, eşlerin ayrı yaşadığı, boşanma halinde henüz velayete sahip olmayan ana babanın söz konusu olduğu, velayetin askıda/belirsiz olduğu veya çocuğun velisiz kaldığı ancak vasi tayinin henüz gerçekleşmediği durumlarda çocuğun bulunduğu yer yerleşim yeri sayılarak çocuğun yerleşim yerine ilişkin belirsizlik ortadan kaldırılmıştır, Gerekçe, s. 336.

⁸⁷ **BERKİ**, s. 39; **BAKTİR ÇETİNER**, s. 55.

⁸⁸ Ana babanın çocuğa herhangi bir dini eğitimi vermeksizin onu büyütmeye ve yetiştirme hakkına sahip olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. **OĞUZOĞLU**, Aile, s. 247; **BERKİ**, Velayetin Şümulü, s. 45; **TANDOĞAN**, s. 181; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 249; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 279; **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 414; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 346; **USTA**, s. 285; **TURHAN**, Nedim, Ana Babanın Çocuklarına Karşı, Çocukların Ana Babaya Karşı Olan Hak ve Yükümlülükleri ve Ehliyet Sorunu, Yargıtay Dergisi, C: 27, S: 3, Y: 2001, s. 346; **ÇELİK**, Cemil, Velayetin kaldırılması, AÜHFĐ, C: 54, S: 1, s. 264; **GRASSINGER**, Alınacak Tedbirler, s. 38; **USTA**, Sevgi, Çocuğun İnanç Özgürlüğü Ve Bir Müdahale: Ana Babanın Çocuğun Dini Eğitimi Belirleme Hakkı (Çocuğun İnanç Özgürlüğü), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1, Y: 2010, s. 149.

Çocuğun eğitimi, onun yetiştirilmesi ve geliştirilmesinin en önemli unsurlarından biri olup böylece çocuğun kişiliğinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi; onun insan haklarına ve temel özgürlüklere, farklı uygarlıklara, doğal çevreye saygısının geliştirilmesi; anlayış, barış, hoşgörü, eşitlik ilkeleri temelinde tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, sorumluluk üstlenerek yaşayacak şekilde hazırlanması amaçlanmaktadır (BMÇHS m. 29). Dolayısıyla çocuğun eğitimi ana baba için hem hak hem de bir görevdir⁸⁹.

C. ÇOCUĞUN TEMSİLİ BAKIMINDAN VELÂYET İLİŞKİSİNİN KAPSAMI

1. Genel olarak Çocuğun Temsili

Çocuğun kişi varlığının ve mal varlığının korunması adına ana babanın üçüncü kişilerle olan ilişkileri kanundan doğan yasal temsil yetkileriyle düzenlenmiştir. Buna göre ana ve baba velâyeti haiz bulundukları süre boyunca üçüncü kişilere karşı çocuğun yasal temsilcileridir (TMK m. 342/I). Ana ve baba, çocuğu üçüncü kişilere karşı temsil ederken birlikte hareket etmek zorundadır (TMK m. 336/II). Birlikte hareket etmekle kast edilen fiili bir birliktelik değil; yapılacak hukuki işleme her ikisinin de rızasının bulunmasıdır. Kanun koyucu işlemin karşı tarafının iyi niyetini korumak amacıyla iyi niyetli üçüncü kişilerin, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabileceğini kabul etmiştir (TMK m. 342/II). Üçüncü kişinin kötü niyetli olduğu, diğer eşin işleme rızasının bulunmadığını bildiği veya gereken özeni gösterseydi bilebilecek durumda olduğu ispatlanmadıkça işlem geçerli olacaktır⁹⁰. Ana babanın çocuğu birlikte temsil etmesi sadece hukuki işlemler bakımından değil, çocuk adına açılacak davalar bakımından da geçerlidir. Burada hem çocuğa karşı açılacak davalar yasal temsilcisi olan ana ve babasına yöneltilmelidir hem de ana ve baba çocuk adına açacakları davalarda birlikte hareket etmelidir⁹¹.

⁸⁹ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 191; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 346.

⁹⁰ AKYÜZ, Çocuk Hukuku, s. 247.

⁹¹ USTA, s. 335; BAYGIN, s. 298.

Ana babanın sahip olduğu çocuğu temsil etme yetkisinin kapsamı çocuğun fiil ehliyetine göre tespit edilmektedir. Dolayısıyla öncelikle çocuğun fiil ehliyetinin belirlenmesi gerekmektedir.

a. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuğun Fiil Ehliyeti Ve Temsili

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk tam ehliyetsiz statüsündedir⁹² ve istisnaları hariç olmak üzere yapmış olduğu bütün işlemler hukuki sonuç doğurmaz; haksız fiillerinden de kural olarak sorumlu değildir [TMK m. 15, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 49)]. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar bütün hukuki ilişkileri bakımından yasal temsilcisi olan velâyet ilişkisinin tarafı ana babası tarafından temsil edilir. Çocuk; ancak ana babası tarafından yapılan işlemlerle hak sahibi olur ve borç altına girer. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun yapmış olduğu hukuki işlem, yasal temsilcinin sonradan işleme onay vermesi veya zamanaşımı ya da çocuğun sonradan ayırt etme gücünü kazanmasıyla da geçerli hale gelmez. İşlemin geçerli olması isteniyorsa yasal temsilcisi olan ana ve babası tarafından baştan yapılması gerekmektedir.

Yargıtay 18.HD E. 2010/11237 K. 2010/15316 T. 30.11.2010:”... 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 336.maddesinde "Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar" hükmü mevcuttur. Bu madde hükmüne göre eşlerden herhangi birine öncelik veya üstünlük tanınmamıştır. Aynı Kanununun 342. maddesinde de ayırım yapılmaksızın anne ve babanın, çocuğu velayetleri çerçevesinde temsil edecekleri ilkesi getirilmiştir. Emredici nitelikteki bu hükümler, evlilik birliği içinde velayetin kullanılması kapsamında, ana ve baba tarafından çocuk adına açılacak tüm davalar yönünden geçerlidir. Buna göre, asıl olan eşlerin birlikte dava açmaları ise de, bunlardan birisi tarafından açılacak davaya diğer eşin sonradan icazetini bildirip olumlu iradesini ortaya koyması ile velayetin birlikte kullanılması gerçekleşmiş olacağından yeterlidir. Diğer eşin katılımının veya rızasının sağlanamadığı davanın reddi gerekir. Mahkemece davacıya, eşinin davaya katılmak ya da duruşmada hazır bulunmak suretiyle icazetini bildirmesi veya icazetini gösteren imzası noterden onaylı belge ibraz etmesi için süre verilip, bunun sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eşlerden birinin istemi yeterli bulunarak hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”

⁹² OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, s. 83; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku, Türk Özel Hukuku C: 2, 15.Baskı, İstanbul 2014, s. 80; SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku (Medeni), 8. Baskı, İstanbul 2018, s. 434; AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, 11. Bası, s. 324; AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, 7. Baskı, Konya 2015, s. 60.

b. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Temsili

Ayırt etme gücüne sahip çocuk, fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetsizdir. Velâyet ilişkisi içerisinde ayırt etme gücüne sahip çocuk, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremez; ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıya bağlı hakların kullanılmasında velinin izni veya onayı aranmaz (TMK m. 16).

TMK m. 342/III, vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velâyetteki temsilde de uygulanacağını öngörmektedir⁹³. TMK m. 343/I' de ise velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyetinin vesayet altındaki kişinin fiil ehliyeti gibi olduğu ifade edilmiştir⁹⁴. Bu kapsamda ayırt etme gücüne sahip çocuk kendisini borç altına sokmayan işlemleri geçerli olarak tek başına yapabilir; ancak yapmış

⁹³ Bu hüküm doktrinde iki nokta üzerinde eleştirilmektedir. İlk eleştiri madde metninde yer alan *vesayet makamları* teriminin doğru olarak kullanılmadığı yönündedir. Zira vesayet makamı sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı ise asliye hukuk mahkemesidir. Vesayet daireleri ise her iki makamı bir arada ifade etmek için kullanılan deyimdir. Bir diğer eleştiri noktası ise *iznine bağlı hususlar dışında* ifadesinin yorumunun duraksama yaratacağı noktasındadır. Çünkü bu ifadedden çıkarılacak ilk yorum, velayetteki temsilde uygulanacak olan kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerde vesayet dairelerinin iznine bağlı hususlar dışında kalacak, yani velilerin bu hukuki işlemleri yapabilmeleri için vesayet makamının veya hem vesayet hem de denetim makamının iznine gerek olmayacaktır. İkinci yorum ise velayetteki temsilde de uygulanacak olan kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin, vesayet dairelerinin iznine bağlı hukuki işlemleri de kapsamak üzere uygulanacağıdır. Yazara göre ve kanaatimce de bu ifadeden çıkarılması gereken anlam, Kanun koyucunun kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin aynı zamanda velayette de uygulanmasını düzenlemek istediği yönündedir. Bu düzenlemenin nedeni, vesayet kısıtlıların temsiline velayetteki temsilden daha ayrıntılı düzenlenmiş olmasıdır. Böylece kanun koyucu velileri vesayet dairelerinin iznine tabi tutmayarak, veliler ile vasiler arasındaki bu farkı korumuştur. **AKINTÜRK/ ATEŞ**, s. 416-417.

⁹⁴ Ancak bazı hukuki işlemlerin yapılması bakımından veliler ile vasiler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Vasinin, TMK m. 462 gereği vesayet makamının, m. 463 gereği ise vesayet makamı ile denetim makamının izni olmadan yapamayacağı hukuki işlemler sayılmıştır. Bununla birlikte vasi, vesayet altındaki kişinin malvarlığını yönetirken yönetimle ilgili hesap tutmak ve vesayet makamının belirlediği tarihlerde hesabı onun incelemesine sunmakla yükümlüdür (TMK m. 454). Oysa velilerin bu işlemleri yapması için herhangi bir makamdan izin alması gerekmediği gibi malvarlığının yönetimiyle ilgili hesap tutma ve mahkemeye hesap verme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ergin olan çocukların kısıtlanarak velayet altına alınması halinde de (TMK m. 335/II), velilerin söz konusu hukuki işlemleri yapabilmesi için vesayet dairelerinden izin alması gerekmez. **USTA**, s. 332; **ÖZTAN**, s. 1120; **AKINTÜRK/ ATEŞ**, s. 416. Aksi görüş için bkz. **İYİLİKLİ/ ERSÖZ**, s. 195. Ancak vasi için yasak işlemler olan kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak veliler için de yasak işlemler kapsamındadır (TMK m. 449). Bu farklılıklar sonucunda velinin, vasiye göre daha serbest hareket edebilme yeteneğine sahip olduğu görülmekle birlikte temsile ilişkin bu kurallar, velayet altındaki küçüğü yeteri kadar korumadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. **HATEMİ/SEROZAN**, s. 345-347.

olduğu hukuki işlemlerle borç altına giriyorsa, bu işlemlerin geçerliliği velinin işleme baştan izin veya sonradan onay vermesine bağlıdır. Şayet yasal temsilciden izin alınmadan bir işlem yapılmışsa, yasal temsilci işleme rıza gösterene kadar işlem askıda hükümsüz olup, bu süre boyunca ilgili işlem çocuk açısından hüküm ve sonuç doğurmaz; fakat karşı taraf işlemle bağlıdır. Yasal temsilci işleme onay verirse, işlem baştan itibaren geçerli hale gelir. Burada verilen onay çocuğun temsili anlamına gelmez; velâyet ilişkisinin tarafı olmak dolayısıyla verilen bir rıza söz konusudur⁹⁵. Temsilcinin onay vermediği işlemler ise baştan itibaren hükümsüzleşir (TMK m. 451). Bu durumda işlemin karşı tarafı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ifa ettiği edimi geri isteme hakkına sahiptir (TBK m. 77) ; ancak velâyet altındaki küçüğün iade borcu, geri isteme anında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla sınırlıdır (TMK m. 452/I). Şayet çocuk kendini tam ehliyetli gibi göstermişse ve işlemin karşı tarafı da iyi niyetli ise bu durumda karşı tarafın uğramış olduğu zarardan ötürü sorumlu olur ve karşı tarafın sözleşmeye güvenden ötürü uğramış olduğu menfi zararını tazmin etmekle yükümlü tutulur (TMK m. 452/II) ⁹⁶.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk haksız fiillerinden ötürü sorumludur (TMK m. 16/II). Aynı şekilde sözleşme öncesi kusurlu davranışlarından, borca aykırı davranışlarından ve kusursuz sorumluluk hallerinden de bizzat sorumludur. Ancak çocuk her ne kadar kendi mal varlığı ile sorumlu olsa da (TMK m. 343/II) çoğunlukla kendi malvarlığı bulunmayacağından velâyet ilişkisinin tarafı olan ana ve baba ev başkanı olarak sorumlu tutulacaktır; ev başkanının özen göstermesi ve gözetim altında bulundurması gereken çocuğun haksız fiil sonucu vermiş olduğu zararlardan kusursuz sorumluluğu gündeme gelecektir ⁹⁷ (TMK m. 369).

⁹⁵ ÖZTAN, s. 1117.

⁹⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 95; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 331; Çocuk kendisini fiil ehliyetine sahip biri gibi göstererek işlemin karşı tarafını yanıltmış ve bu yüzden zarara uğramasına neden olmuşsa karşı tarafın uğradığı zarardan haksız fiil nedeni ile sorumlu tutulacağına dair bkz. SEROZAN, Medeni, s. 449. Yazara göre bu durum esasında tipik bir culpa in contrahendo sorumluluğudur; ancak küçüğün sorumluluğunun sözleşmesel culpa in contrahendo sorumluluğuna çıkarılması sınırlı ehliyetsizi koruma amacıyla bağdaşmaz. SEROZAN, Çocuk, s. 132.

⁹⁷ USTA, s. 390; SEROZAN, Medeni, s. 451; KOÇANO RODOSLU, Emine, Ev Başkanının Sorumluluğu, AÜHFD, C: 63, S: 4, Y: 2014, s. 882.

D. ÇOCUĞUN MALVARLIĞI BAKIMINDAN VELÂYET İLİŞKİSİNİN KAPSAMI

1. Ana Babanın Çocuğun Mallarını Yönetme Hakkı

Çocuk, hak ehliyetinin bir sonucu olarak malvarlığına sahip olabilir ve çocuğun sahip olduğu malvarlığı ana ve babasının malvarlığından ayrı ve bağımsız bir niteliği haizdir. Ancak çocuğun malvarlığının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi bakımından yasal temsilcileri olan ana ve babası, bu malvarlığının yönetilmesi ile yükümlüdür⁹⁸.

Yargıtay 2. HD E. 2017/2764 K. 2017/11656 T. 25.10.2017:”...*Davanın küçüğün haksız eyleminden kaynaklanan tazminat istemine ilişkin olup TMK 369. maddesine dayanılarak açıldığı anlaşılmaktadır. Ev başkanı, küçük ve kısıtlıların haksız davranışları ile başkalarına verdikleri zararlardan sorumludur.... Çocukların, bilerek veya bilmeyerek birbirlerinin beden bütünlüğüne ve şahsiyet haklarına saldırıda bulunmaları sıkça rastlanılan olaylardandır. Bütün bu durumlarda, küçük temyiz kudretine sahip ise verdiği zarardan bizzat sorumludur. Ancak, birçok durumda mal varlığı olmadığı için fiilen, birçok durumda ise hem mal varlığı, hem de haksız fiil ehliyeti olmadığı için gerek fiilen, gerekse hukuken sorumlu tutulmaları söz konusu olamamaktadır. İşte bu tür fiili ve hukuki imkânsızlıklar küçük, kısıtlı akıl hastası veya akıl zayıfı aile üyelerinin davranışlarından zarar gören kimselere karşı başka bir şahsın sorumlu kılınması ihtiyacını doğurmuştur. Gerçekten çok sık meydana gelen bu olaylarda, toplumu savunmasız bırakmamak; onu, küçüklere, kısıtlılara, akıl hastası ve akıl zayıflarına karşı korumak gerekir. İşte toplum yararı ve işlerin güvenle yürütülmesi ilkesi, zarar veren bu kimselerin yanında, başka birinin de sorumlu tutulmasını zorunlu kılmıştır. Türk Hukuk sisteminde, ev başkanının sorumluluğu kusura dayanmaz. Diğer bir anlatımla, bu sorumluluk kusursuz sorumluluktur. TMK.’nın sözü edilen maddesinde öngörülen ana ilke, ev başkanının gözetimindeki özen ödevini yapmamasıdır.*

Yargıtay 17. HD E. 2015/12112 K. 2018/6540 T. 28.06.2018:”... *Fiil ehliyetine sahip bulunmayan küçükler tarafından haksız fiil işlenmesi durumunda küçük, TBK’nın 47. maddesi uyarınca haksız fiil faili olarak, anne ve babası ise TMK’nın 369. maddesi uyarınca ev başkanı olarak zarar görene karşı sorumludurlar. Kazaya neden olan, davalı M.T...’nin oğlu davalı O.T...kaza tarihinde 18 yaşından küçük olup, davalı M.T oğlu küçüğün/araç sürücüsünün gerçekleştirdiği eylem sebebi ile küçüğü tehlikeli ve hukuka aykırı şeyler yapmaktan uzak tuttuğunu, kendisine bu konuda gerekli bilgi verip aydınlatmış olduğunu ispatlayamadığından, zarar ile davalı M.T. arasında sorumluluk için gerekli illiyet bağı bulunduğundan, davalı, ev başkanı sıfatıyla küçüğün verdiği zarardan sorumludur.*”

⁹⁸ Yargıtay 2.HD E. 2016/16152 K. 2016/15102 T. 23.11.2016:”... *Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler. Ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda hâkim müdahale eder (TMK m. 352). Ana ve baba, çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için; hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere sarf edebilirler (TMK m. 355). Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse hâkim, malların korunması için uygun önlemleri alır. Hâkim, özellikle malların yönetimi konusunda talimat verebilir; belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmezse, malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine karar verebilir (TMK m. 360).*”

Çocuğun mallarının yönetimi kapsamında ana ve baba bu malları satabilir, kiraya verebilir, gerekli bakım ve onarımı yaptırabilir, paralarını faize yatırabilir, çocuğa düşen mirası veya bağışlamayı reddedebilir⁹⁹; çocuğu davada temsil edebilir ve çocuk adına icra takibine girişebilir¹⁰⁰. Görüldüğü üzere çocuğun mallarının yönetilmesi, çocuğun serbest malları¹⁰¹ hariç, malvarlığına dâhil unsurların tamamının dar anlamıyla korunması, bakımı, onarımı, iyileştirilmesi, ekonomik amacına uygun olarak işletilmesini ilgilendiren hukuki ve fiili nitelikteki iş ve eylemlerin yapılmasını ifade ettiği gibi eşya üzerindeki esaslı değişiklikler yapılmasını ve bu mallar üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkisini de kapsamaktadır¹⁰². Ancak çocuğun mallarının yok edilmesi, tüketilmesi gibi işlemler yönetim hakkının kapsamında değildir. Ana ve baba çocuğun mallarını yönetirken iyi bir yönetici gibi hareket etmekle ve çocuğun menfaatini gözetmekle yükümlüdür¹⁰³.

Ana ve baba, TMK m. 352 gereği velâyetleri devam ettiği müddetçe çocuğun mallarını yönetmekle yetkili olup çocuğun mallarının yönetimi ana baba için hem hak hem

⁹⁹ Ayırt etme gücüne sahip çocuk karşılıksız kazandırmaları tek başına kabul etme yetkisini haiz iken yasal temsilcisi ana ve babasının bu bağışlamayı veto etme yetkisi paternalizm kokan bir kural olarak çocuğun hediyelerle baştan çıkarılmasını önlemeye yöneliktir. **HATEMİ/SEROZAN**, s. 363.

¹⁰⁰ **İNAN**, s. 134; **OĞUZMAN/ DURAL**, s. 283.

¹⁰¹ Çocuğun serbest malları ana ve babanın yönetim ve kullanma hakkının dışında kalan, çocuğun ergin olmadan önce de yönetim ve kullanma hakkına sahip olduğu mallarıdır. Bazı malların yönetimi ve kullanma hakkının ergin olmayan çocuğa tanınmasında çocuğu hayata hazırlama ve ona deneyim kazandırma amacı yatmaktadır. TMK m. 357 ile 359 arasında düzenlenen faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirleri, ölüme bağlı tasarruf yoluyla kazanılan çocuğun saklı payı ile ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısım veya kendi kişisel kazancı çocuğun serbest mallarını oluşturmaktadır.

¹⁰² **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa, Çocuk Mallarının Yönetilmesi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVII, Y: 2013, S: 3, s. 84; **BAYGIN**, Cem/ **DOĞAN**, Murat, Çocuk Mallarının Kullanılması, Yönetilmesi ve Sarfı, AÜHFD, C: IX, S: 1-2, s. 383; **AKYÜZ**, Emine, Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması (Çocuğun Malları), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:1, Y: 1979, s. 156.

¹⁰³ **ÖZDEMİR**, s. 85; **BAYGIN/ DOĞAN**, s. 388.

Yargıtay 2.HD E. 2016/10748 K. 2016/13562 T. 05.10.2016:”...Çocuğun mallarının yönetimi çocuğun menfaatine uygun olmalı, çocuğun menfaati ile bağdaşabildiği ölçüde ana ve babanın ortak menfaatlerine hizmet etmelidir. Ana baba yönetim görevini sadakat ve özenle yerine getirmelidir. Ana ve baba, çocuğun mallarında meydana gelen zarardan sorumlu olmadıklarını ispat için, zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusurlarının olmadığını, yani çocuğun mallarını sadakat ve özenle yönettiklerini ispat etmeleri gerekir.”

de yükümlülük arz etmektedir. Bunun sonucu olarak ana ve babanın bu yükümlülüğünden feragat etmesi veya üçüncü kişilere devretmesi mümkün değildir¹⁰⁴. Evlilik birliği içerisinde ana ve baba çocuğun malvarlığını birlikte yönetirken evlilik birliğinin ölüm, boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi halinde velâyet ilişkisinin tarafı olarak belirlenen eş çocuğun malvarlığını yönetmekle yetkilidir¹⁰⁵.

2. Ana Babanın Çocuğun Mallarını Kullanma Hakkı

TMK m. 354, ana ve babaya çocuğun mallarını kullanma hakkı tanımıştır. Ana ve baba çocuğun mallarını tüketmemek şartıyla ve kusurları sebebiyle velâyetleri kaldırılmadığı müddetçe çocuğun mallarını kullanabilirler¹⁰⁶. Ana babanın çocuğun mallarını kullanabilme hakkı aile bireylerinin birbirlerine karşı olan dayanışma ve yardımlaşma fikrinden doğan aile hukukuna özgü bir haktır ve üçüncü kişilere devredilmesi mümkün değildir. Yönetim hakkından farklı olarak ana babaya bir yükümlülük getirmediğinden bu haktan feragat edilmesi mümkündür; ancak bu feragatin çocuğun aleyhine sonuç doğurmaması gerekir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 421; AKYÜZ, Çocuk Hukuku, s. 236; USTA, s. 299.

¹⁰⁵ Bu durumda velayet sahibi olan eş hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır (TMK m. 353). TMK'nın Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük'ün (VVMT) 4. maddesine göre de ana ve babadan birinin ölümü halinde nüfus memuru; evliliğin mahkeme kararı ile sona ermesi halinde kararı veren mahkeme, sağ kalan veya velayet kendisine verilen eşin yerleşim yeri aile mahkemesine, yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun belirlediği mahkemeye durumu derhal bildirir. Mahkeme, belirleyeceği süre içinde, sağ kalan veya velayet kendisine verilen eşten çocuğun varsa, mal varlığının dökümünü gösteren bir defter vermesini ve bu mal varlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşecek önemli değişiklikleri de bildirmesini ister.

¹⁰⁶ ERTAŞ, Şeref, Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu' na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C: 9, Özel Sayı, s. 392; ÇINAR, Ömer, Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı, İÜHFD, C: LXXI, S: 1, s. 1356; ALTUNKAYA, Mehmet, Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 118.

¹⁰⁷ ÖZDEMİR, s. 93; BAYGIN/DOĞAN, s. 408; USTA, s. 312; ÇINAR, s. 1356; OĞUZMAN/DURAL, s. 284.

3. Çocuğun Mallarının Gelirlerinin Sarfı

Ana ve baba TMK m. 327 gereği bakım ve giderlerini karşılamakla yükümlü olup bu yükümlülük velâyetin değil soybağının bir sonucudur. Ana ve baba velayet ilişkisinin tarafı olmasa bile çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamakla mükelleftir. Ancak ana babanın ekonomik durumu elverişli değilse veya çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi hususunda olağanüstü bir ihtiyaç söz konusuysa kanun koyucu TMK m. 355 ile çocuk mallarının gelirlerinin çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için sarf edilebilmesine imkân sağlamıştır.

Ana ve baba, çocuğun mallarının gelirlerini hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde ailenin ihtiyaçları için de kullanabilir (TMK m. 355/I, c.2). Çocuğun mallarının gelirleri öncelikle onun bakımı, eğitimi ve yetiştirilmesi için kullanılacak; ailenin sosyal ve ekonomik durumuna, çocuğun aileye getirdiği yüke göre hakkaniyete uygun sınırlar içinde aile ihtiyaçları için de harcanabilecektir. Kalan miktarın ise çocuğun mallarına katılacağı maddenin ikinci fıkrası ile açıkça belirtilmiştir.

4. Çocuğun Mallarının Sarfı

Ana ve baba, çocuğun mallarından kullanma dışında başka bir şekilde yararlanma hakkına kural olarak sahip değildir. Ancak kanun koyucu olağan ihtiyaçların gerektirdiği durumlarda bu ihtiyaçlarla sınırlı olmak üzere çocuğun sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler sebebiyle sahip olduğu malvarlığı değerlerinin çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilmesine imkân tanımıştır (TMK m. 356/I)¹⁰⁸. Ana babanın

¹⁰⁸ Yargıtay 2.HD E. 2016/1083 K. 2016/7967 T. 19.04.2016:”... Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır. Ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı halinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarf edebilirler (TMK m. 327). Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır (TMK m. 342) Olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir. Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir (TMK m. 356). ‘‘

sahip olduğu bu hak kanundan kaynaklanmakta olup hâkimin iznini almaları gerekmemektedir.

Şayet çocuğun bakımı, eğitimi, yetiştirilmesi için bir zorunluluk hali söz konusuysa ve ana baba çocuğun para dışındaki diğer mallarını harcamak istiyorsa hâkimin iznini almalıdır. Çocuğun sermaye biçimindeki mallarının sarfı için zorunluluk halinin mevcut olup olmadığına hâkim hükmeder (TMK m. 356/II) .

Velâyet ilişkisi içerisinde ana ve babanın, vasiden farklı olarak, çocuğun malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunurken hâkimden izin almaları gerekmez¹⁰⁹. Velilerin vasilerden farklı olarak TMK m. 462’de sayılı işlemleri yapabilmeleri için hâkimden izin almalarının gerekmediği TMK’ da m. 342 ve m. 363/II ile açıkça ortaya konulmuştur¹¹⁰. Ancak ana ve

¹⁰⁹ Aksi yöndeki görüş için bkz. **ERTAŞ**, s. 395-397. Yazara göre ana ve babanın çocuğun taşınır malları satması ve harcaması olağan yönetim işlerindendir ve hâkimin iznine ihtiyaçları yoktur; ancak taşınmaz malların satışı söz konusu ise hâkimin iznini almak zorundadırlar. Hâkimin izni olmadan gerçekleştirilen taşınmaz satış işlemi topal, askıda sakat bir işlemdir ve ana babanın TMK m. 363 kapsamında sorumluluğunu doğurur.

¹¹⁰ Yargıtay 1.HD E. 2019/1073 K. 2019/2827 T. 18.04.2019:’’... Ana ve baba veya velayet bunlardan yalnızca birinde ise velayet hakkına sahip olan ebeveyn, velayet hakkı kapsamında kural olarak çocuk malları üzerinde hâkimden izin almaksızın tasarrufta bulunabilirler. Eş deyişle, velayet hakkına sahip olanın, bu hak çerçevesinde çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla çocuk malları üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için kural olarak hâkimin iznine ihtiyacı yoktur (4721 sayılı TMK. m. 342/3). Ancak, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa, hâkim ana ve babaya, ilerde sorumluluk davasıyla karşılaşmamaları için belirlediği miktarlarda çocuğun mallarına başvurma yetkisi tanıyabilir (4721 sayılı TMK. m. 356/2). Dolayısıyla Türk Medeni Kanununun 462. maddesindeki vesayet kurumundan farklı olarak; velayeti üstlenen kişileri (veli) velayet altındaki küçüğün mallarını satarken hâkim iznine tabi tutmamıştır. Somut olayda; davacı anne akit tarihi itibarıyla küçük ...’nın velisi ve yasal tek temsilcisidir. Bu itibarla, davacı velinin 4721 sayılı TMK. nun 342/3. maddesinde tanınan izin almaksızın tasarruf yetkisi bulunduğu gözetildiğinde, küçük Saliha’nın payının satışı geçerli olduğu gibi...’’

Yargıtay 1.HD E. 2016/6409 K. 2016/5922 T. 11.05.2016:’’...Ana ve baba veya velayet bunlardan yalnızca birinde ise, velayet hakkına sahip olan ebeveyn, velayet hakkı kapsamında kural olarak çocuk malları üzerinde hâkimden izin almaksızın tasarrufta bulunabilirler. Eş deyişle, velayet hakkına sahip olanın, bu hak çerçevesinde çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla çocuk malları üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için kural olarak hâkimin iznine ihtiyacı yoktur (4721 sayılı TMK. m. 342/3). Ancak, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa,hâkim ana ve babaya, ilerde sorumluluk davasıyla karşılaşmamaları için belirlediği miktarlarda çocuğun mallarına başvurma yetkisi tanıyabilir (4721 sayılı TMK. m. 356/2). Dolayısıyla Türk Medeni Kanununun 462. maddesindeki vesayet kurumundan farklı olarak; velayeti üstlenen kişileri (veli) velayet altındaki küçüğün mallarını satarken hâkim iznine tabi tutmamıştır. Somut olaya gelince; davacı anne akit tarihi itibarıyla küçükler G... ve S...ın velisi ve yasal tek temsilcisidir. Bu itibarla, davacı velinin 4721 sayılı TMK. nun 342/3. maddesinde

baba satış yoluyla elde edilen bu değeri çocuğun ihtiyacı için harcayıp tüketmek istiyorsa TMK m. 356/II gereği hâkimin iznini almak zorundadır¹¹¹.



tanınan izin almaksızın tasarruf yetkisi bulunduğu gözetildiğinde küçükler G... ve S...ın payının satışı geçerli olduğu gibi temlikî işlemin tarafların anlaşmalarına uygun biçimde gerçekleştirildiği açıktır. ''

¹¹¹ **ÖZDEMİR**, s. 97; **BAYGIN/DOĞAN**, s. 421; **YÜKSEL**, s. 87; **KARACA**, s. 55; **AKKURT**, Sinan Sami, Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C: 1, İstanbul 2010, s. 111.

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA SONRASI TEK BAŞINA VELÂYETTEN ORTAK VELÂYETE GEÇİŞ SÜRECİ, ORTAK VELÂYET KAVRAMI, UYGULAMASI, ULUSLARARASI BELGELERDE VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ORTAK VELÂYET

I. TARİHİ SÜREÇTE AİLENİN DEĞİŞİMİ VE DÖNÜŞÜMÜ

Velâyetin ele alınış şeklinin tarihi süreç içerisindeki değişiminden yukarıda bahsetmiştik. Bu değişimin dinamiği şüphesiz aile yapısında meydana gelen gelişmelerdir. Göçebe toplumlardaki anaerkil aile, tarım toplumunda ataerkil aileye, sanayi toplumunda modern aileye, günümüzde ise evlilik dışı fiili birlikteliklere, eşcinsel birlikteliklere, boşanma sonrası kurulan *patchwork* ailelere (*eklenmiş aile, üvey aile, kolaj aile*) dönüşmüş¹¹² ve dolayısıyla yeni sosyal kurumlar ortaya çıkmıştır.

Sanayi devrimi öncesi aile, ekonomik bir üretim birimidir. Erkeğin kapalı mülkiyet kulübü olarak ifade edilebilen¹¹³ ataerkil ve büyük çiftlik ailelerinde birey ikinci planda kalmaktaydı¹¹⁴. Ataerkil ailede hiyerarşik bir yapılanma söz konusu olup köleler, kadınlar ve çocuklar da dâhil olmak üzere ailenin denetimi ve işlerin yönetimi ailenin en yaşlı

¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **KUTOĞLU**, Tuba, *Üvey Ailede Hukuki İlişkiler*, Ankara 2018, s. 20-21; **ERYORULMAZ**, Ani, *Biyolojik Aileden Yamalıbohça Aileye*, İstanbul 2013, s. 147 vd.

¹¹³ **SEROZAN**, Rona/ **BAŞOĞLU**, Başak/ **KAPANCI**, Berk, *Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, S: 2, Y: 2016, s: 531-560 <https://jurix.com.tr/article/5632>, s. 5.

¹¹⁴ **KÖSE**, Begüm, *Geçmişten Günümüze Aile, Değişen Toplumda Değişen Aile* (Ed: Nurşen Adak), Ankara 2018, s.24 vd.

erkeğinin elindeydi¹¹⁵. Bu ailede hem kadın hem de erkek üretim sürecinde aktif bir rol oynamaktaydı; ancak bunun yanında kadın ev işleri ve çocuk bakımından da sorumluydu.

Ancak sanayi devrimi ile birlikte tarıma dayalı üretimden makineye dayalı seri üretime geçilmesinin bir sonucu olarak, geleneksel ve geniş aileden, modern ve çekirdek aileye dönüşüm baş göstermiştir. Erkeğin evin geçimini sağlama, kadının ise ev işi yapma ve çocuk bakma rolünü vazife edindiği geleneksel roller zamanla değişime uğramış bu durum velâyet ilişkisini de etkilemiştir¹¹⁶.

II. BOŞANMA SONRASI TEK BAŞINA VELÂYETTEN ORTAK VELÂYETE GEÇİŞ SÜRECİ

A. GENEL OLARAK

Evlilik birliği devam ederken ebeveynlerin boşanmaya karar vermeleri halinde karşılaşılan en büyük problemlerden biri, çocukların velâyetinin nasıl düzenleneceği meselesidir. Boşanma sonrası en ideal velâyet düzenlemesinin ne olduğunun belirlenmesiyle ilgili çalışmalara 20. yüzyılın başından itibaren ağırlık verilmiştir. Bundan önceki dönemlerde aile hukuku sistemlerinde ideal velâyet düzenlemesini karakterize eden dört büyük dönemden bahsedilebilir. Bunlardan ilki, uzun yıllar boyu hâkimiyetini sürdüren velâyetin babanın doğal hakkı olduğu ilkesinin benimsendiği dönemdir. İkinci dönem, 20. yüzyılın başlarında benimsenen velâyetin tevdîinde annenin tercih edildiği dönemdir. Yine bu dönemde, anne tercihi ile birlikte, boşanma davasında kusursuz olan tarafın velâyet ilişkisinin tarafı olabileceği düşüncesi de mahkemeler tarafından kabul edilen görüşlerden biri olmuştur. Son olarak 20. yüzyılın ortalarından itibaren velâyet ilişkisinin tarafı, çocuğun üstün yararı doğrultusunda tespit edilmeye çalışılmıştır. Burada önemle belirtmek gerekir ki bu velâyet düzenlemelerinin tamamında ebeveynlerden

¹¹⁵ MEŞE, İlknur, Sosyal Değişim Sürecinde Aile ve Kadın, Kadın ve Aile Hayatı (Ed: Nazım Elmas), Ankara 2014, s. 19.

¹¹⁶ USTA, s. 48; İCAN ÖZTÜRKMEN, Yeşim, Hâkimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, (Yüksek Lisans Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 61.

yalnızca biri boşanma sonrası velâyet ilişkisinin tarafı olarak belirlenmektedir. Diğer ebeveyn ise çocukla kişisel bir ilişki kurma hakkına sahip olmaktadır. Bugün gelinen noktada ise boşanma sonrası ortak velâyet, çocuğun yararı ilkesi çerçevesinde en ideal velâyet düzenlemesi olarak ortaya çıkmış olup yaygın ve yoğun bir şekilde kabul edilmektedir¹¹⁷.

B. VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFLI OLARAK BABA TERCİHİ

19. yüzyılın sonlarına kadar ana ve baba arasındaki velâyet uyumsuzlukları *baba çocuğun kanuni velisidir* kuralıyla çözüme kavuşturulmuştur¹¹⁸. Örneğin İngiliz hukuk sisteminde 1839 yılına kadar baba, anneye kıyasla çocuk üzerinde çok daha üstün haklara sahipti¹¹⁹. Baba, çocuğun geçimini sağlama iktidarına sahip olduğu için doğal olarak velâyet sahibi olarak kabul görmekteydi¹²⁰. Bu düşünce, babanın mali yükümlülüklerinin yanı sıra ailenin temel koruyucusu ve ailevi meselelerde karar verme yetkisine sahip olan kişi olduğu olgusuna dayanmaktaydı. Anne ise hukuki ve ekonomik meseleleri yürütme konusunda aciz görülmekteydi ve bu bakımdan çocuğunu yetiştirme yeteneğinden de yoksun olduğuna inanılıyordu¹²¹. Bunların yanı sıra babanın çocuğun velâyetine sahip olması, doğal hukukun bir yansıması olarak görülüyor, ilahi bir hak olarak kabul ediliyordu. Çok nadir olarak görülen boşanma davalarında, mahkemeler babaların velâyet taleplerini reddetme yetkilerinin bulunmadığı yönünde karar veriyordu. Babalar velâyeti

¹¹⁷ **ELKIN**, Meyer, Joint Custody: In the Best Interest of the Family, Joint Custody and Shared Parenting (Ed: Jay Folberg), New York 1991, s. 12.

¹¹⁸ **MNOOKIN**, Robert H. , Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy, Law and Contemporary Problems, Duke University School of Law C:39, S. 3, Y:1975, s. 233; **KAHRAMAN**, Süheyla, Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, İstanbul 2019, s. 10.

¹¹⁹ İngiliz hukuk sisteminde 1839 yılında çıkan The Custody of Infants Act yasasına kadar annelerin hiçbir koşulda velayete sahip olmaları mümkün değildi. 1839 yılında kabul edilen bu yasa ile ilk defa 7 yaşın altındaki çocukların velayetlerinin annelerine verilebileceği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ABRAMOWICZ**, Sarah, English Child Custody Law, 1660-1839: The Origins of Judicial Intervention in Paternal Custody, Columbia Law Review, C:5, S: 99, Y: 1999, s. 1359 vd.

¹²⁰ **CUADRA**, Bernardo, Family Law, Maternal and Joint Custody Presumptions for Unmarried Parents. Constitutional and Policy Considerations in Massachusetts and Beyond, Western New England Law Review, C: 32, Y: 2010, s. 602.

¹²¹ **MCNEELY**, Cynthia A., Lagging Behind the **Times**: Parenthood, Custody and Gender Bias in the Family Court, Florida State University Law Review, C: 25, S. 4, Y: 1998, s. 897.

yönetme noktasında “uygunsuz” olarak görülüyorsa, sadece bu durumda çocuğun velâyeti anneye veriliyordu¹²². **BLACKSTONE**, bu sistemde yirmi bir yaşın altındaki çocukların velâyetini *babanın imparatorluğu (the empire of the father)* olarak ifade etmiştir¹²³. Zira baba, çocukları üzerindeki velâyetini önceden ve serbestçe belirleyebildiği bir vasi ile ölümünden sonra dahi devam ettirebilmekteydi. Benzer şekilde Fransız hukukunda da babanın mutlak hak ve yetkileri söz konusuydu; ancak bu sistemde anne babanın ölümü halinde çocuklarının velâyetine hak kazanabiliyordu¹²⁴. Amerikan hukuk sisteminde ise mahkemeler İngiliz hukuk sistemine göre daha fazla takdir yetkisine sahip olmakla birlikte yine de babaların kabul edilen bir ayrıcalığı söz konusuydu¹²⁵.

C. VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFI OLARAK ANNE TERCİHİ: DUYARLI YILLAR DOKTRİNİ

19. yüzyılın ortalarından 20. yüzyılın ortalarına kadar devam eden velâyetin tevdiinde anne tercihi ilkesi, boşanma sonrası çocuğun velâyetinin belirlenmesini derinden etkileyen ikinci büyük tarihi dönem olmuştur. Bu dönemde Sanayi Devriminin bir sonucu olarak babanın ailesi üzerindeki ekonomik gücü zayıflamış, endüstri geliştikçe babalar evden uzakta çalışmaya başlamıştır. Böylece anneler çocuk yetiştirme konusunda yetkili kişi konumuna gelmiştir. Çocuklarının günlük bakımından sorumlu hale gelen anneler, çocuğun velâyetini üstlenebilecek en iyi kişi olarak kabul edilmiş ve bu durum yasalara da yansımıştır¹²⁶. Özellikle belli bir yaşın altındaki çocuklar, biyolojik olarak da anne

¹²² **ROTH**, Allen, The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes, Journal Of Family Law, C:15, S:3, Y:1976, s. 427; **İCAN ÖZTÜRKMEN**, s. 62; Güney Karolina’da 1809 yılında verilen *Prather v. Prather* kararı, mahkemenin babanın haklarını tanımayarak küçük bir çocuğun velayetinin annesine verildiği yayınlanmış ilk karardır. Bu davada, babanın başka bir kadınla yaşamak için anneyi evden kovması üzerine mahkeme anneyi *sağduyulu, tedbirli ve erdemli kadın* olarak tanımlamış ve çocukların velayetini anneye vermiştir. **FUHRMANN S. W. & ZIBBELL Robert A.**, Evaluation for Child Custody, New York 2012, s. 6.

¹²³ **BLACKSTONE**, William, Commentaries on The Laws Of England, Book the First, , Third Edition, Oxford, s. 453.

¹²⁴ **FORSYTH**, William, A Treatise on the Law Relating to the Custody of Infants, in Cases of Difference Between Parents Or Guardians, London 1850, s. 7-9.

¹²⁵ **CUADRA**, s. 602.

¹²⁶ **STEEL**, Sean, Having Your Cake and Eating It Too: The Law and Politics of Child Custody in Canada, University of Calgary, Department of Political, A Thesis Submitted To The Faculty Of Graduate Studies

bakımına muhtaç olduklarından bu çocukların velâyetinin anneye verilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu süre zarfında kadınların sosyal statüleri de değişiklik göstermeye başlamış, hâkimler anneleri masumlüğün ve erdemin simgesi addetmiş ve dini bir saygıya da layık görmüştür. Belli bir yaşın altındaki çocukların velâyetinin anneye verilmesi gerektiği, bu çocukların bakımını ve yetiştirilmesini yerine getirebilecek en iyi kişinin anne olduğu görüşüne duyarlı yıllar doktrini (*tender years*) adı verilmiştir¹²⁷.

Duyarlı yıllar doktrini kadınların erkeklere oranla doğuştan daha anaç ve ahlâki açıdan da daha üstün olduğu çerçevesinde şekillenmiştir. Bu kapsamda bazen yedi yaş ve altı çocuklar için bazen de çocuğun erginliğe ulaşmasına kadar velâyetinin annesine verilmesi gerektiği benimsenmiştir¹²⁸. Duyarlı yıllar doktrininin, çocuğun üstün yararına hizmet ettiği kabul edilmiştir¹²⁹.

In Partial Fulfilment Of The Requirements For The Degree Of Master Of Arts, Calgary 2001, s. 20; **CUADRA**, s. 604; Annelerin boşandıktan sonra velayetten doğan tüm haklara sahip olabilmeleri İsveç'te 1925, İngiltere'de 1930, Almanya'da ise 1959'dan sonra mümkün olmuştur. **KURKI SUONIO**, Kirsti, Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective, International Journal of Law, Policy and the Family, C: 14, Y: 2000, s. 186.

¹²⁷ **MNOOKIN**, s. 235; **KLAFF**, Ramsay Laing, The Tender Years Doctrine: A Defense, California Law Review, C: 70, S: 2, Y: 1982, s. 342; **GROSSBERG**, Michael, Law and The Family In Nineteenth Century America, 1985, s. 241; **ROTH**, s. 425; **KAHRAMAN**, s. 11.

¹²⁸ **FUHRMANN/ ZIBBELL**, s. 7.

¹²⁹ Krieger v. Krieger, 59 Idaho 301, 81 P.2d 1081, 1083 (1938) : *“Anneyi tercih etmek için herhangi bir delile ihtiyaç yoktur; çünkü bu anneliğin doğasından içgüdülerinden doğar.”*

Averch v. Averch, 104 Colo. 365, 90 P.2d 962, 964 (1939) : *“Duyarlı yıllardaki bir çocuğa annesinin göstereceği sevgi, şefkat ve bakımının, insan ilişkilerindeki en özverili ve çıkarsız ilişki olduğu evrensel bir gerçektir.”*

Washburn v. Washburn, 49 Cal. 2d 581, 122 P.2d 96, 100 (Cal. App. 1942) : *“Bir annenin sevgisinin yerini hiçbir şeyin tutamayacağı bilinen bir gerçektir.”*

Claffey v. Claffey, 135 Conn. 374, 64 A.2d 540, 542 (1949) : *“Normal şartlar altında, küçük bir çocuğun, özellikle küçük bir kız çocuğunun yararının en iyi şekilde annesinin bakımında büyüyerek sağlanacağını sorgulanamaz bir gerçektir.”*

Bell v. Bell O.W.N. 341 (1955): *“Bir baba ne kadar iyiniyetli olursa olsun veya çocuğun yetiştirilmesiyle ne kadar ilgili olursa olsun annenin yerini tutamaz. Bu yeni bir şey değildir, insanlık kadar eskidir.”*

Wojnarowicz v. Wojnarowicz, 48 N.J. Super. 349, 353, 137 A.2d 618 (Ch. Div. 1958): *“Fiziksel ve ahlaki açıdan yetersiz olduğu anlaşılmadığı sürece, duyarlı yıllardaki çocukların velayeti annelerine bırakılmalıdır.”* **ROTH**, s. 437.

D. VELÂYET İLİŞKİSİNİN TARAFI OLARAK BOŞANMA DAVASINDA KUSURSUZ OLAN TARAFIN TERCİH EDİLMESİ

Boşanma sonrası velâyet ilişkisinin tarafı olarak annenin yoğun bir şekilde tercih edildiği dönemlerde mahkemeleri etkileyen bir diğer görüş de kusursuzluk ilkesi olmuştur¹³⁰. Bu ilke evlilik birliğinin sona ermesinde kusurlu bulunan tarafın ebeveyn olarak da yetersiz olduğu, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinin ancak kusursuz, masum bir kişi tarafından en iyi şekilde yerine getirilebileceği üzerine inşa edilmiştir. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde kusurlu bulunan taraf, velâyeti yürütmede ve çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde masum addedilen tarafa göre daha yeterli bulunsa bile bu karine gereği velâyeti kaybetmiştir¹³¹.

Kusursuzluk ilkesi, hem boşanabilmek için tarafları yalan beyanda bulunmaya teşvik ettiğinden hem de doğası gereği zaten çatışmalı olan boşanma davalarında taraflar arasındaki husumeti daha da artırdığından dolayı eleştirilmiştir¹³². Ayrıca zamanla anlaşmalı boşanma kavramı ortaya çıkmış ve mevcut karine ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmiştir. Boşanma sonrası çocuğun velâyetini belirlemede son derece sınırlı bir seçenek sunan kusursuzluk karinesi yerine çocuğun yararını gözetten bir ilke bulma arayışına başlanmıştır¹³³.

E. VELÂYET İLİŞKİSİ TARAFININ ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI DOĞRULTUSUNDA BELİRLENMESİ

1. Genel Olarak

Aile yapısındaki değişimler, 20. yüzyılın ortalarında feminist hareketlere bağlı olarak, kadının sosyal ve toplumsal statüsünde meydana gelen değişikliklerle devam

¹³⁰ MNOOKIN, s. 234; EINHORN Jay, Child Custody In Historical Perspective: A Study Of Changing Social Perceptions Of Divorce And Child Custody In Anglo-American Law, Behavioral Sciences and The Law, C: 4, S: 2, Y: 1986, s. 125-126.

¹³¹ STELL, s. 21.

¹³² KAHRAMAN, s. 10

¹³³ MNOOKIN, s. 235; STEEL, s. 7-8.

etmiştir. Bu dönemde özellikle kadın hakları grupları, duyarlı yıllar doktrinine kuşkuyla yaklaşmaya başlamıştır. Duyarlı yıllar doktrini, kariyer odaklı düşünen, toplumsal hayatta ve çalışma hayatında giderek daha fazla yer almaya başlayan kadınlar için adeta bir ayak bağı haline gelmiştir¹³⁴. Kadınlar duyarlı yıllar doktrinini, anneliğin önemini yüceltme kimliği altında çocuğu annesine gereğinden fazla bağlayan anti feminizmin bir aracı olarak görmüşlerdir¹³⁵. Bu yıllarda feminist gruplar, geleneksel anne rolünün çalışma hayatında ve diğer alanlarda erkeklerle rekabet etmelerini engellediğini, velâyetin getirdiği yükümlülüklerin yasal olarak babalar tarafından da üstlenilmesi gerektiği savunmuştur. Mahkemeler de yavaş yavaş duyarlı yıllar doktrinini terk etmeye başlamıştır¹³⁶.

a. Politik Hareketler

Kadının ev dışında çalışmaya başlamasıyla evdeki güç dengelerinin değişmesi, çocuğun üstün yararına neyin hizmet edeceğinin modern anlamda sorgulanmasını sağlamıştır. Ekonomik bağımsızlığı elde eden kadınlar evlerinde ve işyerlerinde cinsiyetsiz bir yaklaşımla eşitlik talep etmeye başlamıştır. Toplumsal cinsiyette eşitlik mücadeleleri, velâyetin belirlenmesinde hâkim olan anne tercihi ilkesini de etkilemiştir¹³⁷. Özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren anlaşmalı boşanma kavramının ortaya çıkması boşanma davalarını daha kolay ve kabul edilebilir kılmıştır. Bu durum ana baba ve çocuk arasındaki ilişkilerin çağın getirdiği yeniliklere uygun olarak gözden geçirilmesini sağlamıştır.

b. Sosyal Gelişmeler

Anne tercihi ilkesinin terk edilmesi sadece feminist söylemlerin etkisiyle olmamıştır. Bu dönemde babalar da duyarlı yıllar doktrinine karşı çıkarak kendilerini

¹³⁴ STEEL, s.25.

¹³⁵ MASON, Mary Ann, The Roller Coaster of Child Custody Law Over the Last Half Century, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, C: 24, Y: 2012, s. 456.

¹³⁶ GOURLEY Nancy Gilsan, Joint Custody: Best Interests of the Child, Tulsa Law Journal, C: 18, S: 1, 1982, s. 162; KURKI SUONIO, s. 186.

¹³⁷ Örneğin Kaliforniya’da 1970’te anlaşmalı boşanma sistemi kabul edilmiş, 1975’te cinsiyet temelli anne tercihi ilkesi yasaklanmış, 1980’de ortak velayet kabul edilmiştir. Tüm bu değişiklikler, çocuğun üstün yararı çerçevesinde ilan edilmiştir. MASON, s. 455.

velâyet ilişkisinden mahrum eden bu anlayışın değişmesi gerektiği savunmuşlardır¹³⁸. Babalar, çocuklarının bakımında ve yetiştirilmesinde eşit pay sahibi olabilecekleri bir sistem talep etmişler ve böylece sosyal bilimlerin daha önce görmezden geldiği baba ve çocuk ilişkileri yakından incelenmeye başlanmıştır¹³⁹. Baba ve çocuk arasındaki ilişki üzerine yapılan araştırma sonuçları babaların çocuk üzerindeki gelişiminin önemini ortaya koymuş ve onların da en az anneler kadar veli olabilecekleri kanıtlamıştır¹⁴⁰.

c. Psikolojik Etmenler

Bu dönemdeki velâyet düzenlemelerinin bir diğer özelliği ise çocuğun psikolojik iyiliğine vurgu yapmalarıdır. Boşanma sonrası velâyet ilişkisinin tarafı olarak anne tercihi ilkesi yerini çocuğun üstün yararı doğrultusunda velinin tayin edilmesine bırakmıştır. Ancak bu ilke yasal olarak içi doldurulamayacak bir ilke olarak görülmüş ve bunun yerine psikolojik veli ilkesinin uygulanması gerektiği savunulmuştur¹⁴¹. Psikolojik veli kavramı, velâyetin tevdiinde ilk kez 1973 yılında *GOLDSTEIN/ FREUD/ SOLNIT* tarafından kaleme alınan *Beyond the Best Interests of The Child* adlı kitapla ileri sürülen bir kavramdır¹⁴². Psikolojik veli, çocukla en yakın ilişkide bulunan kişinin çocuğun velisi olması gerektiğini öngörmektedir. Velâyet ilişkisinin tarafı olmayan ana veya baba, çocuğun psikolojik iyiliğinin korunması adına kişisel ilişki kurma hakkına dahi sahip olmamalıdır¹⁴³. Zira bu görüşe göre çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişebilmesi sadece bir kişiye psikolojik olarak bağlanmasıyla mümkündür. Psikolojik veli ilkesi, özellikle ABD, Almanya ve İskandinav

¹³⁸ **SCOTT**, Elizabeth S. , Pluralism, Parental Preference and Child Custody, California Law Review, C: 80, S: 3, Y: 1992, s. 616;

¹³⁹ **RHOADES** Helen / **BOYD**, Susan B., Reforming Custody Laws. A Comparative Study, International Journal of Law, Policy and the Family, C: 18, S: 2, Y: 2004, s. 121.

¹⁴⁰ **COCHRAN**, Robert F., Reconciling the Primary Caretaker Preference and The Case-by-Case Rule, Joint Custody and Shared Parenting (Ed: Jay Folberg), New York, s. 219; **RENK**, Kimberly, The Importance of Fathers and Play, Fatherhood : Roles , Responsibilities And Rewards (Ed: **LEYTON**, Chelsea), New York 2011, s. 5 vd; **CANTIENI**, Linus, Gemeinsame Elterliche Sorge nach Scheidung, FamPra.ch - Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 7, 2007, s.54.

¹⁴¹ **KAHRAMAN**, s. 12

¹⁴² Bkz. **GOLDSTEIN** Joseph,/FREUD,Anna/ **SOLNIT**, Albert J., Beyond the Best Interest of the Child, New York 1973.

¹⁴³ **GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT**, s. 37-38.

lkelerinde mahkemeleri etkisi altına alsa da bu durum uzun sürmemiş, ilke hukuki olarak da herhangi bir etki gsterememiřtir¹⁴⁴.

2. Çocuğun stn Yararı İlkesi Doğrultusunda Velâyet İlişkisi Tarafının Belirlenmesi

Ailenin yapısında meydana gelen değişiklikler, toplumsal cinsiyet rollerinde yaşanan gelişmeler, anlaşmalı boşanma kavramının ortaya çıkması, baba hakları gruplarının söylemleri, bu alanda yapılan çalışmaların ortaya koyduğu bulgular, sosyal bilimler alanında duyarlı yıllar doktrininin geçerliliğini etkilemiş ve boşanma sonrasında çocuğun velâyeti, çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde belirlenmeye bařlanmıřtır¹⁴⁵.

Bu bağlamda velâyet uyuşmazlıklarında cinsiyetçi yaklaşımlar terk edilerek ana ve babanın eşit konumda oldukları kabul edilmiřtir¹⁴⁶. Çocuğun stn yararı ilkesi, hâkimi, çocuğun ihtiyaçlarının karşılanmasında hangi ebeveynin en iyi şekilde hizmet edeceğini cinsiyetten bağımsız olarak düşünmeye ve kişiselleştirilmiş bir karar almaya ynlendirmektedir¹⁴⁷. Ancak ocuğun üstün yararı doğrultusunda velâyet ilişkisinin tarafının belirlenmesinde birtakım zorluklar olduğu ifade edilmiş ve bu ilke bazı noktalarda eleştirilere maruz kalmıřtır¹⁴⁸.

Bu eleştirilerden ilki verilen kararın kişiselleştirilmesi noktasındadır¹⁴⁹. Kararın kişiselleştirilmesi aşamasında hâkim, çocuğun yararıyla ilişkili olan her meseleyi değerlendirmek zorundadır. Ancak bu değerlendirme kriterleri yasal olarak net bir şekilde ortaya konulamadığı gibi hangi kritere ne kadar ağırlık verilmesi gerektiği de belirsizdir.

¹⁴⁴ **KURKI SUONIO**, s. 187.

¹⁴⁵ **SCOTT** Elizabeth /**DERDEYN** Andre, Rethinking Joint Custody, Ohio State Law Journal, S: 45, Y: 1984, s. 466; **CUADRA**, s. 604.

¹⁴⁶ **ROKUS**, Tari Frahm, Child Custody: Determining the Best Interests of the Child, Journal of Juvenile Law University, C: 6, Y: 1982, s. 82.

¹⁴⁷ **ELROD** Linda D./ **DALE**, Milfred D., Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in the Balance, Family Law Quarterly, C: 42, S: 3, Y: 2008, s. 392.

¹⁴⁸ **CHAMBERS**, David L., Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce, Michigan Law Review, C: 83, Y: 1984, s. 480-486.

¹⁴⁹ **SCOTT/DERDEYN**, s. 466; **MNOOKIN**, s. 251; **KLAFF**, s. 356-357.

Böylece hem hâkimler çok geniş bir takdir yetkisine sahip olmaktadır hem de hâkimlerin çocuğun yetiştirilmesinde önem verdiği değerlerin farklı olması nedeniyle yargı alanında birbirinden çok farklı kararlar ortaya çıkmaktadır.

Çocuğun üstün yararı doğrultusunda velâyet ilişkisinin tarafının belirlenmesine yönelik eleştirilen ikinci husus karar vermenin doğasında bulunan zorluk olmuştur¹⁵⁰. Bu eleştiriye göre verilen kararın ulaşılması hedeflenen amaca hizmet ettiğinden kesin olarak emin olmak mümkün değildir. Zira burada hâkim hangi ebeveynin çocuğun ihtiyaçlarını daha iyi karşılayacağını tespit ederken geçmişteki olayları göz önünde bulundurarak geleceği tahmin etmeye çalışacaktır. Ancak ne hâkimler ne de psikoloji bilimi uzmanları ebeveynlerin velâyetlerinin çocuk üzerindeki etkilerini tahmin etme konusunda kesin bir kanıya sahip olabilir¹⁵¹. Dolayısıyla çocuğun üstün yararının ne olacağına karar vermek veya bununla ilgili kriterler belirlemek zor bir meseledir. Ana veya babadan birinin alkolik olması veya akıl hastası olması ya da aile içi şiddet gibi durumlarda kolaylıkla karar vermek mümkündür. Ancak ana veya babanın her ikisi de tüm yönleriyle çocuğunun gelişimi ile yakından ilgileniyorsa ve velâyeti yürütme konusunda yeterliyse karar vermek şüphesiz kolay olmayacaktır.

III. BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYET

A. GENEL OLARAK

Geleneksel olarak boşanma sonrası ebeveynlerden yalnızca birinin velâyet ilişkisinin tarafı olması, çocuğu anne ya da babasından mahrum etmenin onun yararına olmadığı fikrinin gelişmesiyle değişime uğramıştır. Ortak velâyetin hukuki zemine oturtulması, velâyet uyumsuzluklarına yönelik yeni arayışları talep eden toplumsal değişiminin sonucudur. Ortak velâyete yönelik gerçekleştirilen hukuki değişiklikler iki

¹⁵⁰ SCOTT/DERDEYN, s. 467; MNOOKIN, s. 252.

¹⁵¹ SCOTT/DERDEYN, s.468.

sosyo kültürel gelişmeden etkilenmiştir¹⁵². Bunlardan ilki boşanma sayılarında meydana gelen artışlar ile boşanmanın hem çocuklar hem de ebeveynler üzerindeki yıkıcı etkilerinin tespit edildiği bilimsel çalışmalardır¹⁵³. İkincisi ise geleneksel cinsiyet rollerinde meydana gelen değişimlerdir. Özellikle 20. yüzyılın ortalarından itibaren babalar çocuklarıyla daha fazla zaman geçirmeye başlamış, onların gelişimi ve yetiştirilmeleriyle yakından ilgilenmiştir. Annelerin ise çalışma hayatına katılması artış göstermiştir. Böylece velâyetin babaya ya da anneye verilmesinin çocuğun yararına olduğunu savunan görüşler geçerliliğini yitirmiştir. Ortak velâyet, boşanmadan sonra çocuğun iki ebeveyniyle de sürekli bir ilişki kurma hakkına sahip olduğu, ebeveynlerin çocuk yetiştirirken sorumlulukları ve karar alma yetkisini paylaşmaları ve çocukla ilgili konularda işbirliği yapmaları gerektiği inancı üzerine ortaya çıkmıştır.

İlk defa 1957’de Kuzey Karolina’da, somut olayın koşullarından çocuğun yararına olduğu açıkça anlaşılıyorsa ortak velâyetle izin veren yasal düzenleme yürürlüğe girmiştir¹⁵⁴. Bundan 22 yıl sonra ise 1980 yılında Kaliforniya’da evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinden sonra ebeveynleri velâyetten doğan hak ve yükümlülükleri ortak yürütme konusunda teşvik eden kamu politikası ilan edilmiştir ve akabinde ortak velâyet uygulamasının yasal olarak önü açılmıştır¹⁵⁵. Böylece ortak velâyet için ilk kanuni düzenlemeler Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleştirilmiş olup sonrasında birçok hukuk sistemini etkisi altına almıştır.

B. ORTAK VELÂYET KAVRAMI

Evlilik birliği devam ederken, velâyet ebeveynler tarafından birlikte yürütülür. Ancak evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinden sonra çocuğun velâyetinin kime

¹⁵² SCOTT/DERDEYN, s. 458.

¹⁵³ Dodd v. Dodd (93 Misc. 2d 641, 643, 403 N.Y.S.2d 401, 402): davasında “*Ortak velayet, mahkemeleri acı verici bir seçim yapmaktan kurtaran ve ebeveynlerin özsayıgılarına zarar verilmesini engelleyen cazip bir konsepttir.*” SCOTT/DERDEYN, s. 459-460.

¹⁵⁴ KAHRAMAN, s. 14.

¹⁵⁵ CAL. CIV. CODE §§ 4600, 4600.5 (West Supp. 1983); FOLBERG, Jay, Custody Overview, Joint Custody and Shared Parenting (Ed: Jay Folberg), New York 1991, s. 5; SCOTT/DERDEYN, s. 472.

verileceği geçmişten bugüne tartışılan bir konu olmuştur. İşte ortak velâyet bu tartışmaların bir ürünüdür ve günümüzde birçok hukuk sisteminde en ideal velâyet modeli olarak benimsenmiştir¹⁵⁶.

Ortak velâyet, ebeveynlerin medeni durumuna bakılmaksızın, evlilik birliği sona erdikten sonra da çocuk üzerindeki hak ve yükümlülüklerin eşit olarak paylaşıldığı bir kurum olarak tanımlanabilir. Ortak velâyet ebeveynlerin çocuk üzerindeki yasal hak ve yükümlülükleri, boşandıktan sonra da aynı evlilik birliğinde olduğu gibi devam etmektedir. New York Temyiz Mahkemesinin ifadesiyle ortak velâyet, ebeveynlerin her ikisine de çocuğun eğitiminde, yetiştirilmesinde, gelişmesinde eşit hak ve yükümlülükler tanımaktadır ve ebeveynlerden birinin hakkı diğerinden daha üstün değildir¹⁵⁷.

Boşanmayla birlikte çocuğun ana veya babasıyla olan ilişkileri şüphesiz birtakım değişikliklere uğrar; ancak bu durum ebeveynlerin herhangi biri için çocuğuyla olan ilişkisini zedeleyecek bir hal almamalıdır. Ortak velâyet, çocuğun fiziksel olarak nereye yerleştirildiğine bakılmaksızın, ebeveynlikle ilgili sorumlulukları paylaşmak anlamına gelir¹⁵⁸. Ortak velâyet her ebeveyne, çocukla ilgili konulara eşit olarak erişim, yetki, kontrol ve sorumluluk verir. Bu bakımdan ortak velâyet yarı yasal bir ebeveynlik olarak nitelendirilemeyeceği gibi velâyetin getirdiği sorumlulukların ebeveynler arasında mutlak olarak eşit bir şekilde paylaşıldığı bir sistem de değildir¹⁵⁹. Ortak velâyet, bazı noktalarda tek başına velâyete benzer nitelikler gösterse de ebeveynlerin çocukla sık ve sürekli bir

¹⁵⁶ **KURKI SUONIO**, s. 187.

¹⁵⁷ Odette R. v. Douglas R., 91 Misc.2d 792, 795, 399 N.Y.S. 2d 33, 36 (1977) kararı için bkz. **FOLBERG Jay/ GRAHAM**, Marva, Joint Custody of Children Following Divorce, University of California Law Review, C: 12, Y: 1979, s. 529.

¹⁵⁸ Boşanma sonrası ortak velayetin benimsendiği hukuk sistemlerinde çocuğun nerede yaşayacağına yönelik olarak *dönüşümlü model*, *tek konut modeli* ve *yuva modeli* vardır. Ortak velayette *dönüşümlü model*, çocuğun belirli aralıklarla ana ve babasının evi arasında gidip geldiği model iken *tek konut modeli*, çocuğun ana ya da babasından birisinin yanında sürekli olarak yaşadığı, diğer ebeveynin ise eve gelerek çocuğu ziyaret ettiği modeldir. Yuva modelinde ise çocuğun evi sabit olup ana ve baba dönüşümlü olarak çocuğun yanına gitmekte ve çocukla yaşamaktadır. **İNCE**, Nurten, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet, TAAD, 2018, Y: 9, S: 34, s. 211-212; **ERLÜLE**, s. 1183-186.

¹⁵⁹ **BOUMIL**, Marcia Mobilia, Joint Child Custody: In Whose Best Interest, Suffolk University Law Review, C: 21, S: 1, Y: 1987, s. 17.

ilişki içerisinde olduğu, çocukla ilgili kararların ve yükümlülüklerin ebeveynler arasında paylaşıldığı bir sistemdir.

Bütün bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda ortak velâyeti tek başına velâyetten ayırt eden üç özelliğin bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki velâyetten doğan hakların, yükümlülüklerin, sorumlulukların ebeveynler arasında paylaşılmasıdır. İkinci olarak ortak velâyetle çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminde ana ve baba eşit öneme sahiptir. Anelik veya babalık rolü diğerinden daha önemli ve kıymetli değildir. Son olarak tercih edilen tipe bağlı olarak ortak velâyet ile çocuk her iki ebeveyniyle de yaşama imkânına sahiptir.

C. BOŞANMA SONRASINDA ORTAK VELÂYETİN TERCİH EDİLME SEBEPLERİ VE ORTAK VELÂYETİN AMACI

Ortak velâyet bütün velâyet uyumsuzluklarına uygulanabilir en iyi çözüm olmasa da, boşanma sonrasında en çok tercih edilen sistemlerden biridir¹⁶⁰. Tek başına velâyetin aksine ortak velâyetle her iki ebeveynin de çocuğun yetiştirilmesine katılımı sağlanmaktadır¹⁶¹. Zira çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişimini tamamlayıp yetişkin bir birey olabilmesi için ana ve babasına muhtaç olduğu tartışmasız bir gerçektir. Ortak velâyet, çocuğun ebeveynleriyle olan bağını koruduğundan boşanmanın çocuk üzerindeki olumsuz etkilerini en aza indirgeyecek formül olarak kabul görmektedir.

Tek başına velâyet, tek ebeveyn için ağır yükler getirmektedir¹⁶². Velâyet ilişkisinin tarafı olmayan ebeveyn ise çocuğuyla sınırlı bir ilişki kurma hakkına sahip olmaktadır¹⁶³. Bu bakımdan ortak velâyet ebeveynleri birbirleriyle mücadele etmektense çocuğun yararı için aktif olarak birlikte çalışmaya teşvik etmektedir. Velâyetten doğan sorumlulukların ve

¹⁶⁰ STOTTER, Lawrence, Rethinking Joint Custody, Compleat Lawyer, C: 6, S: 4, Y: 1989, s. 37.

¹⁶¹ GOUGE, Marcy, Joint Custody: A Revolution in Child Custody Law , Washburn Law Journal, C: 20, S:2, Y: 1981, s.332.

¹⁶² Tek başına velayet sahibi olan kadınların kendilerini fazla yüklenilmiş, tek başına taşıyamayacakları yükleri omuzlanmış, adeta velayete mahkûm edilmiş hissettikleri tespit edilmiştir. FOLBERG/GRAHAM, s. 553.

¹⁶³ FOLBERG/GRAHAM, s. 555; SCOTT/DERDEYN, s. 460.

yükümlülüklerin ana ve baba arasında paylaşılmasını sağlamaktadır. Ayrıca ortak velâyet çocuğun her iki ebeveyniyle de temas halinde olmasını sağlayan bir fırsat olarak görülmektedir.

Tek başına velâyette ve velâyet uyumsuzluklarında çocuklarda ortaya çıkan bir başka sorun ise ebeveyne yabancılaşma sendromudur. Ebeveyne yabancılaşma sendromu, ebeveynlerden birinin diğer ebeveyni adeta yok sayarak çocuğa da yok saydırmaya girişmesi olarak tanımlanabilir¹⁶⁴. Ebeveyne yabancılaşma sendromu ile çocuk, velâyet ilişkisi tarafı olan ebeveynin davranışları nedeniyle diğer ebeveynine yabancı hale gelmekte ve onu reddetmektedir. Çocuğun ebeveyninden birine karşı yabancılaşması ve onu reddetmesi ise kişilik gelişiminin bütün aşamalarını olumsuz yönde etkilemekte, kuşaklar boyunca aktarılabilir bir rahatsızlık olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁵. Ortak velâyet ebeveyne yabancılaşma sendromunu engellemesi bakımından da psikiyatri uzmanları tarafından da desteklenmektedir¹⁶⁶.

D. ORTAK VELÂYET TİPLERİ

Uluslararası hukuk doktrininde ortak velâyet; fiziksel ortak velâyet ve yasal ortak velâyet olmak üzere ikiye ayrılır¹⁶⁷. Ortak velâyetin benimsendiği hallerde, hangi tipin hangi şartlar altında uygulanabileceği ülkelerin iç politikalarına ait bir meseledir.

1. Yasal Ortak Velâyet

Yasal ortak velâyet, boşanma ile veli sıfatının sonlanmadığı, ana ve babanın medeni durumundan bağımsız olarak çocuğun yaşamını etkileyen önemli kararları almak için eşit otoritesini, yasal haklarını, yetki ve sorumluluklarını ifade eder¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TORUN**, Fuat, Çekişmeli Boşanmalarda ve Velayet Savaşlarında Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu, İstanbul 2017, s.7 vd.

¹⁶⁵ **TORUN**, s. 8.

¹⁶⁶ **TORUN**, s. 105.

¹⁶⁷ **FOLBERG**, s. 7; **KAHRAMAN**, s. 20.

Yasal ortak velâyetin özü, her iki ebeveynin de çocuklara ilişkin sorumluluk ve yetkiyi paylaşmasıdır. Bu durum ebeveynlerin birbirine danışmasını ve çocuğu etkileyen tüm önemli kararlar üzerinde anlaşmaya varmalarını içerir. Yasal ortak velâyet, ebeveynlerin çocuğun eğitimi, dini, yetiştirilmesi gibi önemli konularda; ayrıca gerekirse okul tatilleri ve gezileri, yaz kampı ve ders dışı etkinlikleri, tıbbi meseleleri gibi hususlarda çocuğun üstün yararı çerçevesinde ortak bir karara varmalarınıdır. Boşanma sonrası ortak velâyetin uygulanabilirliği meselesi de bu noktada toplanmaktadır. Yasal ortak velâyetin çocuğun yararına olarak başarıyla uygulanabilmesi, ebeveynlerin bu durumu yürütebilmek için sergiledikleri tutum ve davranışlara bağlıdır. Taraflar, şüphesiz her konuda ortak karara varamayabilir. Üstelik bu durum evlilik birliği devam ederken de böyledir. Ancak tüm bu anlaşmazlıklar, evlilik birliği devam ederken, bazen annenin bazen babanın çözümünün uygulanmasıyla bir şekilde çözüme kavuşturulur. İşte önemli olan husus, çocuğun yararı için ebeveynlerin kişisel hırs ve öfkelerinden arınabilmeleri, sorunu çözme amacı içerisinde olmalarıdır.

Yasal ortak velâyetin başarılı bir şekilde uygulanabilmesi için öncelikle ebeveynlerin yasal ortak velâyetin ne olup ne olmadığını iyi bilmeleri gerekmektedir. Yasal ortak velâyetinde çocuk, ebeveynlerinden biri ile ikamet etmekte olup bu ebeveyn çocuğun gündelik bakımından sorumludur. Çocukla ilgili gündelik meselelerde karar verme yetkisi de bu ebeveyne aittir. Yani ebeveynlerin çocukla ilgili her konuda istişare etmeleri gerekmez. Bu bakımdan örneğin yasal ortak velâyet, her iki ebeveynin de çocuğun karnesini imzalamasını gerektirmez ya da rutin sağlık bakımı için ikisinin de onamını aranmaz; sadece iki ebeveynin de bunları yapmaya yetkili olduğunu ifade eder¹⁶⁹.

¹⁶⁸ **GOURLEY**, s. 161; **FOLBERG/ GRAHAM**, s. 528; **STELL**, s. 32; **RAMEY** Martha/ **STENDER**, Fay / **SMALLER**, Deborah, Joint Custody: Are Two Homes Better Than One? , Golden Gate University Law Review, C:8, S:3, Y: 1979, s. 561 ; **FRANKEL**, Steven, Joint Custody Awards and Children: A Theoretical Framework and Some Practical Considerations, Psychiatry Interpersonal and Biological Processes, C: 48, S: 4, s. 319; **BUCHANAN** Christy M./ **JAHROMI** Parissa L., A Psychological Perspective on Shared Custody Arrangements, Wake Forest Law Review, C: 43, Y:2008, s.422; **LEWIS**, Kapner, Joint Custody and Shared Parental Responsibility: An Examination of Approaches in Wisconsin and in Florida, Marquette Law Review, C:66, Y: 1983, s.673.

¹⁶⁹ **GOURLEY**, s. 167; **BOLL**, Rosemarie, Joint Custody- Joint Disagreements, LawNow, C: 23, S: 2, Y: 1998, s. 46. s. 47.

2. Fiziksel Ortak Velâyet

Ortak velâyet özünde yasal ortak velâyet olarak tasarlanmıştır. Ancak zamanla ve gittikçe artan bir şekilde, ebeveynlerden birinin birincil ikamet sahibi, diğerinin ise ziyaret eden ebeveyn olarak nitelendirilmediği, çocuğun her ikisiyle de birlikte yaşayabildiği fiziksel ortak velâyet olarak evrilmiştir¹⁷⁰. Fiziksel ortak velâyetin uygulaması günden güne artsa da, hâlihazırda ortak velâyet uygulamalarının çok büyük bir kısmı yasal ortak velâyeti ifade etmektedir¹⁷¹.

Fiziksel ortak velâyet çocuğun yerleşim yerinin ana ve baba arasında çeşitli şekillerde paylaştırıldığı velâyet modeli olarak ifade edilebilir¹⁷². Bu modelde çocuğun

¹⁷⁰ **PARKINSON**, Patrick, Family Law and the Indissolubility of Parenthood, Cambridge University Press, 2011, s. 46; **REISS**, Stephanie R./ **WHARTON**, Meghan/ **ROMERO**, Joanne, Child Custody and Visitation, Georgetown Journal of Gender and the Law, C: 1, S: 2, Y: 2000, s. 387.

¹⁷¹ Örneğin Wisconsin eyaletinde 2007'de boşanmış ebeveynlerin yarısı fiziksel ortak velayeti tercih etmiştir. Aynı şekilde, 2008 yılında Washington eyaletinde de çocukların neredeyse yarısı, her bir ebeveynle zamanının en az %35'ini geçirecek şekilde fiziksel ortak velayet altındadır. Arizona'da 2008'de boşanan ebeveynlerin yaklaşık %30'u fiziksel ortak velayet talep etmiştir, **LINDA**, Nielsen, Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children? , Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, C: 28, S: 1, Y: 2015, s. 80. Fiziksel ortak velayet uygulaması Belçika'da başlarda %9 iken 2011 yılı itibarıyla % 33'e, Danimarka, Hollanda ve Fransa'da, % 20'ye, İsveç'te % 30'a varan oranlarda artış göstermiştir. **SODERMANS**, Katrien/ **VANASSCHE**, Sofie/ **MATTHIJS**, Koen , Post-Divorce Custody Arrangements And Binuclear Family Structures Of Flemish Adolescents, Demographic Research, C: 28, Y: 2013, s. 426; **SMYTH**, Bruce/ **CHISHOLM**, Richard / **RODGERS**, Bryan / **SON** Vu, Legislating For Shared Time Parenting After Parental Separation: Insights From Australia, Law And Contemporary Problems, C: 77, Y: 2014, s. 110; **CARLSUND**, Asa/ **ASPLUND**, Kennet/ **EVA**, Sellström / **ERIKSSON** Ulrika, Swedish Parent's Experiences of Joint Physical Custody, The Open Family Studies Journal, C:6, Y: 2014, s. 1-7.

¹⁷² Fiziksel ortak velayet, çocuğun ana ve baba arasında mutlaka eşit sürelerle ikamet edeceği anlamına gelmez. Örneğin Kaliforniya kanunlarında fiziksel ortak velayet, çocuğun her iki ebeveyniyle de sık ve sürekli bir şekilde devam eden görüşmesinin sağlandığı model olarak ifade edilmiştir (Cal. Fam. Code §3004, Erişim Tarihi: 27.07.2019 http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=8.&title=&part=1.&chapter=1.&article=1). Missouri'de de benzer şekilde fiziksel ortak velayet, çocuğun belirli sürelerle ebeveynlerin her birinin bakım ve gözetiminde yaşadığı; ancak bu sürelerin mutlak surette eşit olmasının gerekmediği velayet tipi olarak tanımlanmıştır. Buna göre fiziksel ortak velayet ebeveynler tarafından çocuğun her iki ebeveyniyle de devam eden ilişkisini sağlayacak şekilde paylaştırılacaktır (Missouri Rev. Stat . § 452.375(3), Erişim Tarihi 27.07.2019 <https://codes.findlaw.com/mo/title-xxx-domestic-relations/mo-rev-st-452-375.html>). Ancak örneğin Georgia eyaletinde bu sürelerin eşit olması gerektiği kabul edilmiştir (Georgia Code § 19-9-6, Erişim Tarihi: 27.07.2019 <https://law.justia.com/codes/georgia/2017/title-19/chapter-9/article-1/section-19-9-6/>).

günlük bakımı ve yetiştirilmesi o sırada yanında ikamet ettiği ebeveyn tarafından gerçekleştirilmekte; ancak çocukla ilgili önemli konularda ebeveynler yine ortak karar almaktadır¹⁷³. Fiziksel ortak velâyetle ana ve baba, çocuğun hangi ebeveyniyle ne kadar yaşayacağı konusunda bir ebeveynlik planı oluşturur. Şayet taraflar ebeveynlik planı konusunda uzlaşamazlarsa mahkemeye başvurarak bir ebeveynlik planı oluşturulması isterler ve velâyet bu plan çerçevesinde yürütülür¹⁷⁴.

Fiziksel ortak velâyetin en önemli ayırt edici özelliği *çocuğun evi* noktasındadır. Bu modelde iki ebeveynin evi de çocuğun yerleşim yeri sayılmaktadır¹⁷⁵. Fiziksel ortak velâyet birçok şekilde ortaya çıkabilir. En yaygın görünüm şekli çocuğun haftanın yarısını bir ebeveyniyle, kalan yarısını diğer ebeveyniyle geçirdiği modeldir. Bununla birlikte çocuğun ayda bir ya da altı ayda bir yer değiştirdiği modele de sıklıkla rastlanılmaktadır¹⁷⁶.

Fiziksel ortak velâyet tek başına velâyetle kıyaslandığında boşanmanın getirdiği ekonomik zorlukları ve zaman kısıtlamalarını ortadan kaldırarak çocukların ebeveynleriyle daha etkili iletişim kurabilmelerini sağlamaktadır¹⁷⁷. Ayrıca çocuk, her bir ebeveyniyle zamanının yarısına yakınına geçirdiğinden, birlikte geçirilen zamanın kalitesi artmaktadır. Özellikler babalar, hafta sonu babası (*disney dad, uncle dad*) olmaktan çıkıp çocuğun hayatına daha fazla dâhil olmaktadır¹⁷⁸.

Bu sistemde her iki ebeveyniyle de yaşama imkânına sahip olan çocukların ebeveynleriyle güçlü bağlar kurduğu ve her iki ebeveynin de çocuklarının gelişiminde

¹⁷³ CHAMBERS, s. 550; GOURLEY, s. 161.

¹⁷⁴ PARKINSON, s. 47.

¹⁷⁵ PARKINSON, s. 46.

¹⁷⁶ CHAMBERS, s. 550.

¹⁷⁷ BJARNASON, Thoroddur/ ARNARSSON, Arsaell M., Joint Physical Custody and Communication with Parents; A Cross-National Study of Children in 36 Western Countries, Journal of Comparative Family Studies, C:42, S:6, Y: 2011, s. 883 vd.

¹⁷⁸ <http://fathers.com/s5-your-situation/c18-divorced-dad/dont-be-a-disney-dad-guest> [blog/;https://www.huffpost.com/entry/uncle-dad-syndrome_n_2986705](http://www.huffpost.com/entry/uncle-dad-syndrome_n_2986705) (Erişim Tarihi: 27.07.2019); <https://medium.com/@thomburton/on-being-a-weekend-dad-cdca74696af9> (Erişim Tarihi: 27.07.2019) ; <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2009/sep/05/weekend-dad-son> (Erişim Tarihi: 27.07.2019) .

önemli roller oynadığını tespit edilmiştir¹⁷⁹. Ancak şüphesiz bu model, her ebeveyn ve çocuk için en iyi velâyet modeli değildir. Çocuğun ebeveynleri arasında yer değiştirdiği bu modelin işlevselliği, çocuğun yaşı, okul durumu, ebeveynlerinin birbirine olan coğrafi konumu gibi birçok faktöre bağlı olup mevcut koşullarda fiziksel ortak velâyetin çocuğun yararına aykırı olacağı açıkça anlaşılıyorsa uygulaması söz konusu olmayacaktır.

E. ORTAK VELÂYETİ DESTEKLEYEN ve KARŞI ÇIKAN GÖRÜŞLER

1. Ortak Velâyeti Destekleyen Görüşler

Tek başına velâyet özünde, ebeveynlerden yalnızca birinin ki genellikle annelerin¹⁸⁰, velâyetten doğan bütün yükü tek başına sırtlandıkları, diğer ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurabildiği bir kurumdur. Bu bakımdan ortak velâyeti savunanların ileri sürdüğü en önemli görüş çocuğun her iki ebeveyniyle de ilişkisinin devam etmesinin sağlanmasıdır. Boşanma sonrası velâyet ilişkisinin tarafı olmayan ebeveyn çocukla sınırlı bir ilişki kurmaktadır ve çocuğun ziyaretçisi olmaktan öteye gidememektedir¹⁸¹. Bu durum ebeveyn ve çocuk ilişkisini zedelediğinden ve hatta zamanla sona erdirdiğinden dolayı eleştirilmektedir¹⁸². Ortak velâyet savunucularına göre tek başına velâyet aileyi bölmekte, parçalamakta; ortak velâyet ise birleştirmektedir¹⁸³. Ebeveynler boşansa bile ortak velâyet ile aile bâki kalmaktadır. Ortak velâyet düzenlemesi ile çocuk kendini terk edilmiş veya reddedilmiş hissetmemekte, ebeveynlerinden herhangi birini kaybetme korkusu

¹⁷⁹ **CHAMBERS**, s. 550.

¹⁸⁰ TÜİK verilerine göre 2015 yılında kesinleşen boşanma davaları sonucu velayete verilen çocuk sayısı 109 bin 978 olup, bu çocukların %75'inin velayeti anneye verilmiştir. <https://www.ombudsman.gov.tr/wp-content/uploads/2017/04/2017-1293-%C3%87ocuk-Tesliminde-Hak-%C4%B0hlallerinin-%C3%96nlenmesi.pdf>.

¹⁸¹ Yapılan araştırmalarda ebeveynleri boşanan çocukların %25 ile %40'ının velayet ilişkisinin tarafı olmayan babalarını başlangıçta haftada bir kez, %30 ile %60'ının ise yılda bir kez gördüğü; uzun vadede %60'ının babalarıyla olan iletişiminin tamamen sona erdiği tespit edilmiştir. **CANTIENI**, s. 57.

¹⁸² **HETHERINGTON**, Mavis, Divorced Fathers, The Family Coordinator, C: 25, S: 4, Y: 1976, s. 424; **FOLBERG/GRAHAM**, s. 563; **ATKIN/RUBIN**, s. 39.

¹⁸³ **KAHRAMAN**, s. 19.

yaşamamaktadır. Ortak velâyet çocuğun haklarını koruyup kollamakta, her iki ebeveynin de çocuğun hayatına dâhil olmasına izin vermektedir¹⁸⁴.

Velâyet uyuşmazlıkları esasında bir eşin kazandığı diğer eşin kaybettiği toplamı sıfır olan bir oyundur. Tek başına velâyet ile çocuğun ebeveynlerinden biri ile ilişkisi adeta sona erer ki bu durumun çocuk için velâyet ilişkisine taraf olmayan ebeveynin ölümü gibi olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁵. Çocuk hem maddi hem de manevi olarak önemli bir desteğini ve rehberini kaybetmektedir. Ortak velâyet savunucularına göre ortak velâyet, evlilik birliğinin devam ettiği zamanki kadar olmasa da, çocuğu hayata daha iyi hazırlamaktadır.

Ortak velâyet savunucularının ileri sürdüğü en önemli argümanlardan biri de, ebeveynler tarafından çocuğun bir intikam aracı olarak kullanılmasının da önüne geçilmesidir. Zira tek başına velâyet sahibi olan ebeveyn ile diğer ebeveyn arasındaki husumet genellikle çocuk üzerinden sürdürülmekte, çocuk çoğu zaman bir koz olarak kullanılmaktadır. Oysa ortak velâyet velâyet savaşlarının aksine kazanan veya kaybeden taraf bulunmamaktadır. Ebeveynler eşit konumda olduklarından aralarında bir güç dengesizliği olmayacağı, böylece diğer ebeveyninden intikam almak için çocuğun piyon olarak kullanılmasından söz edilemeyeceği ileri sürülmektedir.

Boşanma sonrası ortak velâyeti savunanların ileri sürdüğü bir diğer argüman ise tek başına velâyet velâyet ilişkisinin tarafı olmayan ebeveynin zamanla nafaka ödemediği veya daha az ödediği; ortak velâyet ise nafakanın zamanında ve yüksek miktarlarda ödendiğidir. Yapılan bazı çalışmalarda velâyet ilişkisine taraf olmayan ebeveynin, ki genellikle babaların, zamanla nafaka ödemedikleri tespit edilmiştir¹⁸⁶. Tek başına velâyet, velâyet ilişkisine taraf olmayan ebeveynin, çocuğunu yetiştirme hak ve yükümlülüğünü adeta diğer ebeveyne devretmesi istenmektedir. Üstelik bu ebeveyn, artık

¹⁸⁴ **ELKIN**, s. 12-13.

¹⁸⁵ **BRINIG** Margaret/ **BUCKLEY** F. H, Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories, Indiana Law Journal, C: 73, S:2, Y: 1998 s. 392.

¹⁸⁶ Velayet sahibi olmayan babalarla yapılan çalışmalarda bu durumun sebebi olarak babaların, ödedikleri nafakanın nereye ve nasıl harcandığını bilmemeleri ve çocuklarıyla kaliteli vakit geçiremedikleri, yakın bir bağ kuramadıkları için onlara olan ilgilerinin de zamanla azalması olduğu tespit edilmiştir. **WEISS** Yoram/ **WILLIS** Robert, Children as Collective Goods and Divorce Settlements, Journal of Labor Economics, C:3, Y: 1985, s. 270.

çocuğu ile ilgili konularda hiçbir şekilde söz sahibi değildir. Velâyet ilişkisinin tarafı olarak belirlenen ebeveynin çocuk yetiştirme politikasını beğenmeyen veya ödemediği nafakanın bu ebeveyn tarafından kendi kişisel ihtiyaçları için harcanıp harcanmadığını kontrol edemeyen ebeveyn tepki olarak nafaka ödememeye başlamaktadır. Bu durum şüphesiz öncelikle çocuğa zarar vermektedir¹⁸⁷. Üstelik çocukla ilişki kurma, hatalı bir şekilde nafakayla bağlantılı olarak düşünülebilir. Uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere nafakasını ödemeyen ebeveyn, velâyet ilişkisinin tarafı olan ebeveyn tarafından çocukla görüştürülmeyle cezalandırılmakta veya yine velâyet ilişkisine taraf olan ebeveyn, diğer ebeveynin çocukla görüşmesini istemediği için ondan gelen nafaka taleplerini reddedebilmektedir¹⁸⁸. Oysa ortak velâyet, çocuklarla daha sık ve uzun süreli iletişim öngörmektedir. Her iki ebeveyn de çocukla ilgili durumlarda söz sahibi olmakta böylece birbirlerinin kararlarını denetleme imkânına kavuşmaktadır. Yapılan çalışmaların sonuçları da bu iddiaları destekleyecek niteliktedir. Tek başına velâyetin aksine ortak velâyette ebeveynlerin düzenli olarak ve daha yüksek miktarlarda nafaka ödedikleri tespit edilmiştir¹⁸⁹.

2. Ortak Velâyete Karşı Çıkan Görüşler

Ortak velâyet konusu, özellikle son zamanlarda hem yasal olarak hem de ruhsal olarak uzmanların ilgi odağı haline gelse de ülkemizde maalesef bu alanda yapılmış bilimsel çalışmaların sayısı yok denecek kadar azdır. Hem ortak velâyeti savunan görüşler hem de ortak velâyete karşı çıkan görüşler bireylerin kişisel değerlerine dayanmaktadır.

Ortak velâyet uygulamasına karşı çıkanların öne sürdüğü belki de en büyük eleştiri, ortak velâyetin ortak anlaşmazlık getireceği; ebeveynlerin boşanma sonrası iş birliği içerisinde bulunamayacağıdır. Özellikle çekişmeli boşanmalarda, tarafların birbirine karşı hissettiği duygu, düşmanlık kadar olmasa da çoğunlukla nefrettir. Bu düşünceye göre evli

¹⁸⁷ BRINIG/ BUCKLEY, s. 409.

¹⁸⁸ BRINIG/ BUCKLEY, s. 410.

¹⁸⁹ BRINIG/ BUCKLEY, s. 420-421; ESTIN, Ann Laquer, Bonding After Divorce: Comments on Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories, Indiana Law Journal, C: 73, S: 2, Y: 1998, s. 451.

kalmayı başaramayan ebeveynlerden çocuğun eğitimi, dini veya genel olarak yetiştirilmesiyle ilgili ortak karar vermesini beklemek mümkün değildir.

Ortak velâyetle yöneltilen bir diğer eleştiri ise ortak velâyet uygulaması ile çocuğun ana ve baba arasındaki sürekli olarak yer değiştireceği, adeta mekik dokuyacağı noktasındadır. Bu görüşe göre çocuğun düzeni ve istikrarı bozulacak çocuğun yararı tehlikeye düşecektir.

Ortak velâyetle ilgili bir diğer çekince, ortak velâyetin çocuğun üstün yararını korumak için değil de baba haklarını korumak için tasarlandığı noktasındadır¹⁹⁰. Bu düşünceye göre çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi sorumluluğu uygulamada ağırlıkta olduğu üzere yine annelerde olacak, babalar ise hiçbir sorumluluk almayacak, adeta nimet külfet dengesi anneler aleyhine bozulacaktır.

Ortak velâyet sahibi ebeveynlerin özel hayatlarındaki yeni durumların, özellikle yeniden evlendikleri olasılıkta, ebeveynler arasındaki çatışmaya sebep olacağı ve bu durumdan çocuğun zarar göreceği de ileri sürülen görüşler arasındadır. Bu görüşe göre ebeveynleri yeniden evlenen çocuk hem annesinin hem de babasının yeni ailesine dâhil olacağından bu durum başlı başına çocuğu olumsuz etkileyecektir. Ortak velâyet sahibi eski eşlerinin bu yeni ilişkilerini kabullenememeleri dolayısıyla aralarındaki sorunlar çocuğa da yansiyacaktır.

3. Görüş ve Değerlendirme

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinden sonra ortak velâyet, her şeyden önce çocuğun yararı üzerine inşa edilmiş bir kurumdur. Velâyet, evlilik birliği içerisinde olduğu gibi evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinden sonra eşler tarafından birlikte yürütülmelidir. Velâyetten doğan sorumluluklarının yerine getirilmesi, çocuğa bakılması ve yetiştirilmesi ana ve babanın yükümlülüğüdür.

¹⁹⁰ POST, Dianne, Arguments against Joint Custody, Berkeley Women's Law Journal, C: 4, S: 2, Y: 1989, s. 316.

Tek başına velâyette eşlerden biri velâyet ilişkisinin tarafı olarak kabul edilmekte, çocuk ile velâyet ilişkisine taraf olmayan ebeveyn arasında kişisel ilişki tesis edilmektedir. Bu durumda velâyet ilişkisine taraf olamayan ebeveynin çocuğu ile tek münasebeti nafaka ödemek ve belirli vakitlerde onunla sınırlı olarak görüşebilmekten ibarettir. Velâyet ilişkisine taraf olan ebeveyn, velâyetten doğan tüm hak ve yükümlülükleri tek başına yürütmektedir. Bu kapsamda çocuğun dini, mesleki ve genel eğitimi belirleme ve sair konular yer aldığı gibi çocuğun ergin kılınmasına (TMK m. 12), kendisini borç altına sokan hukuki işlemlerine (TMK m. 16), nişanlanmasına (TMK m. 118), evlenmesine (TMK m. 126) verilecek rıza konusunda da tek yetkili velâyet ilişkisine taraf olan ebeveynidir. Diğer ebeveynin ise herhangi bir söz hakkı bulunmamaktadır.

Çocuklar gelişimlerini tamamlarken hem annelerine hem de babalarına ihtiyaç duyar. Dolayısıyla boşanma yalnızca ebeveynlerin eş olma statülerini sona erdirmelidir. Boşanma sonrası velâyet düzenlemeleri ana veya babanın çocuğun ebeveyni olma ve ebeveynlik görevini yerine getirmesini engelleyecek bir duruma sebep olmamalıdır. Başka bir deyişle ebeveynlerinin birinin velilik sıfatı boşanmadan etkilenmemeli; velâyetin kullanılmasında ana ve baba arasındaki eşitlik boşanmadan sonra da korunmalıdır. Yukarıda açıkladığımız üzere velâyetin eşlerden yalnızca birine bırakılması fikri, bugün gelinen noktada terk edilmekte olup ortak velâyetin çocuğun yararına hizmet ettiği, boşanma sonrası ana baba ve çocuk ilişkilerinde en uygun çözüm olduğu kabul edilmektedir.

Ortak velâyete yöneltile ana ve babanın birlikte ve uyum içerisinde hareket edemeyeceği, eşler arasındaki anlaşmazlığın devam edeceği ve durumun velâyetin kullanılmasını olumsuz etkileyeceği eleştirisi boşanan bireylerin ebeveyn olarak düşmanca davranışlarını devam ettireceği varsayımı üzerine kurulmuştur. Oysa yapılan araştırmalar, bu eleştirinin aksine ebeveynlerin çocuklarının yararı için uzlaşma içerisinde olduğunu göstermektedir.

Üstelik İsviçre Federal Mahkemesi'nin belirttiği üzere ebeveynler arasında uyuşmazlığın ortak velâyete hükmedilmesine engel olabilmesi için bu uyuşmazlığın süreklilik arz eden, kronikleşmiş bir hal almış olması ve ebeveynler arası iletişimin

tamamen kopmuş olması gerekir. Yoksa neredeyse bütün ailelerde sıkça karşılaşılan münferit görüş ayrılıkları ve anlaşmazlıklar velâyetin ebeveynlerden birine bırakılmasını gerektirmez¹⁹¹.

Kaldı ki *NOBEL/NOBEL*’ in de belirttiği üzere velâyetin evlilikte olduğu gibi boşanma sonrasında da ortak devam edeceği bilinecek olsa, eşler arasındaki iş birliğinin yerini düşmanlığın alma ihtimali çok daha düşük olurdu¹⁹². Her evlilikte çocuğun yetiştirilmesiyle ilgili birtakım anlaşmazlıklar görülür. Bu anlaşmazlıklar, boşanma sonrasında daha fazla veya şiddetli yaşanacak değildir. Esasında birlikte yaşama mecburiyetinden kurtulan ebeveynlerin çocuklarının ihtiyaçları için daha duyarlı ve sagduyulu olmaları muhtemeldir.

ROMAN/HADDAD da *The Disposable Parent* adlı kitaplarında aynı sonuca varmaktadırlar. Yazarlara göre ortak velâyet, ebeveyn uyuşmazlıklarını en aza indirgeyecek bir yöntemdir. Ortak velâyet düzenlemelerinde her bir ebeveynin ebeveynlik ihtiyaçları karşılandığından, aralarındaki kin ve garezde azalacaktır¹⁹³.

Bu alandaki çalışmalarıyla bilinen *WOOLLEY*’ göre de ebeveynlerin hissettiği birlikte yaşama veya evlilik baskısı, boşanma ile ortadan kalkacağından başarılı ebeveyn olma olasılıkları artacaktır. Boşanmış bütün ebeveynleri, çocuğun yararını düşünmeyen ve bencilce hareket eden rakipler olarak nitelendirmek, bu şekilde davranmayan anne babalar için büyük bir haksızlık teşkil edecektir¹⁹⁴.

Ortak velâyette önemli olan, ebeveynlerin, evlilik çatışmalarından sıyrılıp ebeveyn rollerini devam ettirip ettirememeleri meselesidir. Ortak velâyet özünde ebeveynlik ilişkisinin değerlendirilmesidir¹⁹⁵. Tarafların birbirine ebeveyn olarak güvenmesi yeterlidir; birbirlerini sevmeleri gerekmez. Üstelik birbirlerinden hoşlanmamalarına rağmen, çocuğun

¹⁹¹ BGer, 26.11.2015, 5A-186/2016, bkz. **ERLÜLE**, s. 289.

¹⁹² **NOBEL/NOBEL**, s. 160 (Akt. FOLBERG/GRAHAM, s. 550) .

¹⁹³ **ROMAN**, Mel/ **HADDAD**, William, *Disposable Parent*, New York 1978, s. 116.

¹⁹⁴ **WOOLLEY**, Persia, *Shared Custody* , *Family Advocate*, C:1, S:1, Y: 1978, s.33.

¹⁹⁵ **BOLL**, s. 47.

yararı için ebeveynlerin iş birliği yapabildiklerini ortaya koyan araştırmaların sayısı gün geçtikçe artmaktadır¹⁹⁶. Bu yöndeki araştırmaların birinde ortak velâyet sahibi ebeveynlerin düşmanlık hislerinin zamanla azaldığı hatta boşandıktan sonra arkadaş oldukları gözlemlenmiştir¹⁹⁷.

Ortak velâyet sahibi babalar üzerinde yapılan başka bir araştırmada da, babaların uzun süre eski eşlerini görmek istemedikleri ve aralarındaki ilişkinin düşmanca olduğu; ancak buna rağmen evlilikten doğan problemleri ebeveynlik rollerinden ayırabildikleri saptanmıştır¹⁹⁸.

Ortak velâyetin ebeveynleri iş birliğine teşvik edeceği de kanımızca savunulabilir. Zira ortak velâyet düzenlemesinin yürütülememesi halinde velâyet düzenlemesinin değiştirilerek tek başına velâyet mümkün kılınabileceğinden, ebeveynlerin, çocuk üzerindeki velâyetlerini kaybetmemek için iş birliği ve uzlaşma motivasyonları da artabilir.

Ortak velâyete yöneltilen çocuğun ana ve baba arasındaki sürekli olarak yer değiştireceği ve durumun çocuğun yararına olmayacağı düşüncesi kanımızca ortak velâyetin yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Ortak velâyet, sanılanın aksine, çocuğun zamanının veya fiziksel velâyetinin mutlak surette ana baba arasında eşit olarak bölündüğü, çocuğun ana baba arasında gidip geldiği bir sistem değildir. Yukarıda ifade edildiği üzere ortak velâyet ile ilgili birden fazla tip olup fiziksel ortak velâyet de bunlardan biridir. Ortak velâyette amaç, aynı evlilik birliğinde olduğu gibi çocuğun sağlık durumuyla ilgili müdahalelerde, dini eğitiminde, mesleki eğitiminde, genel olarak çocukla ilgili önemli tüm meselelerde ortak karar alma sisteminin korunmasıdır¹⁹⁹. Ortak velâyet, çocuğun fiziksel velâyetinin paylaşılmasından çok daha öte bir şeyi ifade etmektedir. Burada ebeveynler, çocuğu yetiştirirken velâyetten doğan hak ve yükümlülükleri paylaşmaktadır. Ebeveynler, önemli konularda birbirine danışmakta ve ortak bir karara

¹⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **WOOLLEY**, Persia, The Custody Handbook, Submit Book, New York 1979.

¹⁹⁷ **WOOLLEY**, Shared Custody, s. 9.

¹⁹⁸ **GRIEF**, Fathers, Children, and Joint Custody, Unpublished paper presented at the 1978 Annual Meeting of the American Orthopsychiatric Association, San Francisco, s. 11-12 (Akt. FOLBERG/GRAHAM, s. 551).

¹⁹⁹ **BOLL**, s. 46.

varmaktadır. Dolayısıyla ortak velâyet, çocuğun yararı için boşanma sonrası iş birliğini dayalı bir ilişkiyi öngörmektedir.

Ortak velâyet, ebeveynler arasında coğrafi bir yakınlığı da zorunlu kılmamaktadır. Ortak velâyetin en temel ayırt edici özelliği coğrafi yakınlık değil ortak karar almadır. Bütün mesele, çocuğun nerede yaşayacağı da dâhil olmak üzere, çocuğu etkileyen kararların ve bu kararların getirdiği sorumluluğunun paylaşılması ve her iki ebeveynin de çocuğu temsil edebilmesi olduğu için ebeveynler arası yakın bir coğrafi konum şart değildir. Coğrafi yakınlık çocuğun yaşı, okulu, çocuğun diğer aile bireylerine de ulaşım kolaylığı, ailenin ekonomik gücü gibi faktörlere bağlı olan tâli bir meseledir²⁰⁰.

Ortak velâyetin çocuğun üstün yararını korumak için değil de baba haklarını korumak için tasarlandığı noktasındaki eleştiriye katılmak kanımızca mümkün değildir. Yukarıda açıkladığımız üzere boşanma, aile bireylerinin tamamı üzerinde birtakım olumsuz durumlara sebep olur. Bu bakımdan ortak velâyet, sadece çocuğun yararına değil; ana ve babaların da yararınadır. Bütün velâyet politikaları, velâyetin doğası gereği, çocuğun yararı ve ebeveynlerin hak ve yükümlülükleri olmak üzere iki düşünce üzerine şekillendirilir. Ortak velâyet tercihinde de hem çocuğun hem de ebeveynlerin yararı göz önünde bulundurulur. Velâyet düzenlemelerinin bu iki başlılığı, sorunu karmaşıktırıyor gibi görünse de anayı veya babayı tercih eden kuralların aksine ortak velâyet en adil seçeneklerden biridir. Burada çocukla daha fazla ilgilenen ve özellikle fiziksel bakımını da üstlenen ebeveynin adalet gereği daha fazla hak ve yetkiye sahip olması veya diğer ebeveynin çocuk üzerinde hak ve yetki sahibi olmaması gerektiği söylemez. Zira çocuk ana veya babasına diğerinden daha fazla ait değildir. Ortak velâyet düzenlemesinde ebeveynler çocuğun bakımına eşit bir katılımı öngörebilecekleri gibi çocuğun yaşı, ihtiyaçları, okul çağında ise devam eden eğitimi süreci gibi faktörleri de göz önünde bulundurularak ana veya babanın birincil bakıcı olduğu bir sistemi de benimseyebilirler. Bu durumda çocuğun diğer ebeveyni ile olan ilişkisi sona ermemekte; sadece şekil değiştirmektedir.

²⁰⁰ FOLBERG/GRAHAM, s. 561.

Bu bakımdan çocuğun yetiştirilmesinde gerçekten ilgili ve istekli olmayan anne veya babalara ortak velâyetle birtakım ayrıcalıklar tanınacağı endişesi yersizdir. Zira hiç kimse, çocuğun yararına hizmet etmeyeceği, velâyeti yürütme konusunda yetersiz olacağı açıkça anlaşılan bir ebeveyne ortak velâyet vermek istemez. Böyle durumlarda mahkemeler, çocuğun yararı için en uygun ebeveyne velâyeti tevdiî konusunda yetkilidir. Ayrıca uygun olmayan bir ebeveynin velâyet sahibi olabilmesi ihtimali sadece ortak velâyetin bir problemi değildir; aynı şey tek başına velâyet modelinde de gündeme gelir. Bu problemin ortak velâyet modelinde daha fazla yaşanacağını düşünmek için herhangi bir neden bulunmamaktadır.

Ancak hemen ifade edelim ki ortak velâyeti cazip kılan bütün unsurlara rağmen, ortak velâyet, bütün velâyet uyumsuzluklarına uygulanabilecek sihirli bir değnek değildir. Ortak velâyetin işlerliğindeki en önemli faktör ebeveynler arasındaki iş birliğidir. Çocukların yaşlarının on beş ay ile beş yaş arasında bulunduğu 25 ortak velâyet sahibi ebeveyn ile yapılan bir araştırmada, *WALLERSTEIN/MCKINNON* ortak velâyetin çocuğun yararına işleyebilmesi için en önemli unsurun ebeveynlerin çocuk yetiştirmeyle ilgili kararlarda birbirleriyle iş birliği yapmaları olduğunu tespit etmiştir. Bu çalışmada, devam eden ebeveyn çatışmasının ve ebeveynlerin çocuk yetiştirme tarzları arasındaki aşırı farklılıkların ortak velâyetin sonucunu etkileyen diğer unsurlar olduğu görülmüştür²⁰¹.

STEINMAN/ZEMMELMAN/KNOBLAUCH ortak velâyete sahip 48 aile üzerinde yapmış oldukları çalışmada, bu uygulamayı başarılı bir şekilde yürüten ailelerin; başarısız evliliklerinin getirdiği öfke ve hayal kırıklığına rağmen eski eşleri ile çocukları arasındaki bağa saygı duyduklarını ve bunu takdir ettiklerini, boşanma sürecinde çocuklarıyla ilgili meselelerde tarafsızlıklarını koruduklarını, çocuklarının diğer ebeveyne olan ihtiyaçları konusunda empati yapabildiklerini, eski eşlerinden beklentilerinin sadece ebeveynlik noktasında olduğunu ve bu beklenti doğrultusunda yeni sınırlar belirlediklerini, eski eşlerinin iyi bir ebeveyn olduğuna inandıklarını tespit etmişlerdir. Buna karşılık ortak velâyet uygulamasını yürütemeyen ebeveynlerin diğer ebeveyne karşı, çocuğa da yansıyan

²⁰¹ *MCKINNON*, Rosemary / *WALLERSTEIN*, Judith, Joint custody and the preschool child, *Behavioral Sciences and the Law*, C:4, S:2, Y: 1986, s. 169-183.

düşmanlık hislerinin bulunduğu, kendi duygu ve ihtiyaçlarını çocuğun duygu ve ihtiyaçlarından ayırt edemedikleri tespit edilmiştir²⁰².

IRVING/BENJAMIN/TROCNE tarafından yürütülen ortak velâyet sahibi 201 ebeveyn üzerinde yapılan başka bir çalışmanın sonucu da benzer niteliktedir. Bu çalışmada katılımcıların büyük bir kısmı ortak velâyet düzenlemesinden memnun oldukları ifade etmişlerdir. Bu ebeveynlerin ortak özelliklerinin karşılıklı iyi niyet, iletişim kurma becerilerinin yüksek olması, evlilik problemleri ile ebeveynliği birbirinden ayırabilmeleri olduğu ifade edilmiştir. Şiddetli ve sürekli bir çatışma halinde, uzlaşma kültürü olmayan ebeveynlerin ortak velâyeti yürütemedikleri saptanmıştır²⁰³. Benzer bir çalışmanın bulguları da ortak velâyet sahibi ebeveynlerin, yaşamış oldukları bazı zorluklara rağmen bu düzenlemeyi tatmin edici bulduklarını, ortak velâyetin kendi değer yargılarıyla ve yaşam tarzlarıyla uyum içinde olduğunu ortaya koymaktadır²⁰⁴. Bu çalışma da ortak velâyetin en önemli ve faydalı bileşeninin ebeveynlerin tutum ve davranışlarında olduğunu göstermektedir. Ebeveynler arasındaki çocuk yetiştirmeye dayalı saygılı bir ilişki ve her bir ebeveynin çocuğun diğer ebeveyniyle olan ilişkisini desteklemesi ortak velâyeti yürütebilen ebeveynlerin özellikleri olarak gösterilmiştir.

Ortak velâyet sahibi ebeveynler ve çocuklar üzerinde yapılan başka bir çalışmada *ABARBANEL* çocukların ortak velâyet düzenlemelerine oldukça iyi uyum sağladıklarını tespit etmiştir²⁰⁵. Bu çalışmada ortak velâyeti başarıyla yürüten ebeveynlerin; ortak velâyet düzenlemesine sadık kaldıkları, diğer ebeveynin çocukla ilişkisini destekledikleri,

²⁰² **STEINMAN**, Susan / **ZEMMELMAN**, Steven / **KNOBLAUCH** Thomas, A Study of Parents Who Sought Joint Custody Following Divorce: Who Reaches Agreement and Sustains Joint Custody and Who Returns to Court, *Journal of the American Academy of Child Psychiatry*, C: 24, S: 5, Y: 1985, s. 561-562.

²⁰³ **IRVING**, Howard/ **BENJAMIN**, Michael/ **TROCNE**, Nicolas, Shared Parenting: An Empirical Analysis Utilizing A Large Data Base, *Family Process*, C: 23, S:4, Y: s.567.

²⁰⁴ **STEINMAN**, Susan, The Experience Of Children in A Joint Custody Arrangement: A Report Of A Study, *American Journal of Orthopsychiatry*, C:5, S:3, Y: 1981, s. 413-414.

²⁰⁵ **ABARBANEL**, Alice, Shared Parenting After Separation: A Study Of Joint Custody, *American Journal of Orthopsychiatry*, C:49, S:2, Y: 1979, s. 322.

sorumluluk paylaşımını düzenlerken esnek hareket edebildikleri ve boşanma sonrası ilişkiler üzerinde anlaşmaya varabildikleri saptanmıştır²⁰⁶.

IV. BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYETLE İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

Anayasamızın 90. maddesi ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ifade edilmiştir. İlgili hükme göre bu sözleşmeler hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı gibi usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümleri esas alınacaktır. Çalışmamızın bu bölümünde boşanma sonrası ortak velâyete kaynaklık edecek uluslararası belgelerde yer alan ilgili hükümler incelenecek olup bu belgelerin iç hukukumuza etkisi ilerleyen bölümlerde ele alınacaktır²⁰⁷.

A. MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET

İnsan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli uluslararası belgelerden biri olarak kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16.12.1966 tarihli kararıyla kabul edilmiş ve 41. maddesi dışında 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'yi 15.08.2000 tarihinde imzalamış olup Sözleşme, 21.07.2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir²⁰⁸.

²⁰⁶ ABARBANEL, s. 325-326.

²⁰⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm III numaralı başlık.

²⁰⁸ Sözleşmenin tam metni için bkz.

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf> (Erişim Tarihi: 27.07.2019).

Sözleşme'nin *Ailenin Korunması* başlıklı 23. maddesi, taraf devletleri eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanma halinde eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmaları için gerekli önlemleri almakla yükümlü tutmuştur. Boşanma sonrası ortak velâyet, ebeveynlerin sahip olduğu hak ve yükümlülükler bakımından eşitliği sağlayan bir düzenleme olduğundan, taraf devletler ortak velâyet düzenlemesine imkân tanınmalıdır.

B. KADINA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET

Kadınlar için en önemli uluslararası insan hakları sözleşmelerinden biri olan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (*CEDAW, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 19.12.1979 tarih ve 34/180 sayılı kararıyla kabul edilerek 01.03.1980 tarihinde imzaya açılmış ve 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin de taraf olduğu Sözleşme 11.06.1985 tarih ve 3232 sayılı kanunla uygun bulunmuş olup 19.01.1986 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir²⁰⁹.

Sözleşmenin Evlenme ve Aile ilişkileri Alanındaki Haklar başlığını taşıyan 16. maddesinin 1/d bendine göre medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve baba eşit hak ve sorumluluklara sahiptir; ancak her durumda çocukları menfaati en ön planda tutulacaktır. Taraf devletler aynı maddenin 1/f bendine göre de, çocuğun menfaati üstün tutulmak kaydıyla ulusal mevzuatta yer alan velâyet, vesayet, kayyımlik, evlât edinme gibi kurumlarda kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak, kadınlara ve erkeklere eşit hak ve sorumluluklar tanımakla yükümlü tutulmuşlardır. İlgili hükümlerden de açıkça anlaşıldığı üzere velâyet düzenlemelerinde temel ilke çocuğun yararının korunmasıdır. Bu ilke çerçevesinde ana ve baba, medeni durumlarından bağımsız olarak velâyet ilişkisinin tarafı konumundadır. Velâyet ilişkisinin tarafı olan ana ve baba, evlilik birliğinde olduğu gibi evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda da eşit

²⁰⁹ Sözleşmenin tam metni için bkz.

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 27.07.2019)

hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Dolayısıyla, bu hükümlerden, çocuğun yararına aykırı düşmedikçe, boşanma sonrası ortak velâyete imkân tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Boşanma sonrası çocuğun velâyetinin belirlenmesi noktasında taraflara eşit hak ve yükümlülükler tanıyan ortak velâyet, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 16. maddesinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir.

C. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTE'SİNİN TAVSİYE KARARI KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (84)4 sayılı ve 28.2.1984 tarihli Ebeveyn Sorumluluklarına İlişkin Tavsiye Kararı'nın²¹⁰ 5. ilkesi²¹¹, evlilik birliği içerisinde velâyetten doğan hak ve yükümlüklerin ana baba tarafından birlikte yerine getirileceğini öngörmektedir. Bununla birlikte 6. ilkeye göre, evliliğin sona ermesi veya ebeveynlerin boşanması halinde yetkili makam, ebeveynlerin sorumluluklarının uygulanmasına ilişkin karar vermelidir. Buna göre örneğin taraflar velâyetin ortaklaşa kullanılması noktasında anlaşmışlarsa ve bu anlaşma çocuğun menfaatine de aykırı değilse yetkili makam bu anlaşmayı dikkate almalıdır. Ebeveynlerden sadece birinin velâyet ilişkisinin tarafı olması,

²¹⁰ Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde insan haklarına saygıyı güçlendirmeyi amaçlayan çok sayıda andlaşma ve denetim usulü bulunmaktadır. Ancak, Avrupa Konseyi'nin insan haklarının gelişimine katkısı bunlarla sınırlı değildir. Örgütün doğrudan veya dolaylı olarak insan hakları alanında faaliyet gösteren organları tarafından, insan hakları hukukunun gelişimine katkı sağlayan ve birçoğu rapor veya görüş olarak adlandırılan sayısız belge üretilmektedir. Her ne kadar bu belgeler bağlayıcı nitelikte olmasalar da devletlerin mevzuat ve uygulamalarına yol göstermektedirler. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/31-avrupa-konseyi-diger-belgeler/> (Erişim Tarihi: 29.07.2019).

²¹¹ Principle 5: Parental responsibilities for a child of their marriage should belong jointly to both parents.

Principle 6: In the case of a dissolution of the marriage or of a separation of the parents, the competent authority requested to intervene should rule on the exercise of parental responsibilities. It should accordingly take any appropriate measures, for example by dividing the exercise of the responsibilities between the two parents or, where the parents consent, by providing that the responsibilities should be exercised jointly. In taking its decision, the authority should take account of any agreement concluded between the parents provided it is not contrary to the interests of the children.

Principle 7: Where the child is born out of wedlock and a legal filiation link is established with regard to one parent only, the parental responsibilities should belong to that parent [http://www.kekidatabank.be/docs/Instrumenten/RvE/1984%20CMRec\(84\)4_on%20parental%20responsibilities.pdf](http://www.kekidatabank.be/docs/Instrumenten/RvE/1984%20CMRec(84)4_on%20parental%20responsibilities.pdf) (Erişim Tarihi: 15.04.2019).

7. ilke çerçevesinde çocuk evlilik dışı doğduğu ve yasal olarak sadece bir ebeveynine soybağı ile bağlandığı durumlarda söz konusu olmalıdır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komite'sinin Tavsiye Kararı kapsamında tarafların anlaşması ve bu anlaşmanın çocuğun yararına aykırı olmaması halinde ortak velâyete izin verilmiştir. Görüldüğü üzere Konsey, üye devletleri, boşanan ebeveynlerin ortak talepte bulunmaları ortak velâyeti teşvik etmektedir.

D. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE EK 7 NUMARALI PROTOKOL KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET

Boşanma sonrası ortak velâyetle ilgili incelenmesi gereken en önemli belgelerden biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Ek 7 Numaralı Protokol'dür. 14.03.1985 tarihinde imzalanan 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol, 10.03.2016 tarihli 6684 sayılı *11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun* ile onaylanarak uygun bulunmuş ve 25.03.2016 tarihli Resmî Gazete 'de yayınlanmış ve 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir²¹². Protokolün 5. maddesine göre²¹³ “Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir.” Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da eşlerin özel hukuk ilişkilerinde hak ve yükümlülükler bakımından eşit olduğunu öngören bu hüküm gereği eşler velâyetten doğan hak ve yükümlülükler bakımından da eşit olarak faydalanabilecektir.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde de hak ve yükümlülükler bakımından eşler arasındaki eşitliği öngören Ek 7. Protokol, bu kapsamda ortak velâyet uygulamasının önünü açmaktadır. Zira ortak velâyet, çocuğa ilişkin hakların birlikte

²¹² RG. 08.04.2016-29678.

²¹³ bkz. https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf

(Erişim

Tarihi: 27.07.2019).

kullanılmasını ve sorumluluğun da paylaşılmasını öngördüğünden ilgili protokolün amacına hizmet etmektedir.

E. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ORTAK VELÂYET

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuk haklarını düzenleyen en kapsamlı ve en önemli evrensel belgelerden biridir²¹⁴. BMÇHS, adeta çocuğun yararı üzerine inşa edilmiş bir sözleşme olması hasebiyle velâyet düzenlemeleri bakımından da önem arz etmektedir.

1. Ayrım Gözetmeme Yasağı Bakımından Ortak Velâyet

Sözleşmenin Ayrımcılık Gözetmeme başlıklı 2. maddesi ile taraf devletler, hiçbir ayrım gözetmeden, kendi egemenlik alanlarındaki bütün çocuklara Sözleşme’de yer alan haklarını tanımayı; çocuğun ana babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin öteki üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayrıma veya cezaya tâbi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemleri almayı taahhüt etmişlerdir. Taraf devletler, evlilik içi veya evlilik dışı ayrımı yapmaksızın bütün çocuklara eşit muamele etmekle yükümlüdür. Konumuz bakımından evlilik birliğinin devamında olduğu gibi ister evlilik birliğinin hiç kurulamadığı hallerde ister evlilik birliğinin sona erdiği hallerde olsun ana baba ve çocuk arasında doğumla birlikte başlayan velâyet ilişkisi, ana babanın medeni durumundan bağımsız olarak varlığını sürdürmelidir. Velâyetin ana ve baba tarafından sadece evlilik birliği içerisinde

²¹⁴ Uluslararası hukukta çocuk haklarıyla ilgili çalışmalar 1894’te Jules Le Jeune’ün çocukların korunması ile ilgili bir teşkilatın kurulması fikriyle başlamıştır. Modern anlamda çocuk hakları ile ilgili hazırlanan ilk metin ise 1924 yılında Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi’dir. Bu bildirge gelişmesi, yetiştirilmesi, korunması ve barış içinde büyümesini içeren 5 maddeden oluşmaktadır. 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi, Cenevre Bildirgesi’nin yeniden düzenlenmiş halidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKYÜZ**, Çocuk Hukuku, s. 45 vd.

ortak kullanılabilmesi BMÇHS m.2'nin ihlâlini teşkil etmektedir²¹⁵. Bu bakımdan Devletler, ortak velâyeti teşvik eden ve önünü açan yasal düzenlemelere yer vermelidir.

2. Çocuğun Üstün Yararı Bakımından Ortak Velâyet

Sözleşmenin 3. maddesi çocuğun üstün yararı ile ilgilidir. Madde metninde çocuğun üstün yararı tanımlanmamakla birlikte²¹⁶ taraf devletlere, kamusal ve özel kuruluşların, kendi etkinlik ve girişimlerinin çocuklar üzerinde ne tür etkiler doğuracağını öngörmeleri gerektiğini vurgulamaktadır²¹⁷. Böylece çocuğu ilgilendiren bütün konularda çocuğun üstün yararı birinci derecede gözetilecektir. Bu ilke çocukla ilgili tüm konularda yol gösterici ana ilkedir, şemsiye bir hüküm niteliğindedir²¹⁸.

Boşanma sonrası velâyetin belirlenmesinde de asıl olan çocuğun yararadır. Dolayısıyla hâkim ana baba ve çocuk ilişkisinde tarafların menfaat dengesi gözetirken önce çocuğun yararını düşünecek, sonra tarafların durumuna bakacaktır.

Velâyetin belirlenmesinde yukarıda ayrıntıları ile izah edildiği üzere ortak velâyet, çocuğun üstün yararına hizmet eden en iyi velâyet düzenlemesi olarak kabul edilmektedir. Boşanma sonrası hem ebeveynler hem de çocuk üzerinde etkili olan travmatik sonuçlar, ortak velâyet ile en aza indirgenmektedir. Velâyetin amacı, çocuğun üstün yararını güvence altına almak olduğuna göre, çocuk ana babasının medeni durumundan bağımsız olarak erginliğini kazanana kadar her ikisinin velâyetine tabi olmalıdır. Boşanma sonrası ortak velâyet ile her iki ebeveynin çocuğunun gelişimine ve yetiştirilmesine katılma imkânı

²¹⁵ BMÇHS m. 2: “ Taraf Devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler.”

²¹⁶ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin kabulü sırasında, çocuğun üstün yararı kavramı tartışılmış; öncelikli düşünce veya üstün düşünce ifadeleri, başka kişilerin de yararını öngördüğünden ve çocuğun yararı ile diğer yararlar arasında kesin bir öncelik ifade etmediğinden tercih edilmemiştir. USTA, s. 17.

²¹⁷ HODGKIN/NEWELL, s. 41.

²¹⁸ ÇOCUK ADALET SİSTEMİNDE ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI POLİTİKA BELGESİ, 2012, <http://www.cocukhaklariizleme.org/wp-content/uploads/cocuk-adalet-sisteminde-cocugun-yuksek-yarari.pdf> (Erişim Tarihi: 27.07.2019).

sunulduğundan çocuğa iki aktif sosyal ve aile ortamı sağlanmakta, çocuk hem kadın hem de erkek rol modeli ile birlikte yaşamakta, her iki ebeveyniyle sağlıklı ve kaliteli vakit geçirebilmektedir²¹⁹.

3. Ana Babanın Sorumluluklarına, Hak ve Ödevlerine Saygı Bakımından Ortak Velâyet

Sözleşmenin 5. maddesine göre taraf devletler, Sözleşmenin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana babanın sahip olduğu sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı göstermekle yükümlüdür. Bu madde ile çocuğun yetiştirilmesinden hem ananın hem de babanın sorumlu olduğu ilkesi açıkça ortaya koyulmuştur. Taraf devletlerden de bu ilkenin benimsenmesi için her türlü çabayı göstermeleri istenmektedir. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana ve babaya aittir. Ana ve baba, çocuğun üstün yararını gözeterek bu sorumluluğu birlikte yerine getirirler. Dolayısıyla ana babanın velâyetten doğan hak ve yükümlülüklerin boşanma durumunda da aynen devam etmesi gerekmektedir.

4. Çocuğun Ana Babası Tarafından Bakılma Hakkı ve Ana Babası ile Yaşama Hakkı Bakımından Ortak Velâyet

Sözleşmenin 7. maddesi çocuğun ana babası tarafından bakılma hakkını düzenlemektedir. Buna göre çocuk mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahiptir. Mümkün olduğunca ifadesinden anlaşılması gereken çocuğun ana ve babası ölmesi ya da ana veya babanın çocuğu ihmâl ya da istismar ettiği durumlarda ana baba bakımının çocuğun üstün yararına olmadığına açıkça anlaşılması halleridir. Bunun dışında ana ve babanın çocuğun yaşamında aktif bir şekilde yer alması gerekmektedir. Çocuğun sahip olduğu ana babası tarafından bakılma hakkı, Sözleşme'nin

²¹⁹ PEARSON Jessica/ THOENNES Nancy, Custody After Divorce: Demographic and Attitudinal Patterns, American Journal of Orthopschiatry, C: 60, S: 2, s. 233; BRATT, Carolyn , Joint Custody, Kentucky Law Journal, C: 67, S: 2, Y: 1978, s. 393 vd.

tamamına damgasını vuran olağan koşullarda çocuk için en iyisinin, ana babasıyla birlikte yaşaması olduğu ilkesini öne çıkartmaktadır.

Sözleşmenin 9. maddesinde de çocuğun ana babasından onların rızası dışında ayırlamayacağı güvence altına alınmıştır. Devletler, şüphesiz, boşanma nedeniyle ana babalarından ayrı kalan çocuklar konusunda herhangi bir sorumluluk taşıyamazlar. Ancak ana veya babasından ya da her ikisinden birden ayrılan çocuğun, kendisinin üstün yararına aykırı olabilecek durumlar dışında, ana ve babasının her ikisiyle de düzenli biçimde ilişki ve temas kurma hakkının güvence altına alınması için gerekli hukuki ve idari düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Boşanma sonucunda çocuğun ana babasıyla ilişkisi şüphesiz birtakım değişikliklere uğrar. Ancak bu değişiklikler, ebeveyn çocuk ilişkisini zedeleyecek nitelikte olmamalıdır. Ortak velâyete izin vermeyen hükümler karşısında tek başına velâyet, çocuğun ana babasıyla birlikte yaşama hakkını, onlar tarafından bakılma hakkını ihlal etmektedir. Zira ortak velâyet, boşanmadan sonra da her bir ebeveyn için çocuğun bakımına dâhil olma, onunla yaşama imkânı sağlamaktadır. Velâyet, ana babanın olduğu kadar çocuğun da hakkıdır; çocuğun sırf ebeveynlerinin medeni durumu yüzünden ana veya babasının birinin velâyetinden mahrum bırakılması onun yararını zedelemektedir.

5. Ana ve Babanın Sorumlulukları Bakımından Ortak Velâyet

Sözleşmenin 18. maddesi çocuk yetiştirilmesinde ana baba ve devletin sorumluluklarını düzenlemektedir. İlgili maddeye göre taraf devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana ve babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı göstermekle yükümlüdür. Çocuğun yetiştirilmesi ve gelişmesi sorumluluğu ilk önce ana ve düşmektedir. Bu hüküm, sözleşmenin 3. ve 5. maddesi ile birlikte ele alındığında, ana babaların çocuğun üstün yararını gözetmekten birinci derecede sorumlu olduklarını, bu sorumluluğun ancak Sözleşme ile çocuğa tanınan diğer haklar doğrultusunda kısıtlanabileceğini ortaya koymaktadır. Ana ve babaya, çocuğun yetiştirilmesinde ortak sorumluluk tanınması ve hukuki olarak ana ve babanın sorumluluklarının nasıl ele alındığı, sözleşmenin 18. maddesi kapsamında önem arz etmektedir. Bu bakımdan ortak velâyet, evlilik birliğinin boşanma

ile sona ermesi halinde ana babaya ortak ve eşit sorumluluk tanıdığından sözleşmenin 18. maddesinin amacına hizmet etmektedir.

V. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ORTAK VELÂYET

A. ALMAN HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

Alman hukukunda ana ve babanın hak ve sorumluluğu, üç önemli gelişme ile şekillenmiştir²²⁰. Bu gelişmelerden ilki, çocuğun ve çocuğun yararının velâyet düzenlemelerinde odak noktası haline gelmesidir. 1979 reformu ile ebeveyn hakları, ebeveyn sorumlulukları yönünde evrilmiştir. Böylece artık ana ve baba, çocuk üzerinde sadece birtakım haklara sahip değildir; ana baba ve çocuk arasındaki ilişki, ebeveyn bakımı (*elterliche Sorge*) olarak ifade edilen, ana ve babanın çocuğa karşı hem hakları hem de sorumlulukları olduğu yönündedir. İkinci olarak Medeni Kanunun kabulünden beri benimsenen babanın çocuk üzerindeki hâkimiyeti, kadın erkek eşitliğinin kabulü ile geçerliliğini kaybetmiştir. Kadın erkek eşitliği, ebeveyn sorumluluklarında da kabul edilmiştir. Üçüncü olarak evlilik dışı çocuklara yönelik ayrımcı hükümler kaldırılarak evlilik dışı çocuklar, ebeveyn bakımı yönünden evlilik içi çocuklarla eşit konuma getirilmiştir.

Alman Medeni Kanunu'na göre evlilik birliği içerisinde, çocuğun doğumuyla birlikte ana ve baba kendiliğinden velâyet ilişkisinin tarafı olur (BGB §1626). Ancak evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde çocuğun velâyeti eşlerden yalnızca birine verilmekteydi. 1982 yılında Federal Alman Anayasa Mahkemesi, boşanma sonrası ortak velâyete izin vermeyen BGB §1671/ IV hükmünü Anayasası'nın aileyi ve ebeveynlerin özgürlüğünü koruyan 6. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir²²¹. Bu kararın ardından

²²⁰ DETHLOFF, Nina, Parental Rights and Responsibilities in Germany, Family Law Quarterly, C: 39, S: 2, Y:2005, s. 315-316.

²²¹ KALTENBORN, K./LEMP, R., The Welfare of the Child in Custody Disputes after Parental Separation or Divorce, International Journal of Law, Policy and the Family, C: 12, S: 1 (1998), s. 75-77; İNCE, s. 202; KURT, Leyla Müjde, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Y: 2018, C: 9, S:2, s. 163.

Alman hukukunda 1997 yılında Çocuk Hakları Reformu Kanunu kabul edilmiş olup ortak velâyet Alman Medeni Kanunu § 1671'de düzenlenmiştir. Bu paragraf uyarınca boşanmadan sonra ebeveynlerin ortak velâyetinin devam etmesi kuraldır. Yani evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyet, mahkeme kararı olmaksızın kendiliğinden devam etmektedir. Şayet ana veya baba tek başına velâyet ilişkisine taraf olmak istiyorsa mahkemeye başvurmalıdır. Bu durumda eğer ebeveynler tek başına velâyet konusunda anlaşmışlarsa ve on dört yaşından büyük çocuğun tek başına velâyete itirazı yoksa ya da tek başına velâyet çocuğun yararına hizmet etmekteyse hâkim velâyeti ebeveynlerden birine bırakabilir (BGB § 1671/I). Eğer ana ve baba tek başına velâyet konusunda hemfikir değillerse bu durumda hâkim ancak çocuğun üstün yararına olduğu açıkça anlaşılıyorsa tek başına velâyete karar verebilir (BGB § 1697a).

Alman hukukunda ebeveynlerin boşanmasıyla ortak velâyet kural olarak devam etmekle birlikte²²² boşanmanın sonucu olarak çocuk, ana ve babanın ortak kararı ile veya mahkeme kararı doğrultusunda ebeveynlerinden biri ile ikamet etmektedir. Bu durumda çocuğun birlikte ikamet ettiği ebeveyni onun günlük işlerinde tek başına karar vermeye yetkilidir. Bu kararlar çocuğun yaşamındaki gündelik ve yaygın kararlar olup çocuğun gelişimi üzerinde önemli bir etkisi olmayan meselelerle ilgilidir. Çocukla ilgili önemli konularda ana ve babanın ortak bir karara varmaları beklenmektedir. Çocukla ilgili gecikmesinde sakınca bulunan önemli konularda ise her iki ebeveyn de ebeveyn sorumluluğu kapsamında karar vermeye yetkilidir (BGB §1687). Çocukla ilgili önemli kararlarda tarafların anlaşamaması halinde ise aynı evlilik birliğinde olduğu gibi hâkime başvurulması gerekmektedir.

Çocuğun nerede ve kiminle yaşayacağı da ana babanın ortak karar vermesi gereken konulardan biri olduğundan çocuğun birlikte ikamet ettiği ebeveyni veya diğer ebeveyn, çocuğun yerleşim yerini değiştirmeye tek başına karar veremez (BGB §1631). Aynı şekilde mahkeme de ebeveynlerden birinin itirazına rağmen çocuğun yerleşim yerini değiştiremez. Tek taraflı olarak çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkı ya tek başına velâyetin

²²² Almanya'da 2000 yılında boşanan çiftlerin %70'i ortak velayeti devam ettirmişlerdir. Yargıya yansıyan durumların %7'sinde mahkemeler ortak velayete, %21'inde annenin tek başına velayetine, %2'sinde ise babanın tek başına velayetine hükmedilmiştir. **DETHLOFF**, s. 324.

uygulandığı hallerde ya da çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkının taraflardan birine verildiği hallerde mümkün olabilir²²³.

B. İSVİÇRE HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

İsviçre’de aile hukuku, 1912 senesinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu’nda düzenlenmiş olup yaklaşık olarak altmış yıl boyunca hiçbir değişikliğe uğramamıştır. Ancak 1970’lerden itibaren, velâyet de dâhil olmak üzere çocukla ilgili pek çok farklı konuda adım adım birtakım değişiklikler ve reformlar yapılmıştır²²⁴.

İsviçre hukukunda evlilik birliğinin devamı boyunca ebeveyn bakımı (*elterliche sorge*) olarak ifade edilen velâyet, ana ve baba tarafından birlikte yürütülür. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ise 26.06.1998 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren boşanma hukuku revizyonuna kadar ebeveynlerden sadece biri velâyet ilişkisinin tarafı olabiliyordu. Bu revizyonla birlikte tek başına velâyetin yanı sıra belirli şartların varlığı halinde ortak velâyet de kabul edilmiş ve istisna bir düzenlenme olarak hukuk sistemindeki yerini almıştı. Bu değişikliğin gerekçesi olarak her iki ebeveyniyle de sıkı ve düzenli bir ilişki kuran çocukların boşanma sonrası travmatik süreci daha kolay atlattıklarının bilimsel olarak ispatlanmış olması ifade edilmişti²²⁵. Böylece ZGB Art.133/I’ e göre hâkim velâyeti taraflardan birine vermekle yükümlüydü. Ancak ZGB Art. 133/III’te öngörülen bazı şartların gerçekleşmesi halinde ana ve baba, aynı evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanma sonrasında da velâyeti ortak kullanma imkânına kavuşmuştu. ZGB Art. 133/III’e göre boşanma sonrası ortak velâyete karar verilebilmesi için gerçekleşmesi gereken ilk şart ana ve babanın ortak velâyete ilişkin müşterek bir talebinin bulunmasıydı. Yani ana ve babadan biri ortak velâyete karşı çıkarsa ortak velâyete karar verilemiyordu. Ortak velâyete karar verilebilmesi için kanun koyucunun aradığı ikinci şart ana ve baba tarafından çocuğun bakımının ve bakım

²²³ DETHLOFF, s. 319.

²²⁴ SCHWENZER, Ingeborg / KELLER, Tomie, Recent Developments In Swiss Family Law, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C:35, S: 1, Y: 2015, s. 1; BUCHLER, Andrea, Family Law in Switzerland: Recent Reforms and Future Issues, European Journal of Law Reform, C: 3, S: 3, Y: 2001, s. 277.

²²⁵ CANTIENI, s.54.

giderlerinin paylaşılmasını içeren bir anlaşmanın yapılmış olmasıydı. Son şart ise bu anlaşmanın ve ortak velâyetin hâkim tarafından çocuğun yararına hizmet ettiğine kanaat getirilmiş olmasıydı. Bu üç şartın varlığı halinde artık İsviçre hukukunda ortak velâyet istisnai bir düzenleme olarak mümkün kılınmıştı. Başka bir ifade ile kural boşanma sonrası tek başına velâyet olmakla birlikte belirli şartların varlığı halinde ortak velâyet düzenlemesi istisna olarak kabul edilmiş bulunmaktaydı. Bu istisna düzenlemeye rağmen boşanma sonrası ortak velâyet talepleri gittikçe artış göstermiştir. 2000 yılı itibariyle boşanma sonrası ortak velâyet uygulaması %15 iken 2010 yılına gelindiğinde bu oran %40'lara yükselmiştir²²⁶.

Artan toplumsal taleplere cevap verme noktasında 01.07.2014'te İsviçre'de yeni ebeveyn sorumluluğu kuralları yürürlüğe girmiştir. Bu değişikliklerin amacı, ebeveynlerin medeni hallerinden bağımsız olarak ortak ebeveyn sorumluluğunu ortaya koymak ve böylece evlilik dışı doğan çocuklar ile boşanmış veya ayrı yaşayan ebeveynlerin çocukları arasındaki ayrımcılığını ortadan kaldırmaktır²²⁷.

İsviçre Medeni Kanunu'nda meydana gelen son değişiklikler ile velâyetin amacının çocuğun yararı olduğu ZGB Art. 296/I ile ortaya konulmuştur. Ebeveynlerinin her ikisiyle de birlikte büyümesinin çocuğun üstün yararına olduğunu düşüncesinde hareketle kanun koyucu, aynı maddenin ikinci fıkrasında çocuğun ergin oluncaya kadar ana babasının velâyeti altında olduğunu düzenlemiştir. Böylece ana babanın velâyeti, onların medeni durumundan bağımsız olarak ele alınmıştır. Ana ve babanın çocuğu üzerindeki hak ve yükümlülükleri boşanmadan etkilenmemektedir. ZGB Art. 298'de ise çocuğun yararı bakımından velâyetin ebeveynlerden birine bırakılması gerekiyorsa tek başına velâyete karar verilebileceği ifade edilmiştir.

Boşanma halinde ZGB Art. 133/I gereği hâkim, öncelikle çocuğun velâyetini, ebeveynlerin sorumluluklarını, çocuğun gündelik yaşamına ilişkin hak ve yükümlülükler ile çocuğun yetiştirilmesini, çocukla kişisel ilişki kurulmasını, bakım masrafları ve nafaka

²²⁶ SCHWENZER, Ingeborg/ KELLER, Tomie, New Rules on Parental Responsibility in Switzerland (Kıs. New Rules), International Survey of Family Law, Y: 2014, s. 460.

²²⁷ SCHWENZER/ KELLER, New Rules, s. 457.

hususlarında karar verecektir. Hâkim, ana babanın taleplerini ve çocuğun görüşlerini de dikkate alarak çocuğun yararı ile ilgili tüm meseleleri düzenleyecektir (ZGB Art. 133/II). Ancak bu noktada hâkim ana babanın talepleri ile bağlı değildir²²⁸. Bu nedenle hâkim, ZGB Art. 298 kapsamında çocuğun yararı gerektiriyorsa tek başına velâyete de hükmedebilir. ZGB Art. 298 ve Art. 133 hükmü birlikte değerlendirildiğinde görüldüğü üzere boşanma sonrası ortak velâyet kural, tek başına velâyet ise istisna olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar ortak velâyet artık kural olsa da kendiliğinden uygulama alanı bulmamakta olup hâkim somut olay bakımından ortak velâyeti değerlendirmektedir. Hâkim yapmış olduğu değerlendirmede çocuğun yararı için velâyetin ebeveynlerden biri tarafından kullanılmasını öngörüyorsa Art. 298 kapsamında tek başına velâyete karar verebilecektir.

Boşanma sonrası ortak velâyette ebeveynler çocuğun gelişimi (ZGB Art. 302/I), dini (ZGB Art. 303) ve mesleki eğitimi (ZGB Art. 302), ismi (ZGB Art. 301/ IV), çocuğu temsili (ZGB Art. 304) gibi konularda ortak karar vermek zorundadır. Hiçbir ebeveyn, çocukla ilgili önemli konularda tek başına karar almaya ve uygulamaya yetkili değildir. Ancak çocuğun birlikte ikamet ettiği ebeveyni çocukla ilgili günlük ve acil işlerde ya da gösterilen bütün çabaya rağmen diğer ebeveyne ulaşamayan hallerde tek başına karar verebilir²²⁹(ZGB Art. 301/II). Burada kanun koyucu hangi meselelerin günlük veya acil olduğu ya da diğer ebeveynin kararının beklenemeyecek kadar ivedi olduğu noktasında ayrıntılı bir düzenleme getirmemiştir²³⁰.

İsviçre Medeni Kanunu'nda ortak velâyet kapsamında ebeveynlerin anlaşmazlığa düşmesi halinde bu anlaşmazlıkların çözümüne yönelik ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Ebeveynlerin ortak velâyet kapsamında anlaşmazlığa düşmeleri halinde doktrinde ZGB

²²⁸ SCHWENZER/ KELLER, New Rules, s. 461.

²²⁹ Doktrinde çocuğu birlikte yaşadığı ebeveynin çocuğun saç kesimine tek başına karar verebileceği; ancak çocuğun vücuduna dövme yapılması veya piercing takılmasına tek başına karar veremeyeceği; çocuğun hastaneye kaldırılması ve tedavi altına alınması gibi acil konularda veya diğer ebeveyne adres, e mail yoluyla ulaşamaması ya da bu yollarla kendisiyle iletişime geçilmesine rağmen uygun süre içerisinde yanıt vermemesi halinde tek başına karar verebileceği ifade edilmektedir. ERLÜLE, s. 195, dp. 187, 191' de yer alan yazarlar.

²³⁰ SCHWENZER/ KELLER, New Rules, s. 468.

Art. 172'ye göre evlilik birliğini koruyucu önlemlere başvurabilecekleri ya da bu durum çocuğun yararını tehlikeye sokuyorsa hâkimin ZGB Art. 307 vd maddelerinde düzenlenen çocuğu koruyucu önlemlere başvurabileceği ifade edilmektedir²³¹.

Çocuğun yerleşim yerini belirleme ebeveyn sorumluluğu kapsamına dâhildir (ZGB Art. 301a/2). Ebeveynler bu konuda anlaşılamazlarsa hâkim çocuğun hangi ebeveyniyle nerede yaşayacağını belirler. Ancak ebeveynlerden biri çocuğun yerleşim yerini değiştirmek isterse ve bu yerin yurtdışında olması veya yerleşim yeri değişikliğinin diğer ebeveynin ebeveyn sorumluluğunu yerine getirmesini önemli ölçüde engellemesi durumunda, diğer ebeveynin bu değişikliği onaylaması gerekir. Tek başına velâyetin söz konusu olduğu hallerde de velâyeti tek başına kullanan taraf çocuğun yerleşim yerini değiştirmek istiyorsa diğer tarafı bundan derhal haberdar etmek zorundadır (ZGB Art. 301a/3).

Burada hemen belirtelim ki 01.01.2017 tarihli revizyonu ile ortak velâyetin bir uzantısı olan alternatif himaye (*alternierende obhut*) ZGB Art. 298 hükmüne dâhil edilen ikinci fıkra ile düzenlenmiştir. ZGB Art 298/II' ye göre hâkim, ebeveynlerden birinin veya çocuğun talebi üzerine alternatif himayenin mümkün olup olmadığını inceleyecektir. Alternatif himaye, ortak velâyette çocuğun himayesinin ebeveynlerden ikisine de bırakılmasını ifade etmektedir. Yani bu durumda hâkim çocuğun yararına uygun görürse ebeveynler çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinden dönüşümlü olarak sorumlu olacaktır²³².

C. HOLLANDA HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

01.01.1998 tarihinde Hollanda'da boşanma sonrası ortak velâyet kural haline getirilmiştir. 1998 yılından itibaren boşanmaların % 90'ından fazlasında ortak velâyet uygulaması varlığını sürdürmektedir. Bu değişikliğin yapılmasına neden olan en önemli

²³¹ ERLÜLE, s. 196, dp. 193 ve dp. 194'te yer alan yazarlar.

²³² ERLÜLE, s. 236-242; YILMAZ, CANAN, Birlikte Velayet Çerçevesinde Alternatif(Dönüşümlü) Himaye, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyum Tebliğleri, İstanbul 2019, s. 33.

faktör, çocuğun iki ebeveyni ile birlikte büyüme hakkıdır²³³. Ana ve baba, ortak bir ebeveynlik protokolü hazırlamakta ve boşanma sonrası ortak velâyet bu protokol çerçevesinde yürütülmektedir.

Ebeveynler, boşanma veya ayrılık durumunda velâyetten doğan sorumluluklarının kullanılması konusunda anlaşmakta serbesttir. Ancak ebeveynlerin, mevcut ortak velâyet sorumluluklarına son vermek istemeleri durumunda mahkemeye başvurmaları gerekir. Ancak Hollanda hukukunda kural, ortak velâyet olduğundan boşanma sonrası tek başına velâyetle hükmedilmesi oldukça katı bir şekilde ele alınmaktadır. Böyle bir talep tek başına velâyet uygulamasına hükmedilmesi için yeterli olmayıp somut olayın koşulları bakımından ortak velâyetin çocuğun yararını tehlikeye düşürdüğüne kanaat getirilmiş olması gerekmektedir. Salt ebeveynler arası iletişimsizlik veya anlaşmazlık, ortak velâyetten tek başına velâyetle dönülmesi için yeterli değildir²³⁴.

D. İTALYAN HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

1978 tarihli İtalyan Boşanma Kanunu ile hâkime boşanma sonrasında ortak velâyetle karar verebilme yetkisi tanınmıştı. Bu dönemde hâkimler, ortak velâyetle kuşkuyla yaklaşmıştı. Özellikle ebeveynlerin birbirine coğrafi olarak yakın olmadığı veya aralarında anlaşmazlık olduğu durumlarda ortak velâyetle hükmedilmemişti²³⁵. Ancak toplumsal değişmelere ve taleplere bağlı olarak İtalya hukukunda “*Ebeveynlerin Ayrılması ve Çocukların Velâyeti Paylaşmalarının Tahsis Edilmesi*” hakkındaki 08.02.2006 tarih ve 54 sayılı Kanunun kabulü ile boşanma sonrası ortak velâyet uygulaması ve velâyet hükümlerin kapsamı Medeni Kanunun 155. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Bu reformun temelinde, iki kişinin çift olarak başarısız olmasının ana baba olarak da başarısız olduğu anlamına gelmeyeceği ilkesinin kabul edilmesi yer almaktadır. İtalyan yasa

²³³ **SPRUIJT**, Ed/ **DUINDAM**, Vincent, Joint Physical Custody in The Netherlands and the Well-Being of Children, Journal of Divorce and Remarriage, C: 51, S: 1, Y: 2010, s. 66.

²³⁴ **BOELE-WOELKI**, Katharina / **SCHRAMA**, Wendy/ **VONK** Machteld, European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities (Ed. **BOELE-WOELKI**, Katharina/ **BRAAT**, Bente/ **CURRY-SUMNER**, Lan), Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford, 2005, s. 306.

²³⁵ **ZAMBRANO**, Virginia, Allocating Child Shared Custody to Separating or Divorcing Couples, Law 54/2006, International Survey of Family Law, Y: 2008, s. 205.

koyucunun temel kaygısı, boşanan bir çiftin duygusal olarak üzücü veya rahatsız edici deneyimini hafifletmek ve bu travmatik deneyim sırasında bile çocuğun her iki ebeveyniyle olan ilişkisinin devam etmesini sağlamaktır²³⁶.

Yeni düzenleme ile Kanunun 155. maddesinin 3. fıkrası gereği boşanma ile ortak velâyet kanundan doğmakta olup sadece istisnai hallerde tek başına velâyete karar verilebilir. Ancak İtalyan Medeni Kanunu'na göre tek başına velâyetin söz konusu olduğu hallerde velâyet ilişkisine taraf olmayan ebeveynin bazı sınırlı ebeveyn sorumlulukları vardır. Velâyet ilişkisine taraf olmayan ebeveyn, diğer ebeveynin çocukla ilgili kararlarını denetleyebilme ve bu kararlar aleyhine hâkime başvurma imkânına sahiptir²³⁷.

İtalyan hukukuna göre ebeveynler, boşanma sonrası ebeveynlik sorumluluklarını düzenleyen bir anlaşma yapabilir. Bu anlaşma, hâkimin onayına tabidir. Hâkim, çocuğun yararına uygun görmediği hükümleri değiştirebilir. Şayet taraflar böyle bir anlaşma yapmamışlarsa, çocuğun kiminle yaşayacağı, tarafların çocuğun masraflarına katılım miktarı gibi hususlar hâkim tarafından düzenlenir²³⁸.

E. BELÇİKA HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

Belçika hukukunda ebeveyn sorumluluğu noktasında benimsenen kural hem evlilik birliği devam ederken hem de evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde ortak velâyettir. Belçika Medeni Kanunu'nun 374. maddesine göre ebeveynlerin velâyeti onların boşanmalarından veya ayrı yaşamalarından etkilenmemektedir. Kanun koyucu velâyet konusunda, ebeveynlerin medeni durumu bakımından herhangi bir ayırım gözetmemiştir²³⁹.

²³⁶ ZAMBRANO, s. 206.

²³⁷ PATTI, Salvatore/BELLISARIO, Elena/ROSSI CARLEO, Liliana, European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities (Ed. BOELE-WOELKI, Katharina/ BRAAT, Bente/ CURRY-SUMNER, Lan), Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford, 2005, s. 289.

²³⁸ PATTI/ BELLISARIO/ ROSSI, s. 306.

²³⁹ PINTENS, Walter/ PIGNOLET Dominique, European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities (Ed. BOELE-WOELKI, Katharina/ BRAAT, Bente/ CURRY-SUMNER, Lan), Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford, 2005, s. 276.

F. FRANSIZ HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

Fransız hukukunda ortak velâyet, 1978 yılında istisna bir kurum olarak ele alınmıştır. 04.03.2002 yılında gerçekleştirilen reform ile ortak velâyet, Fransız Medeni Kanunu'nun 373-2. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre velâyet, kural olarak ebeveynlerin boşanmasından etkilenmemektedir. Ebeveynlerin fiili ya da yasal ayrılığı veya boşanması durumunda kural ortak velâyettir. Bununla birlikte ebeveynler ortak velâyetin uygulamasında anlaşmazlığa düşerlerse hâkime başvuracaklardır. Bu durumda çocuğun yararı gerektiriyorsa hâkim, istisna olarak tek başına velâyete hükmedebilecektir²⁴⁰.

Fransız hukukuna göre ebeveynler velâyet ilişkisinden vazgeçemez veya devredemez. Ancak ebeveynler, ayrılık veya boşanma durumunda ebeveyn sorumluluklarının kullanılmasına ilişkin anlaşma yapabilir. Bu anlaşma sadece velâyetten doğan hak ve yükümlülüklerinin yerine getirilme şekliyle ilgilidir; yoksa bu hak ve yükümlülüklerin taraflar arasında paylaştırılması veya bölüştürülmesi değildir. Çünkü her bir ebeveynin velâyet sorumluluğu devam etmektedir. Ebeveynlerin yaptığı bu anlaşma, çocuğun yararına hizmet edip etmediği ve tarafların serbest iradeleriyle sözleşmeye onay verip vermedikleri noktasında hâkimin onayına tabidir²⁴¹.

G. LİTVANYA HUKUKUNDA ORTAK VELÂYET

Litvanya Medeni Kanunu'nun 3.153.maddesine göre ana veya babanın velâyetten hakkından feragat etmesi geçersizdir. Ana ve baba, ergin olmayan çocuklarının yetiştirilmesinden birlikte sorumludur. Bu durum boşanma halinde de geçerli olup ana babanın velâyeti boşanmadan etkilenmemektedir. Boşanma sonrası ortak velâyetten

²⁴⁰ **FERRAND** Frédérique, *European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities* (Ed. **BOELE-WOELKI**, Katharina/ **BRAAT**, Bente/ **CURRY-SUMNER**, Lan), Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford, 2005, s. 283

²⁴¹ **FERRAND**, s. 320-303.

etkilenen tek husus çocuğun malvarlığının yönetilmesi hususudur. Çocuğun malvarlığını yönetme hakkı onun birlikte yaşadığı ebeveyne aittir²⁴².

Litvanya hukukuna göre de ebeveynler, boşanma durumunda velâyetten doğan sorumluluklarını anlaşma ile düzenleyebilirler. Çocuğun birlikte ikamet edeceği ebeveyni, çocuğun masraflarına olan katılımlarını, çocukla olan ilişkilerini vs. hususlarda anlaşabilirler. Bu anlaşma hâkimin denetiminde tabidir. Ebeveynler böyle bir anlaşma yapmazlarsa bu hususlar mahkeme tarafından karara bağlanmaktadır. Hâkim ebeveynlerin yapmış olduğu anlaşmayı çocuğun yararı ve ebeveynler arası eşitlik noktasında inceleyecektir. Ancak böyle bir anlaşma ile taraflar ebeveynlik haklarından feragat edemezler, bu haklarını sınırlandıramazlar veya birbirlerine devredemezler. Ebeveynler arasında velâyetten doğan hak ve görevlerden feragat etme veya devretme konusundaki anlaşmalar geçersizdir²⁴³.

²⁴² **MIKELENAS**, Valentinas, *European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities* (Ed. **BOELE-WOELKI**, Katharina/ **BRAAT**, Bente/ **CURRY-SUMNER**, Lan), Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford, 2005, s. 290.

²⁴³ **MIKELENAS**, s. 306.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK AİLE HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE ORTAK VELÂYETİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI MESELESİ

I. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA VELÂYETİN KULLANILMASI

A. VELÂYETİN KULLANILMASI

1. Genel Olarak

Velâyet, ana baba için yüküm hak niteliğinde olduğundan ana ve baba velâyeti kullanmakla yükümlüdür²⁴⁴. Velâyetin kullanılması, TMK’ da ana ve babanın evli olup olmamasına göre düzenlenmiştir. Çalışmamızın bu kısmında velâyet ilişkisinin tarafı olarak velâyeti kullanmakla yükümlü kişilerin tespit edilebilmesi için yapılacak inceleme, ana ve babanın evli olup olmamasına göre tasnif edilecektir.

2. Evlilik Birliği İçerisinde Velâyetin Kullanılması

a. Ana ve Baba Evli ise Çocuğun Velâyeti

Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre çocuğun anası onu doğuran kişidir. Çocuğun anası ile olan soybağı doğumla birlikte kendiliğinden kurulur (TMK m. 282/I). Çocuk ile baba arasındaki soybağı ise farklı hukuki düzenlemelere tabi olup ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmü yoluyla kurulmaktadır (TMK m. 282/II). Böylece ana ile babanın evli olması durumunda velâyet, çocuğun doğumu ile birlikte kendiliğinden

²⁴⁴ ÖZTAN, s. 1079.

kazanılmakta ve evlilik birliğinin devamı sürecince ana baba tarafından birlikte kullanılmaktadır (TMK m. 336/I). Velâyet, ana ve babanın her birine diğerinden bağımsız olarak ve eşit bir şekilde tanınmıştır²⁴⁵.

Ebeveynlerin çocuğun doğumu anında evli olmaması ancak daha sonradan birbirleriyle evlenmeleri ihtimalinde ise çocuk evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olacağından ana baba velâyeti yine birlikte kullanacaktır (TMK m. 292).

Ana ve baba velâyetin kullanılması konusunda anlaşmazlığa düşerlerse TMK m. 195/I hükmü gereği ayrı ayrı veya birlikte hâkime başvurabilir. Ana ve baba arasındaki anlaşmazlığın çözümünde TMK m. 195 hükmü yetersiz kalır ve çocuğun menfaati ve gelişimi tehlikeye düşerse bu sefer çocuğun korunmasına ilişkin TMK m. 346 hükmü devreye girecektir.

Evlilik birliğinin devamı boyunca velâyetin ana baba tarafından birlikte kullanılması kural olmakla birlikte öğretide eşlerden birinin hastalık, askerlik, tutukluluk gibi fiili bir imkânsızlık nedeniyle bu hakkını kullanamayacak durumda olması halinde, diğer eşin tek başına velâyeti kullanacağı kabul edilmektedir²⁴⁶. Bu durumda velâyeti tek başına kullanan taraf, diğer eşle birlikte önceden belirledikleri ilkelere göre hareket etmeli ve acil olmayan durumlarda diğer tarafa bilgi vermelidir²⁴⁷. Yine evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde velâyet, sağ kalan eş tarafından tek başına kullanılacaktır (TMK m. 336/III, c.1).

b. Ortak Hayata Son Verilmesi ve Ayrılık Durumunda Çocuğun Velâyeti

Ortak hayat sebebiyle eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşerse eşler kanun gereği hâkim kararı olmaksızın ayrı yaşama hakkına sahiptir (TMK m. 197/I). Evlilik birliği devam etmekle birlikte eşlerin ortak hayata ara vermeleri velâyetin kullanılmasını etkilemez; eşler velâyeti birlikte

²⁴⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 342.

²⁴⁶ YÜKSEL, s. 43; USTA, s. 109; OĞUZMAN/DURAL, s. 275; AKYÜZ, Çocuk Hukuku, s. 215.

²⁴⁷ AKYÜZ, Çocuk Hukuku, s. 215.

kullanmaya devam ederler. Ancak ana ve baba ayrı yaşıyorlarsa, hâkim TMK m. 197/IV hükmü gereği ana baba ve ergin olmayan çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyecek ve gerekli önlemleri alacaktır. Bu kapsamda velâyetin eşlerden birine bırakılması mümkündür²⁴⁸.

TMK m. 170 kapsamında hâkim kararıyla eşlerin ayrılığına hükmedilmesi ise onların birlikte yaşamaya ara vermesinden farklıdır. Boşanma davası açmaya hakkı olan eşin ayrılık davası açması halinde (TMK m. 167) veya boşanma davasının açılıp boşanma sebeplerinden birinin ispatlanması durumunda hâkim boşanma yerine ayrılığa hükmedebilir²⁴⁹.

TMK m. 336/II' ye göre ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Bu hükme göre hâkim ebeveynlerin velâyeti birlikte kullanmaya devam edeceklerine karar verebileceği gibi çocuğun yararını göz önünde bulundurarak velâyet ilişkisinin tarafı olarak eşlerden birini de tayin edebilir²⁵⁰. Doktrinde TMK m. 170, m. 197 ve m. 336/II hükümlerinin birlikte değerlendirilmesiyle eşler tarafından ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hâlinde ortak velâyetin kural, tek başına velâyetin istisna olduğu kabul edilmektedir²⁵¹. Dolayısıyla ayrılığın son bulması veya yeniden ortak yaşamın kurulması ihtimali de göz önünde bulundurularak eşlerden birinin veli sıfatı sonlandırılırken ihtiyatlı yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir²⁵².

3. Ana Baba Evli Değilse Çocuğun Velâyeti

Ana ve baba evli değilse, ebeveynler fiilen birlikte yaşıyor olsalar veya baba ile çocuk arasında hukuken geçerli bir soybağı ilişkisi kurulmuş olsa dahi TMK m. 337/I

²⁴⁸ ÖZTAN, s. 1089; USTA, s. 110.

²⁴⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 132; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 275.

²⁵⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 25; ÖZTAN, s. 1088; USTA, s. 110.

²⁵¹ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 81; BAYGIN, s. 265; USTA s. 111.

²⁵² USTA, s. 111; AKYÜZ, Çocuk Hukuku, s. 217.

hükmüne göre velâyet anaya aittir²⁵³. Ancak ana küçük, kısıtlı²⁵⁴, ölmüş veya velâyet kendisinden alınmış ise hâkim çocuğun menfaatine göre ya çocuğa vasi atar ya da çocuğun velâyetini çocuk ile tanıma veya babalık davası yoluyla soybağı kurulmuş olan babaya verir (TMK m. 337/II). Çocuğun doğumu anında ergin olmayan ananın erginliğe ulaşmasıyla veya kısıtlılık kararının kaldırılmasıyla velâyeti haiz olacağı anlaşıyorsa, çocuğun velâyetinin babaya verilmesi yerine vasi atanmasının daha yerinde olduğu ifade edilmektedir²⁵⁵. Çocuğun doğumu anında evli olmayan ana ve babanın sonradan evlenmesi halinde, çocuk kendiliğinden ana ve babasının ortak velâyetine tabi olur (TMK m. 292).

Bir diğer ihtimal de ana ve babanın çocuğun doğumundan önce boşanmış olmaları halidir. Bu durumda evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası babalık karinesi gereği kocadır²⁵⁶ (TMK m.285/I). Ancak, çocuğun velâyeti açısından dava açılarak velâyetin düzenlenmesi gerekir; hâkim kararına kadar çocuğun velâyeti askıdadır²⁵⁷. Velâyetin yeniden düzenlenmesine yönelik bir talep bulunmadığı müddetçe TMK m. 337/I gereği çocuğun velâyeti doğumla birlikte anaya ait olacaktır²⁵⁸.

²⁵³ Evlilik dışı birlikteliklerde velayetin sadece anaya veya belli hallerde babaya ait olması; ancak velayetin ana ve babanın her ikisine birlikte verilmemesine yönelik eleştiri için bkz. **SEROZAN**, Çocuk, s. 255; **USTA**, s. 124.

²⁵⁴ Türk Medeni Kanunu kapsamında velayetin kazanılmasında kısıtlılık kararının evli eşler bakımından engel teşkil etmemesine rağmen evli olmayan ananın velayetini engellemesine ilişkin eleştiri için bkz. **GRASSINGER**, Alınacak Tedbirler, s. 14.

²⁵⁵ **ÖZTAN**, s. 1092; **AKYÜZ**, Çocuk Hukuku, s. 221; **GRASSINGER**, Alınacak Tedbirler, s. 13.

²⁵⁶ Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinden sonra üç yüz gün içerisinde doğan çocuğun babası koca olmakla birlikte şayet ana bu süre içerisinde başka birisiyle evlenmişse karinelerin çakışması gündeme gelir. Çünkü bu durumda çocuk evlilik birliği içerisinde doğduğu için baba ikinci koca olmaktadır (TMK m. 285/I) . Bu durum *karinelerin çakışması* başlığı altında TMK m. 290 ile açıkça düzenlenmiştir. TMK m. 290 hükmüne göre çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Böylece kanun koyucu karinelerin çakışması halinde ikinci koca lehine bir karine kabul etmiştir. Ancak bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır (TMK m. 290/II). Çocuğun ikinci kocadan olmadığının tespitini koca (TMK m. 286), diğer ilgililer (TMK m. 291) ve çocuk isteyebilir (TMK m. 286/II). **ÖZTAN**, s. 876; **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 331-333; **DURAL/OĞUZ/GÜMÜŞ**, s. 255.

²⁵⁷ Yargıtay 2.HD E: 2015/21193 K: 2016/2044 T: 09.02.2016:”...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 A.E’nin velayeti askıda kalmıştır. Mahkemece öncelikle çocuğun velayeti konusunda düzenleme yapması gerekirken, bu yönün gözetilmemesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir. .”

4. Boşanma Halinde Çocuğun Velâyeti

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyet, çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK m. 336/III). Boşanma halinde, velâyet ilişkisinin tarafı belirlenirken hâkimin çok geniş bir takdir yetkisi vardır. Hâkim, çocuğun kimin yanında en iyi yetiştirileceğini, ana babanın sosyal ve ekonomik durumuna, kişisel özelliklerine bakarak ve uzman bilirkişilerden görüş alarak çocuğun yaşı, cinsiyeti, eğitim durumu, istekleri gibi özelliklerini de irdelemek suretiyle ve eğer çocuk yeterli idrak gücüne sahipse çocuğu da dinleyerek karar verecektir²⁵⁹. Velâyet ilişkisinin tarafı olmayan eşin çocuk üzerindeki velâyeti sona ererken, bu ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulmaktadır.

Boşanma ile velâyet ilişkisinin tarafı olarak belirlenen ebeveynin ölümü, kısıtlanması veya kendisinden velâyetin kaldırılması halinde velâyet kendiliğinden diğer eşe geçmez; hâkim velâyeti diğer eşe verebileceği gibi duruma göre çocuğa üçüncü bir kişiyi de vasi olarak atayabilir²⁶⁰.

Yargıtay 2.HD E. 2016/11503 K. 2016/12563 T. 28.06.2016:”... Toplanan delillerden, tarafların 03.05.2001 tarihinde kesinleşen kararla boşandıkları, dava konusu küçük U...un boşanmadan sonra 05.01.2002 tarihinde doğduğu ve baba hanesinde nüfusa kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün geçmeden doğan çocuğun babası kocadır (TMK m. 285/1). Davacı annenin boşandığı eşi davalı ile küçük U...arasında annenin beyanına göre soybağı kurulmuştur. Davalı baba tarafından dava konusu küçüğün soybağı da reddedilmediğine göre, küçüğün askıda olan velayetinin düzenlenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.”

Yargıtay 2. HD E. 2006/20405 K. 2006/17343 T. 11.12.2006:”...Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır (TMK. m.285/1). Taraflar 02.06.2000 tarihinde kesinleşen karar ile boşanmış olup küçük Sinem'in 28.08.2000 tarihinde doğmuş olduğu anlaşılmakla velayeti askıdadır. Küçük Sinem'in velayetinin düzenlenmesi konusunda bir karar verilmesi gerekirken evlilik dışı çocuk kabul edilerek velayetin anaya ait olduğunun kabulü usul ve yasaya aykırıdır.”

²⁵⁸ KOÇOĞLU, Safa, Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul 2018, s.38.

²⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERTUĞRUL, Nafi / ERTUĞRUL Tuba, Uygulamada Boşanma Davaları, C:2, Ankara 2011, s. 1475 vd; GENÇCAN, Ömer Uğur, Aile Hukuku (Aile), Ankara 2011, s. 1559-1561; AKYÜZ, Çocuk Hukuku, s. 217; USTA, s. 112; KARACA, s. 66.

²⁶⁰ GRASSINGER, Alınacak Tedbirler, s. 11; ÖZTAN, s. 1090; KARACA, s. 63; USTA, s. 114; BAKTIR ÇETİNER, s. 42; Yargıtay 2.HD E. 2016/10029, K. 2016/10849, T. 02.06.2016:”...Boşanma kararıyla velayet kendisine verilen tarafın ölümü halinde velayet sağ kalan ebeveyne kendiliğinden geçmez. Velayet sahibi baba öldüğüne göre çocuk yasal temsilden yoksun haldedir. Bu durumda, davada çocuğu temsil etmek, hak ve menfaatlerini korumak için çocuğa temsilci atanması gereklidir (Çocuk Haklarının

B. VELÂYETİN KULLANILMASINA İLİŞKİN İLKELER

1. Çocuğun Yararı İlkesi

Velâyetin kullanılmasına ilişkin en önemli ilke çocuğun yararı ilkesidir. Çocuğun yararı adeta çocuk hukukunun anayasası niteliğindedir²⁶¹. Çocuğu ilgilendiren bütün konuların çocuğun yararı ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir ki velâyetin kullanılmasında da gözetilmesi gereken en önemli unsur çocuğun yararadır²⁶². Çocuğun yararı, öğretide çocuğun esenliği²⁶³, yararı²⁶⁴, üstün yararı²⁶⁵, menfaati²⁶⁶, güvenliği²⁶⁷ gibi farklı terimlerle ifade ediliyor olsa da içerikleri bakımından hepsi özünde aynı şeyi ifade etmektedir. Çocuğun yararı, BMÇHS m. 3'te ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m.1'de çocuğun üstün yararı, Kadınlara Dair Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 5. ve 16. maddelerinde çocuğun menfaati, TMK' da m. 305/II' de küçüğün yararı, 317/I' de küçüğün menfaati, m. 325/I' de, m. 337/II' de, m. 346'da ve m. 349/II' de çocuğun menfaati terimleri ile belirtilmiştir. Bununla birlikte çocuğun yararı kavramı, uluslararası andlaşmalarda veya TMK' da tanımlanmış değildir.

Doktrinde, çocuğun yararı kavramının genel bir tanımının yapılamayacağı, bu kavramın somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gereken esnek bir kavram olduğu ifade edilmiştir²⁶⁸. Çocuğun yararı en genel haliyle çocuğun fiziksel, zihinsel, manevi, ahlaki, psikolojik, sosyal gelişimini kapsayan ve bütün yönleriyle onun güvende

Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m.4/1). O halde, çocuğun haklarının gözetilip korunması ve temsili için Türk Medeni Kanununun 426. maddesi gereğince çocuğa kayyum tayini için ihbarda bulunup, atanan kayyımın davaya dâhil edilmesi, gösterdiği takdirde delilleri toplam, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik hasım ve eksik inceleme ile yargılamaya devam edilerek, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”

²⁶¹ ÖZTAN, s. 1137.

²⁶² SEROZAN, Çocuk, s. 65.

²⁶³ OĞUZMAN/DURAL, s. 303.

²⁶⁴ SEROZAN, Çocuk, s. 65; USTA, s. 136; ABİK, s. 8.

²⁶⁵ KARACA, s. 82; AKYÜZ, s. 46.

²⁶⁶ GRASSINGER, Alınacak Tedbirler, s. 57.

²⁶⁷ İNAN, s. 104; AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s. 113.

²⁶⁸ GRASSINGER, Alınacak Tedbirler, s. 58; USTA, s. 137; KARACA, s. 83; YÜKSEL, s. 92.

olması halini ifade eden bir terimdir²⁶⁹. Başka bir deyişle çocuğun yararı çocukla ilgili kararlar alırken ve bu kararları uygularken onun bedensel, zihinsel, ruhsal, sosyal, ahlaksal yani bütün gelişimini kapsayacak şekilde somut olayın şartlarına göre ve çocuğun yapısına uygun olarak hareket edilmesi olarak ifade edilebilir. Zira çocuğun yararı onun yaşına, cinsiyetine, eğitimine, yaşadığı çevreye, ailesi ile olan ilişkilerine, ilgi ve yeteneklerine göre değişen göreceli bir kavram olduğundan münferit olay bazında her bir çocuk için ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Öğretide ifade edildiği üzere çocuğun yararının belirlenmesinde çocuğun farazi iradesinin tespit edilmesi, yani çocuğun ayırt etme gücüne sahip bir yetişkin olması halinde kendisiyle ilgili konularda, kendi yararı için ne şekilde karar vereceğinin saptanması ve buna uygun olarak hareket edilmesi gerekir²⁷⁰.

Ana ve baba velâyeti kullanırken çocuğun yararını gözetmekle mükelleftir. Zira ana ve baba çocuğun sahibi değildir; velâyet ana ve babaya mutlak ve sınırsız bir hâkimiyet tanımaz. BMÇHS m. 18 ile ana ve baba, çocuğun yararına uygun davranmakla sorumlu tutulmuştur. TMK m. 339 ve m. 340 ile ana ve babanın velâyet ilişkisinden doğan hak ve görevlerinin en temel sınırının çocuğun yararı olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Velâyet ilişkisinden doğan görevlerin gereği gibi kullanılmaması halinde çocuğun yararı tehlikeye düşüyorsa bu durumda çocuğun korunmasına yönelik tedbirler uygulama alanı bulacaktır (TMK m. 346).

2. Çocuğun Görüşünün Dikkate Alınması İlkesi

Çocuğun görüşünün dikkate alınması ilkesi, çocuğun kendisini ilgilendiren konularla ilgili bilgi sahibi olması ve kendisine düşüncelerini ifade etme imkânı sunulması hususunda çocuğun yararının korunmasına hizmet eden bir ilkedir. Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerinde düzenlenen ifade özgürlüğü, BMÇHS m. 12, m. 13 ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 3 çocuğun görüşünü ifade edebilmesi ile

²⁶⁹ USTA, s. 138; ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Ankara 2019, s. 62.

²⁷⁰ GRASSINGER, Alınacak Tedbirler, s. 60.

ilgilidir. TMK m. 339/III ile ortaya konulan çocuğa hayatını düzenleme imkânı sunulması da bu ilkenin bir yansımasıdır. Çocuğun görüşünün dikkate alınması, öğretide çocuğun katılım hakkı olarak da ifade edilmektedir²⁷¹.

Çocuğun görüşünün dikkate alınmasında çocuğun yaşı, eğitimi, olgunluk seviyesi göz önünde bulundurulacaktır. Ayırt etme gücüne ve fikirlerini ifade edebilme yeteneğine sahip her çocuk, kendisi ile ilgili konularda görüşünü serbestçe dile getirebilmelidir. Ana ve babanın velâyeti kullanırken çocuğun görüşünü açıklamasına imkân tanınması aile içi demokrasinin de bir yansımasıdır²⁷². Böylece çocuğun kendisi ile ilgili işlemlerde karar alma sürecine katılması dolayısıyla kişiliğinin her yönüyle en iyi şekilde gelişmesine katkı sağlanmış olur. Ancak çocuğun görüşünün alınması nedeniyle çocuğa herhangi bir sorumluluk yüklenemez²⁷³.

Çocuğun görüşünün dikkate alınması için çocuk görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olmalıdır. Çocuğun yararını tehlikeye düşürecekse ana ve baba çocuğun görüşlerini dinlemeyebilir. Yine ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun beyan ettiği arzu ve iradesi somut olay bazında sınırlı olarak dikkate alınmalıdır²⁷⁴. Görüldüğü üzere çocuğun görüşünün dinlenilmesi ve dikkate alınmasında ya da alınmamasında da sınır yine çocuğun yararının korunmasıdır.

II. TÜRK AİLE HUKUKUNDA BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYETİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞINA YÖNELİK İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

A. GENEL OLARAK

Türk aile hukukunda boşanma sonrası velâyet ilişkisinin tarafının nasıl tespit belirleneceği meselesi iki hüküm ile düzenlemiştir. Bunlardan ilki TMK' nın Aile Hukuku

²⁷¹ **ERBAY**, Ercüment, Çocuk Katılımı, Ankara 2016, s. 11.

²⁷² **SEROZAN**, Çocuk, s. 68.

²⁷³ **KARACA**, s. 87.

²⁷⁴ **GRASSINGER**, Çocuğun Menfaati, s. 846.

kitabının birinci kısmının boşanma hükümlerini düzenleyen ikinci bölümünde yer alan *VIII. Çocuklar Bakımından Ana Babanın Hakları/ 1. Hâkimin Takdir Yetkisi* kenar başlıklı “*Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.*” şeklindeki TMK m. 182/II hükmüdür. Diğer hüküm ise aile hukuku kitabının hısımlık ilişkilerini düzenleyen ikinci kısmının birinci bölümünün altıncı ayrımında velâyet hükümleri içerisinde yer alan *II. Ana ve Baba Evli* ise kenar başlıklı “*Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” şeklindeki TMK m. 336/III hükmüdür. İlgili hükümler kapsamında, eşlerin boşanmasına karar verilmesi halinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Tartışmaların temel noktası m. 182/II ve m. 336/III hükümlerinin emredici nitelikte olup olmadığı hususudur. Bu hususta doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Türk aile hukuku kapsamında boşanma sonrası ortak velâyetin mümkün olup olmadığı meselesi tartışılırken AİHS Ek 7. Protokol yürürlüğe girmiştir. Akabinde Yargıtay’ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği şeklinde içtihat değişikliği, uluslararası andlaşmaların iç hukukumuzda etkisi bakımından tartışmalara yeni bir boyut kazandırmıştır.

B. MEVCUT YASAL DÜZENLEMELERİN EMREDİCİ NİTELİKTE OLDUĞU VE ORTAK VELÂYETE İZİN VERMEDİĞİ GÖRÜŞÜ

Türk Medeni Kanunu’nun mevcut hükümleri doğrultusunda boşanma sonrası ortak velâyetin mümkün olup olmadığıyla ilgili doktrinde ileri sürülen ilk görüş, ilgili hükümlerin emredici nitelikte olduğu yönündedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre boşanma sonrası çocuğun velâyeti kanunun amir hükümlerinde açıkça ifade edildiği üzere eşlerden yalnızca birine verilebilir. Çocuğun velâyeti kendisine bırakılan ana veya baba, velâyeti tek başına kullanacaktır²⁷⁵. TMK m. 336/III’te yer alan “*Velâyet, ...boşanmada*

²⁷⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 247; TEKİNAY, s. 484; SAYMEN/ELBİR, s. 369; İNAN, Çocuk Hukuku, s. 126; VELİDEDEOĞLU, s. 353; OĞUZOĞLU, Velayetin Ehemmiyeti, s. 12; OĞUZOĞLU, Aile s. 244; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 507; FEYZİOĞLU, s. 575;

ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” ifadesi, hâkimin çocuğun yararını gözeterek çocuk için ana veya babadan birini seçmesi ve onu veli olarak belirleme yetkisini ifade etmektedir. Hâkim, ana ve babanın her ikisini de velâyeti yürütmeye yeterli görse dahi mevcut yasal düzenlemeler karşısında ortak velâyete hükmedemeyecektir. Nitekim Yargıtay da yakın zamana kadar boşanma sonrası ortak velâyeti kanunun sistematığına²⁷⁶ ve hatta ortak velâyete ilişkin tenfiz taleplerini Türk kamu düzenine aykırı bularak reddetmiştir²⁷⁷.

HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK’ e göre TMK m. 336/III hükmü emredici bir hükümdür. Bu kapsamda hâkim boşanma sonrası çocuğun velâyetini eşlerden birine vermek zorundadır ve çocuğun velâyeti çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. Eşlerin velâyeti ortak kullanma yönünde yapmış oldukları anlaşmalar da geçersizdir²⁷⁸. Yazarlara göre boşanma sonrası ortak velâyet konusunda kanunda boşluk değil menfî çözüm vardır ve yazarlar *de lege ferenda* bir öneri olarak kanuna bu yönde bir hüküm konulmasını tasvip etmediklerini, zira bu durumun boşanmış olan ebeveynlerin çocuk üzerindeki velâyet savaşlarını devam ettirmelerine sebep olacağını ifade etmiştir²⁷⁹. Ancak yazar, eserinin son basısında ortak velâyete tereddütle yaklaşmakla birlikte Avrupa hukuku etkisiyle yakın bir gelecekte ortak velâyetin kabul edilebileceğini veya kanunda açık bir düzenleme yapılabileceğini belirtmiştir²⁸⁰.

HATEMİ/SEROZAN da evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyetin ana veya babadan birine tevdiî edilmesi gerektiği yönündeki geleneksel düzenlemenin artık eleştirilmeye başlandığını ve ana babanın anayasal haklarına aykırılık teşkil ettiğini

ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1015; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 275; **ABİK**, s. 32; **AKYÜZ**, Velayet ve Çocuğun Korunması, s.120; **AKKURT**, s. 101.

²⁷⁶ Boşanmaya hükmeden mahkemenin, velayet kamu düzeninden olduğundan, velayeti ana veya babadan birine bırakması gerektiğine dair kararlar için bkz. Yargıtay HGK. E. 2012/2-794 K. 2013/310 T. 06.03.2013; Yargıtay 2. HD. E. 2014/12348 K. 2014/25544 T. 11.12.2014; Yargıtay 2. HD E. 2013/18235 K. 2014/15 T. 13.01.2014.

²⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, IV, B.

²⁷⁸ **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 188.

²⁷⁹ **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 132.

²⁸⁰ **HATEMİ**, Hüseyin, Aile Hukuku, İstanbul 2019, 7. Baskı, s. 183.

belirterek; ana ve babanın ortak talebi varsa ve bu durum çocuğun çıkarına da uygunsa velâyetin ana ve babaya birlikte verilmesinin uygun olduğunu ifade etmiştir²⁸¹.

BAKTİR ÇETİNER de TMK'nın açık hükümleri karşısında boşanma sonrası çocuğun velâyetinin taraflardan yalnızca birine bırakılabileceği ifade etmiştir. Yazara göre velâyetin boşanma sonrası ortak kullanımı kanunun sistematğine aykırı olup Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir²⁸². Ancak yazar eserinin ilerleyen bölümlerinde boşanmanın velâyetin kaldırılması sebebi olmadığını belirtmiştir. Yargıtay'ın boşanma sonrası ortak velâyetin mümkün olmadığına yönelik kararları bulursa da bu görüşün yavaş yavaş terk edildiğini tespit etmiştir. Ayrıca eşlerin fiilen ayrı yaşadıkları durumlarda velâyet haklarının sona ermediğini, boşanmanın da fiilen ayrı yaşamadan fazla bir şey olmadığını, boşanma ile ayrı yaşama arasındaki tek farkın resmi işlemler olduğunu ifade etmiştir²⁸³. Yazara göre boşanma halinde velâyet tamamen sona erdirilmemeli, velâyetin kaldırılmasını gerektiren bir sebep bulunmadıkça asıl olan velâyetin devam etmesi olmalıdır. Çocuğun fiili bakımını üstlenmeyen ebeveyn de çocuğun ismine, eğitimine müdahale edebilmelidir. Aksi halde sadece nafaka ödeyen bu ebeveyn adeta ana ve baba olmanın faturasını ödeyen kişi konumuna gelecektir²⁸⁴. Velâyet düzenlemelerinde temel nokta çocuğun yararı olduğuna göre velâyet kendisine bırakılmayan ebeveyn de çocuğun yararına olan isteklerini ileri sürebilmelidir ve hatta gerekirse hâkime başvurabilmelidir.²⁸⁵

BAYGIN' a göre kanun koyucunun boşanma sonrasında çocuğun velâyeti konusunda kabul ettiği ilke velâyetin kullanılmasının taraflardan yalnızca birine bırakılmasıdır. TMK m. 336/III ve m. 182/II lafzı bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. İlgili hükümler kapsamında boşanma sonrası asıl olan tek başına velâyettir. Ancak anlaşmalı boşanmalarda eşlerin ortak velâyet konusunda müşterek taleplerinin olması ve

²⁸¹ **HATEMİ/SEROZAN**, s. 370.

²⁸² **BAKTİR ÇETİNER**, s. 48.

²⁸³ **BAKTİR ÇETİNER**, s. 109.

²⁸⁴ **BAKTİR ÇETİNER**, s. 91.

²⁸⁵ **BAKTİR ÇETİNER**, s. 91.

bu durumun çocuğun yararına olacağının anlaşılması halinde ortak velâyete istisnai olarak izin verilmelidir²⁸⁶.

ERBAY'a göre de TMK m. 182/II 'ye göre boşanma halinde velâyet eşlerden yalnızca birine verilecek olup kanun koyucu eşlere boşanma sonrası ortak velâyeti tanımamaktadır²⁸⁷. Ancak yazara göre bu hüküm özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile aşılmış olup Anayasa Mahkemesinin denetimine sunulması, yasamanın erkinin harekete geçirilmesi gerekmektedir²⁸⁸.

Öğretide *ÇELİKEL* de ilgili hükümler kapsamında boşanma sonrası velâyetin eşlerden yalnızca birine verilebileceğini ifade etmiştir²⁸⁹. Yazara göre aralarındaki evlilik birliği boşanma ile sona eren ebeveynlerin bir araya gelerek velâyeti birlikte kullanabilmeleri artık mümkün değildir.

AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN' a göre çocuk boşanma kararı ile hangi tarafa bırakılmışsa sadece o taraf tek başına velâyet ilişkisinin tarafı olabilir ve diğer eşin çocuk üzerindeki velâyeti boşanma ile sona erer. Boşanma kararı ile evliliğin kesin olarak sona ermesi velâyetin taraflardan birine bırakılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla yazarlara göre Türk aile hukukunda boşanma sonrası ortak velâyet mümkün görülmemektedir²⁹⁰. Ancak yazarlar eserlerinin son basısında AİHS Ek 7 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle, dava dosyasından çocuğun yararına aykırı olduğu açıkça anlaşılmıyorsa boşanma sonrası velâyetin ana ve babaya ortak verilmesi artık mümkün olduğunu ifade etmiştir²⁹¹.

²⁸⁶ **BAYGIN**, s. 268.

²⁸⁷ **ERBAY**, İsmail, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Kanunu'ndaki Velayet Hakkının Kaldırılması Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İÜHFD, C: 3, S:2, Y: 2012, s. 23.

²⁸⁸ **ERBAY**, s. 24.

²⁸⁹ **ÇELİKEL**, Serdar, Çocuk Haklarına Dair Uluslararası andlaşmalar Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012, s.66.

²⁹⁰ **AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 16.Bası, İstanbul 2014, s. 310, s. 408.

²⁹¹ **AKINTÜRK/ ATEŞ**, s. 313

Öğretide *DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ*, boşanma halinde çocuğun velâyetinin eşlerden birine ait olduğunu ifade etmiş, ortak velâyetle ilgili daha fazla bir açıklamada bulunmamışlardır²⁹².

YILDIRIM, TMK m. 336/III hükmünden bahsederek velâyetin boşanma halinde çocuğun kendisine bırakılan tarafa ait olduğunu, hâkimin velâyeti her iki tarafa da bırakamayacağını ifade etmiştir²⁹³.

Öğretide *KURT* da aynı görüşü savunmaktadır. Yazara göre TMK m. 336/III hükmünün lafzı açık olup ana veya babadan sadece biri boşanma sonrasında velâyet ilişkisinin tarafı olabilir. Hükümde yer alan *taraf* ifadesi *taraf veya taraflara* şeklinde anlaşılamayacak olup burada kanun koyucu ortak velâyet konusunda menfi bir çözüm kabul etmiştir²⁹⁴.

C. MEVCUT YASAL DÜZENLEMELERİN EMREDİCİ NİTELİKTE OLMADIĞI VE ORTAK VELÂYETE İZİN VERDİĞİ GÖRÜŞÜ

Doktrinde yer alan ve giderek ağırlık kazanan diğer görüş ise TMK m. 182/II ve m. 336/III hükümlerinin emredici nitelikte olmadığı yönündedir²⁹⁵. Bu görüşe göre mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde boşanma sonrası ortak velâyetle hükmedilebilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Türk aile hukuku bakımından ortak velâyetin mümkün olup olmadığını tartışan ilk yazarlardan biri olan *KOÇHİSARLIOĞLU*’ na göre TMK m. 182/II ve m. 336/III hükümlerinin lafzından yola çıkarak boşanma halinde hâkimin velâyeti eşlerden yalnızca

²⁹² *DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ*, s. 342.

²⁹³ *YILDIRIM*, Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014, 1. Baskı, s.152.

²⁹⁴ *KURT*, s. 172.

²⁹⁵ *GÜLGÖSTEREN*, Zeynep Ayza, Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, S: 2, Y: 2017, <https://jurix.com.tr/article/8153>, s. 10-11; *AYBAY*, Erdem/ŞEN, Bülent, Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu, Prof. Dr. Turhan Erener’e Armağan Cilt 2 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, S: 1, Y: 2016, <https://jurix.com.tr/article/5562>, s.6; *SÜZEN*, Begüm, Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 10, S: 133, Y: 2015, <https://jurix.com.tr/article/4615>, s. 4-5.

birine verebileceği sonucu kesin bir şekilde çıkarılamayacağı gibi aksi yöndeki düşünce kanun hükümlerinin abartılmasından ibarettir²⁹⁶. TMK m. 182/II velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşten, m. 336/III ise çocuk kendisine bırakılan taraftan bahsetmektedir. Yazara göre bu hükümlerden velâyetin boşanma sonrasında mutlak ve kesin olarak eşlerden yalnızca birine bırakılabileceği sonucu çıkarılamaz. Kaldı ki kanun metni yoruma muhtaç olup *eş ve taraf* kelimeleri ile aslında çocuğun velâyetinin yalnızca bir eşe bırakılması ihtimali düzenlenmiştir²⁹⁷. Yoksa velâyet, boşanmada çocuk kendisine bırakılan *taraf veya taraflara* aittir. TMK m. 182/II hükmü ise çok genel bir anlatımla hâkimin takdir yetkisini düzenlemiştir. Dolayısıyla çocuğun velâyeti boşanma halinde ana ve babanın ikisine de bırakılabilir. Yazara göre söz konusu hükümler derinlemesine incelendiğinde kanun koyucunun kast ettiği şey çocuğun velâyetinin muhakkak eşlerden birine verilmesi değil; eşlerden birine veya ikisine de verilebileceğidir²⁹⁸. Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde boşanma sonrası çocuğun velâyetinin mutlak surette eşlerden birine bırakılabileceği sonucu çıkarılamaz, olsa olsa icat edilebilir²⁹⁹. Ancak ilgili hükümlerin emredici nitelikte olduğunun kabul edildiği ihtimalde dahi, amaç çocuğun yararını sağlamak olduğuna göre *contra legem* bir yorumla ortak velâyete imkân tanınmalı, hâkim TMK m. 1/I gereği TMK m. 336/III lafzına rağmen ortak velâyete karar verebilmelidir³⁰⁰.

SERDAR, TMK m. 182/II ve m. 336/III hükümlerinden boşanma sonrası velâyetin eşlerden yalnızca birine verileceğinin çıkarılamayacağını belirtmiştir. Yazara göre TMK m. 182 hükmü hâkimin takdir yetkisinden bahsetmekte olup bu hüküm velâyetin eşlerden birine verilmesi ihtimalinde çocukla ilgili düzenlenmesi gereken hususları belirtir. Yoksa boşanma sonrası ortak velâyete hükmedilmesi halinde çocukla kişisel ilişki tesisinden veya nafakadan zaten bahsedilemeyecektir³⁰¹. Benzer şekilde TMK m. 336/III ‘te yer alan *taraf* ifadesi üslup olarak daha uygun olduğundan tercih edilmiş olup *taraf veya taraflara*

²⁹⁶ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 103.

²⁹⁷ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 104.

²⁹⁸ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 105.

²⁹⁹ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 104.

³⁰⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 243-244.

³⁰¹ SERDAR, s. 174.

şeklinde anlaşması gerekmektedir³⁰². Kanunun sistematığı, ilgili hükümlerin yeri, mantığı ve getiriliş amaçları göz önüne alındığında boşanma sonrası velâyet düzenlemesi hâkimin takdirinde olup hâkimin takdir yetkisinin sınırı çocuğun yararadır³⁰³.

BİNGÖL de ana babanın velâyetten doğan hak ve yükümlülüklerinden feragat edemeyeceğine, ana babanın velâyetinin sadece kanunda sayılı sınırlı hallerde kaldırılabilmesine vurgu yaparak mevcut yasal düzenlemeler karşısında boşanma sonrası ortak velâyetin mümkün olduğunu belirtmiştir. Yazara göre TMK m. 182/II ve m. 336/III hükmünün emredici nitelikte olduğunu kabul etmek yasa sözlerini abartmaktan başka bir şey değildir³⁰⁴.

ARKAN SERİM'E göre de mevcut yasal düzenlemelerden boşanma sonrası çocuğun velâyetinin mutlaka ana veya babadan birine verilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz. İlgili hükümler değerlendirildiğinde hâkimin takdirine bağlı olarak velâyetin eşlerden birine verebilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Hâkim, mevcut hükümleri amaca göre yorumlamalı ve çocuğun yararını göz önünde bulundurmalıdır. Bu kapsamda pek çok durumda çocuğun yararı ortak velâyetle olacaktır³⁰⁵.

YÜKSEL, hâkimin takdir yetkisini kullanırken çocuğun yararını gözeteceğini ve bu doğrultuda velâyet ilişkisinin tarafını belirleyeceğini dolayısıyla ortak velâyete karar verilmesinde herhangi bir engel bulunmadığını ifade etmiştir. Yazara göre çocuğun yararı söz konusu olduğundan ortak velâyete imkân tanınması gerekmektedir³⁰⁶.

CEYLAN, TMK'nın ilgili hükümlerinden boşanma sonrası velâyetin yalnızca eşlerden birine ait olduğu sonucunun çıkarılamayacağını ifade etmiştir. Yazara göre

³⁰² **SERDAR**, s. 175.

³⁰³ **SERDAR**, s. 180-184.

³⁰⁴ **BİNGÖL**, Ediz, Boşanmış Çiftlerim Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, İstanbul Barosu Dergisi, C: 88, S: 2, Y: 2014, s. 290.

³⁰⁵ **ARKAN SERİM**, Azra, Boşanma Halinde Ortak Velayet, LHD, C: 14, S: 167, Y: 2016, s.6085.

³⁰⁶ **YÜKSEL**, s. 45.

kanunun sistematığı ve amacı göz önünde bulundurularak yorum yapıldığında kural ana ve babanın ortak velâyetidir; tek başına velâyet istisna bir düzenlemedir³⁰⁷.

DÖNMEZ/BARIN’ a göre ilgili maddelerden velâyetin muhakkak eşlerden birine verilmesi gerektiği sonucunun çıkarılamayacağını ifade etmiştir. Yazarlar, boşanma halinde çocuklar bakımından ana ve babanın haklarını düzenleyen *hâkimin takdir yetkisi* kenar başlıklı m. 182 hükmü ile ortak hayata son verilmiş olması veya ayrılık hallerinde ebeveynlerin ortak velâyetinin dışlanmadığını; m. 336/II ile m. 336/III hükmünün ise bir bütün olarak değerlendirildiğinde emredici nitelikte olmadığı ve boşanma sonrası ortak velâyeti yasaklamadığını ifade etmişlerdir³⁰⁸.

YÜCEL, boşanmanın ferî sonuçlarının düzenlenmesinin, her ne kadar hâkimin onayına tabi olmak koşuluyla da olsa, kabul edilmesi karşısında TMK m. 336/III hükmünün emredici nitelikte olmadığını ve m. 182/II hükmünün hâkimin takdir yetkisini düzenlediği ifade etmektedir. Somut olayın koşullarına göre hâkim ortak velâyete karar verebilmelidir³⁰⁹.

ERLÜLE’ ye göre de hâkimin takdir yetkisi kenar başlıklı TMK m. 182/II hükmü, velâyetin ebeveynlerden birine bırakılması ihtimalinde diğer ebeveynle çocuk arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hüküm olup velâyet ilişkisinin tarafını tespit eden bir düzenleme değildir. Boşanmada velâyet ilişkisinin tarafı TMK m. 336/III hükmü kapsamında tespit edilecektir. İlgili hükümde yer alan taraf kelimesinin tekil anlamından yola çıkılarak boşanmada velâyet ilişkisinin tarafı olarak mutlaka ebeveynlerden biri olması gerektiği sonucuna varılamaz³¹⁰.

ERDEM’ e göre de madde hükümlerinde açık bir yasak söz konusu değildir. TMK m. 336/III hükmü, boşanmada velâyetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğunu

³⁰⁷ **CEYLAN**, Ebru, Türk Velayet Hukukunda Yeni Gelişmeler, LHD, C: 16, S: 181, Y: 2018, s. 54-55.

³⁰⁸ **DÖNMEZ/BARIN**, s. 184-185.

³⁰⁹ **YÜCEL**, s. 125.

³¹⁰ **ERLÜLE**, s. 284-286.

söylerken aksini yasaklamamış olup çocuğun yararı doğrultusunda ortak velâyete hükmedebilir³¹¹.

D. ÖRTÜLÜ BOŞLUK VE GERÇEK BOŞLUK GÖRÜŞÜ

Türk Medeni Kanunu'nun mevcut hükümleri karşısında boşanma sonrası ortak velâyetin mümkün olup olmadığı hususunda doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş de TMK m. 336/III hükmünde örtülü bir boşluk olduğu yönündedir.

Öğretide ÖZTAN' a göre mevcut yasal düzenlemeler emredici nitelikte olmayıp boşanma halinde velâyetin her iki ebeveyne ortak verilemeyeceği şeklinde yorumlanamaz. Zira TMK m. 182/II hükmünde yer alan *velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş* ifadesi, boşanma sonrası velâyetin mutlaka ana ya da babadan birine verilmesi anlamına gelmez³¹². Aynı şekilde TMK m. 336/III hükmünden kanun koyucunun ortak velâyeti mutlak surette dışladığı anlamı da çıkarılamaz³¹³. Yazara göre kanun koyucu her ne kadar boşanma sonrasında çocuğun yararının velâyetin ana ya da babadan birine verilmesinde olduğu varsayımından hareket etmiş olsa da bu durum günümüzde çocuğun ihtiyaçlarına cevap veren bir düzenleme olmayıp hukukumuz bakımından da terk edilmelidir³¹⁴. Maddenin amacı çocuğun yararını gözetmektir; ancak teolojik yorum ile bu sonuca varılamamaktadır. Dolayısıyla hükümde örtülü boşluk bulunmaktadır ve amaca uygun sınırlama yoluna gidilerek çocuğun yararına olacaksa velâyetin ana ve babaya birlikte verilmesi yolu tercih edilmelidir³¹⁵.

SEROZAN'a göre de boşanma sonrasında ana babanın ortak velâyetine hiçbir şekilde izin vermeyen kanun hükümleri, amaca uygun sınırlama yöntemi ile düzeltilebilir³¹⁶. Bu yöndeki başka bir görüşe göre de ilgili düzenlemeler emredici nitelikte

³¹¹ ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 171.

³¹² ÖZTAN, Bilge, Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu (Birlikte Velayet), Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan 1. Basım, Ankara 2006, s. 253.

³¹³ ÖZTAN, Birlikte Velayet, s. 258.

³¹⁴ ÖZTAN, Birlikte Velayet, s. 257.

³¹⁵ ÖZTAN, s. 1090-1091.

³¹⁶ SEROZAN, Medeni, s. 162.

olmayıp şayet hükümde örtülü boşluk varsa bu boşluk çocuğun yararı çerçevesinde doldurulmalıdır³¹⁷.

Doktrinde *APAYDIN* tarafından ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise boşanma sonrası ortak velâyet hususunda mevcut yasal düzenlemelerde gerçek boşluk bulunmaktadır. Yazara göre yasal düzenlemeler ışığında hâkim boşanma sonrası velâyeti eşlerden birine vermek zorunda olup ilgili hükümler emredici niteliktedir. Ancak kanun koyucu boşanan eşlerin artık velâyeti birlikte kullanamayacağından hareket etmektedir ve boşanma sonrası ortak velâyet kurumundan da haberdar değildir. Dolayısıyla burada gerçek boşluk bulunmakta olup bu boşluk TMK m. 1 doğrultusunda doldurulmalıdır³¹⁸.

E. GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRME

Türk Aile Hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı TMK m. 182/II ve TMK m. 336/III hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yakın bir zamana kadar doktrin ve uygulamada bu hükümlerin emredici nitelikte olduğu, boşanma sonrasında çocuğun velâyetinin mutlak surette eşlerden yalnızca birine verilebileceği kabul görmüş vaziyetteydi. Ancak aşağıda açıklayacağımız üzere yaşanan güncel gelişmelere bağlı olarak geline nokta³¹⁹ ortak velâyetin mutlak olarak dışlanmadığı görüşü giderek ağırlık kazanmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre TMK m. 182/II de yer alan *velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş* ifadesi, hâkimin takdir yetkisi kapsamında velâyetin eşlerden yalnızca birine verilmesi ihtimalini düzenlemektedir. TMK m. 336/III'te yer alan *taraf* ifadesi ise üslup açısından daha uygun olduğu için tercih edilmiş olup *taraf veya taraflara* şeklinde anlaşılması gerekir. Yine bu görüş savunucularına göre ilgili hükümlerin tamamı birlikte değerlendirildiğinde ortak velâyetin açıkça yasaklanmamış olduğu, dolayısıyla uygulanmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

³¹⁷ AKYÜZ, Çocuk Hukuku, s. 235.

³¹⁸ APAYDIN, Eylem, Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1, Y: 2018, s. 457.

³¹⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, III, A.

TMK'nın 182. maddesi, TMK'nın Aile Hukuku kitabının evlilik hukuku başlıklı birinci kısmının boşanma hükümlerini düzenleyen ikinci bölümünde yer almaktadır. İlgili hüküm boşanmanın çocuklar bakımından hukuki sonuçlarının ele alındığı VIII. *Çocuklar Bakımından Ana Babanın Hakları/ 1. Hâkimin Takdir Yetkisi* kenar başlığı altında düzenlemiş olup “*Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.*” şeklindedir. Madde gerekçesinde ise “*Maddenin ikinci fıkrasında velâyetin kullanılması kendisine verilemeyen eşin çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılması esası getirilmiştir.*” ifadesine yer verilmiştir³²⁰. Görüldüğü üzere TMK m. 182, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi sonrasında velâyet ilişkisinin tarafı olmayan ebeveynle çocuk arasındaki kişisel ilişki tesisi ve nafaka hükümlerinin düzenlenmesine yönelik bir hükümdür.

TMK m. 182 hükmünün kenar başlığı *hâkimin takdir yetkisidir*. Bu hüküm boşanma sonrası velâyet ilişkisinin tarafının tespitine yönelik bir hüküm olmayıp boşanmanın çocuklar açısından hukuki sonuçlarını ele almaktadır³²¹. Evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği ve velâyet ilişkisinin tarafı olarak ebeveynlerden birinin belirlendiği hallerde hâkim, bu hüküm gereği diğer ebeveynle çocuk arasındaki hukuki ilişkiyi çocuğun yararını dikkate alarak düzenleyecektir. Dolayısıyla kanımızca TMK m. 182 hükmünden hareketle boşanma halinde velâyetin mutlak surette ana veya babadan yalnızca birine verilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz.

Türk aile hukuku kapsamında boşanma sonrası ortak velâyetin mümkün olup olmadığının değerlendirilebilmesi için velâyet ilişkisinin tarafını belirleyen TMK m. 336/III hükmünün incelenmesi gerekir. Burada önemle belirtelim ki çocukla ilgili tüm

³²⁰ Gerekçe, s. 378.

³²¹ ERDEM, s. 173; ERLÜLE, s. 294.

meselerde olduğu gibi velâyet ilişkisinin tarafının belirlendiği TMK m. 336 hükmünün incelemesi ve yorumu da çocuğu yararı ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır³²².

TMK m. 336 hükmü TMK'nın Aile Hukuku kitabının hısımlık başlıklı ikinci kısmının, soybağının kurulması isimli birinci bölümünün velâyet ilişkisini düzenleyen altıncı ayrımında yer almaktadır. Maddenin kenar başlığı *Ana ve Baba Evli ise* şeklinde düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm hem evlilik birliği içerisinde hem de evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyet ilişkisinin tarafını belirlemeye yöneliktir. Ana ve babanın evli olmaması halinde velâyet ilişkisinin tarafı ise TMK m. 337 ile belirlenmiştir³²³.

TMK m. 336 hükmü, ilk fıkrasında evlilik birliği devam ettiği müddetçe velâyetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağını açıkça ortaya koymuştur.

TMK m. 336/II hükmü ise evlilik birliğinin devam ettiği ancak eşlerin ortak yaşama son verdiği veya ayrılık halinin gerçekleştiği durumlarda velâyet ilişkisinin tarafını belirlemektedir. Buna göre hâkim, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse velâyeti eşlerden birine verebilir. Dolayısıyla hâkim çocuğun yararını göz önünde bulundurarak ebeveynlerin velâyeti birlikte kullanmasına karar verebileceği gibi velâyet ilişkisinin tarafı olarak eşlerden birini de tayin edebilir³²⁴.

Görüldüğu üzere kanun koyucu evlilik birliğinin devamı süresince ve ortak yaşama son verildiği veya ayrılık halinin gerçekleştiği durumlarda ana ve babanın ortak velâyetinin çocuğun yararına olduğunu benimsemiştir.

Maddenin üçüncü ve son fıkrası ise ebeveynlerden birinin ölümü ve boşanma halinde velâyet ilişkisinin tarafının belirlenmesine yöneliktir. Buna göre evlilik birliğinin

³²² ÖZTAN, Birlikte Velayet, s. 286; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 39; SERDAR, s. 181-184; ERLÜLE, s. 286.

³²³ **Madde 337-** 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.

³²⁴ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 25; ÖZTAN, s. 1088; ÖZTAN, Birlikte Velayet, s. 255; USTA, s. 110; ERLÜLE, s. 287.

eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi halinde velâyet sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacaktır.

Bu bilgilerden sonra velâyet ilişkisinin tarafını belirleyen ilgili TMK hükmünün emredici nitelikte olduğu görüşüne şu gerekçelerle katılmıyoruz:

Kanun koyucu, TMK m. 336/I ve m. 336/II ile çocuğun yararının ana ve babanın ortak velâyetinde olduğunu kabul etmiştir. TMK m. 336/III hükmünde ise boşanma sonrası ebeveynlerden birinin velayetini kabul edilmiştir. İlgili hükmün sözünden, boşanma sonrası tek başına velayetin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Burada belirtelim ki kanun hükümlerinin yorumu yapılırken hükmün sözü, hem yorum faaliyetinin başlangıcını hem de sınırını teşkil etmektedir. Ancak kanun koyucu TMK m. 1/I ile hâkime, salt hükmün sözü ile bağlı kalmama ve amacını da araştırma görevini yüklemiştir. Başka bir deyişle hâkim, hükmün sözünü amacı ile kontrol etmelidir³²⁵. Bu bakımdan hükmün sözünün yanı sıra amacının, sistematığının, tarihinin de göz önünde bulundurulması; anayasal değerlere ve sosyal gerçekliğe uygun bir sonuca varılması gerekir³²⁶.

Velâyet ilişkisi günümüzde çocuk için ve çocuğun yararının esas alındığı bir yüküm hak niteliğini haizdir. Bu ilişki kapsamında hem velâyetten doğan sorumlulukların yerine getirilmesinde hem de velâyet ilişkisinin tarafının belirlenmesinde amaç çocuğun yararının sağlanmasıdır. Kanun koyucu TMK m. 182 ve TMK m. 339 hükümlerinde velayet ilişkisinin amacının çocuğun yararı olduğunu açıkça ortaya koymuştur. İlgili hükümlerin düzenlenme amacı şüphesiz her hâl ve koşulda çocuğun yararının ve güvenliğinin sağlanmasıdır.

Kanun hükümlerini yorumlarken sistematik yapıyı da göz önünde bulundurmak; ilgili hükmün düzenlendiği kanunda ve hukuk sistemi içerisindeki yerini değerlendirmek gerekir. Sistematik yorum açısından incelenen hükmün yer aldığı kitap, kısım, bölüm, ayırım, madde başlığı önem arz etmektedir³²⁷. TMK m. 182 hükmü, aile hukuku kitabının boşanma

³²⁵ EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası, Ankara 1989, s. 185.

³²⁶ SEROZAN, Rona, Hukukta Yöntem ve Mantık, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 137.

³²⁷ ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul 2016, s. 289-290.

hükümlerinin düzenlendiği kısmında ve hâkimin takdir yetkisi kenar başlığı altında, boşanma sonrası velayet ilişkisinin tarafı olmayan ebeveynle çocuk arasındaki hukuki ilişkiyi düzenlemeye yöneliktir. TMK m. 336/III hükmü ise aile hukuku kitabının velayet hükümlerinin düzenlendiği ayırmda yer alan, boşanma sonrası velayet ilişkisinin tarafını belirlemeye yönelik bir hükümdür. Bu iki hüküm, aralarındaki bağlantı gereği kanaatimizce birlikte değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sonucunda kanun koyucunun velayet ilişkisinin tarafının tespit edilmesinde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıdığı sonucuna varılmıştır. Hâkim, takdir yetkisi çerçevesinde çocuğun yararını esas alarak somut olayın koşullarına göre velayet ilişkisinin tarafını tespit eder. Bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesi neticesinde kanaatimizce kanun koyucunun hâkime tanıdığı takdir yetkisinin sınırı çocuğun yararıdır. Yoksa boşanma sonrası velâyet ilişkisinin tarafı olarak mutlak surette ve her hâl ve koşulda ana ya da babadan birinin belirlenmesi şeklinde anlaşılmaması gerekir³²⁸. Zira hâkimin takdir yetkisinin söz konusu olduğu hallerde mutlak bir kesinlikten bahsedilemez.

Kanun koyucunun ilgili hükümleri düzenlerken sahip olduğu düşüncenin saptanması ise normun tarihi yorumu çerçevesinde değerlendirilmektedir³²⁹. 4721 sayılı TMK m. 336/III hükmü, 743 Sayılı EMK' nın 264. maddesinin ilk fıkrasına karşılık gelmektedir³³⁰. Madde gerekçesinde hükmün esasen 743 Sayılı EMK' nın m. 264/I hükmünün sadeleştirilmiş hali olduğu ifade edilmiştir³³¹. Kanun koyucunun ilgili hükümleri düzenlerken güttüğü amaç madde gerekçesinden veya kanunun genel gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Ancak kanaatimizce kanun koyucu boşanma sonrası eşler arasındaki anlaşmazlıkların devam edebileceğini ve bu durumun çocuğun yararını zedeleyebileceğini göz önünde bulundurarak; çocuğun yararı için velâyet ilişkisinin tarafı

³²⁸ ERLÜLE, s. 291.

³²⁹ EDİS, s. 190; ANTALYA/TOPUZ, s. 290; SEROZAN, Yöntem, s. 135.

³³⁰ VELAYETİN ŞÜMULÜ

I.Umumiyet itibarıyla

Madde 264 : ''Karı kocadan birinin vefatı halinde, velayet, sağ kalana ve boşanma halinde çocukların tevdi olunduğu tarafa ait olur. ''

³³¹ Gerekçe, s. 436.

olarak ebeveynlerden birinin tayin edilebileceğini benimsemiştir. İlgili hükmün bu şekilde düzenlenmesinde şüphesiz o zamanki toplumsal ve sosyal gerçeklikler de etkili olmuştur.

Ancak günümüzde ağır basan objektif tarihi yorum yöntemine göre yaşanan tüm gelişmelere bağlı olarak, toplumda değişen değer yargılarını da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda öznel ile nesnel, tarihi olan ile güncel bir arada değerlendirilmez³³². Zira yaşayan bir bilim olarak hukuk, değişen toplumsal ve sosyal gerçeklikleri kavramalı ve bunlara ayak uydurmalıdır. Kanun koyucunun ise değişen yaşam koşullarını önceden görmesi mümkün değildir. Bu sebeple kanun hükümleri, kanunda kullanılan kelimelerin objektif anlamına, kanunun sistematigine ve yorumlandığı zamanda değişmiş olan amaçsal değerlendirmelere göre yorumlanır. Başka bir deyişle bu yönteme göre önemli olan kanun koyucunun başta ne istemiş olduğu değil; mevcut şartlar göz önünde tutulduğunda ondan çıkarılacak anlamdır³³³. İlgili kanun hükümlerinin tarihi yorumu yapılırken hükmün konulma amacı ve temelinde yatan mantık göz önüne alındığında, değişen ve gelişen toplumsal ve sosyal gerçekliklere uygun olarak yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda kanun hükmünün düzenleniş amacından ayrılmamakla birlikte günümüzde ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerekir. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra toplumsal hayatta yaşanan değişimler ve gelişmeler kapsamında ortak velayete yönelik bakış açısı da değişmiştir. Ülkemizde boşanan çiftlerin ortak velâyete yönelik düşüncelerinin ve ortak velâyete bakış açılarının tespit edilmesi amacıyla bir çalışmada katılımcıların TMK'nın 336. maddesini aynen kabul ettikleri; ancak boşanma sonrası eşlerden yalnızca birinin velâyet ilişkisinin tarafı olmasını uygun görmedikleri, boşanma sonrası veli olarak eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmak istedikleri tespit edilmiştir³³⁴. Çalışmanın ortaya koymuş olduğu bulgular toplumun ortak velâyete çekimser yaklaşmadığını, hem anlaşmalı hem de çekişmeli boşanmalarda ortak velâyetin uygulanabilir olduğunu göstermektedir³³⁵.

³³² SEROZAN, Yöntem, s. 131.

³³³ EDİS, s. 191.

³³⁴ KİREMİTÇİ, Müge, Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, İstanbul 2015, s. 95.

³³⁵ KİREMİTÇİ, s. 96.

Sonuç olarak tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; TMK m. 336/III hükmü sözü itibariyle boşanma sonrası ebeveynlerden birinin velayetini öngörmüş olsa da ilgili hükmün emredici nitelikte olmadığı kanaatindeyiz. Kanun koyucunun velayet ilişkisinin tarafının belirlenmesinde ve hükmün düzenlenmesindeki amacı çocuğun yararının korunmasıdır. Bu kapsamda hâkimin takdir yetkisinin sınırı, TMK m. 182/II ve m. 336/III hükmü birlikte değerlendirildiğinde, boşanma sonrası velayet ilişkisinin tarafı olarak mutlak bir şekilde ebeveynlerden birinin belirlenmesi değildir. Somut olayın koşullarına göre ebeveynlerin ortak velayeti de söz konusu olabilir. Mevcut yasal hükümler çerçevesinde, uluslararası sözleşmelerin de iç hukukumuzla etkisiyle birlikte, ortak velayetin Türk aile hukukunda uygulanmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır. Tarafımızca bu sonuç, bugün gelinen noktada toplumsal ihtiyaçları kavrama, uyum sağlama ve bu ihtiyaçları karşılama noktasında da isabetlidir.

Mevcut yasal düzenlemelerde örtülü boşluk ve gerçek boşluk olduğu görüşlerini değerlendirmemiz gerekirse; bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 22/11/2001 tarihinde kabul edilmiş ve 8/12/2001 tarihinde 24607 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak 01/01/2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda ise boşanma sonrası ortak velâyete belirli şartlar altında izin veren yasal düzenleme 2000 yılında yürürlüğe girmişti ve ZGB Art. 133/III ile ortak velâyet istisna bir düzenleme olarak kabul edilmiş durumdaydı. Kanaatimizce kanun koyucu, kaynak kanunda yer alan ortak velâyetin istisna olarak kabul edildiği uygulamayı, ülkemizde eşler arasındaki anlaşmazlığın boşanma sonrasında da devam edeceği ve bunun çocuğun yararını zedeleyeceği fikrinden hareketle dikkate almamıştır³³⁶. Bu gerekçeyle kanun koyucunun ortak velâyet kurumundan haberdar olmadığı veya bu hususta bir tercihte bulunmadığı dolayısıyla kanunda gerçek boşluk olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir³³⁷.

Hukuk düzeni içerisinde pozitif bir kuralın varlığının gerekmesine rağmen kanunda (özüyle ve sözüyle) ve örf adet hukukunda bu husus düzenlenmemiş ise boşluktan söz

³³⁶ ERLÜLE, s. 292.

³³⁷ KURT, s. 172.

edilir³³⁸. Örtülü boşluk ise kanunda uyuşmazlığı çözmeye yönelik bir hüküm bulunmasına rağmen bu hükmün özü ile sözünün çatışması veya kanunda yer alan başka bir hükümle çelişmesi ya da uygulanması halinde dürüstlük kuralına veya hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurması halidir³³⁹. Başka bir deyişle örtülü boşlukta ilgili kanun hükmü geniş tutulmuş olup kuralı sınırlayıcı istisna kurala yer verilmemiştir³⁴⁰. Bu bilgiler ışığında kanımızca mevcut yasal düzenlemelerde örtülü boşluk olduğu söylenemez. Zira kanun koyucu gerekli istisnalar getirmeyi unutmuş veya ihmal etmiş değildir. Kanun koyucunun amacı çocuğun yararının gözetilmesidir. Bu bakımdan devam eden ebeveyn anlaşmazlıkları dikkate alınarak boşanma sonrası çocuğun yararının tek başına velâyette olabileceği benimsenmiştir. Dolayısıyla hükmün özü ile sözünün çatışması veya kanunda yer alan başka bir hükümle çelişmesi söz konusu olmadığından örtülü boşluktan bahsedilemeyecektir.

³³⁸ **KIRCA**, s. 92.

³³⁹ **OĞUZMAN/BARLAS**, Nami, s. 106; **ANTALYA/TOPUZ**, s.254; **DURAL**, Mustafa/**SARI**, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 6.Baskı, İstanbul 2011, s. 136.

³⁴⁰ **SEROZAN**, Medeni, s. 157; **AKYOL**, Şener, Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 278. Kanunda boşluk bulunması durumunda ise hâkimin boşluk türüne göre hareket etmesi gerekir. Öğretide hâkimin kanunda açık boşluk bulunması halinde TMK m. 1/II kapsamında, örtülü bir boşluk olduğunu tespit etmesi halinde ise TMK m. 2/II kapsamında bu boşluğu amacına uygun bir sınırlama ile dolduracağı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre hükümde örtülü boşluk bulunması halinde hakkın kötüye kullanımı söz konusu olmaktadır ve amaca uygun sınırlama yoluyla adil olmayan sonuçların ve hakkın kötüye kullanımının önüne geçilir. **SEROZAN**, Medeni, s. 157 vd; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 255-256; **ŞENER**, s. 278. Bu durumda hâkim mevcut kanun hükmünü değiştirmeyecek; sadece TMK m. 2/II' ye dayanarak o kuralı uygulamayıp dürüstlük kuralına göre daraltıp sınırlayacaktır. **ANTALYA/TOPUZ**, s. 255-256; **ŞENER**, s. 278. Örtülü boşluğun doldurulması kapsamında öğretide de savunulan bir diğer görüşe göre ise hakkın kötüye kullanılmasının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinden önce bunun amaca uygun sınırlama ile TMK m. 1/II' ye göre doldurulması gerekir. Başka bir deyişle örtülü boşlukların doldurulması için TMK m. 2/II' de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının daha ağır ve istisnai durumlarda uygulanabilen şartlarının gerçekleşmesi aranmaz. **KIRCA**, s. 114; **ERLÜLE**, s. 293. Bu görüşe göre TMK m. 1/II açık boşlukları olduğu gibi örtülü boşlukları da kapsamaktadır. Zira hükümde yer alan ‘*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa...*’ ifadesi hem özüyle ve sözüyle uygulanabilir bir hüküm bulunmaması hem de doğru dürüst uygulanabilir bir hüküm bulunmaması halini yani örtülü boşlukları da kapsamaktadır.

III. AİHS EK 7 NO'LU PROTOKOLÜN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN İÇ HUKUKTAKİ VELÂYET HÜKÜMLERİNE ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Doktrinde mevcut yasal düzenlemeler kapsamında ortak velâyetin mümkün olup olmadığı tartışmaları devam ederken AİHS Ek 7 Numaralı Protokol, 14.03.1985 tarihinde imzalanarak 10.03.2016 tarih ve 6684 sayılı Kanunla uygun bulunmuş olup 01.09.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte eşler arasında eşitliği düzenleyen 5. maddesi kapsamında ortak velâyet tartışmaları da hız kazanmıştır. Akabinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2016/15771 ve K. 2017/1737 sayılı kararında AİHS Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinden bahsederek ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna ulaşması, uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisini bu bakımdan mevcut yasal düzenlemelerin örtülü olarak yürürlükten kalkıp kalkmadığı meselesini de tartışılır kılmıştır.

AİHS Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi³⁴¹: “*Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi halinde, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde özel hukuk niteliği taşıyan haklar ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir.*” şeklindedir. Görüldüğü üzere eşler, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da medeni hak ve yükümlülükleri bakımından eşit tutulmuştur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı GENÇCAN tarafından ileri sürülen bir görüşe göre TMK m. 336/III hükmü emredici nitelikte olup boşanma sonrası ortak velâyete izin vermemektedir. Ancak AİHS Ek 7 No'lu Protokol onaylanarak yürürlüğe girmiş olup Anayasa m. 90/V gereği usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla

³⁴¹ Protokol metni için bkz.

https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf (Erişim Tarihi: 27.07.2019)

kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda ise uluslararası andlaşma hükümleri esas alınacaktır. Dolayısıyla yazara göre dava dosyasından çocuğun yararına aykırı olduğu açıkça anlaşılmıyorsa boşanma sonrası velâyetin ana ve babaya ortak verilmesi artık mümkün olup 6684 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile ortak velâyeti engelleyen 4721 sayılı TMK hükümleri örtülü olarak yürürlükten kalkmıştır³⁴².

AIHS Ek 7 No’lu Protokolün yürürlüğe girerek iç hukukumuzun bir parçası haline gelmesinin mevcut yasal düzenlemeleri örtülü olarak yürürlükten kaldırıp kaldırmadığının tespit edilebilmesi için uluslararası andlaşmaların iç hukukumuzda etkisinin cevaplanması gerekmektedir.

Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından hukuk doktrininde iki temel görüş mevcuttur. Bunlardan ilki düalist görüş olup buna göre iç hukuk ile uluslararası hukuk iki ayrı hukuk sistemi olarak değerlendirilir ve bunlar arasında herhangi bir hiyerarşi söz konusu değildir. Dolayısıyla uluslararası andlaşmaların iç hukukta doğrudan uygulanabilme kabiliyeti söz konusu değildir. Uluslararası andlaşmada yer alan bir kuralın iç hukukta etkili olabilmesi için onun bir kabul normuyla iç hukuka aktarılması gerekir. Buna karşı monist görüşe göre ise uluslararası andlaşmalar ile iç hukuk arasında herhangi bir ayırım gözetilmez. İkisi tek ve aynı hukuk sisteminin iki ayrı ögesini teşkil etmektedir. Uluslararası andlaşmada yer alan bir kuralın iç hukukta etkili olabilmesi için onun iç hukuka aktarılması gerekmez³⁴³. Türk hukukunda hangi görüşün esas alındığı ise Anayasa m. 90/V ‘te cevaplandırılmış olup usulüne göre yürürlüğe konan uluslar arası andlaşmalar kanun hükmündedir. Böylece uluslararası andlaşmaların yürürlüğe girmesiyle birlikte bağlayıcı olduğu, doğrudan uygulanabilir bir güce sahip olduğu kabul edilmiştir³⁴⁴. Hal böyleyken Anayasa m. 90/V c. 2 ‘’*Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*’’ şeklinde olup uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu andlaşmalar, normlar

³⁴² GENÇCAN, Ömer Uğur, Ortak Velayet, İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı, s. 26.

³⁴³ KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, 7.Bası, İstanbul 2011, s. 412-413.

³⁴⁴ KABOĞLU, s. 413.

hiyerarşisinde kanunlara eş değer düzeyde iken³⁴⁵; diğer bir görüşe göre uluslararası andlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaması sebebiyle bunlar kanunların ve hatta Anayasa'nın üzerindedir³⁴⁶.

İlgili hükümden açıkça anlaşılacağı üzere uluslararası andlaşmalar Türk hukuku bakımından kanunlara eşdeğer kabul edilmiştir. Dolayısıyla uluslararası bir andlaşmada yer alan hükümle iç hukukta yer alan bir hükmün çatışması durumunda, iç hukuktaki iki kanun hükmü çatışmış gibi kabul edilecek ve sorun normlar arası çatışma kurallarına göre çözüme kavuşturulacaktır³⁴⁷. Uluslararası andlaşmalarla ilgili Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını öngören Anayasa m. 90/V c.2, uluslararası andlaşmanın anayasaya aykırılığının yargı kararıyla tespit edilmesinin ve hükme bağlanmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır³⁴⁸. Yoksa bu hüküm kanaatimizce uluslararası andlaşmaların anayasa veya yasalardan üstün tutulduğu şeklinde yorumlanamaz³⁴⁹.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki yeri ise 2004 yılında 5170 sayılı kanunla Anayasa m. 90/V' e eklenen son cümle ile belirlenmiştir. Buna göre *‘‘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.’’* Bu hüküm

³⁴⁵ **AYBAY**, Rona, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi, S: 70, Y: 2007, s. 198; **TANÖR**, Bülent, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 503; **KABOĞLU**, s. 413; **ÖZBUDUN**, Ergun, Türk Anayasa Hukuk, 14.Baskı, Ankara 2013, s.228; **BİLİR**, Faruk, Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 13, S: 1, Y: 2005, s. 83

³⁴⁶ **KABOĞLU**, s. 406; **BİLİR**, s. 79, dp. 7 de yer alan yazarlar.

³⁴⁷ Benzer görüşler için bkz. **ATAR**, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 2017 Ankara, 11. Baskı, s. 388; **TEKİN APAYDIN**, Deniz, Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S:1, Y: 2018, s. 540. Farklı görüşler için bkz. **TUNÇ**, Hasan, Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi, Anayasa Yargısı Dergisi, S:17, Y: 2000, s. 177-180.

³⁴⁸ **TEKİN APAYDIN**, s. 541.

³⁴⁹ **BİLGİN**, Ahmet Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri, MÜHF-HAD, C:22, S: 1, Y: 2016, s.101-102

Anayasa Mahkemesi tarafından temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunlar arasında bir hiyerarşi oluşturulduğu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin örtülü olarak yürürlükten kalktığı şeklinde yorumlanmıştır³⁵⁰.

Kanımızca Anayasa m. 90/V hükmü temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar ile kanun hükümleri arasında bir hiyerarşi oluşturmamaktadır. Uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusundaki tek kural bu andlaşmaların kanunlarla eşdeğer olduğudur. Bu kural temel hak ve özgürlüklere yönelik uluslararası andlaşmalar bakımından da geçerlidir. Anayasa m. 90/V' e eklenen son cümle, esasında iki hukuki düzenlemenin çatışması halinde uygulanacak hükmü belirlemeye yönelik özel bir

³⁵⁰ Anayasa Mahkemesi 07.01.2014 tarihli 28875 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 19.12.2013 tarih ve 2013/2187 sayılı kararında evli kadının kocasının soyadını taşımasının zorunluluk arz etmesini hak ihlali olarak tespit etmiştir. Mahkeme, bu kararında soyadını Anayasa m. 17 ve AİHS m. 8 kapsamında değerlendirmiştir (paragraf 30,31). Uluslararası andlaşmalarla iç hukuk arasındaki ilişkiyi ise paragraf 41’ de şu şekilde ifade etmiştir: ‘*Belirtilen düzenlemeyle, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.*’ Kararın gerekçesinin açıklandığı 44. paragrafta ise Mahkeme, Anayasa m. 90/V’ in son cümlesinin zımni ilgayı kast ettiğini şu şekilde ifade etmiştir: ‘*Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, Sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.*’

Anayasa Mahkemesi 25.04.2014 tarih ve 28982 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 06.03.2014 tarih ve 2013/4439 sayılı bir başka kararında da uluslararası andlaşma ve iç hukuk arasındaki ilişkiyi hiyerarşi olarak kabul etmiş ve zımni ilga görüşünü sürdürmüştür. Kararın gerekçesinin açıklandığı 35. Paragraf şu şekildedir: ‘*Anayasa’nın 90. Maddesinin beşinci fıkrası uyarınca sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine ayrı fıkraya göre uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.*’

norm çatışma kuralıdır³⁵¹. Burada iki hukuk kuralından birine öncelik tanınmamakta; sadece uyumsuzluğu çözme noktasında biri esas alınmaktadır. Madde metninde yer alan *esas alınır* ifadesini yargıya yönelik olup ilga³⁵² değil ihmalî düzenlemektedir³⁵³. İhmal yaptırımı, anayasa hukukunda kanunun göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir; yoksa iptal veya ilga yaptırımı söz konusu değildir³⁵⁴. Öğretide *DÖNMEZ/BARIN* tarafından da ifade edildiği üzere Anayasa'nın 90. maddesine eklenen son cümle, birbiriyle çelişen iki farklı hukuk normundan hangisinin esas alınacağını belirleyen yorum ilkelerine ilişkin bir kuraldır; yoksa normlar hiyerarşisi ile ilgili değildir³⁵⁵. Özetle, usulüne göre yürürlüğü konan uluslararası andlaşmalar kanun hükmünde olup temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası andlaşmalarla kanun hükümlerinin çatışması halinde genel çatışma kuralları uygulanarak sorun çözülecekken; temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanun hükümlerinin çatışması halinde diğer kurallara başvurulmaksızın uluslararası andlaşma hükmü esas alınacaktır. Kanun koyucu tarafından oluşturulan bu ayrık durum uluslararası andlaşmanın kanun hükmünü ilga ettiği anlamına gelmemektedir³⁵⁶. Zira bu kanun hükmünün uygulanma kabiliyetini kaybetmiş olması,

³⁵¹ **ERGÜL**, Ozan, Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir, Yıldırım Uler Armağanı, 2014, s. 74.

³⁵² Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla iç hukuk normları arasında alt norm- üst norm ilişkisi kurularak ve bu iki norm arasında çatışma bulunması halinde üst norm uygulanacak olup alt norm ilga edilecektir. Bir hukuk kuralının başka bir hukuk kuralı ile yürürlükten kaldırılması veya hukuki geçerliliğinin sona erdirilmesi olan ilga yaptırımı, sonraki kanun –önceki kanun, özel kanun – genel kanun ve üst kanun – alt kanun arasındaki norm çatışmaları halinde ortaya çıkmaktadır. **ERGÜL**, s. 81.

³⁵³ **KARAGÜLMEZ**, Ali, 5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış, TBB Dergisi, S: 54, Y: 2004, s. 174.

³⁵⁴ **BİLGİN**, s. 116; **ERGÜL**, s. 80. Öğreti de **GÖZLER**' e göre bir iç hukuk normu ile uluslararası hukuk normu arasında çatışma olduğunun tespit edilmesi halinde yargı organları iç hukuk normunu iptal etmemekte sadece bu normun uluslararası düzeyde ileri sürülemez olduğuna karar vermektedir. Başka bir deyişle uluslararası hukuk normu ile çatışan iç hukuk normunun yaptırımı geçersizlik değil ileri sürülemezliktir. Böyle bir durumda yaptırım uluslararası hukuka aykırı norm koyan devletin sorumluluğundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖZLER**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I, 1. Baskı, Bursa 2011, s. 178; **BAŞLAR**, Kemal, Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü Ve Anayasal Denetimi Üzerine, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C: 24, S:1-2, s. 317.

³⁵⁵ **DÖNMEZ/ BARIN**, s. 197.

³⁵⁶ **EREN**, Abdurrahman, 1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:8, S:3-4, Y: 2004, s. 74.

onun yürürlükten kalktığı anlamına gelmez. Bu bakımdan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşmanın iç hukuk normunu ilga etmesi, onun yürürlüğünü sona erdirmesi mümkün değildir³⁵⁷.

B. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Doktrinde *GÜVEN*, AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesi ile TMK’nın velâyetin kullanılması düzenleyen m. 336/III hükmü arasındaki ilişkiyi açıklarken AİHS Ek 7 No’lu Protokolü genel bir kanun olarak kabul etmekte; ancak bu yeni genel kanun ile TMK hükümlerinin açık veya örtülü olarak kaldırıldığı sonucuna karşı çıkmaktadır³⁵⁸. Yazara göre aile hukukuna ilişkin iki genel kanun aynı anda yürürlüğünü sürdürmekte olup sonraki genel kanun ek bir düzenleme getirmektedir. Çünkü uluslararası andlaşmalara aykırı hükümler içeren iç hukuk kurallarının yürürlükten kalkması değil; bu hükümlerin uluslararası andlaşmaya göre yorumlanması söz konusudur. Çocuğun yararı için uygun görülüyorsa iç hukukumuzun bir parçası haline gelen AİHS Ek 7 No’lu protokolün 5. maddesi kapsamında ortak velâyete hükmedilebilmelidir³⁵⁹.

ERDEM’ e göre, Anayasa m. 90/V hükmü usulüne göre yürürlüğe koyulan uluslararası andlaşmalar kanun hükmünde olduğundan artık eşler arası eşitliği öngören AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 5. Maddesi kapsamında ortak velâyetin mümkün olduğunun kabul edilmesi gerekir³⁶⁰.

AKINTÜRK/ATEŞ eserlerinin son basısında AİHS Ek 7. Protokolün yürürlüğe girmesiyle Protokolün 5. Maddesi gereği çocuğun yararına aykırı olduğu açıkça anlaşılmadığı müddetçe artık boşanma sonrası velâyetin ana babaya ortak verilmesinin mümkün kılındığını ifade etmiştir. Zira Anayasanın 90. maddesi hükmü gereği usulüne göre yürürlüğe koyulan uluslararası andlaşmalar kanun hükmünde olup Türk hukuku

³⁵⁷ *ERGÜL*, s. 83.

³⁵⁸ *GÜVEN*, s. 24.

³⁵⁹ *GÜVEN*, s. 25.

³⁶⁰ *ERDEM*, s. 174.

yönünden ortak velâyetin önü açılmış bulunmaktadır³⁶¹. Aynı yöndeki başka bir görüşe göre de TMK m. 182/II ve m. 336/III hükümleri emredici nitelikte olup boşanma sonrası ortak velâyete izin vermemekle birlikte AİHS Ek 7 No’lu Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra artık Türk hukukunda ortak velâyetin mümkün olduğu söylenebilecektir³⁶².

KURT’ a göre bu mesele normlar hiyerarşisi çerçevesinde çözülmelidir. Yazara göre velâyet temel bir hak olup temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalardan AİHS Ek 7 No’lu Protokolde, BMÇHS’ de ve AİHS’ de boşanan ebeveynlerin ortak velâyetine işaret eden hükümler mevcuttur. Böylece Anayasa m. 90/V hükmü gereği boşanma sonrası velâyet ilişkisi tarafının belirlenmesinde TMK hükümleri değil; uluslararası andlaşma hükümleri esas alınmalı ve ortak velâyete hükmedilmelidir³⁶³. Benzer bir görüşle *CEYLAN* da iç hukukumuzda kanun hükmünde sayılan ve öncelikle uygulanması gereken AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesi kapsamında ortak velâyete hükmedilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁶⁴.

Doktrinde *İNCE* de Anayasa m. 90/V uyarınca iç hukukumuzun bir parçası haline gelen AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesinin ve BMÇHS’ nin ilgili hükümleri göz önünde bulundurularak ortak velâyete karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁶⁵.

APAYDIN’ a göre ise AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesi, hem evlilik birliği devam ederken hem de evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde eşler arası eşitliği öngörmekte olup cinsiyet temelli bir ayrımcılığı yasaklamaktadır. Dolayısıyla iç hukukun eşlere eşit muamelede bulunması ve ayrımcılık yapmaması gerekir. TMK m. 336/III hükmü bu anlamda cinsiyet temelli bir ayırım yapmadığı için protokole aykırı değildir³⁶⁶.

³⁶¹ **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 313, s. 409.

³⁶² **GÜVEN**, Aydın, Ortak Velayet, İstanbul Barosu Dergisi, C: 91, S: 3, Y: 2017, s. 125.

³⁶³ **KURT**, s. 174.

³⁶⁴ **CEYLAN**, s. 54.

³⁶⁵ **İNCE**, s. 221.

³⁶⁶ **APAYDIN**, s. 467.

DÖNMEZ/BARIN, konuyu farklı bir açıdan ele almıştır. Yazarlara göre AİHS Ek 7 No'lu Protokol eşlerin çocukları üzerindeki hak ve yükümlülüklerinde de, yani velâyet ilişkisi içerisinde de eşit olmalarını öngörmektedir³⁶⁷. Konuyla ilgili iç hukukumuzun parçası haline gelen bir diğer temel hak ve özgürlüklülere ilişkin uluslararası andlaşma ise çocuğun yararı üzerine inşa edilen ve bu hususu 3. maddesi ile açıkça ortaya koyan BMÇHS'dir. Ancak Anayasa m. 90/V hükmü, temel hak ve özgürlüklere ilişkin iki milletlerarası andlaşma hükmünün çatışma içinde bulunması halinde hangisinin esas alınarak karar verileceğini açıkça ifade etmemektedir. Başka bir deyişle ana babanın velâyet ilişkisinde de eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğunu ifade eden AİHS Ek 7 No'lu Protokol ile çocuğun yararını esas alan BMÇHS çatışması halinde hangi hükme göre hareket edileceği belirli değildir.

Yazarlara göre bu durumda ilgili temel hak ve özgürlüğün süjesinin tespitine göre çözümü farklılaşacaktır. Velâyet ilişkisinin süjesinin ebeveynler olarak tespit edilmesi halinde uyumsuzluk AİHS Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi; hakkın süjesinin ebeveynler değil de çocuk olduğunun kabulü halinde ise BMÇHS esas alınarak çözülecektir. Yazarlara göre hakkın süjesi çocuğun kendisi olup BMÇHS esas alınmalıdır ki bu durum aynı zamanda AİHS Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin istisnasını teşkil eder³⁶⁸. AİHS Ek 7 No'lu protokolün velâyet uyumsuzluklarına etkisi, çocuğun yararına olması halinde hâkimin artık ortak velâyete de hükmedebilecek olmasından ibarettir³⁶⁹.

C. GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRME

Anayasa m. 90/V hükmünün uluslararası andlaşmalarla kanunlar arasında bir hiyerarşi oluşturmadığını yukarıda ayrıntılarıyla izah etmiştik. Bu kapsamda ilgili hükmün son cümlesi de zımni ilga kuralı olmayıp temel hak ve özgürlükleri esas alan uluslararası andlaşmalarla kanun hükümleri arasında bir çatışma olması halinde hangi normun esas alınması gerektiğini tespit etmeye yönelik özel bir norm çatışma kuralıdır. Bu kabulden

³⁶⁷ *DÖNMEZ/BARIN*, s. 198

³⁶⁸ *DÖNMEZ/BARIN*, s. 205.

³⁶⁹ *DÖNMEZ/BARIN*, s. 206-207.

sonra meselenin çözümü için AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesi ile TMK m. 336/III hükmünün çatışma halinde olup olmadığı tespit edilmelidir.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesi, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da eşlerin medeni hak ve yükümlülükleri bakımından eşit olduklarını öngörmekte olup cinsiyet temelli ayrımcılığın önüne geçmektedir. Başka bir deyişle evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde eşler arasında cinsiyet temelli ayrımcılık yapılması engellenmek istenmiştir³⁷⁰. Yoksa hükümde, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyete karar verilmesi gerektiği yönünde bir emir mevcut değildir.

Bu kapsamda örneğin 11.07.2000 tarihli Cernecki vs. Avusturya davasında³⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, boşanma veya ayrılık durumunda eşlerin birlikte talepte bulunması halinde dahi velâyetin mutlaka ana ya da babaya verilmesini zorunlu kılan ve her durumda tek başına velâyeti öngören Avusturya Medeni Kanunu’nun 177. maddesini AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesine aykırı bulmamıştır. Mahkeme, velâyet ilişkisinin tarafı olarak belirlenmeyen ebeveynin çocukla ilişki kurma ve bilgi alma hakkının güvence altına alındığından hareketle Avusturya Medeni Kanunu’nun ortak velâyeti dışlayan 177. maddesini kanun koyucunun takdir alanında görerek Protokolün 5. maddesinin ihlâl edildiğine yönelik başvuruyu reddetmiştir³⁷². Görüldüğü üzere Mahkeme, velâyet ilişkisinin tarafı olmayan ebeveynle çocuk arasındaki kişisel ilişkide eşler arası eşitliği dikkate almış olup bu kapsamda devletlerin ortak velâyeti düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde velâyet ilişkisinin tarafını tespit eden TMK m. 336/III hükmü ise ebeveynler arası cinsiyet temelli bir ayrım öngörmemektedir. Velâyet ilişkisinin tarafı olarak ana ya da baba diğerine tercih edilmiş değildir. Kanun koyucu sadece çocuğun yararını gözeterek velâyetin ana ya da babadan birine bırakılabileceği kabul etmiştir. Dolayısıyla AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesi ile

³⁷⁰ APAYDIN, s. 467; ERLÜLE, s. 315-316.

³⁷¹ <http://echr.ketse.com/doc/31061.96-en-20000711/> (Erişim Tarihi: 27.07.2019)

³⁷² APAYDIN, s. 467; DÖNMEZ/BARIN, s. 203; ERLÜLE, s. 317.

TMK m. 336/III hükmü çatışma halinde değildir. Çatışma halinin kabul edildiği ihtimalde dahi iki hüküm arasında zımnî ilga değil, ihmal edilme yaptırımı söz konusu olacaktır. Zira daha önce ifade ettiğimiz üzere kanun hükmünün uygulanma kabiliyetini kaybetmiş olması, onun yürürlükten kalktığı anlamına gelmeyeceği gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşmanın iç hukuk normunu ilga etmesi söz konusu olamaz.

Bu durumda usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen AİHS Ek 7 No’lu Protokol kanun hükmünde olup TMK ile birlikte yürürlüğünü sürdürmektedir. Protokolün 5. maddesinin evlilik birliği sona erdikten sonra da eşlerin özel hukuk niteliği taşıyan haklar ve sorumluluklar açısından eşit olduğunu öngörmesi, bu nitelikte olan velâyet ilişkisini de kapsamaktadır. Bu kapsamda eşler evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyet ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükler bakımından eşittir. Dolayısıyla ilgili protokolün yürürlüğe girmesinin iç hukuktaki velâyet hükümlerine etkisi, çocuğun yararına olması halinde ortak velâyete de hükmedilebilecek olmasından ibarettir.

IV. TÜRK AİLE HUKUKUNDA BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYETE İLİŞKİN GÜNCEL DURUM VE YARGI KARARLARINDA ORTAK VELÂYET

A. TÜRK AİLE HUKUKUNDA BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYETE İLİŞKİN GÜNCEL DURUM

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda velâyet, evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde sağ kalan eş tarafından kullanılırken, boşanma ile sona ermesi halinde kendisine bırakılan tarafa ait olmaktadır. TMK m. 182 gereği hâkim, velâyet ilişkisinin tarafı olmayan bu ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişkiyi düzenlemektedir.

TMK m. 336/III hükmünün emredici nitelikte olmadığı, bu kapsamda boşanma sonrası ortak velâyete hükmedilebileceği kanaatimizi yukarıda belirtmiştik. Bununla birlikte ilgili hükmün emredici nitelikte olduğu kabul edilse dahi artık çocuğun yararına olduğu anlaşılıyorsa AİHS Ek 7 No’lu Protokol kapsamında ortak velâyete

hükmedilebilecektir. Bununla birlikte hem Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri hem de ebeveynlerin çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde ortak olarak sorumlu olduklarını ortaya koyan BMÇHS' nin ilgili hükümleri de göz önünde tutulduğunda bugün gelinen noktada Türk aile hukukunda boşanma sonrası ortak velâyete hükmedilmesi bakımından hukuki bir engel bulunmamaktadır. TMK' da öngörülen tek başına velâyet düzenlemesi yanı sıra ortak velâyet kural veya istisna bir kurum olarak değil; seçimlik bir tür olarak tercih edilebilir durumdadır. Bununla birlikte aşağıda açıklayacağımız üzere velâyet ilişkisinin tarafını belirleyen mevcut yasal düzenlemelerin değiştirilmesi ve yeniden ele alınması gerekmektedir. O zamana kadar somut olayın bütün koşullarının değerlendirilerek çocuğun yararına açıkça aykırı olmadığına anlaşılmaması durumunda, bu mümkün değilse bile en azından TMK m. 166/III kapsamında anlaşmalı boşanmalarda ortak velâyete hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

B. YARGI KARARLARINDA ORTAK VELÂYET

Uygulamada Yargıtay boşanma sonrası ortak velâyeti yakın bir zamana kadar ortak velâyete izin veren yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi yönünden incelemiş ve ortak velâyeti Türk kamu düzenine ve TMK'nın emredici hükümlerine aykırı bularak bu kararların tanıma ve tenfiz taleplerini reddetmiştir³⁷³. Bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmiş, iç hukukumuz bakımından kamu düzeninden kabul edilen her kuralın devletler özel hukuku bakımından da kamu düzeninden sayılamayacağı, Türk hukukuna her aykırılığın kamu düzeni gerekçesi ile tanıma ve tenfize engel olmayacağı ifade edilmiştir³⁷⁴. Zira yabancı bir mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı sayılabilmesi için kararın Anayasanın ve hukuk sistemimizin temel ilkelerine, Türk toplumunun genel örf ve âdet kurallarına aykırı olması; temel hak ve özgürlükleri yok eden, kısıtlayan niteliği haiz olması gerekir³⁷⁵. Yargıtay ise uzun yıllar boyunca istikrarlı

³⁷³ Yargıtay 2. HD E. 2012/ 21186 K. 2013/7440 E. 19.03.2013; Yargıtay 2. HD E. 2004/12285 K. 2004/13680 T. 22.11.2004; Yargıtay 2. HD E. 2003/2818 K. 2003/3889 T. 20.03.2003.

³⁷⁴ ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 251, 735; DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Ankara 2019, s.134.

³⁷⁵ ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ FİĞANMESE ATAMAN, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 511-512.

olarak vermiş olduğu kararlarında ortak velâyetin Türk kamu düzenine nasıl ve niçin aykırı olduğunu ifade edememiştir. TMK’ da tek başına velâyetin yabancı bir hukuk sisteminde ise ortak velâyetin kabul edilmesi hukuki ve sosyal bir tercih olup bu farklı tercihin Türk kamu düzenini ihlal eden yönü bulunmamaktadır³⁷⁶.

Durum böyleyken AİHS Ek 7 No’lu Protokolün onaylanarak yürürlüğe girmesi ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelmesinin ardından Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2017 tarihli E. 2016/15771 K. 2017/1737 sayılı kararında, tarafların İngiliz vatandaşı olduğu, evlilik dışı doğan çocuğun ortak velâyetinin talep edildiği davada ilk derece mahkemesinin tarafların milli hukukuna göre ortak velâyet mümkünse de Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle red kararını, ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle ve AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesine dayanarak bozmuştur. Kararın gerekçesinde ise şu ifadeler yer verilmiştir³⁷⁷:

“Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan ‘11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. ‘Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesine göre, ‘Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir’. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. 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. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90/son. ...İç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde ortak velâyet”

³⁷⁶ ŞANLI/ESEN/ FİĞANMEŞE ATAMAN, s. 522; NOMER, Engin Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2017, s. 171.

³⁷⁷ Yargıtay 2. HD E. 2016/15771 K. 2017/1737 T. 20.02.2017.

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. 17/1 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.”

Yargıtay’ın ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini ortaya koyan ve devrim niteliğinde addedilen bu kararından sonra³⁷⁸ bölge adliye mahkemeleri (BAM) de 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokolün 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunması ve yayınlanıp yürürlüğe girmesiyle TMK’nın mevcut hükümlerinin örtülü olarak yürürlükten kalktığını ifade ederek ortak velâyet taleplerinin reddedilmemesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

Ankara BAM 1.HD 10.05.2017 tarih E.2017/121 K.2017/601 sayılı kararında AİHS Ek 7 No’lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle TMK’nın mevcut hükümlerinin zımnen ilga olduğunu, çocuğun güvenliğine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında herhangi bir iddia ve delil bulunmaması da gözetilerek çocuğun üstün yararı gereğince ebeveynlerin ortak velâyetine hükmedilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. Çocuğun anne yanına yerleştirildiği bu kararda ebeveynlerin çocuğun sağlığı, eğitimi, onun hayatına yön verecek ve onun üstün yararını gerektirecek hususlarda ortak hareket etmelerinin gerektiği ve yanına yerleştirilmeyen ebeveynin çocuğun giderlerine de katılması gerektiği ifade edilmiştir³⁷⁹.

Ankara BAM 2. HD 05.12.2017 tarih E.2017/1132 K.1471 sayılı kararında ise ortak velâyetle hükmedilebilmesi için ebeveynlerin müşterek talep ve isteklerinin olması gerektiğinden bahisle ortak velâyet talebini reddetmiştir. Kararın gerekçesinde şu ifadelere

³⁷⁸ http://www.hurriyetale.com/ebeveyn/kanunu-hak-ve-yasalar/velayette-devrim-ortak-velayet_23711.html (Erişim Tarihi: 27.07.2019)

³⁷⁹ Ankara BAM 1.HD E. 2017/121 K. 2017/601 T. 10.05.2017.

yer verilmiştir³⁸⁰:’’ *İnsan Haklarını Ve Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokolün 5.maddesi gereğince eşler çocuklarıyla olan ilişkilerinde eşit haklara sahip olmakla birlikte ortak velâyet açısından gönüllülük esas olup anne ve babanın rızasının bulunması gerekir. Dosya kapsamında davacı davalı annenin ortak velâyetle ilişkin rızası bulunmayıp tam aksine müşterek çocuğun velâyetinin kendisine verilmesini istemektedir. O halde ortak velâyet koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez.’’*

Antalya BAM tarafından verilen bir başka kararda ise Türk aile hukuku bakımından artık ortak velâyetle karar verilebilecek olduğu belirtilmiş ancak ortak velâyet talebi şu gerekçe ile reddedilmiştir³⁸¹:’’...*Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 20.02.2017 tarih, 2016/15771 E. ve 2017/1737 K. sayılı ilamında, ortak velâyetle karar verilebileceğini belirtmiştir. Ortak velâyet bir zorunluluk olmayıp “çocuğun güvenliğine ve üstün yararına aykırı olması halinde” ortak velâyet verilemez....Her ne kadar davacı yargılama sırasında ortak velâyet düzenlemesi yapılmasını talep etmiş ise de; ortak velâyet düzenlemesinin çocuğun menfaatine olacağına dair kanaat edinilememiştir. ‘’*

Antalya BAM 2. HD tarafından verilen bir başka kararda ise ilk derece mahkemesi tarafından ebeveynlerin ortak velâyet taleplerinin hukuken mümkün olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bölge adliye mahkemesi ise kararında ortak velâyet uygulamasının artık hukukumuzda mümkün kılındığından bahsederek somut olayda ortak velâyetin çocuğun yararına olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme, ilk derece mahkemesi kararını ortak velâyetle hükmedilmesi suretiyle düzeltilerek değiştirmiştir³⁸². Gaziantep BAM tarafından verilen benzer bir kararda yine ilk derece mahkemesinde görülen anlaşmalı boşanma davasında ebeveynlerin ortak velâyet taleplerinin reddedilmesi, Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesine göre artık ortak velâyet düzenlemesinin çocuğun üstün yararına aykırı olmaması koşuluyla mümkün olduğu, tarafların gerek düzenledikleri protokol gerekse mahkeme huzurunda anlaşmalı boşanma konusundaki irade beyanları ile ortak velâyet konusundaki anlaşma ve isteklerini açıkladıkları, ortak velâyetle hükmedebilmek için anne

³⁸⁰ Ankara BAM 2. HD E. 2017/1132 K. 1471 T. 05.12.2017.

³⁸¹ Antalya BAM 2. HD E. 2018/619 K. 2018/1025 T. 13.07.2018.

³⁸² Antalya BAM 2. HD E. 2017/2426 K. 2018/1023 T. 13.07.2018.

ve babanın bunu birlikte talep etmesi koşulunun gerçekleştiği gerekçesiyle doğru görülmemiş ve ebeveynlerin ortak velâyetine karar verilmiştir³⁸³.

Erzincan Aile Mahkemesi tarafından verilen çekişmeli bir boşanma davasında ise tarafların müşterek çocuğun ikamet yerinin anne yanı olmak kaydıyla ortak velâyeti kabul ettiklerine dair beyanları ve alınan sosyal inceleme raporları doğrultusunda çocuğun velâyeti her iki tarafa müştereken bırakılmış, ikameti anne yanı olarak belirlenen müşterek çocuk ile baba arasında müşterek çocuğun yaşı, seyahat kolaylığı ve diğer etken nedenler nazara alınarak kişisel ilişki tesisine karar verilmiştir³⁸⁴.

İstanbul BAM 10. HD tarafından verilen bir kararda ise ortak velâyetin artık mümkün olduğundan bahisle, ebeveynlerden birinin ortak velâyet talebinin değerlendirilmemesini doğru bulunmamış ve dosya bu yönde bir değerlendirme yapılmak üzere ilk dere mahkemesine gönderilmiştir³⁸⁵.

Görüldüğü üzere uygulamada mahkemeler uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümleri esas alınacağından hareketle ortak velâyeti engelleyen TMK hükümlerinin örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığını kabul etmektedir. Uygulamada BAM, hem çekişmeli hem de anlaşmalı boşanma davalarında ortak velâyete hükmedilmektedir. Bu kapsamda ilk derece mahkemelerinin ortak velâyet taleplerini değerlendirmemeleri usul ve yasaya aykırı bulunmaktadır. Ancak mahkemelerin ebeveynlerin ortak velâyetine hükmedilebilmesi için aradıkları koşullar ve ortak velâyet düzenlemeleri, gerekçeleri birbirinden farklıdır. Ağırlıklı olarak ebeveynlerin müşterek talebi ve ortak velâyetin çocuğun yararına olduğunun açıkça anlaşılmasını aranmaktadır ki aşağıda izah edeceğimiz üzere bu durum kanımızca isabetli değildir.

³⁸³ Gaziantep BAM 2. HD E. 2017/1008 K. 2017/1266 T. 13.10.2017.

³⁸⁴ Erzincan Aile Mahkemesi E. 2016/481 K. 2017/764 T. 05.10.2017.

³⁸⁵ İstanbul BAM 10. HD E. 2017/ 578 K. 2017/386 T. 26.04.2017; Aynı yönde bkz. İzmir BAM 2. HD E. 2017/1162 K. 2017/835 T. 05.05.2017; İzmir BAM 2. HD E. 2018/3423 K. 2019/373 T. 11/03/2019; İzmir BAM 2. HD E. 2018/3584 K. 2018/4044 T. 11.12.2018; İzmir BAM 2. HD E. 2017/2832 K. 2018/436 T. 13.02.2018; İzmir BAM 2. HD E. 2017/2720 K. 2017/1337 T. 05.10.2017.

V. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA VELÂYETE YÖNELİK YENİ DÜZENLEME YAPILMASI GEREKLİLİĞİ VE BU YENİ DÜZENLEMENİN NASIL OLMASI GEREKTİĞİ

AIHS Ek 7 No'lu protokolün iç hukuktaki yerini almasıyla Türk Aile hukukunda boşanma sonrası ortak velâyetin mümkün olup olmayacağı tartışmaları nihayetinde çözüme kavuşmuştur. Ancak yasal bir düzenleme ile hukuki zemine oturtulmayan ortak velâyet uygulamasına hem mahkemeler tarafından tereddütle yaklaşılmaktadır hem de yeni ve bilinmeyen bir kurum olduğundan uygulamada bir takım problemler doğmaktadır. Uygulamadaki tereddütlerin sona erdirilmesi ve hukuk birliğinin sağlanması adına kanaatimizce TMK'nın velâyetin kullanılmasına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılması zorunluluk arz etmektedir.

Burada belirtelim ki daha önce de ifade ettiğimiz üzere velâyet bir insan hakkıdır ve Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerine istinaden temel hak ve özgürlükler listesinde yer alması gerekmektedir³⁸⁶. Ana ve babanın çocukla aralarındaki soybağına dayanan velâyet ilişkisi onların medeni durumundan bağımsızdır. Velâyet, münhasıran ana ve babaya ait olup sadece TMK m. 348'de belirtilen bazı şartların gerçekleşmesi halinde onlardan kaldırılabilir³⁸⁷ (TMK m. 348). Bu şartlardan herhangi biri gerçekleşmemiş olduğu halde sırf eşlerin evlilik birliğini sonlandırmaları sebebiyle onlardan birinin çocuk üzerindeki velâyetinin kaldırılması hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Başka bir deyişle boşanma sonucunda velâyetin ana ya da babadan birinden kaldırılarak diğerine verilmesi, velâyet

³⁸⁶ DÖNMEZ/BARIN, s. 203.

³⁸⁷ TMK m. 348: “ Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir:

1. (Değişik: 1/7/2005-5378/38 md.) Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.

Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.

Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar.”

ilişkinine mahkemeler eliyle gerçekleştirilen bir müdahaledir³⁸⁸. Devlet eliyle gerçekleştirilen bu müdahalenin insan hakkı ihlali oluşturmaması için velâyeti kaldırılan bu ebeveynle çocuk arasındaki aile hayatının devam eden bir nitelikte olmasının sağlanması gerekmektedir³⁸⁹.

Bu bağlamda TMK m. 182’de velâyet ilişkisi sonlandırılan ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulacağı öngörülmüş olup velâyet ilişkisine yapılan müdahale kişisel ilişki ile sınırlandırılmıştır. Ancak Türk hukuku bakımından, çocukla velâyeti elinden alınan ebeveyn arasında tesis edilen bu kişisel ilişki, aile hayatının devamını sağlayabilmekten çok uzaktır. Zira bu durumda velâyet ilişkisinin tarafı olan ebeveyn, velâyetten doğan tüm hak ve yükümlülükleri tek başına yürütmekte olup çocuğun dini, mesleki ve genel eğitimini belirleme, çocuğun ergin kılınmasına (TMK m. 12), kendisini borç altına sokan hukuki işlemlerine (TMK m. 16), nişanlanmasına (TMK m. 118), evlenmesine (TMK m. 126) izin verme gibi çocukla ilgili tüm konularda yetkili tek kişi olmaktadır. Diğer ebeveyne ise herhangi bir söz veya müdahale hakkı tanınmamaktadır. Sonuç olarak kanımızca TMK m. 336/III gereği boşanma sonrasında ebeveynlerden birinin velâyetinin kaldırılması velâyet ilişkisine mahkemeler eliyle gerçekleştirilen bir müdahaledir. Mevcut yasal hükümler çerçevesinde çocukla velâyet ilişkisinden mahrum bırakılan bu ebeveyn arasında tesis edilen kişisel ilişki, aile ilişkilerinin devamlılığını sağlamaktan uzak olup gerçekleştirilen bu müdahale insan hakkı ihlaline sebebiyet vermektedir. SEROZAN’ ın da ifade ettiği üzere TMK m. 336/III hükmü anayasal eşitlik ilkesine, ana babalık hakkına, çocuğun kişiliğini oluşturup geliştirme hakkına aykırı olduğundan Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilir³⁹⁰.

Karşılaştırmalı hukukta ülkemizin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan ülkelerde ve neredeyse diğer bütün yabancı ülkelerde ana babanın çocuk üzerindeki velâyeti onların medeni durumundan bağımsız olarak ele alınmaktadır³⁹¹. Ana ve baba, evlilik birliğinin devamında olduğu gibi boşanma sonrasında da velâyeti

³⁸⁸ ÇETİNKAYA, s. 33.

³⁸⁹ ÇETİNKAYA, s. 35.

³⁹⁰ SEROZAN, Çocuk, s. 255-256.

³⁹¹ ERLÜLE, s. 336.

birlikte yürütmektedir. Bu anlayışın ortaya çıkmasında yukarıda ayrıntıları ile izah ettiğimiz üzere psikoloji ve sosyoloji alanında gerçekleştirilen çalışmaların büyük etkisi olmuştur. Çocuğun büyüme ve gelişme aşamasında her iki ebeveynine de ihtiyaç duymasından hareketle ortak velâyet, çocuğun yararı için kabul edilen bir kurum olmuştur.

BMÇHS m. 2, ayrım gözetmeme yasağını düzenlemekte olup ana baba ve çocuk arasındaki soybağının bir sonucu olan velâyet ilişkisi, ana ve babanın medeni durumundan bağımsızdır. Ebeveynlerin evlilik birliğini sona erdirmeleri veya evlilik birliğinin hiç kurulmamış olması onların çocuk üzerindeki velâyetini etkilememelidir. Bununla birlikte Sözleşmenin 3. maddesinde öngörülen çocukla ilgili bütün meselelerde gözetilmesi gereken tek unsurun çocuğun yararı olması; 5. maddesinde ve 18. maddesinde çocuğun yetiştirilmesinde ana ve babanın birlikte sorumlu olduğunun açıkça ortaya konulması ve yine 7. maddesinde çocuğun ana babası tarafından bakılma hakkının, 9. maddesinde ise çocuğun ana babasından onların rızası dışında ayrılamayacağı güvence altına alınmış olması bir bütün olarak değerlendirildiğinde boşanma sonrası ortak velâyetin Türk hukuk sisteminde açıkça düzenlenmesi gerektiği ortadadır.

BMÇHS yanında ortak velâyete yönelik bir takım ilkeleri ortaya koyan diğer uluslararası belgeler kapsamında³⁹² da iç hukukumuzda gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Zira uluslararası belgelerin onaylanması bu belgeyi imzalayan devletleri belirlenen ilkelere uymakla ve bunun için iç hukukta gerekli yasalarını çıkartma ve uygulama veya mevcut yasal düzenlemeleri bu doğrultuda değiştirmekle yükümlü kılmaktadır³⁹³.

Kaynak kanunumuz olan İsviçre Medeni Kanunu'nda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ebeveynlerden sadece biri velâyet ilişkisinin tarafı olabiliyordu. Ancak hem uluslararası hukukta yaşanan güncel gelişmelere bağlı olarak hem de BMÇHS de ana ve babanın çocuğun bakımı yetiştirilmesinden ortak sorumlu olduğu, onların evli ya da boşanmış olmasının bu sorumluluklarını etkilemediğini ortaya koyan ilkeler karşısında

³⁹² Bkz. İkinci bölümde yer alan IV “Boşanma Sonrası Ortak Velayetle İlgili Uluslararası Belgeler”.

³⁹³ SEROZAN, Çocuk, s. 53.

kanun koyucu velâyet hükümlerinde değişikliğe gitmiştir. 2000 tarihli revizyon ile ortak velâyet belirli şartların varlığı halinde karar verilebilen istisna bir kurum olarak düzenlenmiştir. 2014 tarihli kanun değişikliği ile bu sefer ana ve babanın ortak velâyeti kural olarak kabul edilmiş olup çocuğun yararına uygun değilse ortak velâyet yerine tek başına velâyete karar verilebileceği düzenlenmiştir. Yani her ne kadar ortak velâyet kural olarak kabul edilmiş olsa da kendiliğinden değil; hâkim kararı ile uygulama alanı bulabilecektir.

Tüm bunlar ışığında TMK'nın velâyetin kullanılmasına ilişkin hükümlerinin değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu değişikliğin hem mehz kanunda yaşanan güncel gelişmelere uyum sağlanabilmesi hem de ülkemiz tarafından onaylanan ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen uluslararası andlaşmaların gereğinin yerine getirilmesi bakımından zorunluluk arz ettiğini düşünmekteyiz.

Öğreti, TMK'nın velâyetin kullanılmasına ilişkin hükümlerinin yeniden düzenlenmesi konusunda neredeyse hemfikir olmakla birlikte bu düzenlemenin nasıl olması gerektiğiyle ilgili farklı görüşler mevcuttur³⁹⁴. Tartışmaların temel noktası ise yapılacak olan yeni düzenlemede ortak velâyet ile tek başına velâyet arasında kural istisna ayrımının yapılıp yapılmaması gerektiği veya hangisinin kural hangisinin istisna olarak düzenlenmesi gerektiğidir.

Bir görüşe göre evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyet kural, tek başına velâyet ise istisna olmalıdır. Boşanma sonrası ortak velâyetin kural olması hem çocuğun yararına hizmet etmektedir hem de velâyetin hak olması ile örtüşmektedir³⁹⁵. Olması gereken hukuk açısından da soybağının esas alındığı bir velâyet düzenlemesine gidilmesi gerekmektedir³⁹⁶. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise kural tek

³⁹⁴ ÖZTAN, Birlikte Velayet, s. 260; AKYÜZ, Çocuk Hukuku, s. 235; BAYGIN, s. 268; ÖZDEMİR, Saibe Oktay, Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C: 35, S: 1, Y: 2016, s. 39; BİNGÖL, s. 278; ARKAN SERİM, s. 6085; KARACA, s. 81; KAHRAMAN, s. 71.

³⁹⁵ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 149 vd; APAYDIN, s. 472; BİNGÖL, s. 284; KAHRAMAN, s. 72; KOÇOĞLU s. 72.

³⁹⁶ SERDAR, s. 194; ERLÜLE, s. 344.

başına velâyet olmalı; ancak ana babanın talebi doğrultusunda hâkime takdir yetkisi tanınarak istisnai durumlarda ortak velâyetle karar verilebilmelidir³⁹⁷. Bir diğer görüşe göre ise tek başına velâyet ile ortak velâyet arasında kural istisna ayrımı yapılmamalı, somut olayın koşullarına göre hâkim tüm şartları değerlendirerek çocuğun yararına olan velâyet düzenlemesine hükmetmelidir³⁹⁸. Yine öğretide kural olmasa bile en azından ebeveynlere seçimlik hak olarak sunulmasının önünün açılması gerektiği ifade edilmiştir³⁹⁹.

Kanaatimizce TMK'nın velâyetin kullanılmasına ilişkin hükümlerinde yapılacak değişiklik kapsamında ana babanın ortak velâyeti kural olarak düzenlenmelidir. Zira velâyet ilişkisi, soybağının bir sonucu olup velâyetten doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin ana babanın medeni durumundan etkilenmemesi gerekmektedir. Bu noktada TMK m. 336/III hükmü şu şekilde değiştirilebilir: “ *Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise çocuğun yararının korunması bakımından velâyetin tek başına kullanılması gerekiyorsa hâkim velâyeti ebeveynlerden birine bırakabilir.*” TMK m.

Bunun akabinde hangi tip ortak velâyetin kabul edilmesi gerektiği de belirlenmelidir ki kanaatimizce Türk aile hukuku bakımından yasal ortak velâyet, ortak velâyetin işlevselliği bakımından uygun olacaktır. Bu bakımdan TMK m. 182/II hükmünün “*Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen veya çocuğun birlikte ikamet etmediği eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur.*” şeklinde değiştirilebileceği düşüncesindeyiz.

Daha önce de izah ettiğimiz üzere ana babanın velâyeti onların insan haklarındandır. İnsan hakları, insanların insan olması sebebiyle sahip oldukları vazgeçilemez, devredilemez, korunması için devletin müdahalede bulunabileceği veya bu

³⁹⁷ GÜVEN, Aydın, s. 126; AYBAY/ŞEN, s. 597; KARACA, s. 81; YÜCEL, s. 132.

³⁹⁸ BİRİNCİ UZUN, Tuba, Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek(Üstün)Yararı Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S:1, Y:2016, s. 156; KURT, s. 175; İNCE, s. 222; ÖZTAN, Birlikte Velayet, s. 259.

³⁹⁹ DÖNMEZ/BARIN, s. 206; GÜVEN, Aydın, s. 129; AYBAY/ŞEN, s. 7

hakların gereği gibi kullanılabilmesi için birtakım tedbirlerin alınması gereken haklardır⁴⁰⁰. Eşlerin evlilik birliğini boşanma ile sona erdirmeleri halinde çocukla aralarındaki soybağının sonucu olarak onların temel bir hakkı olan velâyete yönelik gerçekleştirilen müdahale, insan hakkı ihlaline sebebiyet vermektedir.

Boşanma ve velâyet birbirinden farklı iki hukuki kurumdur. Boşanma ile yalnızca eşler arasındaki hukuki ilişki sonlandırılır; ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişki boşanmadan etkilenmez. Velâyet ilişkisi soybağının bir sonucu olup nasıl ki ebeveynlerinden birinden ya da ikisinden velâyetin kaldırılması evlilik birliğini etkilemiyorsa, evlilik birliğinin sona ermesi de velâyet ilişkisini etkilememelidir⁴⁰¹.

Çocuğun yararına hizmet eden en iyi velâyet düzenlemesinin boşanma sonrası ortak velâyet olduğunu ortaya koyan bilimsel çalışmalar göz önüne alındığında, çocuğu yararına açıkça aykırı olduğu anlaşılmadığı müddetçe tek başına velâyet uygulaması ile çocuk ana veya babasından mahrum edilmemelidir. Ana ve baba, çocukla aralarında hukuki geçerli bir şekilde kurulan soybağının neticesinde zaten veli sıfatını haizdir ve velâyetin kaldırılması sebebi bulunmadığı müddetçe bu hak kendilerinden kaldırılamaz niteliktedir⁴⁰².

Ortak velâyetin kural olarak benimsenmesi halinde tarafların bu yöndeki müşterek talep ve istekleri de aranmayacaktır. Ana ve baba olma vazifesinin yerine getirilmesi gönüllülük esasına bağlı olmadığına göre ebeveynlerden birinin diğerinin veli sıfatını reddetme imkânı yoktur. Ortak velâyetin kural olarak kabul edilmesi, bu bağlamda ebeveynlerin velâyet uyuşmazlıklarını da kanımızca sona erdirebilecek en iyi velâyet düzenlemesidir.

Günümüzde velâyet, ana babanın hakkı olmasının yanı sıra onlara birtakım yükümlükler yükleyen ve sorumluluk altına sokan bir yüküm hak olarak kabul edilmektedir. Bunun bir sonucu olarak ana ve baba velâyet ilişkisinden feragat

⁴⁰⁰ **KALABALIK**, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 4. Bası, Ankara 2015, s. 33 vd; **YÜKSEL**, s. 99.

⁴⁰¹ **KOÇOĞLU**, s. 64.

⁴⁰² **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 237.

edemeyecekleri gibi bundan doğan yükümlölükleri de bir başkasına devredemeyeceklerdir. Velâyet ilişkisinin devredilemez ve feragat edilemez niteliği karşısında sırf eşlerin boşanması sebebiyle ebeveynlerin birinin bu yükümlölüklerin kaldırılması kabul edilemez niteliktedir. Başta BMÇHS ve AİHS Ek 7 No’lu Protokol olmak üzere imzalanan diğer uluslararası belgelerde de ana ve babanın çocuğun bakımı ve yetiştirilmesindeki ortak sorumluluğu vurgulanmış ve çocuğun yararı için ebeveynlerinin ikisiyle de devam eden sürekli ilişkisinin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim modern hukuk sistemlerinin neredeyse tamamında ana babanın velâyeti onların medeni durumundan bağımsız olarak ele alınmış olup ana babanın evli olup olmamasının velâyetin kullanılmasını etkilemeyeceği kural olarak kabul edilmiştir.

Burada belirtelim ki ortak velâyetin kural olarak kabul edilmesi halinde eşler ister boşanmış olsun ister evlilik birliği hiç kurulmamış olsun ebeveynlerin çocuğun yetiştirilmesinde birlikte sorumluluğu sağlanmış olacağı için böylece evli, boşanmış ya da hiç evlenmemiş ebeveynler arasındaki ayrımcılık da ortadan kalkacaktır⁴⁰³.

Tüm bu açıklamalar ışığında ana babanın velâyetinin soybağı temelli bir anlayışla yeniden düzenlenmesi ortak velâyetin kural olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Kural ortak velâyet olmakla birlikte mehzaz kanunumuz İsviçre Medeni Kanunu’nda olduğu gibi boşanma davasında ortak velâyetin çocuğun yararına aykırı olduğu açıkça anlaşılıyorsa hâkim tek başına velâyete hükmedebilmelidir.

Türk aile hukuku bakımından da ortak velâyetin kural olarak kabul edilmesi halinde ana ve baba, çocukla ilgili önemli meselelerde ortak karar alıp uygulayacaklar; velâyetten doğan hak ve yükümlölükleri paylaşma noktasında da ortak olacaklardır. Ana ve baba, velâyet ilişkisi kapsamında çocuğun yerleşim yeri noktasında da ortak karara varacaklar; aksi halde hâkim çocuğun hangi ebeveyniyle yaşayacağına da karar verecektir. Çocuğun gündelik bakımından ve rutin işlerinden ise birlikte ikamet ettiği ebeveyni sorumlu olacaktır.

⁴⁰³ ERLÜLE, s. 339.

Velâyet, kamu düzeninden olduğundan evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak kullanılan velâyet, çocuğun menfaatine aykırı sonuçlar doğurur veya çocuğun yararının tehlikeye düşer ya da ebeveynlerden biri velâyeti kötüye kullanırsa, bu durumun tespit edilmesi halinde her zaman velâyet düzenlemesi değiştirilerek tek başına velâyete karar verilebilecektir.



SONUÇ

Boşanma, sadece eşler açısından değil çocuklar açısından birtakım hukuki sonuçlar doğurur. Bu bakımdan velâyet düzenlemeleri özellikle çocuklar açısından büyük önem arz etmektedir. Çalışmamızda Türk aile hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi ortak velâyet kurumu incelenmiş, öğreti ve uygulamayı ilgilendiren soru ve sorunlar cevaplandırılmaya çalışılmıştır.

Bu bakımdan ilk olarak velâyetin tarihi süreç içerisindeki değişimi ve amacı incelenmiş, hukuki niteliği tespit edilmiştir. Velâyet, kural olarak ergin olmayan çocukların, evlât edinilenlerin ve istisnaen kısıtlanmış erginlerin kişi varlıkları ile malvarlıklarının korunması, iyileştirilmesi ve geliştirilmesi, bakım ve gözetimlerinin yapılması, bu kişilerin hukuk düzeninde üçüncü kişilere karşı temsil edilmesi hususunda ana babaya yüklenen görevlerle bunların yerine getirilmesini sağlayan hak ve yetkilerin tamamıdır. Velâyetin ana babaya tanınan bir hak mı yoksa onlara yüklenen bir görev mi olduğu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, velâyetin ana ve babanın hak ve yükümlülüklerinin iç içe geçtiği bir kurum olması münasebetiyle bir yüküm hak niteliğinde olduğuna kanaat getirilmiştir.

Akabinde, ortak velâyet durumunda önem arz ettiğinden velâyet ilişkisinin kapsamı incelenmiş; ana ve babanın velâyetten doğan hak ve yükümlülükleri tespit edilmiştir.

Çocuğun yararı sadece velâyet ilişkisinin kullanılmasında değil; aynı zamanda velâyet ilişkisinin tarafının belirlenmesi bakımından da önem arz etmektedir. Bu bakımdan tüm dünyada artan boşanma oranlarıyla birlikte velâyet ilişkisi tarafının belirlenmesi hukuki, psikolojik, ekonomik, sosyal bir problem haline gelmiştir.

Boşanmanın çocuklar üzerindeki etkilerini inceleyen araştırmacıların ortaya koymuş olduğu sonuçlar çocukların büyüme ve gelişimlerini tamamlama açısından hem annelerine hem de babalarına muhtaç olduklarını göstermektedir. Değişen ve gelişen aile yapısına paralel olarak babaların çocuklarının gelişimi ve yetiştirilmesi ile yakından

ilgilenmeleri, annelerin ise çalışma hayatına olan katılımları sebebiyle boşanma sonrası geleneksel olarak kabul tek başına velâyet düzenlemesi eleştirilmeye başlanmıştır.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde tek başına velâyetin kabul edilmesi çocuğu ana ya da babasında mahrum edilmesi veya onlardan birine mahkûm edilmesi anlamına geldiğinden ve bu durum çocuğun yararını tehlikeye düşürdüğünden ortak velâyet kavramı ortaya çıkmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde tek başına velâyetten ortak velâyete geçiş süreci, ortak velâyetin amacı, tipleri, ortak velâyeti destekleyen ve karşı çıkan görüşlere yer verilmiştir.

Ortak velâyet, ana ve babanın çocuğun yetiştirilmesinde eşit hak ve yükümlülükleri olduğu esası üzerine kabul edilmiş olup ebeveynlerin velâyetinin onların medeni durumundan bağımsız olarak ele alınmasının bir sonucudur. Dolayısıyla sadece evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde değil; evlilik birliğinin hiç kurulmadığı hallerde de soybağının bir sonucu olarak uygulama alanı bulmaktadır.

Ortak velâyetin temel amacının çocuğun yararını korumak olduğu, bu kapsamda evlilik birliği içerisinde olduğu gibi evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde de eşler tarafından birlikte yürütülmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Velâyetten doğan sorumluluklarının yerine getirilmesi, çocuğa birlikte bakılması ve yetiştirilmesi ana babanın hakkı ve aynı zamanda yükümlülüğü olduğuna göre boşanma sonrasında taraflardan birinin bu yükümlülüğünün kaldırılması çocuğun yararını zedelemektedir. Ortak velâyette amaç, aynı evlilik birliğinde olduğu gibi çocuğun sağlık durumuyla ilgili müdahalelerde, dini eğitiminde, mesleki eğitiminde, genel olarak çocukla ilgili önemli tüm meselelerde ortak karar alma sisteminin korunmasıdır. Ortak velâyet, çocuğun fiili himayesinden öte çocuğu yetiştirirken velâyetten doğan hak ve yükümlülükleri paylaşılması demektir.

Ortak velâyete yöneltilen eleştiriler ebeveynler arası çatışmanın devam edeceği ve çocuğun yararının zedeleneyeceği, çocuğun ana ve babası arasında sürekli yer değiştireceği, velâyetin getirmiş olduğu nimet ve külfet dengesinin bozulacağı noktalarında toplansa da bütün bunların esasında ortak velâyetin yanlış veya yeterince anlaşılmamış olmasından kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Ortak velâyetle yönelik yapılan çalışmalar, ebeveynlerin çocuklarının yararı için uzlaşma içerisinde olduğunu göstermektedir. Ortak velâyet ile boşanma sonrası kimin daha iyi bir ebeveyn olacağını tespit edilmesi gerekmeyeceğinden ebeveynler arası velâyet savaşlarının da sona erdiği, ebeveynler arası işbirliği ve iletişimin de arttığı gözlenmektedir.

Bu doğrultuda başta BMÇHS olmak üzere pek çok uluslararası belgede çocuğun yararı için ebeveynlerin hak ve yükümlülükleri bakımından ortak sorumluluğunun vurgulandığı tespit edilmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta pek çok hukuk sisteminde ve ülkemizin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası hukuk sistemindeki ülkelerin neredeyse tamamında öğreti ve uygulamadaki tartışmaların sona erdirilmesi adına ortak velâyetin hukuki olarak düzenlendiği görülmüştür. Kaynak kanunumuz olması bakımından önem arz ettiğinden özellikle İsviçre Medeni Kanunu'nda da ebeveynlerin ortak velâyeti kural olarak kabul edilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nda 2000 tarihli revizyon ile sadece belirli şartların varlığı halinde karar verilen istisna bir düzenleme olarak yer verilen ortak velâyet; 2014 tarihli revizyon ile kural olarak kabul edilmiştir. Buna göre ana ve babanın velâyeti onların medeni durumundan bağımsızdır. Boşanma halinde de kural ortak velâyettir; ancak ortak velâyet kendiliğinden uygulama alanı bulmamaktadır. Hâkim, somut olayın koşullarını değerlendirerek ortak velâyetin çocuğun yararına olmadığına kanaat getirecek olursa tek başına velâyetle de hükmedebilecektir. Ana ve baba ortak velâyet halinde çocukla ilgili önemli kararları birlikte alıp uygulayacaktır. Ancak çocuğun gündelik ve rutin işlerinde ise birlikte yaşadığı ebeveyni tek başına karar alabilecektir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde Türk aile hukukunda ortak velâyetin mümkün olup olmadığına yönelik görüşlere yer verilerek uluslararası belgelerin iç hukukumuza etkisi, akabinde olan ve olması gereken hukuk açısından ortak velâyet incelenmiştir.

Velâyet, TMK m. 336/I gereği evliliğin devamı süresince kural olarak ana ve baba tarafından birlikte yürütülürken evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ise kendisine bırakılan tarafa ait olmaktadır (TMK m. 336/III). Türk aile hukuku bakımından

evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı TMK'nın velâyet ilişkisinin kullanılmasını düzenleyen m. 182 ve m. 336 hükümleri çerçevesinde tartışılmaktadır. Tartışmanın temel noktası ilgili hükümlerin emredici nitelikte olup olmadığıdır. Öğretide bu hükümlerin emredici nitelikte olduğu, emredici nitelikte olmadığı, ilgili hükümlerde örtülü veya gerçek boşluk olduğu görüşleri ileri sürülmekte olup görüş birliği bulunmamaktadır. Kanun hükümlerinin sözü, amacı, sistematığı ve tarihi incelemesi neticesinde kanaatimizce ilgili hükümler emredici nitelikte olmayıp boşanma sonrası ortak velâyetle hükmedilebilmesi mümkündür.

Uygulamada Yargıtay, boşanma sonrası ortak velâyet kurumunu yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi talepleri doğrultusunda incelemiş ve çok yakın bir zamana kadar ortak velâyetin Türk kamu düzenine ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Ancak 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokolün 6684 sayılı Kanun ile onaylanması ve 25.03.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girerek iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Akabinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2017 tarih ve E. 2016/15771 K. 2017/1737 sayılı kararı ile bu kez, evliliğin sona ermesi halinde de eşlerin eşit haklara sahip olduğuna vurgu yapan Protokolün 5. maddesine dayanarak ortak velâyet düzenlenmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediğine karar vermiş vermiştir.

Böylece boşanma sonrası ortak velâyetle ilişkin tartışmalar farklı bir boyuta taşınmış olup hem AIHS Ek 7 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinin iç hukukumuza etkisi hem de mevcut hükümlerin örtülü olarak yürürlükten kalkıp kalkmadığı sorunu baş göstermiştir.

Anayasa m. 90/V hükmüne göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir. 2004 yılında madde metnine eklenen son cümle *‘‘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.’’* şeklindedir. Bu hükümle kanun koyucu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar ile kanunlar

arasında çıkabilecek çatışmalar için kanaatimizce özel bir norm çatışma kuralı kabul etmiş bulunmaktadır.

AIHS Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi evlilik birliği devam ederken olduğu gibi evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da eşlerin hak ve yükümlülükleri bakımından eşit olduğunu öngörmektedir. Bu hüküm ile eşler arasında cinsiyete dayalı bir ayrımcılık yapılması yasaklanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla AIHS Ek 7 No'lu Protokol ile TMK m. 336/III hükmünün çatışma içinde olduğunu söylemek mümkün değildir. AIHS Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinde düzenlenen eşler arasındaki eşitlik, ana baba ve çocuk arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen velâyetin kullanılması bakımından da geçerlidir. İç hukukumuzun bir parçası haline gelen Anayasa m. 90/V gereği kanun hükmünde olan AIHS Ek 7 No'lu Protokolün iç hukukumuza etkisi, ortak velâyete de hükmedilebilecek olunmasından ibarettir. Dolayısıyla mevcut yasal hükümlerin örtülü olarak yürürlükten kalktığı görüşüne katılmak mümkün değildir.

Güncel gelişmelere bağlı olarak bugün gelinen noktada çocuğun yararına olacağı anlaşılıyorsa hem anlaşmalı hem de çekişmeli boşanmalarda ortak velâyete hükmedilebilmesi mümkündür. Velâyet düzenlemelerinde asıl olan çocuğun yararadır. Hâkim somut olayın koşullarına göre çocuğun bedensel, zihinsel ve ruhsal sağlığını gözетerek, ana babanın sosyal ve ekonomik durumuna, kişisel özelliklerine bakarak ve uzman bilirkişilerden görüş alarak çocuğun yaşı, cinsiyeti, eğitim durumu, istekleri gibi özelliklerini de irdelemek suretiyle ve eğer çocuk yeterli idrak gücüne sahipse çocuğu da dinleyerek çocuğun yararına olduğuna kanaat getiriyorsa ortak velâyete hükmedebilecektir.

Şüphesiz AIHS Ek 7 No'lu Protokolün ortak velâyet bakımından gerçek anlam ve önemi iç hukukta gerçekleştirilecek yasal bir düzenleme ile ortaya çıkacaktır.

Benimsediğimiz görüş uyarınca kanun koyucu, uluslararası belgelerde öngörülen ilkelerin iç hukukumuza aktarılmasının sağlanması adına karşılaştırmalı hukukta yaşanan güncel gelişmeleri de göz önünde bulundurarak ortak velâyeti hukuki olarak düzenlenmelidir. Bu noktada TMK'nın velâyet ilişkisinin tarafının belirlendiği hükümleri yeniden ele almalıdır.

Gerçekleştirilecek bu değişiklik bakımından ilk olarak ortak velâyetin kural mı yoksa istisna mı olacağına karar verilmelidir.

Kanaatimizce velâyetin günümüzdeki anlamı ve önemi, çocuğun yararının gözetilmesi gereği göz önünde bulundurulduğunda ortak velâyet kural olarak düzenlenmelidir. Bu noktada kanımızca TMK m. 336/III hükmü şu şekilde değiştirilebilir: “ Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise çocuğun yararının korunması bakımından velâyetin tek başına kullanılması gerekiyorsa hâkim velâyeti ebeveynlerden birine bırakabilir.” Bunun akabinde hangi tip ortak velâyetin kabul edilmesi gerektiği de belirlenmelidir ki kanaatimizce Türk aile hukuku bakımından yasal ortak velâyet, ortak velâyetin işlevselliği bakımından uygun olacaktır. Bu bakımdan TMK m. 182/II hükmünün “Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen veya çocuğun birlikte ikamet etmediği eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur.” şeklinde değiştirilebileceği düşüncesindeyiz.

Kaldı ki velâyet, ana ve babanın anayasal hak ve yükümlülüğü olup sırf evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi sebebiyle ebeveynlerden birinin velâyetine yönelik gerçekleştirilen bu müdahale bir insan hakkı ihlali teşkil etmektedir.

Olması gereken hukuk açısından da velâyet ilişkisi ana babanın medeni durumundan bağımsız olarak soybağı temelli bir anlayış üzerine yeniden inşa edilmelidir. Böylece hem evlilik içi ve evlilik dışı doğan çocuklar arasındaki velâyet ayrımcılığına son verilmiş olacak, hem evlilik birliğini sona ermesiyle ana babanın çocuk üzerindeki yükümlülükleri bertaraf edilmemiş olacak hem de ebeveynler arası velâyet savaşlarının önüne geçilecek ve çocuğun yararı korunmuş olacaktır.

KAYNAKÇA

- ABARBANEL**, Alice, Shared Parenting After Seperation: A Study Of Joint Custody, American Journal of Orthopsychiatry, C:49, S:2, Y: 1979, s. 320-329.
- ABİK**, Yıldız, Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyetle Çocuğun Yararı, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, Filiz Kitabevi.
- AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 21.Bası, İstanbul 2019, Beta.
- AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 16.Bası, İstanbul 2014, Beta.
- AKİPEK**, Jale/ **AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ KARAMAN**, Derya, Kişiler Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2014, , Beta.
- AKKURT**, Sinan Sami, Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C: 1, İstanbul 2010, On İki Levha Yayıncılık.
- AKSAKAL**, Sultan, Boşanmadan Sonra Çocuğun Velâyeti, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:1, Y: 2003, s. 167-190.
- AKYOL**, Şener, Medeni Hukuka Giriş, 2.Bası, İstanbul 2006, Vedat Kitapçılık.
- AKYÜZ**, Emine, Çocuk Hukuku (Çocuk Hukuku), Çocuk Hakları ve Korunması, 3.Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2013.
- AKYÜZ**, Emine, Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması (Çocuğun Malları), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:1, 1979, s. 153-175.
- AKYÜZ**, Emine, Velâyet ve Çocuğun Korunması (Çocuğun Korunması), Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, Seçkin.

- ALTUNKAYA**, Mehmet, Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, Yetkin, s. 111-129.
- ANSAY**, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4.Baskı, Ankara 2002, Turhan Kitabevi.
- ANTALYA**, Gökhan/ **TOPUZ**, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul 2016, Legal Yayıncılık.
- APAYDIN**, Eylem, Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S:1, Y:2018, s. 445-476.
- ARKAN SERİM**, Azra, Boşanma Halinde Ortak Velâyet, Legal Hukuk Dergisi, C: 14, S: 167, Y: 2016, s.6075-6088.
- ARSAL**, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947, İsmail Akgün Matbaası.
- ASLAN**, Bedri, İslam Hukukunda Evlilikte Velâyetin Ortadan Kalkmasıyla Velinin Velâyetinin Kime Gececeği Konusunun Değerlendirilmesi, Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi C: 4, S:7, Y: 2016, s.26-47.
- ATAR**, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 11. Baskı, 2017 Ankara, Seçkin.
- ATKIN**, Edith/ **RUBIN**, Estelle, Part-Time Father, The Vanguard Press, New York 1976.
- AYAN**, Mehmet/ **AYAN**, Nurşen, Kişiler Hukuku, 7.Baskı, Konya 2015, Mimoza.
- AYBAY**, Erdem/ **ŞEN**, Bülent, Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velâyet Sorunu, Prof. Dr. Turhan Erener'e Armağan Cilt-2 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, S: 1, Y: 2016, sayfa: 589-615.
- AYBAY**, Rona, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi, S: 70, Y: 2007, s. 187-213.
- AYDIN**, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, 13.Baskı, İstanbul 2015, Beta.

AYİTER, Kudret, Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1963, Ankara Üniversitesi Basımevi.

BAKTİR ÇETİNER, Selma, Velâyet Hukuku, Ankara 2000, Yetkin.

BAŞLAR, Kemal, Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü Ve Anayasal Denetimi Üzerine. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C: 24, S:1-2, s. 279-336.

BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2010, On İki Levha Yayıncılık.

BAYGIN, Cem/ **DOĞAN**, Murat, Çocuk Mallarının Kullanılması, Yönetilmesi ve Sarfı, AÜHFD, C: 9, S: 1-2, Y: 2005, s. 379-427.

BERKİ, Şakir, Roma’ da Aile Hukuku (Roma), AÜHFD, C:14, S:1, Y:1963, s. 111-121.

BERKİ, Şakir, Türk Medeni Kanunu’nda Velâyetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü (Velâyetin Şumûlü), Ankara 1970, Yargıçoğlu Matbaası.

BİLGİN, Ahmet Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri, MÜHF-HAD, C: 22, S: 1, Y: 2016, s. 81-129.

BİLİR, Faruk, Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 13, S: 1, Y: 2005, s. 77-107.

BİNGÖL, Ediz, Boşanmış Çiftlerin Ortak Velâyet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, İstanbul Barosu Dergisi, C: 88, S: 2, Y: 2014, s.276-308. s. 290.

BİRİNCİ UZUN, Tuba, Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek(Üstün) Yararı Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S:1, Y:2016, s. 135-166.

- BJARNASON**, Thoroddur/ **ARNARSSON**, Arsaell M., Joint Physical Custody and Communication with Parents; A Cross-National Study of Children in 36 Western Countries, *Journal of Comparative Family Studies*, C:42, S:6, Y: 2011, s. 871-890.
- BLACKSTONE**, William, Commentaries on The Laws Of England, Book the First, , Third Edition, The Clarendon Press, Oxford.
- BOELE-WOELKI**, Katharina / **SCHRAMA**, Wendy/ **VONK** Machteld, European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities (Ed. BOELE-WOELKI, Katharina/ **BRAAT**, Bente/ **CURRY-SUMNER**, Lan), Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford, 2005.
- BOLL**, Rosemarie, Joint Custody- Joint Disagreements, *LawNow*, C: 23, S: 2, Y: 1998, s. 46-48.
- BOUMIL** Marcia Mobilia, Joint Child Custody: In Whose Best Interest, *Suffolk University Law Review*, C: 21, S: 1, Y: 1987, s. 1-31.
- BOZKURT**, İkbâl, Velinin Velâyetten Doğan Hak ve Yetkileri (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- BRATT**, Carolyn , Joint Custody, *Kentucky Law Journal*, C: 67, S: 2, Y: 1978, s. 271-308.
- BRINIG** Margaret/ **BUCKLEY** F. H, Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories, *Indiana Law Journal*, C: 73, S:2, Y: 1998, s. 393-427.
- BUCHANAN** Christy M./ **JAHROMI** Parissa L., A Psychological Perspective on Shared Custody Arrangements, *Wake Forest Law Review*, C: 43, Y:2008, s. 419-439.
- BUCHLER**, Andrea, Family Law in Switzerland: Recent Reforms and Future Issues, *European Journal of Law Reform*, C: 3, S: 3, Y: 2001, s. 275-296.
- CANTIENI**, Linus, Gemeinsame Elterliche Sorge nache Scheidung, *FamPra.ch - Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 7*, 2007.

- CARLSUND**, Asa/ **ASPLUND**, Kennet/ **EVA**, Sellström / **ERIKSSON** Ulrika, Swedish Parent's Experiences of Joint Physical Custody, The Open Family Studies Journal, C:6, Y: 2014, s. 1-7.
- CEYLAN**, Ebru, Türk Velâyet Hukukunda Yeni Gelişmeler, LHD, C: 16, S: 181, Y: 2018, s. 35-68.
- CHAMBERS**, David L., Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce, Michigan Law Review, C: 83, Y: 1984, s. 477-569.
- CİN**, Halil/ **AKYILMAZ**, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 4.Baskı, Konya 2011, Sayram Yayınları.
- COCHRAN**, Robert F., Reconciling the Primary Caretaker Preference and The Case-by-Case Rule, Joint Custody and Shared Parenting (Ed: Jay Folberg), New York 1991, The Guilford Pres.
- CUADRA**, Bernardo, Family Law, Maternal and Joint Custody Presumptions for Unmarried Parents. Constitutional and Policy Considerations in Massachusetts and Beyond, Western New England Law Review, C: 32, Y: 2010, s. 599-659.
- ÇELEBİCAN**, Özcan Karadeniz, Roma Hukuku, 17.Baskı, Ankara 2014, Turhan Kitabevi.
- ÇELİK**, Cemil, Velâyetin kaldırılması, AÜHFD, C.54, S. 1, s. 255-309.
- ÇELİKEL**, Aysel/**ERDEM**, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2017, Beta.
- ÇELİKEL**, Serdar, Çocuk Haklarına Dair Uluslararası andlaşmalar Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012, Adalet Yayınevi .
- ÇETİNER**, Selma, Velâyet Hakkının 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.

ÇETİNKAYA, Volkan, İnsan Hakları Hukuku Açısında Velâyet Hakkı (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

ÇINAR, Ömer, Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı, İÜHFD, C.LXXI, S. 1, Y: 2013, s. 1355-1364.

DETHLOFF, Nina, Parental Rights and Responsibilities in Germany, Family Law Quarterly, C: 39, S: 2, Y: 2005, s. 315-337.

DETHLOFF, Nina/ **MASCHWITZ**, Alexandra, (Çev. Kerem Öz), Avrupa’da Çocuk Hakları – Biz Nerede Duruyoruz?, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2; Y: 2013, s. 147-154.

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Ankara 2019, Savaş Yayınevi.

DÖNMEZ, Ünsal/**BARIN**, Taylan, Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, TAAD, Y: 9, S:35, Temmuz 2018, s. 175-210.

DURAL, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan, Kişiler Hukuku, Türk Özel Hukuku C.2, 15.Baskı, İstanbul 2014, Filiz Kitabevi.

DURAL, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan/ **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 10.Baskı, İstanbul 2015, Filiz Kitabevi.

DURAL, Mustafa/**SARI**, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 6.Baskı, İstanbul 2011, Filiz Kitabevi .

EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1985, Ankara Üniversitesi Basımevi.

EINHORN, Jay, Child Custody In Historical Perspective: A Study Of Changing Social Perceptions Of Divorce And Child Custody In Anglo-American Law, Behavioral Sciences and The Law, C: 4, S: 2, Y: 1986, s. 119-135.

ELAL, Çağla, Roma Hukukunda Hak Ehliyeti Çerçevesinde Çocuk, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2011, Der Yayınları, s.77-93.

ELKIN, Meyer, Joint Custody: In the Best Interest of the Family, Joint Custody and Shared Parenting (Ed: Jay Folberg), New York 1991, The Guilford Press.

ELROD Linda D./ **DALE**, Milfred D., Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in the Balance, Family Law Quarterly, C:42, S:3, Y: 2008, s. 381-418.

ERBAY, Ercüment, Çocuk Katılımı, Ankara 2016, Nobel Yayıncılık.

ERBAY, İsmail, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Kanunu'ndaki Velâyet Hakkının Kaldırılması Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İÜHFD, C: 3, S:2, Y:2012, s.11-61.

ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, 2. Baskı Ankara 2019, Seçkin Yayıncılık, s. 171.

EREN, Abdurrahman, 1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:8, S:3-4, Y: 2004, s. 43-77.

ERGÜL, Ozan, Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir, Yıldırım Uler Armağanı, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014, s.65-86 .

ERLÜLE, Fulya, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velâyet, Ankara 2019, Yetkin.

ERTAŞ, Şeref, Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu' na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt: 9, Özel Sayı, s. 391-398.

ERTUĞRUL, Nafi / **ERTUĞRUL** Tuba, Uygulamada Boşanma Davaları, C.2, Ankara 2011, Yetkin.

ERYORULMAZ, Ani, Biyolojik Aileden Yamalıbohça Aileye, İstanbul 2013, Destek Yayınları.

- ESTIN**, Ann Laquer, Bonding After Divorce: Comments on Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories, Indiana Law Journal, C: 73, S: 2, Y: 1998, s. 441-452.
- FERRAND** Frédérique, European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities (Ed. BOELE-WOELKI, Katharina/ BRAAT, Bente/ CURRY-SUMNER, Lan), Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford, 2005.
- FEYZİOĞLU** Feyzi Necmettin/**ÖZAKMAN** Cumhur/**SARIAL** Enis, Aile Hukuku, İstanbul 1986, Filiz Kitabevi.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 1979, Fakülteler Matbaası.
- FOLBERG** Jay/ **GRAHAM**, Marva, Joint Custody of Children Following Divorce, University of California Law Review, C: 12, Y: 1979, s. 523-581.
- FOLBERG**, Jay, Custody Overview, Joint Custody and Shared Parenting (Ed: Jay Folberg), New York 1991, The Guilford Press.
- FOSTER**, Henry H. Jr., A Review of Beyond the Best of the Child, Willamette Law Journal, C: 12, S: 3, Y: 1975, s. 545-556.
- FRANKEL**, Steven, Joint Custody Awards and Children: A Theoretical Framework and Some Practical Considerations, Psychiatry Interpersonal and Biological Processes, C: 48, S: 4, s. 318-28.
- FUHRMANN** S. W.& **ZIBBELL** Robert A., Evaluation for Child Custody, New York 2012, Oxford University Press.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur, Aile Hukuku (Aile), Ankara 2011, Yetkin.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur, Ortak Velâyet, İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı s. 24-30 .
- GOLDSTEIN** Joseph, /**FREUD**,Anna/ **SOLNIT** ,Albert J., Beyond the Best Interest of the Child, New York 1973.

- GOUGE**, Marcy, Joint Custody: A Revolution in Child Custody Law , Washburn Law Journal, C: 20, S:2, Y: 1981, s. 326-343.
- GOURLY** Nancy Gilsan, Joint Custody: Best Interests of the Child, Tulsa Law Journal, C: 18, S: 159, 1982, s. 159-171.
- GÖZLER**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I, 1. Baskı, Bursa 2011, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GRASSINGER**, Gülçin Elçin, Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar (Çocuğun Menfaati), Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.I, İstanbul 2010, On İki Levha Yayıncılık, s. 841-843.
- GRASSINGER**, Gülçin Elçin, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (Alınacak Tedbirler) , 1.Baskı, İstanbul 2009, On İki Levha Yayıncılık.
- GROSSBERG**, Michael, Law and The Family In Nineteenth Century America, University of North Carolina Press, 1985.
- GÜLGÖSTEREN**, Zeynep Ayza, Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velâyet, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, S: 2, Y: 2017, s: 157-180.
- GÜNEŞ CEYLAN**, Seldağ, Roma Hukukundan Günümüze Velâyet Vesayet Hukuku, Ankara 2004, Yetkin.
- GÜVEN**, Aydın, Ortak Velâyet, İstanbul Barosu Dergisi, C: 91, S:3, Y:2017, s.119-130.
- 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, Y: 2018, <https://jurix.com.tr/article/12516>.
- HATEMİ** Hüseyin/ **KALKAN OĞUZTÜRK**, Burcu, Aile Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2018, On İki Levha Yayıncılık.
- HATEMİ**, Hüseyin, Aile Hukuku, İstanbul 2019, 7.Baskı, On İki Levha Yayıncılık.

HATEMİ, Hüseyin/ **SEROZAN** Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993, Filiz Kitabevi.

HETHERINGTON, Mavis, Divorced Fathers, The Family Coordinator, C: 25, S: 4, Y: 1976, s. 417-428.

HETT, G. G./ **ROSE**, C. D., Counselling Children Of Divorce: A Divorce Lifeline Program, Canadian Journal of Counselling and Psychotherapy, C:25, S:1, Y: 1991, s. 38-49.

IRVING, Howard/ **BENJAMIN**, Michael/ **TROCNE**, Nicolas, Shared Parenting: An Empirical Analysis Utilizing A Large Data Base, Family Process, C: 23, S:4, Y: 1984, s. 561-569.

İMAMOĞLU, Hülya, Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velâyet Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD, C:54, S:1, Y: 2005, s. 165-190.

İNAN, Ali Naim, Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları.

İNCE, Nurten, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet, TAAD, Y: 2018, Y:9, S:34, s. 189-229.

İYİLİKLİ, Ahmet Canik/ **ERSÖZ**, Oğuz, Ergin Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Sonuçları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:6, Sayı:11, Haziran 2018, s. 169-216.

JOHNSTON, Janet, Research Update: Children's Adjustment In Sola Custody Compared To Joint Custody Families And Principles For Custody Decision Making, Family and Conciliation Court Review, C:33, Y: 1995, s. 415-442.

KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, 7.Bası, İstanbul 2011, Legal.

KAHRAMAN, Süheyla, Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, İstanbul 2019, On İki Levha Yayıncılık.

KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 4. Bası, Ankara 2015, Seçkin.

KALTENBORN, K./LEMP, R., The Welfare of the Child in Custody Disputes after Parental Separation or Divorce, International Journal of Law, Policy and the Family, C: 12, S: 1, Y: 1998, s. 74-106.

KARABACAK, Ayşegül, Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velâyet Hakkı (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

KARACA, Hilal, Velâyetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015, Seçkin.

KARAGÜLMEZ, Ali, 5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış, TBB Dergisi, S: 54, Y: 2004, s.168-169.

KARAKOÇ, İrem, Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hıdâne Hakkının Ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 19, S: 3, Y: 2015, s. 151-206.

KAYNAR, Reşat, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1977, Köroğlu Matbaası.

KESKİN, Dilşat, Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velâyet Hakkı (Uzatılmış Velâyet), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 2, Y:2014, <https://jurix.com.tr/article/5666>.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Hukuk, Ankara 2016, Turhan Kitabevi.

KIPP, Matthew, Maximizing Custody Options. Abolishing the Presumption against Joint Physical Custody, North Dakota Law Review, C: 79, Y: 2003, s. 59-82.

KIRCA, Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 50, S:1, Y:2001, s. 91-119.

KLAFF, Ramsay Laing, The Tender Years Doctrine: A Defense, California Law Review, C:70, S: 2, Y: 1982, s. 335-372.

- KOÇANO RODOSLU**, Emine, Ev Başkanının Sorumluluğu, AÜHFD, C:63, S:4, Y:2014, s. 879-899.
- KOÇHİSARLIOĞLU**, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, Turhan Kitabevi.
- KOÇOĞLU**, Safa, Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul 2018, Beta .
- KÖPRÜLÜ**, Bülent/ **KANETİ**, Selim, Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1989, Filiz Kitabevi.
- KÖSE**, Begüm, Geçmişten Günümüze Aile, Değişen Toplumda Değişen Aile (Ed: Nurşen Adak), 2018 Ankara, Siyasal Kitabevi.
- KURKİ SUONIO**, Kirsti, Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective, International Journal of Law, Policy and the Family, C: 14, Y: 2000, s. 183-205.
- KURT**, Leyla Müjde, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S:2, Y: 2018, s. 157-186.
- KUTOĞLU**, Tuba, Üvey Ailede Hukuki İlişkiler, Seçkin, Ankara 2018.
- LEVMORE**, Saul, Joint Custody and Strategic Behavior, Indiana Law Journal, C: 73, S:2, Y: 1998, s. 429-439.
- LEWIS**, Kapner, Joint Custody and Shared Parental Responsibility: An Examination of Approaches in Wisconsin and in Florida, Marquette Law Review, C:66, Y: 1983, s. 673- 696.
- LINDA**, Nielsen, Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children? , Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, C: 28, S: 1, Y: 2015, s. 586-609.
- MASON**, Mary Ann, The Roller Coaster of Child Custody Law Over the Last Half Century, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, C: 24, Y: 2012, s. 451-466.

- MCKINNON**, Rosemary / **WALLERSTEIN**, Judith, Joint custody and the preschool child, Behavioral Sciences and the Law, C:4, S:2, Y: 1986, s. 169-183.
- MCNEELY**, Cynthia A., Lagging Behind the Times: Parenthood, Custody and Gender Bias in the Family Court, Florida State University Law Review, C: 25, S. 4, Y: 1998, s. 891-956.
- MEŞE**, İlknur, Sosyal Değişim Sürecinde Aile ve Kadın, Kadın ve Aile Hayatı (Ed: Nazım Elmas) , Ankara 2014, Pegem Akademi.
- MIKELENAS**, Valentinas, European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities (Ed. BOELE-WOELKI, Katharina/ BRAAT, Bente/ CURRY-SUMNER, Lan), Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford, 2005.
- MNOOKIN**, Robert H. , Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy, Law and Contemporary Problems, Duke University School of Law C:39, S. 3, Y:1975, s. 226-293.
- MOIR**, Donald, No Fault Divorce and the Best Interests of Children, Denver University Law Review, C: 69, S: 3, Y: 1992, s. 663-686.
- NOBLE** June/ **NOBLE** William, The Custody Trap, Hawthorn Books 1975.
- NOMER**, Engin Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2017, Beta.
- OĞUZMAN** Kemal/**DURAL**, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1994, Filiz Kitabevi.
- OĞUZMAN**, Kemal/ **BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, 18. Bası, İstanbul 2012, Vedat Kitapçılık.
- OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, Filiz Kitabevi.
- OĞUZOĞLU**, Cahit, Velâyetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti(Velâyetin Ehemmiyeti) , Ankara, 1940, Yeni Cezaevi Matbaası .

OĞUZOĞLU, Hüseyin Cahit, Medeni Hukuk: Aile Hukuku II, 2.Baskı, Ankara 1949, Güney Matbaacılık (Aile).

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuk, 14.Baskı, Ankara 2013, Yetkin.

ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Ankara 2019, Yetkin .

ÖZDEMİR Hayrunnisa/ **RUHİ**, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, Ankara 2012, Adalet Yayınevi .

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Çocuk Mallarının Yönetilmesi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVII, S: 3, Y:2013, s. 81-105.

ÖZDEMİR, Saibe Oktay, Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C: 35, S: 1, Y: 2016, s.29-46.

ÖZMEN, İsmail, Açıklamalı İçtihatlı Velâyet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri, 3.Baskı, Ankara 2013, Adalet Yayınevi.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2015, Turhan Kitabevi .

ÖZTAN, Bilge, Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu (Birlikte Velâyet), Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 253.

ÖZTAN, Bilge/ **ÖZTAN**, Fırat, Boşanmada Velâyetin Tevdii, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 2, Y: 2016, s: 473-495;

ÖZTÜRKMEN, Yeşim İcan, Hâkimin Takdir Yetkisinin Velâyetle İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, (Yüksek Lisans Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

PARIBENI, ROBERTO, Roma Ailesi (Çev. Şemsettin Talip), İstanbul, Ahmed İhsan Basımevi.

- PARKINSON**, Patrick, Family Law and the Indissolubility of Parenthood, 2011 Cambridge University Press.
- PATTI**, Salvatore/**BELLISARIO**, Elena/**ROSSI CARLEO**, Liliana, European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities (Ed. BOELE-WOELKI, Katharina/ BRAAT, Bente/ CURRY-SUMNER, Lan), Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford 2005.
- PEARSON** Jessica/ **THOENNES** Nancy, Custody After Divorce: Demographic and Attitudinal Patterns, American Journal of Orthopschiatry, C: 60, S: 2, Y:1990, s. 233-249.
- PINTENS**, Walter/ **PIGNOLET** Dominique, European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities (Ed. BOELE-WOELKI, Katharina/ BRAAT, Bente/ CURRY-SUMNER, Lan), Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford 2005.
- POST**, Dianne, Arguments against Joint Custody, Berkeley Women's Law Journal, C: 4, S: 2, Y: 1989, s. 316-325.
- RAMEY** Martha/ **STENDER**, Fay / **SMALLER**, Deborah, Joint Custody: Are Two Homes Better Than One?, Golden Gate University Law Review, C:8, S:3, Y: 1979, s. 559-581.
- REISS**, Stephanie R./ **WHARTON**, Meghan/ **ROMERO**, Joanne, Child Custody and Visitation, Georgetown Journal of Gender and the Law, C: 1, S: 2, Y: 2000, s. 383-400.
- RENK**, Kimberly, The Importance of Fathers and Play, Fatherhood : Roles , Responsibilities And Rewards (Ed: **LEYTON**, Chelsea), New York 2011, Nova Science Publishers.
- RHOADES** Helen / **BOYD**, Susan B., Reforming Custody Laws. A Comparative Study, International Journal of Law, Policy and the Family, C: 18, S: 2, Y: 2004, s. 119-146.

- ROKUS**, Tari Frahm, Child Custody: Determining the Best Interests of the Child, Journal of Juvenile Law University, C:6, Y: 1982, s. 82-86.
- ROMAN**, Mel/ **HADDAD**, William, Disposable Parent, New York 1978.
- ROTH**, Allen, The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes, Journal Of Family Law, C:15, S:3, Y:1976, s. 423-462.
- SARI**, Suat, Evlilik Birliğinde Ana Babanın Velâyeti Birlikte Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, C: 5, S: 49, Y: 2007.
- SAYMEN**, Ferit /**ELBİR**, Halid, Türk Medeni Hukuku 3: Aile Hukuku , İstanbul 1957, Hak Matbaa ve Kitapçılık Müesseseleri .
- SCHWENZER**, Ingeborg/ **KELLER**, Tomie, New Rules on Parental Responsibility in Switzerland (Kısaltılmışı New Rules), International Survey of Family Law, Y: 2014, s. 457-470.
- SCHWENZER**, Ingeborg/ **KELLER**, Tomie, Recent Developments In Swiss Family Law, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C:35, S: 1, Y: 2015, s. 11-28.
- SCOTT** Elizabeth/**DERDEYN** Andre, Rethinking Joint Custody, Ohio State Law Journal, S: 45, Y: 1984, s. 455-498.
- SCOTT**, Elizabeth S., Pluralism, Parental Preference, and Child Custody, California Law Review, C: 80, S: 3, Y: 1992, s. 615-672.
- SERDAR**, İlknur, Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C:9, Y:2007, s. 739-781.
- SEROZAN**, Rona, Çocuk Hukuku (Çocuk), İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017, Vedat Yayıncılık .

- SEROZAN**, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku (Medeni), 8. Bası, İstanbul 2018, Vedat Yayıncılık.
- SEROZAN**, Rona, Hukukta Yöntem-Mantık (Yöntem), 2. Bası, İstanbul 2017, Vedat Kitapçılık.
- SEROZAN**, Rona/ **BAŞOĞLU**, Başak/ **KAPANCI**, Berk, Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, S: 2, Y: 2016, s: 531-560 <https://jurix.com.tr/article/5632>.
- SMYTH**, Bruce/ **CHISHOLM**, Richard / **RODGERS**, Bryan / **SON** Vu, Legislating For Shared Time Parenting After Parental Separation: Insights From Australia, Law And Contemporary Problems, C: 77, Y: 2014, s. 109-149.
- SODERMANS**, Katrien/ **VANASSCHE**, Sofie/ **MATTHIJS**, Koen, Post-Divorce Custody Arrangements And Binuclear Family Structures Of Flemish Adolescents, Demographic Research, C: 28, Y: 2013, s. 421-432.
- SPRUIJT**, Ed/ **DUINDAM**, Vincent, Joint Physical Custody in The Netherlands and the Well-Being of Children, Journal of Divorce and Remarriage, C: 51, S: 1, Y: 2010, s. 65-82.
- STEEL**, Sean, Having Your Cake and Eating It Too: The Law and Politics of Child Custody in Canada, University of Calgary, Department of Political, A Thesis Submitted To The Faculty Of Graduate Studies In Partial Fulfilment Of The Requirements For The Degree Of Master Of Arts, Calgary, 2001.
- STEINMAN**, Susan / **ZEMMELMAN**, Steven / **KNOBLAUCH** Thomas, A Study of Parents Who Sought Joint Custody Following Divorce: Who Reaches Agreement and Sustains Joint Custody and Who Returns to Court, Journal of the American Academy of Child Psychiatry, C: 24, S: 5, Y: 1985, s. 554-562.

- STEINMAN**, Susan, The Experience Of Children in A Joint Custody Arrangement: A Report Of A Study, American Journal of Orthopsychiatry, C:5, S:3, Y: 1981, s. 403-414.
- STOTTER**, Lawrence, Rethinking Joint Custody, Compleat Lawyer, C: 6, S: 4, Y: 1989, s. 37-39.
- SÜZEN**, Begüm, Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velâyet Kararlarının Tenfizi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 10, S: 133, Y: 2015, s: 27-52.
- ŞANLI**, Cemal/ **ESEN**, Emre/ **FİĞANMESE ATAMAN**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2015, Vedat Yayıncılık .
- ŞENER**, Esat, Velâyet ve Vesayet Hukuku, Ankara 1996, Seçkin.
- TACIN**, Mustafa Hayri, Velâyet Hakkı, Velâyet Hukukuna Hâkim Olan İlkeler ve Velâyet Hakkının Kapsamı, Adalet Dergisi, S:59, Y:2017, s. 141-171.
- TANDOĞAN**, Haluk, Aile Hukuku Ders Notları (Tasnif; Nuşen Ayiter), Ankara 1996.
- TANÖR**, Bülent, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2012, Beta.
- TEKİN APAYDIN**, Deniz, Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S:1, Y: 2018, s. 529-560.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 1990, Filiz Kitabevi.
- TORUN**, Fuat, Çekişmeli Boşanmalarda ve Velâyet Savaşlarında Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu, Psikonet Yayınları, İstanbul 2017.

TUNÇ, Hasan, Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi, Anayasa Yargısı Dergisi, S:17, Y: 2000, s. 174-192.

TURHAN, Nedim, Ana Babanın Çocuklarına Karşı, Çocukların Ana Babaya Karşı Olan Hak ve Yükümlülükleri ve Ehliyet Sorunu, Yargıtay Dergisi, C:27, S:3, Y:2001, s. 333-362.

TÜRK MEDENİ KANUNU, TÜRK MEDENİ KANUNUNUN YÜRÜRLÜĞÜ VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA KANUN VE GEREKÇELERİ, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2002.

TWAITE, J. A./ **LUCHOW** A.K., Custodial arrangements and parental conflict following The impact on Children's Adjustment, Journal of Psychiatry and Law, C: 24, S: 1, s. 53-75.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3.Baskı, İstanbul 2010, Beta.

USTA, Sevgi, Çocuğun İnanç Özgürlüğü Ve Bir Müdahale: Ana Babanın Çocuğun Dini Eğitimini Belirleme Hakkı (Çocuğun İnanç Özgürlüğü), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1, Y: 2010, s. 137-182.

USTA, Sevgi, Velâyet Hukuku, İstanbul 2016, On İki Levha Yayıncılık.

ÜÇÖK, Coşkun/ **MUMCU**, Ahmet/ **BOZKURT** Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 17.Baskı, Ankara 2015, Turhan Kitabevi.

ÜNALDI, Nurdan, Ebeveynler Arası Çatışma ve Boşanmanın Çocuklarda Görülen Psikiyatrik Bozukluklar ile İlişkisi: Risk Ve Koruyucu Faktörler, İstanbul Üniversitesi Çocuk Ve Ergen Ruh Sağlığı Ve Hastalıkları Anabilim Dalı Uzmanlık Tezi, İstanbul 2016.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Cilt 2 Aile Hukuku, İstanbul 1965, 5. Baskı, Nurgök Matbaası.

- WALLERSTEIN**, Judith, Divorce Has a Lasting Negative Impact, Family (Ed: Karen Miller), Greenhaven Press, 2008, s.137-145.
- WALLERSTEIN**, Judith/ **KELLY**, Joan, Surviving The Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce, Basic Book Publishers, New York 1980.
- WEISS** Yoram/ **WILLIS** Robert, Children as Collective Goods and Divorce Settlements, Journal of Labor Economics, C:3, Y: 1985, s. 268-292.
- WEITZMAN**, L. J, The Divorce Revolution, The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America, 1985 New York Free Press.
- WOOLLEY**, Persia, Shared Custody , Family Advocate, C:1, S:1, Y: 1978, s. 6-34.
- WOOLLEY**, Persia, The Custody Handbook, Submit Book, New York 1979.
- YILDIRIM**, Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014, 1. Baskı, Savaş Yayınevi.
- YILMAZ**, Canan, Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C: 35, S:1, Y: 2015, s. 103-141.
- YÜCEL**, Yeliz, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velâyet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, İstanbul 2018, On İki Levha Yayıncılık.
- YÜKSEL**, Sera Reyhanî, Velâyet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016, Legal Yayınevi.
- ZAMBRANO**, Virginia, Allocating Child Shared Custody to Separating or Divorcing Couples, Law 54/2006, International Survey of Family Law, Y: 2008, s. 203-220.
- ZEVLİLER**, Aydın/ **ACABEY**, Beşir/ **GÖKYAYLA**, Emre, Medeni Hukuk, 6.Baskı Ankara 2000, Seçkin.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c246eafdaf733.77568387

<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/velâyet>

<https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/539a9--Cocuk-Haklarinin-Kullanilmasina-Iliskin-Avrupa-Sozlesmesi.pdf>

<http://fathers.com/s5-your-situation/c18-divorced-dad/dont-be-a-disney-dad-guest blog/>

https://www.huffpost.com/entry/uncle-dad-syndrome_n_2986705

<https://medium.com/@thomburton/on-being-a-weekend-dad-cdca74696af9>

<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2009/sep/05/weekend-dad-son>

http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=8.&title=&part=1.&chapter=1.&article=

<https://codes.findlaw.com/mo/title-xxx-domestic-relations/mo-rev-st-452-375.html>

<https://law.justia.com/codes/georgia/2017/title-19/chapter-9/article-1/section-19-9-6/>

<http://www.cocukhaklariizleme.org/wp-content/uploads/cocuk-adalet-sisteminde-cocugun-yuksek-yarari.pdf>

https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf

<http://echr.ketse.com/doc/31061.96-en-20000711/>

http://www.hurriyetaile.com/ebeveyn/kanunu-hak-ve-yasalar/velâyet-devrim-ortak-velâyet_23711.html

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/31-avrupa-konseyi-diger-belgeler/>

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf>

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/>

<https://www.ombudsman.gov.tr/wp-content/uploads/2017/04/2017-1293-%C3%87ocuk-Tesliminde-Hak-%C4%B0hlallerinin-%C3%96nlenmesi.pdf>

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf>.

